

# **BGE 148 II 564**

Bundesgericht (BGE), 2022-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_148 II 564](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148%20II%20564)

FR: ATF 148 II 564

IT: DTF 148 II 564

## **Regeste**

Regeste Art. 2 Abs. 7 und Art. 9 Abs. 3 BGBM; Vergabe eines Monopols zum Plakataushang ohne Ausschreibung; Frage und Folgen der Nichtigkeit eines solchen Entscheids. Der Entscheid über die Vergabe eines Monopols zum Plakataushang ohne vorgängige Ausschreibung durch die Gemeinde, der klar gegen Art. 2 Abs. 7 BGBM vorstösst, ist nichtig (E. 7). Folgen dieser Nichtigkeit unter dem Gesichtspunkt der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (E. 8). Auswirkungen auf die bereits abgeschlossene Vereinbarung zum Plakataushang (E. 9).

## **Erwägungen**

### **E. 7**

Reste à examiner si les recours de A. SA et de la Commune sont fondés en tant qu'ils invoquent une violation du droit fédéral sur le fond. Il s'agit pour cela d'examiner, en premier lieu, si l'autorité précédente pouvait considérer qu'avant même de conclure la Convention d'affichage du 11 juin 2019 avec A. SA, la Commune avait pris une décision d'attribution de concession - non formalisée comme telle - devant être considérée comme nulle, au motif qu'elle n'avait pas été précédée d'un appel d'offres, comme l'impose pourtant l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) pour toute transmission de monopole communal à des entreprises privées.

#### **E. 7.1**

La Cour de céans relève à cet égard d'emblée que les parties ne contestent pas que la décision d'attribution de concession prise par la Commune, à tout le moins par actes concluants, avant la conclusion de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 a contrevenu à l'art. 2 al. 7 LMI. Rappelons que cette convention, qui octroie à A. SA un droit exclusif d'affichage sur le domaine public communal, ne portait pas sur l'acquisition de prestations susceptibles de relever du droit des marchés publics, mais tombait néanmoins sous le coup de l'art. 2 al. 7 LMI dès lors qu'elle concernait la transmission d'un monopole (cf. consid. 2.2 non publié). Cela aurait impliqué que la Commune procède à un appel d'offres avant de la conclure, ce qui n'a pas été fait. La décision d'attribution de concession prise en faveur de A. SA emporte dès lors bel et bien violation de l'art. 2 al. 7 LMI. A ce stade, il convient donc uniquement d'examiner si ce non-respect de la LMI entraîne la nullité de la décision en cause.

#### **E. 7.2**

Selon un principe général, la nullité d'un acte commis en violation de la loi doit résulter soit d'une disposition légale expresse soit du sens et du but de la norme en question (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa; ATF 119 II 147 consid. 4a et les arrêts cités). En d'autres termes, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre

exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement BGE 148 II 564 S. 568 pas la protection nécessaire (cf. ATF 121 III 156 consid. 1). Ainsi, d'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit ( ATF 139 II 243 consid. 11.2; ATF 132 II 21 consid. 3.1). Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité ( ATF 139 II 243 consid. 11.2; ATF 132 II 21 consid. 3.1; ATF 122 I 97 consid. 3a/aa; ATF 116 Ia 215 consid. 2c).

### **E. 7.3**

Il résulte de ce qui précède qu'en l'absence de règle topique dans la LMI, le principe de la légalité ne s'oppose pas à ce qu'une décision communale d'attribution d'une concession violant l' art. 2 al. 7 LMI soit frappée de nullité, pour autant toutefois que le vice juridique en question puisse être qualifié de particulièrement grave et soit facilement décelable, voire manifeste. En l'occurrence, l' art. 2 al. 7 LMI - sur lequel l'autorité précédente se fonde pour justifier le constat de nullité présentement litigieux - dispose très clairement que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et qu'elle ne peut pas discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. En adoptant cette norme lors de la révision de la LMI de 2005 (RO 2006 2363), le législateur a cherché à faciliter, voire à garantir un accès au marché non discriminatoire et transparent lors du transfert des concessions de monopole cantonal ou communal, tout en respectant la compétence constitutionnelle des cantons et des communes en matière d'activités économiques à caractère monopolistique ( ATF 143 II 120 consid. 6.3.1; cf. Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, 431 s. et 436). L' art. 2 al. 7 LMI impose ainsi deux exigences fondamentales à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal: un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. La mise en place d'un appel d'offres implique non seulement que la collectivité publique organise une procédure permettant aux entreprises privées intéressées par l'exploitation dudit monopole de déposer une offre, mais aussi qu'elle attribue la concession par le biais d'une décision, contre laquelle des voies de droit doivent être ouvertes. Quant à l'interdiction de discriminer, BGE 148 II 564 S. 569 elle s'applique à la fois à la procédure d'appel d'offres stricto sensu, à la détermination des critères de sélection et au choix du concessionnaire, imposant par là même aussi le respect du principe de transparence, qui est son corollaire (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.4.1; cf. en ce sens, parfois par analogie avec les marchés publics, ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, p. 118; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3 e éd. 2013, n. 212; MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n. 791 ss, n. 814 ss; REY/WITTWER, *Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz*, PJA 2007 p. 585 ss, 591 s.).

