



Berne, le 10 décembre 2021

---

# **Améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération**

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au  
postulat 19.3701 Caroni du 19 juin 2019

---

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Introduction.....</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Examen des procédures d'accès.....</b>	<b>3</b>
2.1	Concessions hydrauliques .....	3
2.2	Concessions pour les réseaux de distribution et de transport d'électricité.....	6
2.3	Autorisation pour les installations de transport par conduites.....	8
2.4	Concessions de radiocommunication.....	10
2.5	Concessions de fabrication et de rectification des boissons distillées .....	11
2.6	Concessions de maison de jeu .....	13
2.7	Concessions de routes pour les transporteurs aériens.....	14
2.8	Concession de service universel dans le secteur des télécommunications .....	15
2.9	Concessions de diffusion octroyées aux radios locales et aux télévisions régionales et assorties d'un mandat de prestations .....	16
2.10	Concessions d'exploitation des aéroports .....	18
2.11	Concession d'infrastructure ferroviaire .....	20
2.12	Concession de transport des voyageurs .....	21
2.13	Mandats de prestations pour le chargement de voitures .....	23
2.14	Mesures du marché du travail.....	24
2.15	Mandats de prestations de l'Institut fédéral de métrologie.....	26
2.16	Mandat pour la promotion de la place économique suisse .....	27
<b>3</b>	<b>Conclusion du Conseil fédéral .....</b>	<b>29</b>

# 1 Introduction

L'accès à certains marchés de la Confédération est limité pour des raisons de fait ou de régulation. Le 7 juin 2019, le Conseil fédéral a publié le rapport « Accès aux marchés fermés de la Confédération »<sup>1</sup>, qui présentait en particulier les conclusions d'une étude commandée sur les procédures d'accès aux marchés fermés au niveau fédéral<sup>2</sup> (ci-après étude ZHAW). Les auteurs de l'étude ont analysé les procédures d'accès à seize marchés de la Confédération, afin de définir si elles garantissaient les principes d'équité, de transparence et de non-discrimination entre les fournisseurs potentiels. Après avoir pris connaissance des conclusions de l'étude, le Conseil fédéral s'est déclaré conscient que certaines procédures d'accès pourraient être améliorées sur la base de ces trois critères. Il ne proposait pas d'action législative, mais avait donné pour mandat aux départements compétents d'examiner les procédures d'accès aux seize marchés fermés mentionnés dans le rapport. Cette analyse doit servir de base de décision pour d'éventuelles révisions légales.

Peu de temps après la publication du rapport du Conseil fédéral, le postulat 19.3701 « Améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération » a été déposé le 19 juin 2019 par le Conseiller aux États Caroni. Il est formulé ainsi : « Le Conseil fédéral est chargé, d'ici fin 2021, d'élaborer un rapport à l'intention du Parlement dans lequel il étudiera des solutions pour améliorer l'accès aux marchés fermés de la Confédération. ». Le postulat vise à informer le Parlement des résultats de l'examen mandaté par le Conseil fédéral à l'administration (cf. développement du postulat). Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat, qui a été adopté le 11 septembre 2019 par le Conseil des États.

Le présent rapport répond ainsi à ce postulat. Il examine les seize marchés mentionnés dans le rapport du 7 juin 2019 afin de définir si des améliorations des procédures d'accès peuvent être envisagées. Pour chaque marché, le rapport dans un premier temps examine les procédures et dispositions régissant son accès, puis évalue les procédures afin de définir les possibilités d'amélioration et présente l'implication de la révision totale de la loi sur les marchés publics (LMP)<sup>3</sup> qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. L'analyse des marchés se termine par une évaluation de la nécessité d'agir.

## 2 Examen des procédures d'accès

### 2.1 Concessions hydrauliques

#### 2.1.1 Remarques liminaires

Pour ce qui est des concessions hydrauliques, la Confédération est principalement compétente dans le domaine des procédures relatives aux cours d'eau touchant à la frontière nationale (art. 7 de la loi sur les forces hydrauliques [LFH])<sup>4</sup>. Cette compétence s'appuie sur la Constitution fédérale (art. 76, al. 5, 1<sup>re</sup> phrase, Cst. et art. 54 Cst.). Les droits relatifs aux ressources en eau qui intéressent plusieurs États doivent être réglés conjointement avec les pays voisins. Les eaux frontalières étant en majeure partie déjà exploitées pour la production d'hydroélectricité, les procédures d'octroi de concession consistent pour l'essentiel en renouvellements de concessions pour des aménagements existants. La réquisition des forces hydrauliques nécessaires à la Confédération pour ses entreprises de transport et de commu-

---

<sup>1</sup> Le rapport est disponible sous : [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Situation économique & Politique économique > Politique économique > Concurrence > Marchés fermés de la Confédération.

<sup>2</sup> Cf. étude de la ZHAW « Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes » du 15 février 2019, disponible sous : [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Situation économique & Politique économique > Politique économique > Concurrence > Marchés fermés de la Confédération.

<sup>3</sup> RS 172.056.1

<sup>4</sup> RS 721.80

nication constitue un cas particulier de procédure fédérale dans le domaine des forces hydrauliques (art. 12 LFH). Depuis l'entrée en vigueur de la LFH, une telle réquisition est intervenue une seule fois.

La production annuelle moyenne des centrales hydroélectriques suisses est de 36 741 GWh, dont 4010 GWh sont produits par 23 centrales frontalières<sup>5</sup>. Les eaux intérieures relèvent de la compétence des cantons. La majorité des procédures relatives aux droits d'eau en Suisse sont donc entre les mains des cantons. Il convient de noter que le marché des concessionnaires relevant de la Confédération est plutôt restreint au regard de l'ensemble du marché et que le potentiel d'optimisation est dès lors limité.

## 2.1.2 Procédures pour l'octroi des concessions

Il existe plusieurs procédures pour l'octroi des concessions hydroélectriques, la plus simple d'un point de vue administratif étant la procédure de demande. Dans ce cadre, le projet est évalué par l'autorité concédante sur la base des documents soumis par le requérant. La demande doit exposer le respect de toutes les prescriptions légales, en particulier de la législation environnementale et de celle régissant la construction. Le requérant négocie généralement avec la communauté concédante les contre-prestations de l'octroi de la concession, comme le montant de la redevance hydraulique, à moins que la législation cantonale ne fixe déjà des exigences claires. Ces prestations ne doivent pas grever sensiblement l'utilisation de la force (art. 48, al. 2, LFH).

Dans la plupart des cas, les procédures de demande ne comptent qu'un seul requérant. S'agissant des concessions pour de nouvelles installations, en particulier, un seul responsable de projet prépare et soumet les documents nécessaires au projet. Lors de la répartition des sites de production potentiels, ceux-ci sont généralement attribués selon le principe du premier arrivé, premier servi. Bien que celle-ci soit en principe possible, il n'y a pas de concurrence. Pour ouvrir un site à un cercle plus large de parties intéressées, la communauté concédante devrait sinon fournir des prestations en amont et élaborer les bases d'un projet. Une procédure de sélection transparente et non discriminatoire devrait ensuite déterminer le candidat habilité à suivre la procédure de demande.

Les concessions sont limitées dans le temps. À l'expiration de la concession, certains éléments de la centrale hydroélectrique deviennent la propriété de l'État à titre gratuit (droit de retour). Dans le cas du renouvellement d'une concession, le projet est normalement celui d'une centrale électrique existante qui doit continuer à fonctionner sous de nouvelles conditions, par exemple après une extension.

Dans le cadre de la procédure d'octroi de concession ordinaire, la demande doit être mise à l'enquête (art. 62c LFH). De plus, l'année d'expiration des concessions existantes est connue pour toutes les centrales dans la mesure où elle figure dans la statistique des aménagements hydroélectriques de l'Office fédéral de l'énergie (OFEN). Les parties intéressées peuvent ainsi se préparer à la procédure et, le cas échéant, soumettre une demande. Si plusieurs candidats sont en compétition, l'art. 41 LFH s'applique. Les critères de sélection sont l'intérêt public, d'abord, et si les candidats le servent dans la même mesure, la meilleure utilisation économique du cours d'eau, ensuite. La sélection doit alors être justifiée dans la décision et présentée de manière compréhensible pour les candidats retenus comme pour les autres. Jusqu'ici, les procédures d'attribution de concessions fédérales ont rarement donné lieu à une compétition entre plusieurs candidats<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Statistique des aménagements hydroélectriques, état au 31.12.2020

<sup>6</sup> Voir p. ex. ATF 40 I 530.

### 2.1.3 Évaluation et possibilités d'amélioration des procédures actuelles

La procédure d'appel d'offres ouverte est considérée comme la procédure de sélection la plus appropriée d'un point de vue économique. Elle présente l'avantage, puisqu'elle fait nécessairement l'objet d'une publication, de remplir sans difficulté le critère de la transparence et de veiller à la concurrence dans l'attribution des sites de production dont le nombre est limité. La procédure ouverte est en particulier utilisée lorsqu'il s'agit de pallier une asymétrie d'information marquée entre l'autorité et l'économie. Dans le domaine des forces hydrauliques, ce point concerne surtout les questions de conception et de dimensionnement du projet, essentiellement dans le cas de nouvelles centrales, ainsi que la question des contre-prestations de la concession, particulièrement importante en lien avec la renonciation au droit de retour lors du renouvellement de la concession. Un appel d'offres devrait souvent conduire à un résultat maximal (rente de ressources) pour l'adjudicateur, en raison du renforcement de la concurrence qui en découle mais en fonction des coûts de transaction supplémentaires du secteur public. Si les contre-prestations purement monétaires sont les plus aisées à quantifier, elles ne sont que l'un des nombreux aspects à évaluer. D'autres éléments de nature plus qualitative sont souvent pris en compte. En outre, il convient de noter que dans de nombreuses procédures d'octroi, il y a un échange de longue durée entre le producteur d'électricité et l'autorité concédante au sujet de l'aménagement concret de la concession.

Dans le cadre de l'initiative parlementaire 10.480 (« Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques »), le Parlement a cependant créé en 2011 une disposition de droit spécial aux termes de laquelle l'octroi de concessions hydroélectriques échappe à l'obligation de procéder à un appel d'offres. L'art. 62, al. 2<sup>bis</sup>, LFH précise pour les concessions fédérales que la concession peut être accordée sans appel d'offres. La procédure d'octroi doit être transparente et non discriminatoire. Pour les concessions cantonales, une disposition de même teneur figure à l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH. Éviter de rendre encore plus complexes les procédures existantes était un objectif majeur de cette initiative. Préparer un appel d'offres en plus de la procédure ordinaire aurait renchéri les coûts et pris du temps. En outre, les communautés disposant de la souveraineté sur les eaux doivent bénéficier d'un pouvoir de décision aussi large que possible.

### 2.1.4 Impact de la révision de la LMP

Au vu de la disposition de droit spécial de la LFH, la LMP révisée ne s'applique pas<sup>7</sup>.

### 2.1.5 Conclusion

Le principe selon lequel les cantons disposent des ressources en eau s'applique également aux eaux frontalières (art. 76, al. 4, 1<sup>re</sup> phrase, Cst.). Cette compétence se fonde sur un droit régalien historique. Son exercice prime sur le principe de la liberté économique (art. 94, al. 4, Cst.). L'octroi des concessions devient ainsi une décision essentiellement politique dans laquelle les cantons n'ont pas l'obligation d'être impartiaux<sup>8</sup>. Toute restriction du droit des cantons à disposer de la force hydraulique dépassant les principes généraux du droit pourrait donc être inconstitutionnelle<sup>9</sup>.

De manière générale, la dernière fois que le législateur s'est penché sur l'obligation de procéder à un appel d'offres pour les concessions hydroélectriques, c'était en 2011 et il l'a rejetée. Une modification de la loi n'est donc pour l'instant pas indiquée. Le cadre juridique actuel permet d'octroyer les concessions par le biais d'un appel d'offres, mais il permet aussi de choisir d'autres options tenant compte des objectifs de transparence et de non-discrimination. De nombreuses concessions de droits d'eau arrivent à échéance ces prochaines années et des investissements dans la force hydraulique s'imposent du fait de la stratégie climatique et

---

<sup>7</sup> Voir également le Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (ci-après « Message LMP »), FF 2017 1695 1736.

<sup>8</sup> Cf. ATF 142 I 99, consid. 5.

