

# NEWSLETTER SEPTEMBRE 2017

## DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

LE TRIBUNAL FÉDÉRAL A RÉCEMMENT PUBLIÉ UN ARRÊT QUI PRÉCISE DANS QUELLE MESURE LES PRINCIPES DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS SONT APPLICABLES A L'OCTROI D'UNE CONCESSION D'UN MONOPOLE PUBLIC

*Yasmine Sözerman*

Le 6 mars 2017, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt relatif à l'application du droit des marchés publics à l'octroi de la concession d'affichage sur le domaine public et privé de la commune de Lausanne (ATF 143 II 120).

Comme rappelé dans cette jurisprudence, il ne fait aucun doute que la concession d'un monopole public ne constitue pas un marché public. En effet, lorsque l'on est face à un marché public, l'autorité a un rôle de consommateur puisqu'elle acquiert une prestation. Lors de l'octroi d'une concession, l'autorité prend en revanche le rôle d'« offreur » ou de « vendeur » en cédant le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales.

L'application des règles des marchés publics n'est pas pour autant totalement exclue. En effet, l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur

(LMI) dispose que « [l]a transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse ».

La jurisprudence n'avait jusque-là jamais réellement clarifié la portée de cette disposition.

C'est à présent chose faite puisque le Tribunal fédéral a précisé qu'en vertu de l'art. 2 al. 7 LMI, seuls certains principes essentiels du droit des marchés publics s'appliquaient à l'octroi d'une concession d'un monopole public.

Ces principes sont les suivants :

(i) l'organisation d'un appel d'offres (qui n'aura toutefois pas à être aussi formaliste qu'en matière

de marchés publics) ;

(ii) l'attribution de la concession par le biais d'une décision qui sera sujette à recours ;

(iii) l'interdiction de discrimination qui sera applicable non seulement à l'appel d'offres au sens strict mais également à la détermination des critères de sélection appliqués et au choix du concessionnaire : l'autorité pourra ici s'écarter du critère de l'offre la plus favorable économiquement pour se fonder sur des considérations poursuivant d'autres intérêts publics tels que des critères de politique sociale ou environnementale et

(iv) le principe de transparence.

Cette jurisprudence devrait, dans une certaine mesure, faciliter la tâche des autorités, des praticiens et des tribunaux.

A noter enfin que la révision totale du droit des marchés publics actuellement en cours ne devrait rien changer à cette situation ; l'art. 2 al. 7 LMI étant *a priori* maintenu. Certes, le projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics prévoit que les concessions seront soumises au droit des marchés publics mais cette inclusion ne concernera que les concessions portant sur des tâches publiques. Elle ne devrait donc pas porter sur des concessions qui impliquent le droit d'utiliser le domaine public *à des fins commerciales*.

S'agissant du projet de révision de l'Accord inter-cantonal sur les marchés publics (AIMP), il ne couvre ni les concessions portant sur des tâches publiques ni les concessions de monopoles ou de services publics. La portée de l'art. 2 al. 7 LMI devrait donc rester identique.

*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.*