### **E. 7.4**

En l'occurrence, il ressort de l'arrêt attaqué que la Commune a décidé d'attribuer une concession d'affichage exclusive sur son domaine privé et public à A. SA pour une durée de dix ans, renouvelable pour une période de cinq ans, et d'exclure de ce fait durablement la

concurrence au profit d'une entreprise, ce sans procéder à aucun appel d'offres. Elle a ainsi bafoué les deux exigences fondamentales au coeur de l' art. 2 al. 7 LMI , à savoir l'organisation d'un appel d'offres et l'interdiction de la discrimination, lesquelles font partie du but même de la LMI (cf. art. 1 LMI ). A cela s'ajoute qu'en privant B. SA de la possibilité de se positionner pour accéder au marché de l'affichage sur le domaine public de la Commune et en mettant à cet égard en place un régime de privilèges empêchant toute concurrence, la décision litigieuse est susceptible de réduire la compétitivité de l'économie suisse dans le secteur concerné et d'affecter négativement la cohésion économique du pays (cf. art. 1 al. 2 let . c et d LMI). Plus fondamentalement encore, elle va à l'encontre du principe de la liberté économique (cf. art. 94 al. 1 Cst. ) et porte atteinte aux principes de libre concurrence et de neutralité de l'Etat en matière de concurrence ( art. 27 et 94 Cst. ; cf. ATF 143 II 425 consid. 4.2), ainsi qu'au droit des concurrents à l'égalité de traitement ( art. 27 Cst. ), sans que cette atteinte ne soit d'une quelconque manière justifiée par la Commune. Enfin, en ne procédant à aucun appel d'offres, la Commune a fait en sorte que B. SA ne puisse pas attaquer la décision d'attribution avant que la concession ne soit conclue. En d'autres termes, la décision de la Commune d'attribuer à A. SA une concession d'affichage exclusive sur son domaine public et privé est affectée d'un vice particulièrement grave, aussi bien sous l'angle des exigences fondamentales de la concurrence que sur le plan procédural. BGE 148 II 564 S. 570

#### **E. 7.5**

En ce qui concerne le caractère manifeste ou facilement décelable de ce vice, il convient ici de rappeler que le Tribunal fédéral a rendu le 6 mars 2017 - soit plus de deux ans avant que la Commune ne prenne la décision litigieuse - un arrêt de principe, publié aux ATF, dans lequel il a souligné que les collectivités publiques devaient se conformer aux exigences posées par l' art. 2 al. 7 LMI lors de l'octroi d'une concession d'affichage (cf. ATF 143 II 120 ). Cet arrêt a d'ailleurs été rendu sur recours de A. SA, qui avait décidé de contester une décision d'attribution d'une concession d'affichage préalablement mise au concours par la Ville de Lausanne. Il ressort en outre de l'arrêt attaqué qu'à la même époque, A. SA participait également à d'autres appels d'offres relatifs à des concessions d'affichage dans différentes communes genevoises, ce qui l'a du reste amenée à recourir une nouvelle fois jusqu'au Tribunal fédéral dans une procédure l'opposant à B. SA en Ville de Genève (cf. arrêt 2C\_82/2019 du 18 septembre 2019 consid. 4). La Cour de justice a enfin constaté, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF ), que B. SA avait plusieurs fois contacté la Commune entre le 26 avril 2018 et le 11 juin 2019 afin de l'informer de son projet de soumettre, à l'échéance de la convention d'affichage en cours, une offre pour l'ensemble des supports d'affichage se trouvant sur le domaine public communal, exprimant de cette manière clairement son souhait de participer au prochain appel d'offres qui serait organisé. Il faut donc admettre, à l'instar de la Cour de Justice, que la Commune, tout comme A. SA, connaissaient logiquement - ou pouvaient à tout le moins très facilement déceler - l'irrégularité de la décision d'attribution de concession prise par la première en faveur de la seconde, laquelle était forcément manifeste au regard des circonstances. Aucune d'elles n'a d'ailleurs affirmé devant la Cour de justice avoir ignoré cette irrégularité à l'époque des faits (cf. consid. 6.2 non publié).