<sup>9</sup> Cf. ATF 103 Ia 329, consid. 8.

énergétique adoptée. Il n'est pas exclu qu'il existe un potentiel d'efficience au travers des appels d'offres.

## 2.2 Concessions pour les réseaux de distribution et de transport d'électricité

### 2.2.1 Remarques liminaires

Il n'y a pas de concessions fédérales dans le domaine des réseaux électriques. Toutefois, étant donné que le rapport du Conseil fédéral du 7 juin 2019 mentionne les concessions de réseaux de distribution d'électricité cantonales et communales, le droit fédéral en la matière est examiné ci-après.

### 2.2.2 Procédures pour l'octroi des concessions

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI)<sup>10</sup>, l'exploitation du réseau de distribution d'électricité, associée au mandat de raccordement et d'approvisionnement de base, est liée à ce que l'on appelle l'attribution des zones de desserte (art. 5 LApEI). De plus, il existe – et c'était déjà le cas avant la LApEI – d'autres actes impliquant le réseau, par exemple ceux qui prévoient un droit de passage de lignes électriques sur et à travers le sol. Si la ligne passe sur le domaine public, ce droit de passage est souvent accordé par le biais d'une concession. Ni l'octroi de cette concession ni l'attribution des zones de desserte ne relèvent de la compétence de la Confédération ; elles sont du ressort des cantons ou des communes. En vertu de l'art. 3a LApEI, les cantons et les communes peuvent octroyer les concessions en rapport avec le réseau de transport et le réseau de distribution, notamment le droit d'utiliser le domaine public, sans procéder à un appel d'offres. Ils doivent toutefois garantir une procédure transparente et non discriminatoire.

Cet article, qui remonte à l'initiative parlementaire 10.480 « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques », a été adopté à l'unanimité par les deux chambres du Parlement en 2011. On trouve à l'origine de cette initiative et de la disposition en question une expertise de la Commission de la concurrence (ComCo) datée du 22 février 2010, dans laquelle cette dernière défendait l'avis selon lequel le renouvellement d'une concession pour l'usage du domaine public et pour l'approvisionnement en énergie électrique par une entreprise privée devait faire l'objet d'un appel d'offres en application de l'art. 2, al. 7, de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)<sup>11</sup>. Le législateur voyait les choses autrement et avait ainsi précisé dans la loi que, dans le cas de l'utilisation du domaine public pour les réseaux électriques ainsi que dans le cas de l'utilisation de l'énergie hydraulique (voir ch. 2.1), l'autorité concédante n'était pas tenue de recourir à un appel d'offres. Selon le rapport sur l'initiative parlementaire 10.480, les principales raisons de cette appréciation du législateur sont les suivantes :

- Dans la LApEI, on a délibérément évité d'instituer un système de libre concurrence pour l'exploitation du réseau et choisi plutôt de réglementer ce domaine. Avec les prescriptions sur la rémunération pour l'utilisation du réseau et leur contrôle par la Commission fédérale de l'électricité (ECom), on peut se demander si un surcroît de concurrence apporterait beaucoup du point de vue de l'efficience (des coûts). Il importe donc que l'infrastructure fonctionne de manière fiable et que quiconque le souhaitant puisse l'utiliser de manière non discriminatoire (concurrence *sur* le réseau, et non *pour* le réseau). Il faut tenir compte du fait que les réseaux de distribution d'électricité sont des infrastructures dont la durée d'amortissement peut aller jusqu'à 50 ans. La propension des propriétaires ou des exploitants à investir dans les réseaux (extensions, entretien,

---

<sup>10</sup> RS 734.7

<sup>11</sup> RS 943.02

etc.) peut diminuer, ce qui peut être préjudiciable pour l'état des réseaux et la sécurité de l'approvisionnement.

- Une obligation de recourir à un appel d'offres entraînerait davantage de bureaucratie, des coûts inutiles et serait difficile à mettre en œuvre : des problèmes se poseraient aussi au moment où une concession serait octroyée à un nouvel exploitant qui ne serait pas propriétaire (ou titulaire) du réseau en question. La concession ne confère en effet pas cette propriété, mais seulement le droit d'utiliser un terrain du domaine public. Pour remédier à une telle divergence entre concession et propriété du réseau, la seule solution possible serait souvent l'expropriation, d'autant que les accords à l'amiable dans ces cas-là seraient sans doute rares.

Les deux principes généraux de transparence et de non-discrimination dans la procédure ont dès lors été explicitement inscrit dans l'art. 3a LApEI. L'intention du Parlement était uniquement de mettre fin à l'incertitude juridique relative à l'obligation de recourir à un appel d'offres, et rien ne devait changer à la pratique en vigueur jusque-là. Les exigences spécifiques auxquelles doit satisfaire une procédure d'octroi de concession n'ont toutefois pas été précisées plus avant.

L'Union des villes suisses a rédigé un guide formulant des recommandations relatives à l'aménagement non discriminatoire et transparent de la procédure, qui se distancie de l'obligation – non souhaitée – de passer par un appel d'offres<sup>12</sup>. L'une des principales questions consiste à déterminer si l'exigence de transparence requiert la publicité de toute la procédure dès son ouverture ou si la publicité des décisions suffit. Pour les auteurs du guide, une telle publicité n'est pas indispensable, de même qu'il n'est pas nécessaire d'adresser une invitation à participer à un groupe indéterminé de personnes. Toujours selon ce guide, « non discriminatoire » signifie notamment que les critères de sélection doivent être justifiés objectivement ; de manière générale, il ne serait pas admissible de retenir comme seul critère le fait que quelqu'un s'est déjà vu octroyer la concession.

En revanche, selon l'étude de la ZHAW et contrairement aux directives de l'Union des villes suisses, une telle procédure présuppose au moins une publication et la possibilité d'offres concurrentes, c'est-à-dire que l'attribution doit être annoncée au préalable<sup>13</sup>. Compte tenu de l'interdiction de discrimination et des garanties de procédure qui en découlent, un acteur du marché intéressé par l'attribution devrait pouvoir exiger d'être entendu sur sa demande et que son refus ne serve pas à des fins étrangères à l'objet ou discriminatoires. En d'autres termes, les acteurs du marché devraient pouvoir exiger que leur demande soit traitée de bonne foi et dans le cadre d'une procédure équitable. Il en résulte que de telles demandes doivent être examinées sérieusement et qu'une éventuelle décision négative doit être motivée<sup>14</sup>. Afin de pouvoir faire valoir leurs droits procéduraux découlant de l'art. 3a LApEI et de l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH, les acteurs du marché concernés devraient avoir le droit d'exiger une décision contestable concernant l'attribution de la concession<sup>15</sup>. En ce qui concerne l'attribution des zones de réseau par les cantons conformément à l'art. 5, al. 1, LApEI, qui doit également avoir lieu dans le cadre d'une procédure transparente et non discriminatoire, la procédure d'attribution suit les principes généraux, en tenant compte notamment du droit d'être entendu et de la garantie des voies de droit<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Union des villes suisses, Guide relatif à l'octroi de concessions de réseaux de distribution électrique, Berne, 2013

<sup>13</sup> Cf. étude ZHAW (cf. note 2), p. 10.

<sup>14</sup> Cf. p. ex. Beyeler, Martin, in : Kommentar Energierecht in: Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner/Föhse (éd.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 3a StromVG, Rz. 60 ff.

<sup>15</sup> Cf. « Stellungnahme der WEKO i.S. AEK Energie gegen die Gemeinde Lüsslingen-Nennigkofen, Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 11. Juli 2019 », DPC 2020/2, 867, ch. 37 s.

<sup>16</sup> Cf. Jäger, Christoph/Scheidegger, Christophe, in: Kommentar Energierecht (cf. note 14), Art. 5 StromVG, Rz. 15.

### 2.2.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles

L'attribution de la zone de desserte joue un rôle primordial, car elle détermine qui exploite le réseau localement et répond de ce fait de l'approvisionnement de base. Une zone de desserte n'est attribuée qu'à une seule entreprise. Il convient de la différencier du droit de passage de lignes électriques sur un terrain acquis par la concession dont il est question ici, qui n'est qu'un moyen permettant de garantir l'attribution des zones de desserte du point de vue des droits réels. La concession n'a donc qu'une importance secondaire. Une seule zone de desserte peut nécessiter un grand nombre de concessions qui, dans certaines circonstances, peuvent devoir être octroyées par de nombreuses communautés différentes. De plus, les lignes passent aussi souvent sur des terrains privés, ce qui impose la constitution de servitudes, par exemple. Ainsi, un appel d'offres orienté sur une concurrence maximale pour le droit de passage des lignes électriques pourrait aboutir à une situation dans laquelle les concessions iraient à de nombreux gestionnaires de réseau différents, alors que l'attribution de la zone de desserte serait limitée à un seul gestionnaire de réseau. Cela ne semble pas indiqué et n'est guère compatible avec le système prévu par la LApEI. Les conséquences d'une vision isolée des « concessions de réseau » apparaissent encore plus clairement dans le cas du réseau de transport. Ce dernier est considéré dans la LApEI comme une unité indissociable qui appartient à la Société nationale de réseau de transport (Swissgrid SA). Ici aussi, l'utilisation de terrain public nécessite des concessions. Si l'attribution de ces concessions s'effectuait par appel d'offres, cela pourrait conduire à remettre en question l'unité clairement voulue par la LApEI. Tout cela montre que la LApEI vise une concurrence *pour* le réseau. Or il faut au contraire une concurrence *sur* le réseau, ce que le Conseil fédéral veut accomplir avec l'ouverture complète du marché faisant partie de la nouvelle loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables<sup>17</sup>. L'examen des coûts réalisé par l'EiCom, complété par la comparaison d'autres indicateurs (régulation Sunshine), contribue à une exploitation rentable des réseaux de distribution. De plus, avec le projet de loi, le Conseil fédéral propose que si on n'observe pas de progrès suffisants de la part des gestionnaires de réseau avec la régulation Sunshine, celle-ci soit remplacée par une régulation incitative qui pousse les gestionnaires de réseau à rechercher des gains d'efficacité.

### 2.2.4 Impact de la révision de la LMP

Il n'y a pas d'autre conclusion à tirer du droit sur les marchés publics. L'art. 9 LMP réserve expressément les dispositions de droit spécial et dispense dans ce cas d'un appel d'offres. L'art. 3a LApEI constitue une telle disposition.

### 2.2.5 Conclusion

Par l'adoption de l'art. 3a LApEI en 2011, les Chambres ont entériné à l'unanimité la règle de droit spécial selon laquelle l'octroi des concessions relatives au réseau de transport et de distribution d'électricité ne requiert pas d'appel d'offres, mais doit être transparent et non discriminatoire. Pour ce qui est de la question de savoir comment cette disposition doit être concrètement mise en œuvre par les communes, il existe aujourd'hui un guide et divers travaux scientifiques, mais encore peu d'indications de la part des tribunaux. Compte tenu du caractère récent de l'adoption de cette disposition, une modification de la loi n'est pas indiquée.

## 2.3 Autorisation pour les installations de transport par conduites

### 2.3.1 Remarques liminaires

Pour la construction de conduites, en particulier pour les réseaux de gaz, les communes sont souvent appelées à octroyer des concessions pour l'utilisation du domaine public. En l'absence

---

<sup>17</sup> Cf. message du 18 juin 2021 concernant la loi relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables, FF 2021 1666.



d'une disposition expresse dans une loi spéciale, on ne peut toutefois pas partir du principe que l'art. 2, al. 7, LMI n'est pas applicable dans le domaine des conduites.

### 2.3.2 Procédures pour l'octroi des autorisations

Les installations de transport par conduites servant à transporter des combustibles ou des carburants liquides ou gazeux (en particulier du gaz liquide ou du pétrole) sont soumises à la loi sur les installations de transport par conduites (LITC)<sup>18</sup>. Tandis que les conduites haute pression sont exclusivement soumises à la surveillance de la Confédération, les conduites basse pression sont principalement soumises à la surveillance des cantons (art. 16, al. 1, et art. 43 LITC).

