

BGer 2C_254/2018 vom 29. August 2019

Bundesgericht, 2019-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_254_2018

FR: TF 2C_254/2018 du 29 août 2019

IT: TF 2C_254/2018 del 29 agosto 2019

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 144 II 184 consid. 1 p. 186).

E. 1.1

La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature civile ou publique de la cause et non pas de la procédure suivie ou du type d'autorité qui s'est prononcée précédemment (ATF 137 II 399 consid. 1.8 p. 405). Toutefois, lorsque la nature de la procédure était déjà litigieuse devant l'instance précédente, qui a décliné sa compétence à raison de la matière, la voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral se détermine en fonction de la procédure suivie sur le plan cantonal (ATF 135 V 124 ; arrêt 2C_261/2017 du 2 novembre 2017 consid. 1.1). En l'espèce, la recourante se plaint de la qualification à son avis erronée de la cause par l'instance précédente et conclut à la recevabilité de son recours devant les instances cantonales de la juridiction administrative (cf. ATF 128 III 250 consid. 1a p. 252). Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte.

E. 1.2

Le recours est notamment recevable contre les décisions qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF , par renvoi de l' art. 117 LTF en cas de recours constitutionnel subsidiaire). L'arrêt attaqué déclare irrecevable le recours déposé par la recourante à l'encontre de la lettre de la Ville de Genève du 18 octobre 2017. L'instance précédente a jugé qu'il n'y avait pas de décision attaquable : la réglementation spéciale des voies de droit prévue pour les marchés publics n'était pas applicable à la gestion par la Ville de son patrimoine financier, ce que conteste la recourante. Selon elle, les contrats de gestion de l'hôtel B. _____ et du restaurant C. _____ voulus par la Ville de Genève justifient l'application des règles sur les marchés publics. Elle soutient en outre que la valeur des contrats de gestion en cause atteint les valeurs seuils de l' art. 83 let . f ch. 1 LTF et que la question à traiter constitue une question juridique de principe (art. 83 let . f ch. 2 LTF).

E. 1.3

Le point de savoir si la présente cause est soumise aux dispositions des marchés publics constitue une question à double pertinence, dès lors qu'elle concerne aussi bien l'application des conditions de l' art. 83 let . f LTF que le droit applicable au fond. Lorsque cette question se pose et que l'une des conditions cumulatives de l' art. 83 let . f LTF n'est pas donnée, il convient d'y répondre en priorité, c'est-à-dire avant de procéder à l'examen de la recevabilité du recours en matière de droit public. En effet, à défaut d'un tel examen à ce stade, les recours contre des décisions cantonales traitant de l'existence d'une procédure de marchés

publics suivraient obligatoirement la voie du recours constitutionnel subsidiaire et seule la violation de droits constitutionnels pourrait être invoquée.

Il convient d'ajouter qu'en matière de marchés publics, ce n'est pas parce que les conditions objectives posées à l'application de cette matière sont réunies (le marché en cause entre dans le champ d'application des marchés publics), que les conditions subjectives le sont également (l'adjudicateur est effectivement soumis aux dispositions des marchés publics). Dès lors, lorsque l'autorité cantonale est d'avis que le marché n'entre pas dans le champ d'application des marchés publics, elle peut se dispenser de traiter des autres questions. En conséquence, même si le Tribunal fédéral juge que la cause entre objectivement dans le champ d'application des marchés publics, il n'est pas exclu qu'il ne puisse en définitive pas se prononcer sur l'application de l' art. 83 let . f LTF en raison d'un manque d'éléments de fait à sa disposition pour statuer.

Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, le Tribunal fédéral est amené à examiner une cause dans laquelle la question est de savoir si c'est le droit des marchés publics ou si c'est un autre domaine du droit public, non soumis aux exceptions de l' art. 83 LTF , qui s'applique, la voie de droit permettant au Tribunal fédéral d'examiner le plus largement possible la cause doit être retenue (cf. art. 116 LTF ; ATF 144 II 184 consid. 1.3 p. 187 s.; 143 II 425 consid. 1.3 p. 427 s.).