#### **E. 7.6**

Il sera enfin observé que le constat de nullité confirmé par l'arrêt attaqué n'a de conséquence directe que pour la Commune et A. SA. Cela étant, au vu de la Convention, les

investissements consentis par A. SA (installation de panneaux d'affichage et d'autres supports publicitaires) paraissent limités et méritent d'autant moins protection que A. SA, dont la bonne foi est sujette à caution (cf. supra consid. 7.5), pouvait s'attendre à ce que la concession dont elle a bénéficié soit remise en question. Il s'ensuit que le constat de nullité présentement litigieux ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. BGE 148 II 564 S. 571

### **E. 7.7**

En conclusion, la Cour de justice a respecté les principes jurisprudentiels posés par le Tribunal fédéral en constatant la nullité de la décision prise de manière non formalisée par la Commune d'attribuer une concession d'affichage exclusive sur son domaine public à A. SA.

### **E. 8**

Il s'agit encore d'examiner les implications juridiques du constat de nullité prononcé par l'arrêt attaqué. La Cour de justice a en l'occurrence décidé d'impartir à la Commune un délai de six mois soit pour procéder à un appel d'offres en vue de la réattribution de la concession d'affichage portant sur son domaine public et privé, soit pour réintégrer cette activité d'affichage dans ses activités courantes.

#### **E. 8.1**

L'art. 2 al. 7 LMI ne traite pas expressément des conséquences matérielles ou procédurales de la violation de l'obligation de procéder à un appel d'offres avant d'attribuer une concession. Ni le Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, ni les débats parlementaires n'ont abordé cette question (cf. FF 2005 421; aussi DANIEL KUNZ, *Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe*, in *Marchés publics*, Zufferey/Stöckli [éd.], 2012, p. 205 ss, n. 34). La réglementation de la transmission des monopoles cantonaux et communaux diffère ainsi de celle de la passation des marchés publics où la loi régit expressément les conséquences d'une violation des règles applicables à la passation de marchés publics. Rappelons que, dans ce second domaine, il est clairement prévu qu'après avoir constaté une telle violation du droit, l'autorité de recours peut soit statuer elle-même, soit renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur, en leur donnant le cas échéant des instructions impératives, sauf si un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire retenu, auquel cas l'autorité de recours ne peut que constater le caractère illicite de la décision d'attribution (cf. art. 9 al. 3 LMI ; aussi, notamment, art. 18 de l'accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994/15 mars 2001 [AIMP; rs/GE L 6 05] et art. 58 du nouvel accord du 15 novembre 2019). Cela signifie qu'en présence d'une décision d'adjudication prise en violation du droit, le juge peut notamment, si aucun contrat n'a été conclu, annuler ladite décision et renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur, afin que celui-ci procède, dans la mesure où il le juge nécessaire, au renouvellement de la procédure d'adjudication en veillant à corriger les lacunes relevées, étant précisé qu'il peut toujours renoncer à la réalisation du projet ou de la tâche litigieuse (cf. notamment arrêt 2D\_12/2021 du 30 août 2021 consid. 5.1). BGE 148 II 564 S. 572

#### **E. 8.2**

La jurisprudence fédérale n'a pour sa part encore jamais été appelée à définir de manière précise les conséquences d'une violation de l'art. 2 al. 7 LMI et, a fortiori, du constat de nullité d'une décision d'attribution de monopole opérée sans appel d'offres préalable. Il est néanmoins admis de manière générale que les autorités peuvent ordonner les mesures