Pour mettre en place ou modifier une conduite haute pression, les plans du projet doivent avoir été approuvés par la Confédération (art. 2, al. 1, et art. 17, al. 1, LITC) ; pour les conduites basse pression, il faut l'autorisation des cantons (art. 42, al. 1, LITC). Leur autorisation n'entraînant pas de monopole légal<sup>19</sup>, il ne s'agit pas d'un « marché fermé » proprement dit. Cela étant, la mise en place d'installations de transport par conduites parallèles (en principe autorisée) n'est souvent pas rentable et, du point de vue économique, elle n'est pas non plus judicieuse. L'exploitant d'une installation de transport par conduites détient donc un solide monopole naturel qui lui permet de limiter la concurrence également en amont et en aval de l'exploitation du réseau<sup>20</sup>. Toutefois, les exploitants de conduites sont tenus d'assurer le transit pour les concurrents, comme la COMCO l'a constaté le 4 juin 2020 dans sa décision concernant l'accès au réseau d'EGZ et d'ewl<sup>21</sup>, en se basant sur l'art. 7 de la loi sur les cartels (LCart)<sup>22</sup> pour le secteur du gaz.

### 2.3.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles

Le fait qu'en pratique, la construction et l'exploitation d'une conduite ne font pas l'objet d'une procédure d'appel d'offres répond à la même logique que pour les réseaux électriques<sup>23</sup> ; en 2012, il a été inscrit dans la LApEI que les concessions liées au réseau pouvaient être octroyées sans procéder à un appel d'offres (art. 3a LApEI ; voir ch. 2.2.2). L'un des arguments centraux de la discussion était qu'ouvrir le réseau à la concurrence engendre des coûts supplémentaires sans nécessairement apporter des avantages.

La question de l'utilisation des installations de transport par conduites par des tiers n'est aujourd'hui réglée que de manière rudimentaire au niveau du droit spécial. Selon l'art. 13, al. 1, LITC, les tiers ont en principe le droit d'utiliser une installation de transport par conduite appartenant à une autre entreprise contre rémunération équitable<sup>24</sup>. Les modalités précises à ce sujet manquent de clarté. En complément, la question de l'accès au réseau du gaz pour le transport des tiers vers les gros clients industriels est également réglée depuis le 1er octobre 2012 par la « Convention d'accès au réseau pour le gaz naturel »<sup>25</sup>. Enfin, le droit des tiers à

---

<sup>18</sup> Cf. RS 746.1. Les conduites dont la pression de service ne dépasse pas 5 bar sont uniquement soumises à certaines dispositions de la LITC (art. 1, al. 2, let. a, et art. 41 LITC en relation avec art. 2, al. 1, let. a, OITC ; RS 746.11).

<sup>19</sup> Sont réservées les prescriptions cantonales concernant l'exploitation du réseau et l'approvisionnement en énergie, cf. p. ex. la loi du 11 février 2009 du canton de Bâle-Ville sur les *Industrielle Werke Basel* (loi IWB, SG 772.300).

<sup>20</sup> Cf. décision de la Commission de la concurrence (COMCO) du 4 juin 2020 concernant l'ouverture du marché du gaz en Suisse centrale (<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/medien/communiqués-de-presse/nsb-news.msg-id-79324.html>).

<sup>21</sup> Cf. DPC 2020/4b, p. 1863.

<sup>22</sup> RS 251

<sup>23</sup> Selon un avis de la COMCO du 22 février 2010, le renouvellement d'une concession, qui est nécessaire pour l'exploitation du réseau électrique, est un état de faits devant faire l'objet d'un appel d'offres selon la LMI. Il n'est pas certain que la COMCO maintiendrait cet avis eu égard à l'approbation des plans et des autres autorisations nécessaires aux installations de transport par conduites.

<sup>24</sup> Cf. message du 28 septembre 1962 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi concernant les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (FF 1962 II 788, 814).

<sup>25</sup> Cf. [www.ksdl-erdgas.ch](http://www.ksdl-erdgas.ch) > Téléchargements.

l'accès au réseau découle en principe de l'art. 7 LCart, ce qui couvre également le transport tiers vers les (petits) consommateurs finaux industriels et privés<sup>26</sup>.

Afin de fixer des règles claires et uniformes pour le marché du gaz, le Conseil fédéral a soumis à consultation un avant-projet de loi sur l'approvisionnement en gaz (AP-LApGaz). Ce dernier vise à donner un cadre uniforme pour favoriser le bon fonctionnement de la concurrence à l'échelle nationale, en fixant notamment les règles régissant l'utilisation du réseau gazier. Il n'entraînera cependant pas une concurrence pour le réseau gazier (au niveau de l'exploitation du réseau). Il convient toutefois de noter que l'avant-projet mis en consultation par le Conseil fédéral ne prévoit qu'une ouverture partielle du marché, à savoir pour les consommateurs finaux dont la consommation est supérieure à 100 mégawattheures (cf. art. 7 AP-LApGaz).

### **2.3.4 Impact de la révision de la LMP**

La LMP révisée n'a pas d'impact sur ces autorisations.

### **2.3.5 Conclusion**

Le Conseil fédéral ne prévoit pas d'adapter le système d'autorisations pour les installations de transport par conduites. La prochaine étape concernant la nouvelle LApGaz est l'adoption du message par le Conseil fédéral.

## **2.4 Concessions de radiocommunication**

### **2.4.1 Procédures pour l'octroi des concessions**

L'octroi de concessions de radiocommunication passe en règle générale par un appel d'offres public lorsque l'utilisation du spectre des fréquences de radiocommunication est destinée à la fourniture de services de télécommunication et qu'il est à prévoir qu'il n'y aura pas assez de fréquences disponibles pour toutes les parties actuellement ou potentiellement intéressées (art. 22a de la loi sur les télécommunications [LTC]<sup>27</sup>). L'autorité concédante détermine si la concession sera adjugée sur la base de certains critères ou au plus offrant (art. 22, al. 1, de l'ordonnance sur l'utilisation du spectre des fréquences de radiocommunication [OUS]<sup>28</sup>).

Le Conseil fédéral règle la procédure. Celle-ci obéit aux principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence ; elle veille en outre à ce que les données fournies par les requérants soient traitées de manière confidentielle (art. 24, al. 1, LTC).

En 2012 et 2019, l'ensemble du spectre utilisé par les services de télécommunication mobile en Suisse a été distribué aux opérateurs par mise aux enchères. La Commission de la communication (ComCom) s'est prononcée en faveur de la mise aux enchères et contre la sélection par critères ou l'attribution directe. Les raisons évoquées sont les suivantes :

- Rareté de la ressource : la demande excédait à chaque fois le spectre disponible.
- Transparence : la mise aux enchères est plus transparente, tant pour les participants que pour le public.
- Attribution de fréquences proche du marché : les candidats peuvent indiquer leurs besoins en fréquences par bande, situation et prix et les ajuster au fil de l'enchère. Le commissaire-priseur n'indique que le prix et les éventuelles restrictions d'enchère.
- Efficacité : un opérateur qui s'acquitte d'un prix du marché (artificiel) pour un bien public rare a intérêt à l'utiliser efficacement.

---

<sup>26</sup> Cf. DPC 2020/4b, p. 1863.

<sup>27</sup> RS 784.10

<sup>28</sup> RS 784.102.1

## **2.4.2 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Les principes de transparence, d'égalité de traitement et d'efficacité sont garantis par les procédures en vigueur. La transparence et l'égalité de traitement (non-discrimination) sont prévues à l'art. 24 LTC. L'art. 21, al. 1, OUS exige que l'appel d'offres soit publié dans la Feuille fédérale et que les documents d'appel d'offres indiquent les critères d'adjudication ainsi que leur pondération. Les critères d'admission à l'enchère (garantie bancaire, compétences techniques), les règles de l'enchère et les exigences d'utilisation s'appliquent de la même façon à tous les participants, qu'il s'agisse d'opérateurs en place ou de nouveaux arrivants, de prestataires nationaux ou étrangers. La procédure elle-même n'entrave pas les nouveaux arrivants, ce sont plutôt les obstacles élevés à l'entrée sur le marché – en vue de créer un réseau national de télécommunication mobile – qui posent problème. L'octroi de concessions régionales a été examiné pour la télécommunication mobile, mais le marché suisse a été jugé trop petit pour que les concessions régionales puissent jouer un rôle significatif pour ce marché. C'est pourquoi seules des concessions nationales sont attribuées. Dans le cadre de la révision de la LTC entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, les dispositions relatives au partage des infrastructures ont été assouplies, ce qui pourrait réduire quelque peu l'obstacle à l'entrée sur le marché (art. 24d LTC). L'art. 23, al. 4, LTC consacre aussi les principes d'efficacité et de concurrence. C'est en grande partie pour ces principes que l'enchère a été choisie comme procédure d'attribution.

L'enchère de 2012, au cours de laquelle a été attribué tout le spectre de fréquences disponible pour la télécommunication mobile à ce moment-là, a été un succès. C'est pourquoi la même procédure d'attribution a été choisie en 2019. Il n'y a pas eu de recours de la part des opérateurs, ce que l'Office fédéral de la communication (OFCOM) impute à ce système d'allocation des fréquences guidé par le marché. Le défi réside dans l'aménagement du dispositif de l'enchère. Pour être couronnée de succès, l'enchère doit être compréhensible, flexible et – compte tenu des effets économiques significatifs sur la concurrence et le prix d'adjudication – étroitement ajustée aux conditions du marché en vigueur à ce moment-là.

## **2.4.3 Impact de la révision de la LMP**

L'octroi de concessions de radiocommunication est exclu du champ d'application de la LMP<sup>29</sup>. Par souci de clarté, ce principe a été explicitement inscrit dans la loi à l'occasion de la révision de la LTC du 22 mars 2019 et est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021 (art. 24, al. 2, LTC).

## **2.4.4 Conclusions**

La procédure d'attribution est en adéquation avec le marché. Les principes de transparence, d'égalité de traitement, de concurrence et d'efficacité sont systématiquement pris en compte aussi bien dans le cadre législatif que dans la pratique. Aucune mesure ne s'impose. C'est pourquoi aucun ajustement n'a été apporté sur ce point dans la LTC révisée.

## **2.5 Concessions de fabrication et de rectification des boissons distillées**

### **2.5.1 Procédures pour l'octroi des concessions**

Le droit de fabriquer et de rectifier des boissons distillées appartient exclusivement à la Confédération (art. 3, al. 1, de la loi fédérale sur l'alcool [LAlc]<sup>30</sup>). La Confédération n'a cependant jamais exercé elle-même ce droit qu'elle a concédé à des sociétés coopératives ou à d'autres entreprises privées (art. 3, al. 2, LAlc). Les concessions de fabrication et de rectification des

---

<sup>29</sup> Voir aussi le message concernant la révision totale de la LMP, FF 2017 1695 1746.

<sup>30</sup> RS 680

boissons distillées sont octroyées sur demande et « dans la mesure où les nécessités économiques du pays la justifient » (art. 5, al. 1, et art. 6, al. 1, LAlc).

Les bases légales relatives à l'octroi des concessions de fabrication et de rectification des boissons distillées trouvent leur origine dans les années 1930, période marquée par la consommation abusive de boissons spiritueuses. La clause de nécessité était conforme à la Constitution de 1874 en vigueur jusqu'en 1999. La Constitution actuelle n'obligeant plus la Confédération à réduire la production de boissons spiritueuses, la clause de nécessité n'est plus déterminante dans l'exécution des dispositions. C'est pourquoi le Conseil fédéral proposa de supprimer cette disposition et le système de concessions dans le cadre de la révision totale de la LAlc en 2012<sup>31</sup>. La révision a cependant été rejetée par le Parlement en 2015.

### **2.5.2 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Conformément à son message de 2012, le Conseil fédéral est toujours d'avis que le monopole de la Confédération en matière de fabrication et de rectification de boissons distillées peut être supprimé.

Attendu que la clause de nécessité n'influe plus sur le nombre de distilleries, que ce soit dans l'optique de réduire artificiellement les quantités ou de garantir un approvisionnement de base, la mise en place d'une obligation de procéder à un appel d'offres serait inopportune et constituerait une entrave administrative supplémentaire. L'aspect concurrentiel ne joue pas un rôle pertinent pour les concessions de fabrication et de rectification de boissons distillées.

Au contraire, il faudrait plutôt adapter les bases actuelles de la législation sur l'alcool aux réalités d'aujourd'hui et introduire une procédure d'autorisation légale simple, sans contingentement. Cela permettrait de garantir que toute personne remplissant les conditions matérielles, professionnelles et personnelles pour obtenir une autorisation l'obtienne. Au final, la procédure d'accès serait non discriminatoire.

