



---

Cour II

Case postale  
CH-9023 St-Gall  
Téléphone +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.tribunal-administratif.ch

**Numéro de classement : B-1231/2019**  
ric/dej/bmm

## **Décision incidente du 16 avril 2019**

---

Composition

Pascal Richard, juge unique,  
Julien Delaye, greffier.

En la cause

---

Parties

1. X. \_\_\_\_\_ **Sàrl**,  
2. Y. \_\_\_\_\_,  
tous deux représentés par Maître Romain Jordan, avocat,  
recourants,

contre

**Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA**,  
CFF Immobilier, Droit, Compliance et acquisitions,  
représentée par Maître Delphine Zarb, avocate  
autorité inférieure,

---

Objet

attribution de surfaces commerciales,  
projet « [...] » (Bâtiment A. \_\_\_\_\_, lot n° 1),

**Faits :****A.**

En mai 2017, les Chemins de fers fédéraux suisses CFF SA (ci-après : l'autorité inférieure) ont lancé un appel d'offres pour la location de surfaces commerciales dans le cadre du projet « [...] ». Ledit projet porte sur deux bâtiments, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_, répartis en plusieurs lots. Le bâtiment A. \_\_\_\_\_ comporte quatre lots (ci-après respectivement les lots n° 1, 3, 4 et 5), le bâtiment B. \_\_\_\_\_ en comporte treize. L'appel d'offres précisait notamment que « *le bailleur n'est pas tenu d'accepter une offre reçue et se réserve le droit de compléter, de modifier ou de clôturer à tout moment la procédure de location (en particulier la procédure d'évaluation ou le calendrier) sans avoir à motiver sa décision* ».

**B.****B.a**

X. \_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : la recourante 1), dont Y. \_\_\_\_\_ (ci-après : le recourant 2) est l'associé gérant (ci-après collectivement : les recourants), a déposé un dossier portant sur les lots n° 4 et 5.

**B.b** En date du 24 août 2018, au cours d'une discussion avec l'autorité inférieure, les recourants ont retiré ladite offre et manifesté leur intérêt à obtenir à la place le lot n° 1.

**B.c** Par message du 18 décembre 2018, confirmé le lendemain, l'autorité inférieure a indiqué aux recourants que la surface commerciale portant sur le lot n° 1 ne leur serait finalement pas attribuée et que tous les frais mis en œuvre pour le dépôt de leurs offres leur seraient remboursés.

**B.d** Le 16 février 2019, les recourants ont appris, par voie de presse, que le lot n° 1 serait attribué à un tiers et que les contrats seraient signés à la mi-mars 2019.

**B.e** Par courrier du 5 mars 2019, les recourants ont sollicité de l'autorité inférieure qu'elle produise l'intégralité du dossier. Ils se fondent notamment sur la loi fédérale sur les marchés publics et sur la loi fédérale sur le marché intérieur. Ils se plaignent qu'aucune décision de révocation de l'adjudication n'a été rendue par l'autorité inférieure.

**B.f** En date du 7 mars 2019, l'autorité inférieure a refusé de transmettre le dossier. Elle indique que les deux lois précitées n'ont pas vocation à s'appliquer, de sorte que les recourants ne sauraient en déduire un quelconque droit et que, partant, l'adjudication opérée à un tiers était licite.

**C.**

Le 13 mars 2019, les recourants ont formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Ils se plaignent d'une part d'un déni de justice, dès lors que l'autorité inférieure n'aurait pas rendu de décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative quant à la révocation de l'adjudication du lot n° 1 en faveur des recourants, subsidiairement à ce que la décision contenue dans le courrier de l'autorité inférieure du 7 mars 2019 soit annulée. Ils se fondent à cet égard sur les dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics et sur la loi fédérale sur le marché intérieur.

Ils requièrent également l'octroi de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet « [...] », subsidiairement à ce qu'il soit octroyé l'effet suspensif au recours.

**D.**

Par ordonnance du 18 mars 2019, le tribunal a renoncé à prononcer des mesures superprovisionnelles et a invité l'autorité inférieure à se déterminer sur la requête d'octroi de mesures provisionnelles.

**E.**

Par déterminations du 21 mars 2019, l'autorité inférieure a conclu à leurs rejets. Elle considère qu'aucune disposition légale ne permet de fonder la compétence du Tribunal administratif fédéral. Partant, il n'y aurait pas lieu de prononcer une quelconque mesure.

**F.**

Par courriers du 29 mars 2019 et du 4 avril 2019, les recourants ont maintenu leurs conclusions tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet « [...] », subsidiairement à ce qu'il soit octroyé l'effet suspensif.

Les arguments avancés de part et d'autres au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

**Droit :****1.**

**1.1** La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, sauf disposition contraire de la LTAF (art. 37 LTAF).

Le Tribunal administratif examine d'office sa compétence (art. 7 al. 1 PA).

