

Affichage sur le domaine public: monopole admissible

Arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 1999 (ATF 125 I 209 ss)

La procédure d'octroi d'une concession de monopole d'affichage n'est pas soumise aux règles sur les marchés publics. L'affichage sur le domaine public constitue un monopole de fait qui répond à un intérêt public réel en assurant la sécurité du trafic et la protection des sites urbains et du paysage. Un tel monopole permet de gérer plus efficacement la priorité et la coordination entre les divers usagers que le régime de l'autorisation préalable. La concession de ce monopole pour 10 ans à une seule entreprise apparaît également appropriée en évitant une surcharge de dépenses et de travail pour l'administration et en garantissant l'homogénéité de l'architecture urbaine.

En fait (Résumé):

Le Département des travaux publics et de l'énergie du canton de Genève et la Ville de Genève ont fait paraître dans la Feuille d'avis officielle du canton du 30 septembre 1996 un avis de soumission publique ouvrant une inscription pour la mise en soumission du droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage sur le domaine public et sur le domaine patrimonial vu du domaine public de la Ville et du canton de Genève, ainsi que d'exploiter publicitairement les panneaux de chantiers placés sur les voies publiques. Quatre sociétés, dont la société JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA (ci-après: JC Decaux SA) et la Société Générale d'Affichage (SGA), ont déposé leurs offres. Par arrêté du 27 août 1997, le Conseil d'Etat du canton de Genève a concédé à la Société générale d'Affichage le droit exclusif précité. Agissant par la voie du recours de droit public, JC Decaux SA et la société mère Decaux SA à Neuilly-sur-Seine (France), demandent au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêté pris le 27 août 1997. Ce dernier a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable.

En droit:

1.- à 5.- (...)

6.- a) Il convient d'examiner d'emblée la question de savoir si la concession du monopole d'affichage en cause est ou non soumise à la nouvelle législation sur les marchés publics, car les règles de procédure applicables au cas particulier en dépendent.

Invoquant le principe de la force dérogatoire du droit fédéral au sens de l'art. 2 Disp. trans. Cst., les recourantes font valoir que les règles cantonales sur la concession du monopole de l'affichage seraient contraires au droit fédéral. Selon les recourantes, c'est à tort que les nouvelles

dispositions sur les marchés publics n'auraient pas été appliquées à la procédure d'octroi de la concession litigieuse. En omettant notamment de spécifier par avance tous les critères d'adjudication du marché public en cause, les autorités intimées auraient violé d'une part la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI), dont l'art. 5 (entré en vigueur le 1er juillet 1996) s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux et, d'autre part, plusieurs règles de l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (RS 0.632.231.42; ci-après: AMP).

b) Point n'est cependant besoin d'examiner plus avant les moyens soulevés par les recourantes, dans la mesure où la réglementation sur les marchés publics n'était de toute manière pas applicable à la procédure d'octroi de la concession du monopole d'affichage publicitaire sur le domaine public. En effet, pareille concession n'entre pas dans la notion de «marché public» au sens de cette législation. Ni la loi fédérale sur le marché intérieur, ni l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics ne contiennent une définition du marché public. Selon la doctrine, on parle communément de marché public pour désigner l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services. L'adjectif «public» fait ici référence à la personnalité de l'acquéreur de la prestation et non pas au régime juridique applicable à ces contrats: en Suisse, ceux-ci restent soumis au droit privé (NICOLAS MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996, n. 1872, p. 376 s.). On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que «demandeur» («Nachfrager»), acquiert auprès d'une

entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est «consommatrice» («Konsument») de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le «fournisseur» («Produzent») (RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle 1998, par. 19, n. 1 à 9, p. 395 s.). Le terme allemand «öffentliche Beschaffungswesen», («acquisitions publiques») utilisé pour désigner les marchés publics est plus parlant.

En l'occurrence, force est de constater que la Ville et l'Etat de Genève ne se trouvent pas dans la position d'un «demandeur» (ou d'un «acquéreur») de prestations, mais plutôt dans la position inverse d'«un offreur» (ou d'un «vendeur»). En concédant le monopole de l'affichage publicitaire sur leur domaine public respectif, lesdites collectivités publiques n'entendaient pas acquérir des prestations de services, mais au contraire «vendre» le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant une redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire.