### **2.5.3 Impact de la révision de la LMP**

Les concessions de fabrication et de rectification de boissons distillées n'entrent pas dans le champ d'application de la LMP.

### **2.5.4 Conclusions**

Après le rejet de la révision totale de la LAlc en 2015, le remplacement du système de concessions par un système d'autorisations n'a pas été intégré dans la révision partielle<sup>32</sup>, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2018. Il serait néanmoins indiqué, notamment pour des raisons de politique de la concurrence, de passer à un système d'autorisation simple sans contingentement.

Dans le cadre de la révision totale de la législation douanière actuellement en cours, le régime d'octroi des concessions sera simplifié au niveau de l'ordonnance sur l'alcool (OAlc)<sup>33</sup> et s'apparentera à celui de l'octroi d'autorisations ordinaires. Une révision de la LAlc permettrait d'ancrer cette pratique au niveau légal.

---

<sup>31</sup> Cf. Message du 25 janvier 2012 concernant la révision totale de la loi sur l'alcool (Loi sur l'imposition des spiritueux et loi sur le commerce de l'alcool), FF **2012** 1111.

<sup>32</sup> Cf. Message du 6 avril 2016 concernant la révision partielle de la loi sur l'alcool, FF **2016** 3493.

<sup>33</sup> RS **680.11**

## 2.6 Concessions de maison de jeu

### 2.6.1 Remarques liminaires

Le système des concessions de maison de jeu doit être replacé dans son contexte historique. Pour que le système de concessions actuel puisse voir le jour dans le passé, il a fallu lever l'interdiction des maisons de jeu en vigueur depuis 1928. Le Conseil fédéral en a jeté les bases dès 1992 dans le cadre des mesures d'assainissement des finances fédérales 1992<sup>34</sup>. Pour générer des recettes supplémentaires, il a proposé de lever l'interdiction des maisons de jeu. C'est ainsi que la loi sur les maisons de jeu (LMJ) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2000. Son but était notamment de prévenir les effets socialement délétères des jeux de hasard et de générer des recettes pour la Confédération au profit de l'AVS et des cantons. Cette loi a été remplacée par la loi sur les jeux d'argent (LJAR)<sup>35</sup> le 1<sup>er</sup> janvier 2019<sup>36</sup>.

### 2.6.2 Procédures pour l'octroi des concessions

Toute personne qui souhaite exploiter des jeux de casino doit détenir une concession (art. 5, al. 1, LJAr), octroyée par le Conseil fédéral (art. 11 LJAr). Le système de concessions trouve principalement son origine dans la volonté de protéger la population de la surconsommation de jeux en limitant l'offre.

Les concessions de maison de jeu sont attribuées sur demande, adressée à la Commission fédérale des maisons de jeux (CFMJ ; art. 10, al. 1, LJAr). Le requérant doit répondre aux critères définis à l'art. 8 LJAr (p. ex. calculs de rentabilité, utilité économique pour la région, programme de mesures sociales). L'ordonnance sur les jeux d'argent (OJAR)<sup>37</sup> fixe les dispositions détaillées sur les conditions à l'octroi d'une concession. La CFMJ ordonne la publication de la demande dans la Feuille fédérale et la feuille officielle du canton d'implantation de la maison de jeu, puis soumet une proposition qui va au Conseil fédéral (art. 10, al. 2 et 4, LJAr). La décision du Conseil fédéral sur l'octroi de la concession est publiée dans la Feuille fédérale et dans la feuille officielle du canton d'implantation de la maison de jeu (art. 11, al. 2, LJAr). Cette décision n'est pas sujette à recours (art. 11, al. 1, LJAr)<sup>38</sup>. Le nombre de concessions est fixé par le Conseil fédéral (art. 5, al. 3, LJAr). Aujourd'hui, 21 maisons de jeux concessionnées opèrent en Suisse.

### 2.6.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles

Le système de concessions existant a fait ses preuves au plan fiscal. Les recettes attendues d'au moins 150 millions de francs par an formulées en 1992 ont été largement dépassées. Depuis la perception de l'impôt sur les maisons de jeu en 2002 et jusqu'en 2020, 6,02 milliards de francs provenant du produit brut des jeux de casino ont pu être versés à l'AVS. Durant la même période, près de 1,03 milliard de francs a aussi été versé aux cantons sous forme de paiements directs. En outre, plus de 129 millions de francs ont été investis par les maisons de jeu à des fins d'utilité publique dans le cadre de projets régionaux. Dans le même temps, les maisons de jeu ont pu distribuer à leurs actionnaires des dividendes à hauteur de 1,35 milliard de francs.

Même si la levée de l'interdiction des casinos visait initialement à servir des intérêts fiscaux, il était déjà clair à l'époque que des critères régionaux et sociaux devaient également être pris

---

<sup>34</sup> Cf. message sur les mesures d'assainissement des finances fédérales 1992, FF 1992 341.

<sup>35</sup> RS 935.51

<sup>36</sup> Le contre-projet direct à l'initiative populaire « Pour des jeux d'argent au service du bien commun » a été accepté par le peuple et les cantons le 11 mars 2012. C'est sur la base du nouvel art. 106 Cst. adopté à cette fin qu'a été élaborée une loi sur les jeux d'argent (LJAR), réunissant les deux lois régissant jusque-là le domaine des jeux d'argent, la loi sur les loteries et la loi sur les maisons de jeu (LMJ).

<sup>37</sup> RS 935.511

<sup>38</sup> Dans son projet, le Conseil fédéral avait prévu la possibilité de faire recours contre la décision d'octroi (cf. FF 2015 7680, 7772). La formulation actuelle de l'art. 11, al. 1, LJAr a été décidée dans le cadre des débats parlementaires.

en compte<sup>39</sup>. L'octroi de concessions ne vise ainsi pas seulement à dégager des recettes maximales. Il s'agit aussi et surtout de protéger la population de manière appropriée contre les dangers inhérents aux jeux d'argent. En outre, lorsqu'elle octroie une concession, la Confédération doit prendre en compte les réalités régionales (art. 106, al. 2 et 5, Cst.).

Selon l'étude de la ZHAW, l'attribution dans le cadre d'une vente aux enchères ou d'un concours de critères est préférable d'un point de vue économique. On peut également supposer que le nombre d'acteurs du marché intéressés par une vente aux enchères est suffisamment élevé<sup>40</sup>. Ainsi, l'éventuel surcoût lié aux appels d'offres concurrentiels pourrait tout à fait se justifier. Le législateur a toutefois prévu l'exception à l'obligation d'appel d'offres et de vente aux enchères pour des raisons de politique régionale et sociale.

#### **2.6.4 Impact de la révision de la LMP**

La LMP révisée n'a pas d'impact sur les concessions : elles sont exclues de son champ d'application.

#### **2.6.5 Conclusion**

Le système de concessions existant est politiquement adéquat au vu de ses buts, inscrits dans la loi, qui sont de limiter l'offre de jeux d'argent et de garantir des retombées économiques pour les régions d'implantation des maisons de jeu. En outre, la LJA est entrée en vigueur seulement le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Il n'est pour l'heure pas prévu de la réviser.

## **2.7 Concessions de routes pour les transporteurs aériens**

### **2.7.1 Procédures pour l'octroi des concessions**

L'attribution des concessions de routes pour les transporteurs aériens se base sur la loi sur l'aviation (LA<sup>41</sup> ; en particulier art. 28). Les concessions sont octroyées par l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) sur demande (art. 28, al. 5, LA et art. 114 et 119 de l'ordonnance sur l'aviation [OSAv]<sup>42</sup>). Avant d'accorder une concession, l'OFAC examine notamment si les vols sont d'intérêt public et tient compte de la desserte des aéroports nationaux (art. 28, al. 2, LA).

### **2.7.2 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Le système de la demande est dû à des intérêts de politique aéronautique. Comme déjà relevé dans le rapport du Conseil fédéral du 7 juin 2019, la procédure de demande est basée sur des critères transparents et proches d'une vente aux enchères. Le droit actuel garantit une attribution non discriminatoire des concessions.

### **2.7.3 Impact de la révision de la LMP**

La révision de la LMP n'a pas d'impact sur l'octroi de ces concessions.

### **2.7.4 Conclusions**

En l'état, le Conseil fédéral ne juge pas utile de légiférer. Les marchés sont, dans leur grande majorité, ouverts et les concessions de routes ne constituent donc pas, en pratique, un bien limité. Les procédures en vigueur ont fait leurs preuves. S'agissant des routes avec des droits limités, la demande n'est pas suffisante pour justifier une adjudication par enchère.

---

<sup>39</sup> Cf. message du 26 mai 1992 sur les mesures d'assainissement des finances fédérales 1992, FF **1992** III 373.

<sup>40</sup> Cf. étude ZHAW (cf. note 2), p. 77.

<sup>41</sup> RS **748.0**

<sup>42</sup> RS **748.01**

## **2.8 Concession de service universel dans le secteur des télécommunications**

### **2.8.1 Procédures pour l'octroi des concessions**

L'art. 14, al. 3, de la loi sur les télécommunications (LTC)<sup>43</sup> prévoit que l'octroi de la concession de service universel fasse l'objet d'un appel d'offres public et que la procédure se déroule selon les principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence. Lors de son adoption, la loi autorisait également l'autorité concédante, soit la Commission fédérale de la communication (ComCom), à désigner un fournisseur de services de télécommunication (FST) pour assurer le service universel au cas où l'appel d'offres ne susciterait aucune candidature adéquate<sup>44</sup>. Lors de la modification de la loi, adoptée par le Parlement le 24 mars 2006 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007, cette disposition a été complétée pour permettre à la ComCom de faire également appel à un ou plusieurs FST s'il devait apparaître d'emblée que l'appel d'offres ne pourrait pas se dérouler dans des conditions de concurrence (art. 14, al. 4, LTC).

L'entrée en vigueur de la LTC, le 1<sup>er</sup> janvier 1998, a marqué le coup d'envoi de la libéralisation du marché des télécommunications. Après des décennies de monopole étatique, il incombait désormais à de multiples prestataires d'offrir aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et produits selon les règles de la concurrence.

En matière de service universel, le législateur a tablé sur le fait qu'après une période transitoire de cinq ans – durant laquelle Swisscom devait garantir la fourniture du service universel sans contribution financière – plusieurs prestataires seraient en lice pour reprendre le flambeau. Fondamentalement, l'idée est de les mettre en concurrence grâce à un appel d'offres public et d'octroyer la concession de service universel à celui qui satisfait le mieux aux critères de décision et qui ne réclame aucune compensation financière ou, si tous les candidats demandent une compensation, à celui dont l'offre présente le meilleur rapport entre les prestations promises et le montant de la contribution requise.

Toutefois, l'expérience a montré que les conditions nécessaires à la réalisation d'un appel d'offres public fructueux n'étaient pas faciles à réunir. C'est la raison pour laquelle le Parlement a conféré à l'autorité concédante le droit d'éviter un exercice jugé inutile à l'aune des investigations qu'elle aura préalablement menées.

### **2.8.2 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Depuis la libéralisation du marché, Swisscom a toujours été concessionnaire du service universel. Deux appels d'offres publics ont été organisés en vue d'attribuer la concession, la première fois en 2001 pour la concession couvrant la période 2003-2007 et la seconde fois en 2006 pour la concession 2008-2017. Ces concessions ont été octroyées selon certains critères (principe du concours de beauté), tel que le prévoit la procédure (art. 12, al. 1, de l'ordonnance sur les services de télécommunication [OST]<sup>45</sup>); chaque fois l'entreprise Swisscom fut la seule à déposer sa candidature. Quant à la concession portant sur la période 2018-2022, elle a été attribuée, pour la première fois, par désignation. Le choix de cette procédure a été motivé par le résultat des investigations menées par l'Office fédéral de la communication (OFCOM). Celui-ci a en effet demandé à chacun des prestataires de services de télécommunication en mesure d'assurer la fourniture du service universel s'il pouvait envisager de déposer sa candidature. Si deux réponses avaient été positives, un appel d'offres public aurait été naturellement organisé.

---

<sup>43</sup> RS 784.10

<sup>44</sup> Cf. anciennement art. 18, al. 2, LTC, état le 20 octobre 1997.