nécessaires au rétablissement d'un état conforme au droit, ce sans même qu'aucune base légale ne les y autorise expressément. Il suffit que l'obligation inexécutée ait elle-même une base légale pour que puissent être ordonnées des mesures visant au rétablissement de la situation (cf. ATF 124 II 248 consid. 4b; ATF 111 Ib 213 consid. 6c; arrêt 1C\_741/2013 du 16 juillet 2014 consid. 3.1.2). Or rien ne permet de dire que le législateur ait voulu s'écarter de ce principe en adoptant la LMI. On ne voit en particulier pas qu'en imposant une procédure d'appel d'offres, l'art. 2 al. 7 LMI opérerait un renvoi à l'ensemble de la réglementation sur les marchés publics et, en particulier, à l'art. 9 al. 3 LMI, qui prévoit qu'en telle matière, si un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance de recours doit tout au plus se borner à constater l'illicéité de la décision contestée. Dans un ATF 135 II 49, reprenant la doctrine, le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà souligné que la procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI faisait référence n'avait, a priori, pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics. Cette disposition ne semble en effet viser que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.1; voir aussi, concernant une concession d'usage privatif des eaux publiques, ATF 142 I 99 consid. 2.2.3). Le Tribunal fédéral a par la suite confirmé cette approche dans un ATF 143 II 120 concernant un appel d'offres portant sur une concession d'affichage. Il a alors défini la portée de l'art. 2 al. 7 LMI en tenant compte de la position intrinsèquement différente de l'autorité lors de la passation d'un marché public par rapport à celle exercée lors du transfert d'un monopole. Il a reconnu à cette dernière une plus grande liberté dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 et 6.4.2). Il a par ailleurs souligné l'absence de droit à l'obtention d'une concession de monopole, dès lors que la collectivité publique restait libre d'exercer elle-même l'activité en cause (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.3). BGE 148 II 564 S. 573

### **E. 8.3**

Dans le cas d'espèce, l'attribution d'une concession d'affichage à A. SA sans appel d'offres a conduit à une situation manifestement et fondamentalement contraire à l'art. 2 al. 7 LMI (supra consid. 7.4). La Cour de céans ne peut dès lors reprocher à la Cour de justice d'avoir violé le droit en enjoignant à la Commune d'organiser dans les six mois une procédure d'appel d'offres "de rattrapage" devant conduire à l'attribution d'une nouvelle concession d'affichage au soumissionnaire gagnant ou, dans l'hypothèse où la Commune ne souhaiterait pas procéder à un tel appel d'offres, de renoncer à déléguer toute activité d'affichage sur son domaine à une entreprise privée. De telles instructions visent en effet à rétablir un état conforme au droit. Elles ne constituent rien d'autres que les conséquences logiques du constat de nullité de la décision d'octroi de la concession d'affichage à A. SA. Pour cette raison, elles peuvent se fonder directement sur l'art. 2 al. 7 LMI et n'interviennent sous cet angle nullement *ultra petita* (cf. aussi consid. 5 non publié). Elles correspondent du reste *mutatis mutandis* aux instructions parfois données lors de l'annulation *ab ovo* d'une décision d'adjudication de marché public (cf. supra consid. 8.1).

### **E. 9**

Il s'agit enfin de s'interroger sur les conséquences que peut avoir le constat de nullité de la décision d'attribution de concession sur la Convention d'affichage du 11 juin 2019. Dans son arrêt, la Cour de justice ne s'est pas penchée sur ce point, considérant que "ce constat ne

saurait [...] s'appliquer de facto au contrat conclu le 11 juin 2019 dès lors que les autorités administratives ne sont pas compétentes pour procéder à un tel constat relevant du droit privé". Cette affirmation n'est pas remise en cause par les parties, si ce n'est par la COMCO qui, invitée à se prononcer en la cause, envisage un constat de nullité ou de révocabilité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019. Le Tribunal fédéral, qui vérifie d'office la bonne application du droit, se doit cependant, pour des motifs de sécurité juridique, d'aborder la question de l'incidence d'une attribution de concession frappée de nullité sur la convention conclue consécutivement.

### **E. 9.1**

Tout d'abord, contrairement à ce que semble croire l'autorité précédente, les conventions de concession, en particulier celles d'affichage, ne relèvent pas du droit privé, mais sont soumises au droit public, à la différence des contrats conclus dans le cadre d'un marché public où la collectivité est "consommatrice" d'une prestation (cf. notamment ATF 125 I 209 consid. 6b). Il en résulte que le juge administratif a en principe la compétence de traiter des conséquences BGE 148 II 564 S. 574 que peut avoir une violation de la LMI lors la transmission d'un monopole communal sur le rapport de concession développé en aval. Il ne peut donc pas s'en départir en prétendant, comme l'a fait la Cour de justice, que ce rapport, de nature contractuelle, relèverait du droit privé, contrairement à la situation qui prévaut en matière de marchés publics.