Même si la nature des tâches à remplir par l'Etat ne constitue pas un critère absolu étant donné que la limite entre tâches publiques et tâches privées n'est pas toujours aisée à tracer (cf. GERHARD KUNNERT, *WTO-Vergaberecht*, Baden-Baden 1998, p. 9), on peut néanmoins observer que la Ville et l'Etat de Genève n'ont pas concédé le monopole de l'affichage en vue de l'accomplissement de leurs tâches publiques. En effet, l'affichage de placards publicitaires à des fins commerciales, qui est l'élément central de la concession en cause, ne constitue pas une tâche publique à proprement parler. Dès lors, on ne saurait dire que la société concessionnaire exerce un service public pour le compte des autorités concédantes. A vrai dire, celle-ci exerce une activité lucrative à ses risques et profits. Il est vrai que, par convention tripartite du 9 septembre 1997, la Société Générale d'Affichage s'est engagée à exécuter gratuitement pour la Ville et l'Etat de Genève notamment l'affichage de campagnes à des fins prophylactiques (art. 29) ou à des fins de prévention routière (art. 30), ainsi que l'affichage officiel et militaire (art. 31). Mais ces prestations, accessoires, sont dues par la société concessionnaire en contrepartie du monopole d'affichage commercial concédé, qui constitue l'objet essentiel de la concession en cause. En fait, la concessionnaire n'a pas mandat de concevoir ou de réaliser des affiches pour le compte des collectivités publiques en question. Elle doit simplement mettre à leur disposition des emplacements pour l'affichage public et placarder gratuitement les affiches concernées.

La nouvelle réglementation sur les marchés publics a pour but essentiel d'améliorer la transparence des procédures de passation des marchés (voir, préambule de l'AMP et art. XVII AMP), de manière à garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et partant à permettre une utilisation parcimonieuse des

deniers publics (cf. ATF 125 II 86, consid. 7c p. 100 ss et les références citées). L'objectif est donc de permettre aux pouvoirs publics de se procurer aux meilleures conditions possible sur le marché libre les biens et les services dont ils ont besoin, c'est-à-dire de dépenser de manière rationnelle les fonds publics. Il y a donc marché public lorsque l'Etat se procure auprès d'une entreprise privée un bien ou service moyennant un prix que l'Etat s'engage à payer. Mais en l'espèce l'un des éléments caractéristiques du marché public, soit le paiement d'un prix par l'Etat, fait défaut. Dans le cadre de la concession litigieuse, les collectivités publiques concernées n'ont pas utilisé leurs fonds publics. Au contraire, elles ont droit à une redevance calculée en fonction du chiffre d'affaires, ainsi qu'à diverses prestations annexes (mise à disposition d'emplacement pour l'affichage public notamment) dues par la concessionnaire en contrepartie de la jouissance du droit exclusif d'utiliser le domaine public à titre privatif. Il s'agit donc ici en quelque sorte de l'inverse d'un marché public.

On peut encore relever qu'à la différence du contrat signé dans le cadre d'un marché public qui est régi par le droit privé, la concession litigieuse est soumise au droit public cantonal.

Enfin, il n'est pas contesté qu'un marché public peut porter sur des services d'architecture (y compris des services d'ingénierie, d'aménagement urbain etc ...), de même que sur des services de publicité tels que mentionnés par l'Annexe 4 de l'appendice I à l'AMP en relation avec les chiffres 867 et 871 du Central product classification [CPC] de l'ONU. Mais, comme on vient de le voir, l'on ne se trouve pas dans un tel cas de figure. En effet, les autorités intimées n'ont pas passé avec la Société Générale d'Affichage un contrat portant sur l'acquisition de prestations de services d'architecture ou de services de publicité. En particulier, la concessionnaire n'a pas été chargée de préparer une étude sur l'aménagement urbain ou de réaliser des affiches publiques en faveur de la Ville et l'Etat de Genève. Certes, selon l'article 6 de la convention tripartite du 9 septembre 1997, la concessionnaire doit mettre au point un nouveau concept global d'affichage et de mobilier urbain, qui devra être soumis à l'approbation de la Ville et de l'Etat de Genève. Mais la société concessionnaire n'exerce pas l'activité concédée pour le compte de la Ville et l'Etat de Genève; elle la gère en son propre nom, à ses propres risques et profits et à son propre compte. D'ailleurs, le mobilier urbain que la concessionnaire doit installer sert avant tout comme support d'affiches publicitaires permettant à la société concessionnaire d'exercer l'activité à son profit. A noter que l'installation du nouveau mobilier urbain sera financée et entretenue par la Société Générale d'Affichage et non par les collectivités publiques (cf. art. 14 de la convention tripartite).