<sup>45</sup> RS 784.101.1

Les deux appels d'offres publics ont pleinement satisfait le principe de la transparence, en s'appuyant sur des bases légales connues. Par ailleurs, l'ouverture des procédures a été annoncée dans la Feuille fédérale et tous les documents d'appel d'offres étaient accessibles sur Internet. Cette transparence a également été assurée dans le cas de la procédure par désignation puisque celle-ci s'est fondée sur des règles applicables connues de tous et aisément accessibles. Les trois décisions d'attribution ont été rendues publiques, étaient motivées et parfaitement compréhensibles.

L'égalité de traitement entre les parties potentiellement intéressées a toujours été assurée, et ce quelle que soit la procédure adoptée. En particulier, rappelons que dans le cas de la désignation tous les prestataires en mesure de garantir la fourniture du service ont été consultés par écrit.

À chaque fois, tout a été mis en œuvre pour essayer de mettre en concurrence les parties potentiellement intéressées. Toutefois, les conditions nécessaires à la réalisation d'un appel d'offres public fructueux sont, on l'a vu, difficiles à réunir. Cette situation s'explique principalement par le fait que le nombre d'acteurs évoluant sur le marché et disposant des infrastructures nécessaires pour remplir le mandat est restreint et que la détention de la concession de service universel amène, tout compte fait, plus d'inconvénients que d'avantages. Ainsi, le concessionnaire a l'obligation de fournir sur tout le territoire un éventail de services, répondant à certains critères en matière de qualité et de prix, à quiconque en fait la demande et ce sans jouir d'un droit d'exclusivité. Par ailleurs, il doit remplir des critères stricts (calcul selon certains principes, « ouverture » des comptes) pour pouvoir bénéficier d'une compensation financière, tout en participant au financement de celle-ci proportionnellement à son chiffre d'affaires. Si le nombre de candidats potentiels est égal à un, il est donc plus efficace de renoncer à organiser un appel d'offres public.

### **2.8.3 Impact de la révision de la LMP**

L'octroi de la concession de service universel n'est pas soumis au droit des marchés publics et n'est donc nullement impacté par la LMP révisée. Par souci de clarté, le nouvel al. 3 de l'art. 14 de la LTC, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021, précise expressément que ce domaine du droit des télécommunications est exclu du champ d'application de la LMP.

### **2.8.4 Conclusions**

Le désintérêt des principaux acteurs du marché pour le service universel n'est pas imputable aux procédures d'attribution mises en œuvre mais plutôt aux spécificités du marché des télécommunications. Sur un marché marqué par un développement technologique rapide et nécessitant des investissements soutenus, l'on peut comprendre que les opérateurs préfèrent concentrer leurs efforts sur les services pour lesquels il existe un vrai enjeu commercial. La réalisation d'un appel d'offres public nécessite l'engagement de ressources en temps et en argent non négligeables, et ce tant du côté de l'autorité concédante que de celui du prestataire qui dépose un dossier de candidature.

## **2.9 Concessions de diffusion octroyées aux radios locales et aux télévisions régionales et assorties d'un mandat de prestations**

### **2.9.1 Remarques liminaires**

Pour des raisons techniques et politiques, le marché suisse de la radiodiffusion a toujours été un marché réglementé. C'est la première loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (LRTV)<sup>46</sup> qui a ouvert le marché aux diffuseurs privés. La diffusion de programmes de radio et de télévision était soumise à une concession. L'entrée en vigueur de la nouvelle LRTV du

---

<sup>46</sup> RS 784.40



24 mars 2006 a entraîné une nouvelle libéralisation : les diffuseurs suisses ne sont depuis lors plus soumis qu'à l'obligation d'annoncer. Avec l'avènement de la numérisation, cette nouvelle donne a entraîné l'apparition de nouveaux diffuseurs et de nouvelles offres. À ce jour, 216 radios et 167 télévisions sont annoncées auprès de l'OFCOM (situation d'octobre 2021).

Selon la LRTV, seuls sont encore titulaires d'une concession la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) et les diffuseurs privés qui remplissent un mandat de prestations incluant des exigences en matière de programmes et bénéficient en contrepartie d'avantages juridiques ou financiers particuliers. C'est actuellement le cas de 37 radios locales privées et de 13 télévisions régionales.

Le mandat général de la SSR découle de l'art. 93 Cst. et est précisé dans la LRTV (art. 23 ss LRTV). La LRTV stipule expressément que la SSR fournit « un service d'utilité publique », en particulier un service universel de nature journalistique et des programmes nationaux ou destinés aux régions linguistiques. La SSR a de ce fait droit, de par la loi, à une concession qui lui est octroyée par le Conseil fédéral. Les candidatures qui viendraient la concurrencer pour ce mandat de prestations national ou régional-linguistique sont exclues par la loi.

## 2.9.2 Procédures pour l'octroi des concessions

Au niveau local et régional, le mandat de prestations constitutionnel est assuré par des diffuseurs de radio et de télévision privés. L'art. 38 LRTV limite l'accès aux concessions assorties d'un mandat de prestations et donnant droit à une quote-part de la redevance aux diffuseurs locaux et régionaux dont les programmes ne peuvent être financés commercialement. Sur le plan du contenu, l'accès est limité aux diffuseurs qui fournissent une large information sur les réalités locales et régionales, ou aux programmes radio des agglomérations qui contribuent à l'exécution du mandat de prestations constitutionnel conformément à l'art. 93, al. 2, Cst. L'art. 43 LRTV prévoit également des concessions pour d'autres diffuseurs qui fournissent une large information sur les réalités locales et régionales ou qui contribuent notablement à l'exécution du mandat de prestations constitutionnel dans leur région linguistique. Les concessions au sens de l'art. 43 LRTV ne donnent toutefois pas droit à une quote-part de la redevance de radio-télévision.

L'autorité compétente en matière d'attribution des concessions de diffusion est le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), conformément à l'art. 45, al. 1, LRTV et à l'art. 43 de l'ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV)<sup>47</sup>. L'OFCOM est chargé par ce dernier d'instruire la procédure d'octroi de concession.

Le DETEC octroie les concessions pour les différentes zones de desserte dans le cadre d'une sélection par critères. L'adjudication repose sur des critères de qualification et de sélection. L'art. 44 LRTV mentionne comme critères de qualification la preuve de la capacité à assumer financièrement le mandat de prestations, la transparence quant aux fournisseurs de capitaux et au montage du financement, la garantie du respect du droit du travail et des conditions de travail usuelles de la branche ainsi que la séparation des activités rédactionnelles et économiques. En outre, le requérant doit être une personne physique domiciliée en Suisse ou une personne morale ayant son siège en Suisse. La règle selon laquelle une entreprise ne peut acquérir plus de deux concessions de radio et deux concessions de télévision constitue une autre limitation de l'accès. Les critères de sélection se rapportent au mandat de prestations. Ils se divisent pour l'essentiel en critères d'organisation (*inputs*) et critères de production (*outputs*). Les premiers concernent les exigences de gestion de la qualité rédactionnelle, les conditions de travail, la formation et le perfectionnement des professionnels du programme. Les seconds se réfèrent à la mise en œuvre du mandat par le requérant. Ce dernier doit fournir

---

<sup>47</sup> RS 784.401

des indications relatives au contenu et aux heures de diffusion, aux concepts d'émission et aux critères de sélection journalistique, etc<sup>48</sup>.

### **2.9.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

La procédure tient compte des exigences de la LRTV et est principalement guidée par des considérations de politique des médias. L'objectif est de promouvoir certaines prestations relatives aux programmes socialement et politiquement souhaitables. Les critères qualitatifs sont par conséquent essentiels dans l'attribution des concessions. La procédure choisie permet d'en tenir compte.

Dans l'appel d'offres public pour l'octroi de concessions avec mandat de prestations du 4 septembre 2007, l'OFCOM a détaillé la procédure et les critères d'attribution ; il a également précisé la pondération utilisée lors de l'évaluation des informations fournies par les candidats<sup>49</sup>. La transparence est donc assurée. Toutes les requêtes soumises ont été examinées à l'aide de la même grille d'évaluation. Les indications relatives aux critères susmentionnés ont été examinées et évaluées quantitativement et qualitativement. Cette procédure garantit la concurrence. Dans la procédure d'attribution, les diffuseurs au bénéfice d'une concession et les nouveaux requérants sont traités sur un pied d'égalité. Sous réserve des restrictions formulées au ch. 2.9.2, la concurrence est dès lors une réalité. Le principe du renouvellement régulier des concessions est efficace, dans la mesure où il garantit le service universel journalistique dans les régions, conformément aux exigences du législateur.

Un nouvel appel d'offres sera lancé en 2023 en vue de la nouvelle période de concession à partir de 2025.

### **2.9.4 Impact de la révision de la LMP**

La procédure d'octroi de concessions prescrite par la LRTV a valeur de droit spécial. Elle n'entre pas dans le champ d'application de la LMP.

### **2.9.5 Conclusions**

La procédure d'appel d'offres a fait ses preuves. Des ajustements ne sont ni nécessaires ni indiqués.

## **2.10 Concessions d'exploitation des aéroports**

### **2.10.1 Remarques liminaires**

La révision de la LMP a soulevé la question de savoir si l'art. 9 LMP implique que l'attribution des concessions d'exploitation des aéroports soit nouvellement soumise au droit des marchés publics. En application de l'art. 9 en relation avec l'art. 20 et des annexes 4 et 5 de la LMP, les concessions d'exploitation devraient en conséquence être attribuées dans le cadre d'une procédure sur invitation à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021. Cependant, la soumission des concessions d'exploitation des aéroports à la LMP est controversée au niveau politique. La motion 21.3458 de la Commission des transports et des télécommunications du Conseil national « Le marché sectoriel des aéroports dans le contexte des marchés publics » demande de ne plus soumettre explicitement l'attribution des concessions pour l'exploitation d'un aéroport à la LMP. La mise en œuvre de la motion exclurait explicitement l'octroi des concessions d'exploitation de la LMP. Le Conseil fédéral propose l'acceptation de la motion. Le 17 juin 2021, le Conseil national l'a

---

<sup>48</sup> Voir à ce sujet le document « Radio et télévision. Appel d'offres public : Octroi de concessions avec mandat de prestations » du 4 septembre 2007 > Médias électroniques > Info sur les diffuseurs > Octroi de concessions 2008 > Procédure.

<sup>49</sup> Cf. note 48.

adoptée, suivi par le Conseil des États le 28 septembre 2021. Cela s'accompagnera d'une modification de l'art. 36a s. LA.

Les réflexions suivantes ne s'appliquent donc qu'au cas où la motion ne serait pas mise en œuvre.

### **2.10.2 Procédures pour l'octroi des concessions**

Selon l'art. 36a LA, une concession est requise pour l'exploitation de tout aéroport ouvert à l'aviation publique (aéroport). Cette concession est octroyée par le DETEC. Ainsi que le prévoit l'art. 13 de l'ordonnance sur l'infrastructure aéronautique (OSIA)<sup>50</sup>, la concession d'exploitation est accordée pour une durée de 50 ans pour les aéroports nationaux et 30 ans pour les autres aéroports.

L'art. 11, al. 1, let. c, OSIA précise encore que quiconque sollicite une concession d'exploitation doit être inscrit au registre du commerce en Suisse, sauf s'il s'agit d'une corporation ou d'un établissement de droit public. Les exploitants étrangers sont donc exclus d'emblée.

Les réflexions suivantes ne s'appliquent qu'au cas où la motion 21.3458 citée en introduction ne serait pas mise en œuvre.

Les critères de sélection sont précisés dans l'invitation à soumissionner ; ils se fondent principalement sur les conditions d'octroi de la concession exposées à l'art. 12 OSIA et sur les exigences de la partie Infrastructure aviation du plan sectoriel des transports (PSIA). Une publicité supplémentaire, par exemple à destination du public, n'est pas nécessaire. La décision d'adjudication doit déjà être rigoureusement fondée sur les dispositions de la LMP.

Comme le Conseil fédéral l'a déjà indiqué dans son rapport du 7 juin 2019 sur l'accès aux marchés fermés de la Confédération, les concessions d'exploitation des aéroports ne sont pas intéressantes pour les exploitants sur le plan économique, sauf pour les deux aéroports nationaux de Genève et de Zurich. D'ailleurs, lors du renouvellement des concessions d'exploitation de ces deux aéroports en 2001, seuls les deux opérateurs en place ont déposé une demande. Il en va de même pour les autres aéroports dont la concession a été attribuée depuis 2001. Il n'y a donc pas eu de concurrence jusqu'ici. Il est probable que cela ne changera pas, du moins dans un avenir proche.