**1.2** A teneur de l'art. 56 PA, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut prendre des mesures provisionnelles pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés. Une décision sur mesures provisionnelles suppose l'urgence et n'est admise que lorsque le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2). Il faut en outre procéder à une pesée des intérêts respectifs lors de laquelle les mesures à ordonner doivent apparaître proportionnées. De plus, le prononcé de mesures ne doit ni anticiper ni rendre impossible une décision sur le fond (cf. ATF 127 II 132 consid. 3). Lesdites mesures reposent sur un examen sommaire de l'état de fait et de la situation juridique. Il peut être tenu compte d'un pronostic sur le fond lorsque celui-ci est clair ; si tel n'est pas le cas, il convient de faire preuve de retenue (cf. décision incidente du TAF B-547/2008 du 19 mars 2008 consid. 4.2).

**2.**

L'objet de la présente décision porte sur la requête de mesures provisionnelles des recourants. Ceux-ci requièrent en substance qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet « [...] », subsidiairement à ce qu'il soit octroyer l'effet suspensif à leur recours.

**2.1** A titre liminaire, il convient tout d'abord de circonscrire l'objet du litige. Il ressort en effet du dossier, ce qui n'est pas contesté, que le projet « [...] » porte sur deux bâtiments, à savoir le bâtiment A.\_\_\_\_\_ et le bâtiment B.\_\_\_\_\_. Le bâtiment A.\_\_\_\_\_ est divisé en 4 lots : le lot n° 1, le lot n° 3, le lot n° 4 et le lot n° 5. Quant au bâtiment B.\_\_\_\_\_, il est réparti en 13 lots.

**2.2** En l'espèce, les recourants ont tout d'abord déposé un dossier pour les lots n° 4 et 5 du bâtiment A.\_\_\_\_\_ qu'ils ont retiré pour déposer une offre sur le lot n° 1 ; les parties ne le contestent pas. Au surplus, il ne ressort pas du dossier que les recourants ait déposé une offre pour le lot n° 3 ou pour l'un des lots du bâtiment B.\_\_\_\_\_. Partant, il appert que seule demeure litigieuse la question de l'attribution du lot n° 1.

**2.3** Il s'ensuit que, dès lors que leur attribution ne fait pas l'objet du litige, il ne se justifie pas de prononcer une quelconque mesure portant sur les autres lots, à savoir les lots n° 3, 4, 5 et les lots du bâtiment B.\_\_\_\_\_.

La requête des recourants tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet « [...] » doit être rejetée s'agissant desdits lots. Seule demeure litigieuse la question d'une éventuelle mesure portant sur le lot n° 1.

### **3.**

Il convient d'abord d'examiner si l'attribution de la surface commerciale litigieuse portant sur le lot n° 1 est ou non soumise à la législation sur les marchés publics et en particulier aux dispositions de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1).

**3.1** Invoquant l'art. 28 al. 2 LMP et les garanties procédurales de la loi fédérale sur les marchés publics, les recourants font valoir que l'autorité inférieure aurait révoqué l'attribution du lot n° 1 en leur faveur, sans respecter les formes et conditions prévues par dite loi. Selon les recourants, c'est donc à tort que les dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics n'auraient pas été appliquées à la procédure d'attribution litigieuse.

L'autorité inférieure estime que la commercialisation de surfaces commerciales échappe au droit des marchés publics.

**3.2** La LMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422). Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjudgé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjudger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

**3.3** Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de marché public porte avant tout sur l'acquisition, par l'entité adjudicatrice, de fournitures, de constructions ou de services dans le but de remplir ses tâches publiques (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.2 et 125 I 209 consid. 6b). Si, en revanche, l'autorité octroie une concession pour l'utilisation spéciale du domaine public ou pour l'exercice d'une activité monopolisée, il ne s'agit pas d'un marché public, dès lors que celle-ci n'agit pas en tant qu'acquéreur de fournitures, de constructions ou de services, mais accorde au contraire à

un tiers un droit portant sur une utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée. Par conséquent, l'octroi de concessions n'est pas soumis au droit des marchés publics (cf. ATF 143 II 120 consid. 2.2.1, 135 II 48 consid. 4.3 et 5.1, 128 I 136 consid. 4.1 et 125 I 209 consid. 6b). La situation peut toutefois être différente si, par exemple, l'octroi d'une concession est indissociablement lié à l'acquisition de prestations d'une certaine importance, qui font normalement l'objet de marchés publics. En effet, l'autorité ne doit pas pouvoir contourner l'application du droit des marchés publics au moyen de concessions (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.4 et 5.2).

**3.4** Une telle constellation ne semble pas se présenter en l'espèce. Il ne ressort en effet pas du dossier que l'attribution du lot n° 1 soit liée à l'acquisition de prestations devant faire l'objet de marchés publics. Il s'ensuit que la LMP n'est, *prima facie*, pas applicable au présent litige.

#### **4.**

Il convient ensuite d'examiner si l'attribution de surfaces commerciales relève d'une concession portant sur l'utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée.

**4.1** L'autorité inférieure soutient que le litige relève uniquement du droit privé. Elle fonde son raisonnement sur deux argumentations : d'une part, il n'existe pas d'utilisation spéciale du domaine public et d'activité monopolisée, l'état ne détenant pas un monopole sur la gestion des surfaces commerciales ; d'autre part, les litiges entre les locataires de surfaces affectées à des entreprises accessoires et l'entreprise ferroviaire relèveraient exclusivement de la juridiction civile.