En résumé, la concession du monopole d'affichage ne constitue pas un marché public, si bien que la réglementation sur la passation des marchés publics n'était pas applicable en l'espèce. Il s'ensuit que tous les griefs invoqués en relation avec le déroulement de la procédure sur la passation des marchés publics tombent à faux.

c) (...)

7.- à 9.- (...)

10.- Les recourantes mettent en cause pour la première fois devant le Tribunal fédéral la constitutionnalité du monopole d'affichage sur le domaine public et le patrimoine administratif de l'Etat et la Ville de Genève. Elles tiennent ce monopole pour contraire à l'art. 31 Cst.

a) A l'instar d'autres libertés publiques, la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 31 Cst. n'est pas absolue. En particulier, l'art. 31 al. 2 Cst. réserve les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie, par quoi il faut entendre non seulement les mesures de police proprement dites, mais également d'autres mesures d'intérêt général tendant à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens

ou à accroître ce bien-être, telles que les mesures sociales ou de politique sociale (ATF 100 Ia 445 consid. 5 p. 449). Ces restrictions cantonales doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis. Les restrictions cantonales à la liberté du commerce et de l'industrie ne peuvent toutefois se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale (ATF 123 I 12 consid. 2a p. 15; 121 I 129 consid. 3b p. 131-132; 120 Ia 67 consid. 2a p. 70; 119 Ia 348 consid. 2b p. 353-354 et les arrêts cités). L'art. 31 al. 2 Cst. autorise les cantons à instituer d'autres monopoles que les «régales cantonales», pour autant qu'ils respectent également les principes mentionnés ci-dessus. De tels monopoles ne peuvent toutefois poursuivre de purs intérêts fiscaux (à propos de monopoles de droit en matière d'assurance-incendie des bâtiments: ATF 124 I 11 consid. 3b p. 15/ 16, 4b p. 17/18 et 5a p. 18/19; 124 I 25 consid. 3a p. 27 et les références citées).

b) La doctrine distingue plusieurs sortes de monopoles cantonaux. A côté des régales historiques, il existe des monopoles de droit et des monopoles de fait. Lorsque l'Etat empêche les administrés d'exercer une activité lucrative qu'il se réserve en édictant une norme, on parle de monopole de droit qui, par définition, repose sur une règle topique et expresse. A l'opposé, on appelle monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause; son fondement n'est pas la loi mais la maîtrise générale sur les biens publics (ETIENNE GRISEL, op. cit., n. 942 et 943, p. 204; MOOR, op. cit., vol. III, n. 7.3.1.1, p. 376, André Grisel, op. cit., vol. I, p. 201; RUEY, op. cit., p. 121 ss et p. 135 ss; HÄFELIN/ MÜLLER, op. cit., n. 1991 à 1997, p. 508/509). La réglementation de l'affichage fait apparaître

nettement la différence entre les deux notions: si une commune veut se réserver la pose des placards sur tout son territoire, y compris les fonds privés, elle doit nécessairement créer un monopole de droit, fondé sur une base légale explicite. Si elle veut limiter son activité au domaine public, elle peut instituer un simple monopole de fait (ETIENNE GRISEL, op. cit., n. 944). Contrairement à ce que prétendent les recourantes, on se trouve ici en présence d'un monopole de fait, dans la mesure où le monopole d'affichage porte uniquement sur le domaine public (cf. SUTTER-SOMM, op. cit., p. 150), qui est soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire desquels ils se trouvent (cf. art. 664 CC). Un tel monopole de fait n'est, par définition, soumis à aucune base légale expresse. C'est d'ailleurs ce qui le distingue du monopole de droit.

c) Se prononçant sur la validité d'un monopole d'affichage de la Ville de Lausanne sur son domaine public et sur les fonds appartenant à des privés (monopole de droit), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de dire sous l'angle de l'art. 31 Cst. que la réglementation de l'affichage, notamment dans les localités, répondait à un intérêt public réel; elle était même indispensable pour assurer la sécurité du trafic et la protection des sites urbains et du paysage (ATF 100 Ia 445 consid. 5b p. 450/451; 60 I 271). En l'espèce, il n'est pas sérieusement contesté que le présent monopole d'affichage portant exclusivement sur le domaine public est justifié par un intérêt public prépondérant. On ne saurait dire que le monopole en cause poursuit de purs intérêts fiscaux. A partir du moment où le monopole répond, comme ici, à un véritable intérêt public, il est de toute façon sans importance que l'activité visée rapporte ou non un excédent de recettes (ETIENNE GRISEL, op. cit., n. 996, p. 226).