### **2.10.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Si l'octroi des concessions d'exploitation devait rester soumis au droit des marchés publics, il est à prévoir que les défis de la procédure d'attribution évoluent sensiblement. Jusqu'à présent, l'accent a été mis sur l'examen du règlement d'exploitation et sur l'impact des activités aéronautiques sur l'espace et l'environnement. Avec une procédure sur invitation, l'examen de l'aptitude des soumissionnaires et la sélection du futur opérateur prendraient une importance considérablement plus grande.

Dans le cadre du droit des marchés publics, tous les candidats doivent être traités sur un pied d'égalité ; le traitement préférentiel du concessionnaire en place ne serait plus admis. On ne peut toutefois pas exclure que l'exploitant d'un aéroport ait un avantage sur ses concurrents en raison de son expérience et de sa connaissance des conditions spécifiques de l'aéroport concerné et qu'il puisse ainsi mieux remplir les conditions d'octroi de la concession énoncées à l'art. 12 OSIA.

En cas de maintien de l'attribution sans appel d'offres public, il serait toutefois judicieux, pour des raisons de politique de concurrence, de publier au moins les critères de sélection avant de procéder à une nouvelle attribution de la concession, afin que les concurrents intéressés puissent déposer une demande dans les mêmes conditions que le concessionnaire actuel. Ce

---

<sup>50</sup> RS 748.131.1

mécanisme devrait être combiné avec un niveau de protection juridique approprié contre la décision de concession pour les concurrents non retenus.

## **2.10.4 Impact de la révision de la LMP**

Dans l'interprétation de la LMP révisée, la question de savoir si l'octroi des concessions d'exploitation des aéroports est désormais soumise au droit des marchés publics est controversée ; la motion 21.3458 citée plus haut vise à clarifier ce point. La procédure sur invitation impose une étape supplémentaire et représente une complication par rapport au régime en vigueur jusqu'ici, selon lequel la concession est accordée à celui qui en fait la demande. Une procédure sur invitation devrait toutefois être plus facile et sans doute aussi généralement plus rapide à mettre en œuvre qu'une procédure ouverte ou une procédure sélective.

## **2.10.5 Conclusions**

Le transfert dans la loi sur l'aviation des dispositions de procédure et d'octroi des concessions figurant actuellement dans l'OSIA pourrait être analysé si les dispositions relatives aux concessions d'exploitation devaient être revues intégralement dans le cadre d'une révision. Une telle révision n'est toutefois pas prévue à ce jour.

## **2.11 Concession d'infrastructure ferroviaire**

### **2.11.1 Procédures pour l'octroi des concessions**

L'attribution des concessions d'infrastructure se base sur la loi sur les chemins de fer (LCdF<sup>51</sup> ; en particulier art. 5, al. 1 et 2, LCdF). L'octroi d'une concession se fait sur demande (art. 8, al. 1, de l'ordonnance sur les concessions, la planification et le financement de l'infrastructure ferroviaire [OCPF]<sup>52</sup>). Cette concession est indispensable pour construire et exploiter une infrastructure ferroviaire.

Le réseau ferroviaire suisse est en principe achevé, de sorte que toute nouvelle ligne ne peut servir qu'à compléter et à optimiser le réseau existant. Le remplacement d'un exploitant sur les parties existantes du réseau manquerait donc l'objectif d'efficacité et représenterait aussi une charge de travail beaucoup trop importante, une réalité déjà démontrée à l'étranger – notamment au Royaume-Uni et en France – où les projets correspondants ont échoué. Le 25 septembre 2020, le Conseil fédéral a chargé le DETEC d'engager des ajustements géographiques entre les exploitants d'infrastructures ou de créer des centres de compétences lorsque cela peut contribuer à une exploitation efficace du réseau ferroviaire. Un premier pas dans cette direction a été franchi à l'occasion du renouvellement des concessions d'infrastructure des CFF et de BLS Réseau SA au 1<sup>er</sup> janvier 2021.

En raison du nombre encore trop important, mais en diminution constante, d'exploitants d'infrastructures, il existe une certaine concurrence – *benchmarking*, concours d'idées, maîtrise du système, meilleures pratiques, etc. – qui se traduit notamment par une amélioration de l'efficacité.

### **2.11.2 Possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Procéder à des appels d'offres pour des concessions existantes serait une ingérence dans le droit de la propriété, puisque les détenteurs des concessions sont propriétaires des installations existantes.

---

<sup>51</sup> RS 742.101

<sup>52</sup> RS 742.120

### *Évaluation du droit des concessions*

L'Office fédéral des transports (OFT) a fait évaluer à l'externe le droit des concessions dans le domaine des infrastructures ferroviaires et dans le domaine du transport de voyageurs<sup>53</sup>. L'évaluation arrive à la conclusion que l'instrument de la concession a globalement fait ses preuves et constitue un avantage au niveau de la sécurité de la planification, de la sécurité juridique et de la protection des investissements. L'évaluation fait notamment état de potentiels d'amélioration. S'agissant des concessions d'infrastructure ferroviaire, la question se pose si les décisions d'octroi, de modification, de transfert, de renouvellement et de révocation pour les concessions doivent être centralisées à l'OFT. La possibilité d'introduire des concessions d'entreprise a également été proposée ; les concessions seraient alors liées à un gestionnaire d'infrastructure et non plus à une ligne. S'agissant des concessions du transport de voyageurs, l'évaluation recommande un réexamen de la délimitation de l'obligation de concession et des délais ainsi qu'une meilleure coordination avec d'autres processus. Elle propose également une différenciation des concessions de transport de voyageurs comme mesure d'amélioration pour flexibiliser le contenu de telles concessions. En outre, l'étude constate que si une concurrence pour l'obtention d'une concession est également souhaitée pour d'autres secteurs du marché, comme par exemple le transport ferroviaire à longue distance, comme condition préalable à l'accès au marché, les procédures, les délais, les critères d'attribution, etc. doivent être définis de manière transparente avec un délai de préparation suffisant<sup>54</sup>. L'OFT travaille actuellement sur la possible mise en œuvre des résultats de l'évaluation et des recommandations. Les premiers résultats des groupes de projet internes sont prévus début 2022. C'est seulement ensuite que des propositions de modifications au niveau de la loi ou des ordonnances pourraient être nécessaires.

#### **2.11.3 Impact de la révision de la LMP**

Comme elles bénéficient de fonds fédéraux, les entreprises ferroviaires sont tenues de respecter les règles relatives aux marchés publics. Concernant les concessions d'infrastructures, la révision de la LMP a introduit un nouvel al. 5 à l'art. 5 LCdF, excluant les concessions d'infrastructure du champ d'application de l'art. 9 LMP<sup>55</sup>.

#### **2.11.4 Conclusion**

L'instrument de la concession d'infrastructure ferroviaire a fait ses preuves en Suisse. La Confédération pilote le développement de l'infrastructure ferroviaire dans le cadre du programme de développement stratégique. Il ne faut plus tabler sur l'entrée de nouveaux gestionnaires d'infrastructures sur le marché.

## **2.12 Concession de transport des voyageurs**

### **2.12.1 Procédures pour l'octroi des concessions**

Comme mentionné dans le rapport du 7 juin 2019, la législation prévoit des règles de procédures différenciées et partiellement détaillées selon les domaines de transport : attribution directe des concessions pour le trafic longues distances (art. 6, al. 1, de la loi sur le transport de voyageurs [LTV]<sup>56</sup>), en passant par la possibilité d'appel d'offres pour les concessions de transport régional de voyageurs sur le rail (art. 32, al. 3, LTV), jusqu'à la procédure de mise au

<sup>53</sup> Infras, kcw, Universität St.Gallen, 2020, Evaluation des Konzessionsrechts in den Bereichen Bahninfrastruktur und Personenbeförderung, Schlussbericht

<sup>54</sup> Etude Infras (cf. note 53), p. 9, 90 et 118.

<sup>55</sup> Cf. message LMP, 1835.

<sup>56</sup> RS 754.1

concours prévue légalement mais assez peu mise en œuvre pour les concessions de transport régional de voyageurs (TRV) sur la route (art. 32, al. 1, LTV).

Au minimum douze mois avant l'échéance d'une concession existante dans le domaine du TRV, il appartient aux cantons de décider s'ils souhaitent intégrer l'offre correspondante dans la planification cantonale de mise au concours. Les cantons soumettent ensuite cette planification à la Confédération pour approbation. L'OFT publie une vue d'ensemble des planifications des mises au concours. Le fait que les mises au concours sont rares en Suisse tient à plusieurs facteurs. En particulier, on peut mentionner le fait que les cantons sont en général satisfaits de la procédure appliquée. De plus, la volonté politique de mettre au concours fait souvent défaut, puisque les objectifs en termes d'offre et de coûts souhaités peuvent généralement être atteints par le biais de la commande ordinaire du TRV ou de conventions d'objectifs conclues entre mandants et prestataires.

Dans son projet de réforme du système de commande du TRV, le Conseil fédéral avait examiné la possibilité d'introduire des mises au concours systématique<sup>57</sup>. Il a cependant rejeté une telle approche, complexe et difficile à mettre en œuvre. Après avoir pris connaissance des résultats de la consultation, le Conseil fédéral a décidé de poursuivre la voie d'une optimisation ponctuelle du système actuel. Dans le domaine ferroviaire, la pratique de l'adjudication directe sera maintenue tandis que dans celui des bus, des mises au concours resteront possibles dans certains cas particuliers<sup>58</sup>.

Par ailleurs, l'OFT mène pour 2021 une évaluation du processus des mises au concours dans le domaine du TRV. Le résultat de cette évaluation est attendu d'ici la fin de l'année.

### **2.12.2 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

En Suisse, il n'y a pas à l'heure actuelle de volonté politique d'ouvrir davantage les marchés du transport de voyageurs par chemin de fer. Ni l'ouverture du trafic transfrontalier, ni l'octroi de concessions nationales pour le trafic longues distances à plus d'un exploitant n'ont trouvé d'écho politique favorable. L'octroi de concessions pour le trafic longues distances à des entreprises d'autocars a même incité le Parlement à formuler les dispositions légales correspondantes de manière encore plus restrictive.

Toutefois, pour des raisons de politique de la concurrence et d'efficacité des coûts, il conviendrait d'encourager l'attribution de concessions à différentes entreprises ou la mise au concours de concessions dans certains domaines du transport ferroviaire. Dans le cadre d'une attribution concurrentielle des concessions, il faut tenir compte du fait que les coopérations ou les accords entre différentes entreprises de transport peuvent déjà poser problème du point de vue du droit des cartels.

En résumé, les conditions en vigueur sont manifestement considérées par le Parlement comme bien meilleures que la situation entachée d'incertitudes qui résulterait d'une attribution concurrentielle des concessions. Ainsi, aucun besoin d'intervenir n'est perçu pour ce qui est de la concession de transport des voyageurs. Pour le trafic longues distances, en revanche, la procédure d'octroi de concession doit être ajustée plus étroitement aux exigences applicables à ce secteur autofinancé. L'accent continue d'être mis sur la coopération opérationnelle entre les différentes entreprises de transport, à l'instar de celle qui lie déjà les CFF, en tant que titulaires de la concession, au BLS et à la SOB, chargés de l'exploitation.

Il convient toutefois de noter qu'en vertu du droit actuel, l'octroi de concessions à différentes entreprises est parfaitement admis. Ce principe s'applique aussi bien au transport régional

---

<sup>57</sup> Cf. rapport explicatif du 17 avril 2019, disponible sous : [www.oft.admin.ch](http://www.oft.admin.ch) > De A à Z > Trafic régional de voyageurs.

<sup>58</sup> Cf. message du 4 juin 2021 relatif à une modification de la loi sur le transport de voyageurs (Réforme du transport régional de voyageurs et de la présentation des comptes ; FF 2021 1485).

qu'au trafic longues distances et garantit en fin de compte que les conditions ne favorisent pas en premier lieu une situation de monopole désavantageuse pour les clients.

L'évaluation des concessions susmentionnée (cf. encadré au chap. 2.11.2) propose également des mesures d'amélioration dans le transport de voyageurs. L'OFT va notamment étudier une différenciation entre le transport commandé et le transport non commandé. Plusieurs améliorations ponctuelles au niveau du contenu et de la procédure sont également recommandés et font l'objet d'une analyse à l'interne de l'office.