Les recourants estiment, quant à eux, que l'attribution litigieuse portant sur la location de surfaces commerciales intervient dans le cadre de l'exploitation d'une gare. Dès lors, l'activité relèverait de la mission publique pour laquelle l'autorité inférieure bénéficierait d'un monopole.

**4.2** Il s'agit dès lors de déterminer si l'attribution de la surface commerciale correspondant au lot n° 1 relève du droit privé ou du droit public fédéral.

**4.2.1** Afin de délimiter ces deux domaines du droit, le Tribunal fédéral s'appuie sur diverses théories : la théorie des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés,

notamment dans ce dernier cas en réduisant les inégalités entre cocontractants par une protection accrue de la partie la plus faible ; la théorie dite fonctionnelle, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique ; la théorie de la subordination, qui assujettit au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue ; et enfin la théorie dite modale qui attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucune ne l'emporte *a priori* sur les autres (cf. ATF 137 II 399 consid. 1.1).

**4.2.2** En l'occurrence, l'autorité inférieure est une société anonyme de droit public (art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF, RS 742.31]). Elle offre essentiellement des prestations de transports publics, notamment dans le domaine de l'infrastructure, du trafic voyageurs régional ou à grande distance, et du trafic marchandises et les secteurs annexes (art. 3 al. 1 LCFF). Elle peut accomplir tous les actes juridiques qui sont directement ou indirectement liés au but de l'entreprise, ou qui sont propres à le promouvoir. Elle peut notamment fonder des sociétés, prendre des participations ou coopérer d'une autre manière avec des tiers. Elle peut acquérir, gérer et aliéner des immeubles et des installations (art. 3 al. 2 LCFF).

**4.2.3** Font notamment partie des infrastructures les gares (art. 62 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer [LCdF, RS 742.101]), dans la mesure où elles sont directement consacrées à la réalisation de prestations de transport public (cf. décision incidente du TAF B-6872/2017 du 16 mai 2018 consid. 2.3.1). Leur gestion ressort ainsi *a priori* du droit public, pour autant que celle-ci concerne la réalisation de telles prestations. En revanche, l'autorité inférieure conclut des contrats de droit privé, par exemple dans ses relations avec ses clients. De même, en louant des surfaces commerciales dans le périmètre des gares, l'autorité inférieure poursuit avant tout un intérêt privé ; il en va de même de ses partenaires commerciaux. Il convient en particulier de noter que ceux-ci peuvent utiliser des surfaces de remplacement dans le périmètre des gares, de sorte qu'il existe un véritable marché de la location de surfaces commerciales ; aucun monopole de fait n'est dès lors à craindre (cf. arrêt du TAF A-4862/2014 du 3 juin 2015 consid. 6.4). Enfin, l'installation d'entreprises accessoires à but commercial dans le périmètre des gares est autorisée par la loi (art. 39 al. 1 LCdF), les litiges entre les locataires de

surfaces affectées à des entreprises accessoires et l'entreprise ferroviaire relevant de la juridiction civile (art. 39 al. 4 LCdF).

**4.3** Il s'ensuit que l'attribution de surfaces commerciales ne paraît pas relever d'une concession portant sur l'utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée. Partant, l'attribution du lot n° 1 ne relève pas, *prima facie*, du droit public fédéral.

## **5.**

Les recourants font enfin valoir que la procédure d'attribution du lot n° 1 violerait les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) et qu'il se justifierait d'octroyer les mesures provisionnelles sollicitées pour ce motif.

En l'occurrence, on ne saisit pas en quoi la loi sur le marché intérieur ouvrirait une voie de droit au tribunal de céans. Cette loi offre certes certaines garanties dans le cadre de la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées ; néanmoins, l'autorité inférieure, qui plus est fédérale, ne dispose *in casu* pas d'un monopole sur la location de surfaces commerciales, comme on vient de le voir (cf. supra consid. 4.2.3).

Il s'ensuit que la loi sur le marché intérieur ne permet pas non plus, *prima facie*, la saisine du tribunal de céans.

## **6.**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il appert que la compétence du tribunal n'est, *a priori*, pas donnée. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas opportun de prendre une quelconque mesure portant sur le lot n° 1.

Mal fondée, il y a lieu de rejeter la requête des recourants tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet « [...] », subsidiairement à ce qu'il soit octroyer l'effet suspensif à leur recours.

## **7.**

La question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans le cadre de l'arrêt final.



**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

La requête des recourants est rejetée.

**2.**

Un double du courrier du 4 avril 2019 des recourants est porté à la connaissance de l'autorité inférieure.

**3.**

Les frais et dépens relatifs à la présente décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

**4.**

La présente décision incidente est adressée :

- aux recourants (recommandé avec avis de réception)
- à l'autorité inférieure (recommandé avec avis de réception ; annexe : cf. chiffre 2)

Le juge unique :

Le greffier :

Pascal Richard

Julien Delaye

**Indication des voies de droit :**

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 ss LTF soient remplies, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 16 avril 2019