d) aa) Plus délicate est la question de savoir si ce monopole d'affichage respecte le principe de la proportionnalité. Celui-ci se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 123 I 112 consid. 4e p. 121; 122 I 236 consid. 4e/bb p. 246). A titre préalable, il y a lieu de relever que le monopole de fait est soumis à des conditions d'admission moins sévères que le monopole de droit (RUEY, op. cit., p. 364 ss). En ce qui concerne plus particulièrement le critère de la nécessité, on peut se montrer moins strict que pour un monopole de droit. Il peut en effet arriver qu'une mesure moins restrictive que le monopole puisse être suffisante pour atteindre le but d'intérêt public visé, mais qu'elle soit insuffisante pour protéger la destination ou la substance même du domaine public (cf. RUEY, op. cit., p. 366).

bb) En l'occurrence, le droit d'apposer des placards publicitaires sur le domaine public, sur lequel l'Etat et la Ville de Genève disposent d'un monopole de fait, a été

octroyé pour une longue durée (dix ans) à un concessionnaire unique. Une autre solution aurait consisté à soumettre l'activité en cause au régime de l'autorisation préalable, appelé de la « libre concurrence ». Les systèmes d'une concession partagée entre plusieurs entreprises privées ou d'une concession de courte durée octroyée par rotation à différents requérants étaient aussi envisageables. Mais ces autres systèmes auraient engendré une surcharge de dépenses et de travail pour l'administration qui aurait dû alors s'assurer du respect de l'égalité des chances entre les concurrents. Il est donc indéniable que la concession de la totalité du droit de l'affichage publicitaire sur l'ensemble du domaine public à un seul concessionnaire présente de nombreux avantages d'ordre pratique. En outre, cette concession exclusive constitue un moyen apte et nécessaire à atteindre les buts d'intérêt public visés, car si l'affichage sur le domaine public était soumis par exemple à simple autorisation préalable, la protection des sites et la sécurité du trafic ne pourraient pas être totalement assurées. En particulier, l'homogénéité de l'architecture urbaine, soit plus précisément ce qu'on appelle le mobilier urbain, ne pourrait plus être garantie. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'affichage publicitaire sur le domaine public et l'installation du mobilier urbain comme support publicitaire ont une grande influence sur le paysage urbain. De surcroît, comme on l'a vu plus haut, l'activité concédée requiert un usage particulier du domaine public. Or un tel usage est de nature à gêner la circulation des piétons ou des automobilistes qui, eux, font un usage « normal » du domaine public. Ainsi, la création d'un monopole de l'affichage publicitaire sur le domaine public constitue une mesure appropriée pour veiller à ce que l'usage commun du domaine public ne soit pas exagérément entravé par l'exercice de l'activité monopolisée. Le régime du monopole permet de gérer plus efficacement la priorité et la coordination entre les divers usagers du domaine public que le régime de l'autorisation préalable. On peut ajouter en passant que la concession du monopole en question à une seule entreprise concessionnaire apparaît également comme une mesure appropriée, compte tenu du caractère limité du domaine public et de l'intensité de l'activité visée. La coexistence de plusieurs concessionnaires pourrait conduire à des concepts différents qui ne s'harmoniseraient pas forcément. Du reste, statuant sur une dénonciation de JC Decaux SA relative à la procédure d'octroi de la concession en cause, le secrétariat de la Commission de la concurrence est arrivé à la conclusion que la concession exclusive du monopole d'affichage ne constituait pas une restriction illicite de la concurrence, tout en encourageant la Ville et l'Etat de Genève à répartir à l'avenir la concession de l'affichage entre plusieurs concessionnaires et à limiter sa durée au strict nécessaire (rapport du 21 mai 1997).