### **2.12.3 Impact de la révision de la LMP**

La révision de la LMP a conduit à ajouter un al. 5 à l'art. 6 LTV : cet alinéa exclut les concessions de transport de voyageurs de l'application de l'art. 9 LMP<sup>59</sup>.

### **2.12.4 Conclusion**

Le Conseil fédéral ne prévoit pas de réformer le système d'octroi des concessions dans le transport de voyageurs. Il a récemment analysé les options dans le cadre de la préparation de la réforme du système de commande du transport régional de voyageurs et l'a confirmé dans son message relatif à la réforme du transport régional de voyageurs et de la présentation des comptes, adopté le 4 juin 2021.

## **2.13 Mandats de prestations pour le chargement de voitures**

### **2.13.1 Procédures pour l'octroi des mandats des prestations**

Le chargement de voitures est une offre de transport de voyageurs soumise à concession (cf. 2.12). Les entreprises de chargement de voitures sont donc également titulaires d'une concession de transport de voyageurs prévue à l'art. 6 LTV. Par conséquent, les explications du ch. 2.12 s'appliquent par analogie à ce secteur.

### **2.13.2 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Comme mentionné dans le rapport de juin 2019, les offres pour le chargement de voitures font l'objet d'une concession et pourraient faire l'objet d'un appel d'offres, du moment qu'elles sont commandées et rétribuées. Le chargement de voitures existe pour la traversée de quatre tunnels et un col en Suisse (Lötschberg, Simplon, Furka, Oberalp et Vereina). À ce jour, l'appel d'offres n'a toutefois jamais été utilisé, principalement en raison des impératifs techniques que présente l'infrastructure nécessaire. Celle-ci est onéreuse (rampes, accès, aires de stationnement et d'attente, caisses, etc.) et étroitement liée à l'infrastructure ferroviaire sur le site (voies, aiguilles, enclenchement, etc. ; cf. ch. 2.11). Une mise au concours de ces installations engendrerait des coûts importants et ne se justifierait pas compte tenu de la particularité de ces mandats de prestations.

### **2.13.3 Impact de la révision de la LMP**

Comme mentionné au chiffre 2.12.3, la révision de la LMP a conduit à ajouter un al. 5 à l'art. 6 LTV, excluant ainsi les concessions de transport de voyageurs de l'application de l'art. 9 LMP<sup>60</sup>. Cette adaptation concerne également le chargement de voitures.

---

<sup>59</sup> Cf. message LMP, 1836.

<sup>60</sup> Cf. message LMP, 1836.

#### **2.13.4 Conclusion**

Le Conseil fédéral ne prévoit pas de réformer le système d'octroi des concessions dans le transport de voyageurs (cf. ch. 2.12.4).

### **2.14 Mesures du marché du travail**

#### **2.14.1 Remarques liminaires**

L'acquisition de mesures du marché du travail (MMT) relèvent principalement de la compétence des autorités cantonales. Cela représente environ 600 millions de francs par an. Il existe également des mesures qui sont organisées à l'échelle suisse, nommées mesures nationales, dont la compétence relève exclusivement de l'organe de compensation administré par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). Elles sont notamment mises en œuvre lorsqu'un besoin existe pour au moins 6 cantons, lorsque le nombre de participants est trop restreint pour qu'elles soient gérées à l'échelle cantonale ou intercantonale, etc. Elles représentent 30 millions de francs par année.

L'autorité cantonale et le SECO allouent des subventions aux organisateurs de MMT par décision et/ou accord de prestation. Ils sont chargés de surveiller la bonne exécution des MMT par les organisateurs. Ils vérifient que les dispositions prévues dans leur décision ou dans l'accord de prestation soient respectées et adoptent les mesures nécessaires en cas de non-respect des dispositions contractuelles. Ils inspectent les mesures mises en place du point de vue qualitatif, organisationnel et financier, veillent à ce qu'elles correspondent aux besoins du marché du travail et qu'elles se déroulent au meilleur prix. L'exigence d'une surveillance sur le plan qualitatif et financier, permet aux cantons et au SECO d'avoir des informations très précises et oblige ainsi l'organisateur de mesures à être transparent.

L'organisation de ces mesures est confiée dans leur grande majorité à des institutions publiques sans but lucratif moyennant des subventions (art. 59c<sup>bis</sup> de la loi sur l'assurance-chômage [LACI]<sup>61</sup>). Pour les mesures développées exclusivement pour l'assurance-chômage, les prestataires de services à but lucratif sont peu nombreux en raison de la spécificité du marché, des contraintes liées à la transparence et à l'interdiction de faire du bénéfice. Il appartient à l'assurance-chômage de rembourser les frais relatifs à l'organisation de ces mesures. Ne sont remboursés que les frais attestés nécessités par l'organisation de la mesure, ce qui explique le fait qu'aucun profit de la part de l'organisme organisateur ne puisse être réalisé.

En ce qui concerne le rôle du SECO, en sa qualité d'organe de surveillance, il contrôle le respect des directives légales concernant l'exécution cantonale des MMT. Il vérifie notamment l'utilisation légale, économique et efficace des subventions allouées. Les autorités cantonales garantissent au SECO la transparence nécessaire quant à leur manière d'accomplir leur devoir de contrôle.

#### **2.14.2 Procédures pour l'octroi des mesures**

En raison de l'absence de contrainte légale et des particularités du marché du travail propres à chaque canton, le SECO n'impose pas aux autorités cantonales des procédures spécifiques pour l'achat de mesures du marché du travail, telles que des appels d'offres. Toutefois, lorsqu'un marché existe, il les encourage à adopter une procédure qui respecte au mieux les impératifs de la transparence et qui permet d'utiliser de manière économique et efficace les subventions versées par le fonds de l'assurance-chômage. En pratique et de manière générale, il est recommandé au minimum que plusieurs offres (au moins 3) soient examinées avant d'attribuer un marché de MMT à un organisateur. Ainsi les cantons ont des pratiques différentes. En effet, le marché de MMT est propre à chaque canton. Il est déterminé en fonction

---

<sup>61</sup> RS 837.0



du marché du travail et du besoin des assurés dans la région en question. Par exemple, les cantons romands n'organisent en principe pas d'appel d'offres à l'exception des cours de langue où il existe un réel marché et pour lequel certains cantons s'engagent dans des procédures d'adjudication plus ouverte. Quant au Tessin et aux cantons alémaniques, ils sont souvent soumis de par leur loi cantonale à une obligation de suivre une procédure d'appels d'offres.

Pour l'acquisition des mesures nationales, la procédure choisie va dépendre de l'existence ou non d'un marché. En effet, pour des mesures collectives telles que des cours de langue, où la concurrence peut être élevée car un marché existe, des appels d'offres publics sont effectués. Quand il s'agit de mesures pour lesquelles il n'y a pas de marché, le SECO se réfère uniquement à ses directives. Ainsi dans de tels cas, les procédures ouvertes découlant de la LMP ne sont pas appliquées. Ces mesures étant organisées en fonction des besoins spécifiques, les critères de sélection sont transparents et sont communiqués de manière claire et précise. La particularité des mesures du marché du travail, plus généralement les mesures d'insertion socioprofessionnelle, a d'ailleurs suscité de nombreux débats lors des discussions au sein des chambres du Parlement fédéral pour la révision de la LMP (voir ch. 2.14.4).

### **2.14.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Comme déjà relevé, les MMT, qu'elles soient gérées à l'échelle nationale ou cantonale, sont la plupart du temps organisées par des institutions d'utilité publique. La spécificité du marché, les exigences strictes liées à l'obligation de transparence et l'interdiction de bénéfice n'attirent pas les institutions privées à but lucratif. Pour certaines mesures, il n'existe tout simplement pas de concurrence. Lorsqu'il existe une réelle concurrence sur un marché, ce dernier reste ouvert à toute institution tant qu'elle répond aux exigences cadres. Quant aux investisseurs étrangers, ils ne sont pas discriminés, toutefois ils sont moins nombreux que des institutions ou entreprises locales qui se distinguent par leurs meilleures connaissances du marché du travail régional.

### **2.14.4 Impact de la révision de la LMP**

Dans un premier temps, au vu de ces pratiques cantonales divergentes, le Conseil fédéral, le Conseil des États et les cantons avaient demandé, lors des discussions au Parlement sur la révision de la LMP, que la question de l'acquisition des MMT soit réglée dans la LACI et non dans la LMP, afin de pouvoir tenir compte des différentes pratiques cantonales. Le Parlement n'a toutefois pas suivi cette proposition lors de la phase d'élimination des divergences. Par la suite, après de longs débats, le Parlement s'est prononcé en faveur d'une exception de l'obligation de se soumettre à la LMP pour les organismes d'insertion socioprofessionnelle au motif qu'il s'agit pour la plupart, d'établissements d'utilité publique sans but lucratif. Il convient de préciser qu'en raison du partage de compétence, les règles de la LMP ne s'appliquent pas aux autorités cantonales mais uniquement aux autorités fédérales, même si les subventions sont versées par le fonds de l'assurance-chômage dans le cadre des MMT. Toutefois, afin de tenir compte des diversités cantonales, il a été proposé d'intégrer cette exception dans l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), qui s'applique aux marchés cantonaux, mais en prévoyant la possibilité de définir un assujettissement au droit des marchés publics dans les dispositions d'exécution cantonales. Cette proposition a ainsi été acceptée. Il est opportun de signaler que pour l'acquisition des mesures nationales, le SECO continuera, lorsqu'il y a un réel marché, de procéder à des appels d'offres ouvertes en s'inspirant des procédures de la LMP.

### **2.14.5 Conclusions**

Des révisions légales dans ce domaine ne sont pas nécessaires au vu de la particularité de ce marché dont l'accès n'apparaît pas fermé. De plus, des révisions dans ce domaine remettraient en question le récent choix du législateur lors de la révision de la LMP discutée au sein du Parlement.

## 2.15 Mandats de prestations de l'Institut fédéral de métrologie

### 2.15.1 Remarques liminaires

L'Institut fédéral de métrologie (METAS) est un établissement de droit public de la Confédération doté de la personnalité juridique. Son organisation et ses tâches sont régies par la loi sur l'Institut fédéral de métrologie (LIFM)<sup>62</sup>. METAS est l'institut national de métrologie de la Suisse (art. 3, al. 1, LIFM). En tant que tel, il est intégré au système international qui permet la reconnaissance mutuelle des étalons nationaux de mesure et des certificats d'étalonnage et de mesurage correspondants. Ce système est fondé sur l'« Arrangement de reconnaissance mutuelle des étalons nationaux de mesure et des certificats d'étalonnage et de mesurage émis par les laboratoires nationaux de métrologie » (CIPM MRA)<sup>63</sup>.

### 2.15.2 Procédures pour l'octroi des mandats de prestations

En complément des laboratoires nationaux de métrologie, le CIPM MRA prévoit la nomination d'instituts désignés. Ces instituts désignés effectuent des tâches dans des domaines limités où les laboratoires nationaux ne mènent pas d'activités. En Suisse, l'art. 4, al. 2, LIFM et l'art. 4 de l'ordonnance sur l'Institut fédéral de métrologie (OIFM)<sup>64</sup> prévoient que METAS peut confier des tâches à des instituts désignés. Ces tâches sont attribuées au moyen d'un contrat de droit public et donnent droit à une contre-prestation convenue avec METAS (art.4, al. 3 et 5, OIFM). Il y a actuellement en Suisse trois instituts désignés :

- l'Observatoire physico-météorologique de Davos et Centre mondial du rayonnement (PMOD/WRC), Davos : désigné pour le mesurande force du rayonnement solaire (radiométrie) ;
- l'Institut universitaire de radiophysique (IRA), Lausanne : désigné pour le mesurande activité de radionucléides (radioactivité) ;
- MBW Calibration AG (MBW), Wettingen : désigné pour le mesurande humidité absolue, point de rosée entre -90 °C à +95 °C.

En 2013, le Conseil de l'Institut de METAS a défini des critères pour la nomination des instituts désignés. Cela permet d'assurer la cohérence de la sélection des instituts désignés. Les critères sont publics<sup>65</sup>. L'institut désigné doit en particulier être unique en son genre et apporter une valeur ajoutée à METAS comme à la métrologie (cf. ch. 1.7 des critères). L'externalisation ou la délégation d'un domaine de compétence à un institut désigné doit également représenter une valeur ajoutée (p. ex. un meilleur rapport coût-efficacité ; cf. ch. 2.1 des critères). Lors de la sélection d'un institut désigné, les conditions définies dans le CIPM MRA doivent aussi être prises en compte. Ces conditions sont également publiques<sup>66</sup>.