### **E. 9.2**

Il n'est ainsi pas exclu qu'un juge administratif puisse constater la nullité "par ricochet" d'une concession au motif que celle-ci est fondée sur une décision d'attribution de monopole s'avérant nulle en raison d'une violation crasse de l' art. 2 al. 7 LMI . Certains auteurs de doctrine se demandent d'ailleurs si les concessions accordées sans appel d'offres ne devraient pas être frappées de nullité et faire l'objet d'un tel appel a posteriori , tout en laissant cette question ouverte (REY/WITTEWER, op. cit., p. 592). Les conséquences d'une violation de la LMI sur un rapport de concession dépendront cependant toujours de la nature de la violation considérée et des effets que celle-ci a véritablement pu avoir sur la concession. Les différents enjeux et circonstances à prendre en considération lors d'un tel examen factuel et juridique peuvent ainsi justifier d'adopter des solutions nuancées. Ainsi, dans un ATF 145 II 303 , après avoir constaté que la Ville de Genève devait rendre une décision attaquable à l'issue de la mise au concours de la direction de deux théâtres en application de l' art. 2 al. 7 LMI , la Cour de céans a précisé que, comme les directions avaient déjà été nommées et les contrats de subventionnement conclus, la procédure ne pourrait dorénavant concerner que la question de l'éventuel caractère illicite de la décision (cf. arrêt 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 7, non publié in ATF 145 II 303 ). Cet arrêt rendu le 27 mai 2019 concernait cependant une cause de transmission de monopole tout à fait atypique, à savoir la nomination de la direction de deux théâtres. Celle-ci avait du reste fait l'objet d'une mise au concours et ne concernait que trois saisons à partir de l'été 2018, lesquelles avaient déjà été programmées (cf. ATF 145 II 303 A.b et A.c des faits). L'état de fait particulier à la base de l' ATF 145 II 303 ne permet dès lors pas de conclure qu'un constat d'illicéité constituerait la seule conséquence admissible d'une violation de l' art. 2 al. 7 LMI , d'autant que la digression opérée dans cet arrêt sur la suite de la procédure ne figure pas dans un considérant publié. D'autres solutions peuvent s'imposer, notamment lorsque la "concession" a été attribuée, comme en l'espèce, sans appel d'offres préalable et que la BGE 148 II 564 S. 575 décision d'octroi de la concession s'avère purement et simplement nulle

pour ce motif.

### **E. 9.3**

Cela étant dit, il n'incombe pas à la Cour de céans de se substituer aux autorités cantonales précédentes et d'examiner en première instance la question d'une éventuelle nullité ou révocabilité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 découlant de la nullité de la décision d'attribution de concession prise en amont par la Commune. Le Tribunal fédéral n'est par ailleurs de toute façon pas habilité à se prononcer d'office sur la nullité d'un acte lorsque celui-ci ne constitue pas l'objet de la contestation et que ledit constat ne sert pas en soi à trancher l'issue d'un recours (cf. arrêt 4A\_364/2017 du 28 février 2018 consid. 7.2.2, non publié in ATF 144 III 100 ; aussi ATF 127 II 32 consid. 3g). Or force est d'admettre que l'on se trouve précisément dans une telle situation. Si B. SA a bel et bien demandé au Tribunal administratif de première instance de constater la nullité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019, cette conclusion a été jugée irrecevable par cette autorité par jugement du 12 avril 2021, ce que B. SA n'a pas contesté devant la Cour de justice. La problématique de la nullité de la convention ne constituait ainsi plus l'un des objets de la contestation devant la juridiction cantonale précédente, ce qui exclut que le Tribunal fédéral statue lui-même sur ce point. A ce stade, la Cour de céans se limite à indiquer qu'il appartient à la Commune de tirer les conséquences de l'arrêt attaqué et, partant, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de remédier à la situation illicite qu'elle a elle-même créée. Il incombe en particulier à cette collectivité de faire en sorte que l'appel d'offres devant être organisé dans les six mois en vue de l'attribution de la concession d'affichage litigieuse, de même que l'éventuelle reprise à son compte de la tâche en question dans ce même délai, ne soient pas entravés par le maintien de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 conclue avec A. SA, dans la mesure où cette société ne se verrait pas adjuger le droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public et privé de la Commune à l'issue d'une procédure respectueuse de la LMI.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.