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, on peut donc admettre que l'octroi à un seul concession-

naire du droit d'apposer de la publicité, en tant que limité au domaine public (monopole de fait), respecte le principe de la proportionnalité.

cc) Dans l'arrêt publié aux ATF 100 Ia 445 consid. 5c, le Tribunal fédéral a reconnu que le monopole d'affichage sur le domaine public et les fonds privés situés sur le territoire de la commune de Lausanne respectait le principe de la proportionnalité; il a justifié cette opinion par le fait que le régime de monopole et de concession exclusive permet d'avoir la vue d'ensemble indispensable pour assurer de façon efficace la protection des sites et la sécurité du trafic; il permet aussi d'imposer à l'entreprise concessionnaire certaines conditions, notamment la mise à disposition des emplacements nécessaires à l'affichage officiel. A l'inverse du système de l'autorisation préalable dans le régime de libre concurrence, le régime du monopole facilite en outre le contrôle de la part des pouvoirs publics et rend celui-ci moins onéreux. Sur ce point, cet arrêt a été critiqué par la doctrine (cf. LEO SCHÜRMAN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3ème éd., Berne 1994, p. 73, 75 et 76; FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2ème éd., Berne 1997, p. 75; MOOR, op. cit., vol. III, n. 3.2.2.2, p. 127. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4ème éd., Zurich 1998, n. 1497, p. 495. Peu clair, RUEY, op. cit., p. 285/286 et note de bas de page 168, p. 367). Mais ces critiques - sur lesquelles il n'est pas nécessaire de prendre position - ne modifient pas les considérations précédentes. En effet, d'une manière générale, ces auteurs critiquent l'admissibilité du monopole de droit en ce qui concerne l'affichage sur les fonds privés, mais pas celle du monopole d'affichage sur le domaine public qui est qualifié de monopole de fait (cf. aussi SUTTER-SOMM, op. cit., p. 150/151; ETIENNE GRISEL, op. cit., n. 1000, p. 227/228; JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1991, note de bas de page 117, p. 374/375, qui considère que le monopole d'affichage sur le domaine privé constitue une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie). ■

11.- à 13.- (...)

REMARQUES:

Le 1^{er} janvier 1996 a sonné l'heure du big bang en matière de marchés publics en Suisse: l'Accord OMC est entré en vigueur, entraînant avec lui une multitude de nouvelles dispositions légales en droit interne, qu'il s'agisse de droit fédéral pour les marchés de la Confédération (loi fédérale sur les marchés publics; ordonnance d'application) ou de droit cantonal pour les marchés cantonaux et communaux (Accord intercantonal, réglementations cantonales d'application, loi fédérale sur le marché intérieur). Depuis lors, le nombre de litige s'est accru de manière exponentielle et les tribunaux sont confrontés à de multiples questions souvent plus difficiles les unes que les autres; cette situation n'est d'ailleurs pas propre à la Suisse. L'arrêt présenté et commenté ici démontre combien ne serait-ce que le champ d'application de la réglementation est difficile à définir.

On peut synthétiser l'état de fait de la manière suivante: une collectivité dispose d'un monopole en matière d'affichage sur son domaine public. Afin d'en attribuer la concession exclusive, elle organise une soumission publique. Quatre sociétés déposent une offre. L'une de celles qui n'est pas retenue fait recours au Tribunal fédéral contre le choix qu'a opéré le concédant. C'est une question nouvelle que de savoir si l'état de fait ainsi résumé est ou non assujéti au **droit des marchés publics**. Le Tribunal fédéral y répond par la négative, dans

son considérant principal 6b: la collectivité ne se trouve pas dans la position d'un «demandeur» (ou d'un «acquéreur») de prestation, mais plutôt dans la position inverse d'un «offreur» (ou d'un «vendeur»). En concédant le monopole de l'affichage publicitaire sur son domaine public, la collectivité en question n'entend pas acquérir des prestations de services, mais au contraire «vendre» le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant une redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire. L'un des éléments caractéristiques du marché public fait défaut, soit le paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur.

Le droit des marchés publics révèle toute sa jeunesse dans les considérants du Tribunal fédéral: l'argumentation juridique est très sobre, les références à d'autres précédents inexistantes et les sources de doctrine citées ne se prononcent pas sur la question topique. Dans cette situation, l'arrêt a le mérite de sa simplicité et la solution adoptée semble tomber sous le sens: l'Etat ne passe pas un marché s'il ne rémunère pas quelque prestation, d'une manière ou d'une autre.

Cette apparence de simplicité est cependant trompeuse:

1. Même les concessions peuvent faire l'objet de marchés publics: en l'état, le droit communautaire a englobé les concessions de travaux dans sa directive travaux, mais n'a pas voulu faire de même pour les concessions de services dans sa directive services (silence qualifié). Par contre, il n'y a pas de raison d'exclure les concessions de services du champ d'application de l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur.