### 2.15.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles

METAS ne nomme des instituts désignés qu'avec beaucoup de circonspection. Les tâches qui leur sont confiées sont des prestations métrologiques très spécifiques. Il n'est par conséquent pas toujours possible d'obtenir des offres de plusieurs prestataires, même si le transfert de tâches à des instituts désignés est en principe soumis au droit des marchés publics.

En raison des spécificités du marché et des domaines spécifiques concernés, le Conseil fédéral n'envisage pas de préciser les exigences au niveau législatif.

---

<sup>62</sup> RS 941.27

<sup>63</sup> Cf. <https://www.bipm.org/fr/cipm-mra/>.

<sup>64</sup> RS 941.272

<sup>65</sup> Cf. [www.metas.ch](http://www.metas.ch) > Portrait > Institut > Instituts désignés. La nomination des instituts désignés doit également se conformer aux exigences du CIPM MRA (« Designated Institutes participating in the CIPM MRA. Expectations and nomination form »).

<sup>66</sup> Cf. [www.bipm.org](http://www.bipm.org) > Coordination > Documents sur le CIPM MRA.

## 2.15.4 Impact de la révision de la LMP

La révision de la LMP n'a pas eu d'impact.

## 2.15.5 Conclusion

Les mandats de prestations octroyés par METAS ne font pas l'objet d'une procédure d'appel d'offre ni même d'une vente aux enchères, quand bien même ils sont soumis au droit des marchés publics. Les critères pour la nomination d'un institut désignés sont cependant transparents et publics. Le recours aux instituts désignés est encadré par la législation. Les nominations sont réévaluées au plus tard tous les cinq ans. Le Conseil fédéral ne prévoit pas de réviser prochainement les dispositions légales.

## 2.16 Mandat pour la promotion de la place économique suisse

### 2.16.1 Remarques liminaires

Conformément à la loi fédérale concernant la promotion des conditions d'implantation des entreprises en Suisse<sup>67</sup>, la Confédération encourage depuis 1996 l'implantation d'entreprises étrangères à long terme (promotion économique). Jusqu'à la fin de 2007, cet encouragement a été mis en œuvre directement par la Confédération dans le cadre du programme *LOCATION Switzerland*. À l'occasion d'un réexamen complet de la promotion de l'image de la Suisse, la promotion économique a également été réorientée : dans le rapport du 9 décembre 2005 sur la coordination des actions dans le domaine de la promotion de l'image de la Suisse<sup>68</sup>, le Conseil fédéral constatait que seuls l'intégration des forces actives au sein du réseau ou le regroupement des organisations peuvent dégager des potentiels d'impact et de synergie supplémentaires.

Au moment de traiter le message du Conseil fédéral sur la promotion économique pour les années 2008 à 2011<sup>69</sup>, le Parlement a ensuite adopté le transfert du mandat de la promotion économique à une organisation de droit privé, l'OSEC (aujourd'hui Switzerland Global Enterprise S-GE), également chargée de la mise en œuvre de la promotion des exportations. Outre par l'amélioration de la coordination, le choix de réunir ces deux secteurs a été dicté par la forte convergence dans l'orientation des marchés et des réseaux économiques déjà mis en place par *LOCATION Switzerland* et l'OSEC<sup>70</sup>. Principaux partenaires de la promotion économique, les cantons ont également été unanimes à souhaiter que le programme *LOCATION Switzerland* soit intégré à l'OSEC et soit ainsi mis en œuvre par l'intermédiaire des *Swiss Business Hubs*, eux-mêmes établis au sein des représentations officielles de la Suisse à l'étranger. Cette convergence a jeté les bases d'un nouveau renforcement de la tâche commune de la Confédération et des cantons, puisqu'en fin de compte, les mesures prises à l'échelon fédéral doivent déboucher sur des projets concrets d'implantation d'entreprises sur leur territoire.

### 2.16.2 Procédures pour l'octroi des mandats

La loi fédérale concernant la promotion des conditions d'implantation des entreprises en Suisse a été entièrement révisée dans le cadre du message sur la promotion économique pour les années 2008 à 2011. Dans ce contexte, les modifications législatives apportées visaient en particulier à permettre le transfert d'une tâche publique de la Confédération à un tiers. Le

---

<sup>67</sup> RS 194.2

<sup>68</sup> Rapport sur la coordination des actions de la Confédération dans le domaine de la promotion de l'image de la Suisse en réponse aux postulats 04.3199 et 04.3434 (<https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-9654.html>)

<sup>69</sup> Message du 28 février 2007 sur la promotion économique pour les années 2008 à 2011, FF 2007 2091

<sup>70</sup> Cf. Message du 28 février 2007 sur la promotion économique pour les années 2008 à 2011, FF 2007 2091 2114.

texte du message mentionne explicitement que l'octroi de contrats dans le domaine de la promotion économique n'est pas soumis à l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) du 15 avril 1994 sur les marchés publics<sup>71</sup>. Il présente les raisons et les critères de l'octroi direct à l'OSEC de manière compréhensible, transparente et précise.

Le mandat revêt la forme d'une convention de prestations de droit public entre la Confédération et S-GE d'une durée de quatre ans. Les priorités, les mesures et les objectifs sont définis dans le message sur la promotion économique. De leur côté, les cantons concluent avec S-GE des conventions de prestations de même teneur et avec des priorités concordantes pour la même période. Ainsi, les mesures nationales et cantonales sont coordonnées, comme l'exige la loi (art. 2, al. 3, de la loi fédérale concernant la promotion des conditions d'implantation des entreprises en Suisse).

La durée de quatre ans du mandat de prestations donne aux mandants (Confédération et cantons) la possibilité de procéder à des ajustements stratégiques ou organisationnels. De manière générale, cependant, l'impact à long terme des mesures de promotion économique dépend en bonne partie de la persévérance dans l'effort, car les décisions d'investissement sont généralement des projets orientés sur le long terme. Afin d'assurer la continuité et l'efficacité sur la durée mais aussi de réaliser des projets concrets d'implantation d'entreprises, l'accent est donc mis sur la poursuite des activités avec le mandataire en place.

### **2.16.3 Évaluation et possibilité d'amélioration des procédures actuelles**

Pour s'implanter dans un nouveau pays, les entreprises ont besoin d'informations concernant par exemple les impôts, le droit du travail ou le marché des capitaux. Compte tenu de la concurrence internationale et pour des raisons d'indépendance et de crédibilité, il est pertinent que ces informations soient fournies de manière officielle, complète et aussi homogène que possible. En outre, de cette façon, la souveraineté de l'interprétation des avantages de la place économique suisse est maintenue.

La promotion économique nationale fournit des prestations qui servent l'intérêt général de la Suisse en tant que site d'implantation des entreprises et ne sont pour le moment pas offertes de manière comparable par des prestataires privés poursuivant un but lucratif. Afin de garantir que les prestations sur lesquelles il porte sont fournies de manière subsidiaire, le mandat confié à S-GE précise que la tâche correspondante doit être menée en coordination avec les cantons et leurs organisations régionales et avec la participation de tiers privés, en tirant parti de synergies avec d'autres prestataires publics.

Un appel d'offres public aurait des implications organisationnelles et financières pour cette structure complexe qu'est la promotion économique suisse.

L'installation d'un ou de plusieurs nouveaux prestataires capables de fournir une offre comparable dans un délai raisonnable nécessiterait des ressources humaines et financières importantes.

En outre, les 26 cantons et la Confédération devraient se mettre d'accord sur un prestataire commun afin d'être en mesure de poursuivre cette tâche commune. Une telle réorganisation entraînerait une perte de temps et mobiliserait des ressources, au moment même où la concurrence internationale entre les sites se fait de plus en plus vite. La Suisse pourrait ainsi perdre du terrain en tant que pays d'implantation.

S-GE gère son mandat via son réseau de *Swiss Business Hubs*, établis dans les ambassades ou les consulats généraux de Suisse. Cela favorise une image cohérente de la Suisse à l'étranger. Une autre organisation, qui impliquerait la reprise du mandat par un ou plusieurs autres prestataires, entraînerait probablement la création d'un réseau hors ambassades, d'autant que

---

<sup>71</sup> Cf. Message du 28 février 2007 sur la promotion économique pour les années 2008 à 2011, FF **2007** 2091 2117.

pour des raisons de droit international public, les activités à but lucratif ou les prestataires commerciaux ne sont pas autorisés en principe au sein des représentations.

Il faudrait en outre renoncer aux synergies avec la promotion des exportations et aux économies d'échelle entre les deux instruments, par exemple dans le domaine numérique ou dans le réseau extérieur.

#### **2.16.4 Impact de la révision de la LMP**

Dans le cadre de la révision totale de la LMP, le Parlement a introduit au 1<sup>er</sup> janvier 2021 une réglementation qui exclut explicitement le mandat de la promotion économique nationale du champ d'application de la LMP (annexe 7, II, 3).

#### **2.16.5 Conclusion**

Compte tenu des explications fournies au ch. 2.16.3, le Conseil fédéral ne voit pour l'instant pas la nécessité de modifier une pratique qui a fait ses preuves, d'autant que récemment le Parlement, au moment d'introduire des dispositions de droit spécial explicites dans la LMP, n'a pas non plus estimé qu'il était nécessaire d'apporter davantage de concurrence dans le domaine de l'attribution du mandat de promotion économique.

### **3 Conclusion du Conseil fédéral**

Le Conseil fédéral avait mandaté le 7 juin 2019 un examen des procédures d'accès de seize marchés dits « fermés » afin de définir si des réformes législatives pouvaient être initiées pour les améliorer. L'analyse de l'administration montre que les procédures dans leur ensemble fonctionnent et ont fait leurs preuves. Aucune lacune importante en matière d'accès aux marchés n'a été décelée qui justifierait une révision légale. Même si, du point de vue économique, une procédure d'appel d'offres ouverte garantit au mieux les critères de transparence, non-discrimination et équité, son organisation implique des contraintes et des besoins en ressources importants (p. ex. pour la publication, la traduction, l'analyse des offres). Ainsi, lorsque l'appel d'offres n'est pas prévu, par exemple pour des raisons politiques, le législateur a parfois fixé sur le plan légal des critères comme la non-discrimination et la transparence, afin de clarifier les conditions d'accès aux marchés (p. ex. pour les concessions hydrauliques et les concessions pour les réseaux de distribution et de transport d'électricité, voir ch. 2.1 et 2.2). L'impact de ces critères ancrés au niveau légal n'a cependant pas été analysé à ce jour.

Pour certains marchés, le Conseil fédéral avait déjà étudié la possibilité de réformer le système d'accès et avait proposé des adaptations concrètes. Cependant, le Parlement n'a pas suivi ces propositions, en particulier pour les concessions hydrauliques (voir ch. 2.1.3), les concessions pour les réseaux de distribution et de transport d'électricité (voir ch. 2.2.2) et les concessions de fabrication et de rectification des boissons distillées (voir ch. 2.5.1). Pour ce dernier marché, le Conseil fédéral est d'avis que le système actuel est obsolète et présentera une seconde révision partielle de la loi sur l'alcool pour y ancrer entre autres un système d'autorisations. La révision de l'ordonnance sur l'alcool en cours permettra déjà de traiter les concessions presque comme des autorisations ordinaires. De plus, récemment, le Conseil fédéral a analysé l'octroi des concessions dans le transport des voyageurs et a rejeté l'option d'une mise au concours systématique (voir ch. 2.12.1). Concernant d'autres marchés, les bases légales ont été récemment révisées et le Conseil fédéral ne juge pas opportun de lancer un nouveau projet actuellement (p. ex. les concessions de maisons de jeu, voir ch. 2.6.1).

Finalement, la plupart des marchés analysés sont exclus du champ d'application de la LMP qui a été révisée totalement et est entrée en vigueur en janvier 2021. Le seul marché analysé qui a été touché par la révision de la LMP est celui des concessions d'exploitation des aéroports (voir ch. 2.10). Or l'impact de la révision de la LMP sur ce marché est controversé et sera probablement traité dans le cadre de la motion 21.3458.