

# NEWSLETTER JUILLET 2017

## DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

LE 15 FÉVRIER 2017, LE CONSEIL FÉDÉRAL A ADOPTÉ LE MESSAGE RELATIF À LA RÉVISION TOTALE DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS. L'ACCORD INTERCANTONAL EN LA MATIÈRE FAIT ÉGALEMENT L'OBJET D'UNE REFORTE TOTALE. CETTE RÉFORME VISE NOTAMMENT À APPORTER UNE CERTAINE HARMONISATION ET COMPREND DES MODIFICATIONS MATÉRIELLES MAJEURES.

*Yasmine Sözerman*

L'Accord de l'OMC sur les marchés publics a été révisé en 2012 (AMP 2012). Tous les États parties étant tenus de mettre en œuvre les modifications dans leur droit national, la Suisse s'est attelée à la refonte totale de son droit des marchés publics. Cette révision concerne non seulement le droit fédéral, soit la loi sur les marchés publics (P-LMP), mais également l'accord intercantonal en la matière (P-AIMP). Les deux procédures de révision sont menées séparément mais reposent sur des propositions émanant d'un groupe de travail paritaire composé de représentants de la Confédération et des cantons. Nous nous concentrerons ici sur les principales nouveautés communes aux projets fédéral et intercantonal.

### I. Définition des marchés publics

Pour la première fois, la loi définira le concept de marché public. Les projets reprennent en substance la définition classique de cette notion telle que développée par la jurisprudence au fil des années : un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire (art. 8 al. 1<sup>er</sup> P-LMP et art. 8 al. 1<sup>er</sup> P-AIMP).

Comme déjà établi par la jurisprudence, la contre-prestation ne doit pas nécessairement consister en une somme d'argent et peut aussi prendre la forme

d'une prestation appréciable en argent, tel l'octroi d'un droit de superficie.

L'application du régime des marchés publics suppose un caractère synallagmatique : les donations ou prêts à usage n'y seront ainsi pas soumis.

Les projets comprennent en outre une précision sur laquelle il convient de s'arrêter : la prestation acquise par le pouvoir adjudicateur doit servir à l'exécution d'une *tâche publique*. Le message du Conseil fédéral et le rapport de révision de l'AIMP mentionnent à cet égard les tâches policières, les services d'intérêt général ou encore la protection de l'environnement. Si l'on s'en tient à ces exemples, il semblerait que l'acquisition de prestations visant à servir des intérêts purement privés ne tomberait pas sous le coup du droit des marchés publics. Or, jusqu'ici, la jurisprudence adoptait au contraire une acception extrêmement large de la notion d'exécution d'une tâche publique. Il est donc difficile d'anticiper quelles activités étatiques seront concrètement qualifiées de *tâches publiques*. La gestion du patrimoine financier de l'Etat en fera-t-elle partie ? En bref, si l'on peut saluer l'adoption d'une définition uniforme, elle n'évitera a priori pas les problèmes d'interprétation de cette notion auxquels les adjudicateurs, les praticiens et les tribunaux ont déjà été confrontés jusqu'ici.

## II. L'inclusion des concessions et des délégations de tâches publiques

Les projets considèrent l'octroi d'une concession ou la délégation d'une tâche publique comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'un tel octroi ou d'une telle délégation, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Les lois spéciales sont réservées (art. 9 P-LMP et 9 P-AIMP).

Par concession, on entend en général l'octroi d'un

droit d'exercer un monopole public, soit une activité économique réservée à l'Etat, par exemple l'exploitation d'une entreprise de chemins de fer ou de transport par câbles.

Seules celles portant sur des *tâches publiques* seraient assujetties au nouveau droit des marchés publics. Des concessions d'usage privatif du domaine public ne devraient par exemple pas être visées. La définition de la notion de *tâche publique* présentera cependant les difficultés mentionnées plus haut.

Au surplus, les projets prévoient que la concession doit entraîner le transfert de droits exclusifs ou spéciaux pour être soumise au droit des marchés publics. Cette exigence vise à limiter l'application du droit des marchés publics aux cas dans lesquels les droits octroyés ne peuvent pratiquement être exercés que par un ou quelques postulants. En conclusion, l'extension aux concessions devrait avoir une portée relativement limitée et s'appliquer avant tout aux concessions de service public.

Pour ce qui est de la délégation de tâches publiques, elle se distingue des concessions en ce sens que l'activité transférée n'est pas une activité économique. Il s'agira en général de tâches de l'administration telle que la perception de la redevance radio et télévision.

## III. Une nouvelle exception

Les projets prévoient que le droit des marchés publics ne s'applique pas à l'acquisition de marchandises ou de services destinés à être vendus ou revendus dans le commerce ou à servir à la production ou à la fourniture de marchandises ou de services destinés à la vente ou à la revente dans le commerce (art. 10 al. 1<sup>er</sup> let. a P-LMP et 10 al. 1<sup>er</sup> let. a P-AIMP).

A cet égard, le message du Conseil fédéral cite l'exemple suivant : si l'exploitant d'un réseau de distribution achète du courant afin de le livrer exclusivement à des consommateurs finaux libres,

cette opération n'est pas soumise au droit des marchés publics. Dans ce cas en effet, le marché en aval devrait discipliner le comportement de l'adjudicateur et garantir que l'acquisition se fera dans des conditions de concurrence efficace. A noter que le droit suisse se distinguerait à cet égard du droit européen qui n'a pas transposé cette exception prévue par l'AMP 2012 et continue de soumettre ces opérations au droit des marchés publics.

#### IV. Les contrats-cadres

Les projets règlent les « contrats-cadres » qui sont

de plus en plus fréquents en pratique (art. 25 P-LMP et P-AIMP). Cette réglementation permettra d'éviter de multiplier les procédures d'appel d'offres. L'adjudicateur aura la possibilité de lancer un seul appel d'offres portant sur le droit de l'adjudicateur d'acquies certaines prestations au cours d'une certaine période (au maximum 5 ans). Pendant cette période, il pourra librement conclure les contrats qui se fondent sur ce contrat-cadre avec un ou plusieurs soumissionnaires.

*Pour plus d'informations :*

*Jean-Marc Reymond ([reymond@jmrlegal.ch](mailto:reymond@jmrlegal.ch))*

*Yasmine Sözerman ([sozerman@jmrlegal.ch](mailto:sozerman@jmrlegal.ch))*

*Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Reymond & Associés ou l'un des avocats susmentionnés répondra volontiers à vos questions.*