2. Les prestations demandées au concessionnaire ne comportaient pas que de l'affichage, mais aussi la mise à disposition et la pose des installations techniques nécessaires. Il y avait donc là des aspects de travaux ou de fournitures qui sont typiquement assujettis au droit des marchés publics. En droit communautaire, on estime dans ces cas qu'il convient d'identifier la prestation prépondérante au sein du marché concerné (en général en termes quantitatifs); c'est elle qui déterminera la qualification globale du contrat litigieux. En outre, il peut y avoir marché de construction sans pour autant que la collectivité bénéficiaire ne devienne propriétaire des objets construits.

3. Le principe est donc qu'un marché public ne peut exister si aucune rémunération n'est versée à l'adjudicataire. Les marchés publics ont ainsi par définition un caractère synallagmatique. Il n'y a donc pas de marché en cas d'allocation unilatérale, telle que des subventions, des dotations en capital ou des transferts budgétaires. En pratique cependant, il arrive souvent qu'une certaine rémunération existe indirectement; ainsi lorsque l'entreprise de publicité ou un sponsor est englobé dans le budget général de publicité de l'organisateur d'une manifestation publique et voit son nom en profiter.

4. Le secteur de la publicité est tout de même assujetti au droit des marchés publics, dès le moment où il s'agit d'un service: les services de publicité sont mentionnés à l'Annexe 4 de l'Appendice I à l'Accord OMC sur les marchés publics, en relation avec le ch. 871 du Central Product Classification de l'ONU (CPC). Un tel

service existe dès que le pouvoir adjudicateur recherche des concepteurs, des analystes de marché ou des médiaplans.

5. La jurisprudence cantonale a déjà admis que les entités adjudicatrices peuvent s'assujettir spontanément au droit des marchés publics, en particulier pour les marchés en dessous des seuils ou pour ceux qui portent sur des services en dehors des listes. Sans doute alors, les exigences de la réglementation s'appliquent-elles et les soumissionnaires évincés peuvent-ils recourir (l'adjudication vaut décision administrative). L'Etat devrait désormais faire preuve de prudence lorsqu'il publie des «avis de soumission publique» comme en l'espèce et préciser si oui ou non la réglementation en matière de marchés publics s'applique ou non.

On peut penser que cet arrêt aura une grande portée dans tous les secteurs du **sponsoring**: le sponsor soutient une manifestation publique, mais son organisateur n'achète rien. Au contraire, il «vend» le support publicitaire, le renom de sa manifestation et le privilège pour le sponsor d'y être associé. Le droit des marchés publics s'écarte ici de la conception traditionnelle en matière de contrat de sponsoring où l'on affirme que le sponsor accomplit la prestation caractéristique.

Dans un développement très bien construit, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le **monopole de l'affichage** contesté par les recourants est admissible: (1) les cantons sont habilités à créer ou maintenir leurs monopoles; il s'agit certes d'une mesure de politique économique qui déroge à notre système économique libéral, mais l'art. 31 al. 2 Cst. contient une norme expresse à cet effet. (2) Le monopole d'affichage est de droit lorsqu'il s'étend sur le domaine privé, car alors une norme conditionne son existence; il est un monopole de fait lorsqu'il se limite au domaine public (comme en l'espèce) puisqu'en vertu de sa maîtrise générale sur les biens publics, le canton est en mesure d'exercer seul une activité économique exigeant un usage particulier du domaine public. (3) Le monopole d'affichage (en particulier dans les localités) a toujours été jugé conforme à l'intérêt public, notamment parce qu'il contribue à la sécurité du trafic ainsi qu'à la protection des sites urbains et du paysage. (4) Pour ce qui est de la proportionnalité enfin, la solution d'une concession unique pour dix ans sur l'ensemble du domaine public est encore acceptable, même si d'autres solutions auraient été possibles; en effet, une telle concession réduit au maximum les dépenses et le travail de l'administration, elle assure au mieux l'uniformité du mobilier urbain dont l'impact sur le paysage est très grand; elle permet d'imposer au concessionnaire la mise à disposition des emplacements d'affichage nécessaires.

Il serait faux de considérer cette appréciation comme immuable, à notre époque de libéralisme réaffirmé. Dans sa prise de position en cours de procédure, la Commission fédérale de la concurrence a estimé qu'une concession de durée plus brève ou un système de concessions multiples auraient été plus judicieux. La doctrine a quant à elle toujours critiqué le monopole de droit lorsqu'il concerne l'affichage sur le domaine privé.

PROF. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, FRIBOURG