E. 1.4

La recourante est la destinataire de l'arrêt attaqué (art. 89 al. 1 let. a LTF). Conformément à l'art. 89 al. 1 let. b et c LTF, il faut également qu'elle soit particulièrement atteinte par la décision attaquée et qu'elle ait un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de celle-ci.

La passation des contrats de gestion de l'hôtel et du restaurant ne supprime pas tout intérêt actuel au présent recours, qui peut consister dans le constat de l'illicéité, cas échéant, de l'adjudication, en lien avec une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. ATF 141 II 307 consid. 6.3 p. 313; 141 II 14 consid. 4.6 p. 31; 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, modifié le 15 mars 2001 [AIMP; RS/VS 726. 1-1]; art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]), si l'opération en cause en l'espèce devait être soumise au droit des marchés publics, ce à quoi conclut précisément la recourante.

E. 1.5

Formé contre un arrêt d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF), le présent recours a par ailleurs été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF) par la recourante qui a qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF et consid. 1.4 ci-dessus). Il est par conséquent recevable en tant que recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire irrecevable.

E. 2.1

D'après l' art. 106 al. 1 LTF , le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Il examine en principe librement l'application du droit fédéral. Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF et en dérogation à l' art. 106 al. 1 LTF , le Tribunal fédéral ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux ainsi que celle des dispositions de droit cantonal et intercantonal que si un tel moyen a été invoqué et motivé par le recourant, en d'autres termes, exposé de manière

claire et détaillée (ATF 138 I 232 consid. 3 p. 237).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). La recourante ne présente aucun grief dirigé contre l'établissement des faits présentés dans l'arrêt attaqué qui répondrait aux conditions de l' art. 97 al. 1 LTF . Il n'est par conséquent pas possible de s'écarter ou de compléter l'arrêt attaqué sous cet angle. Il s'ensuit que les faits allégués par la recourante (mémoire de recours, p. 29 ss) à l'appui du grief qui entend démontrer que l'hôtel ne poursuit pas exclusivement l'objectif de retirer des revenus ou valoriser le capital mais bien un intérêt public et social le soustrayant du patrimoine financier, ne peuvent être pris en considération.

E. 3.1

La cause concerne l'attribution - par la Ville de Genève à une entreprise privée - du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. _____ et, en option, du restaurant C. _____, ainsi que l'attribution de la tâche consistant à définir, conduire et superviser les travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle.

E. 3.2

L'instance précédente a jugé que cette opération n'était soumise ni au droit des marchés publics ni aux règles sur la transmission de l'exploitation d'un monopole communal à des entreprises privées au sens de l' art. 2 al. 7 LMI et que rien dans les Mémoires cités par la Ville ne permettait de mettre en cause le fait que l'hôtel B. _____ appartenait au patrimoine financier de cette dernière, comme cela ressortait également de la prise de position du 27 juillet 2015 de la Cour des comptes concernant des travaux à l'hôtel. La recourante soutient en revanche que cette opération était soumise au droit des marchés publics.

E. 3.3

Le litige porte par conséquent sur la question de savoir si cette opération devait faire l'objet d'une décision attaquable au sens de l' art. 9 al. 1 LMI , la recourante ajoutant qu'à défaut, il y aurait une violation de l' art. 29a Cst. et de l'interdiction de l'arbitraire dans l'application du droit cantonal des marchés publics.

E. 4.1

Les dispositions du droit des marchés publics ne contiennent pas de définition de la notion de "marché public". Selon la doctrine et la jurisprudence, le fait que la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que "demandeur", acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques est caractéristique d'un marché public (cf. ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39; 143 II 120 consid. 6.3.3 p. 128 s.; 141 II 113 consid. 1.2.1 p. 117; 125 I 209 consid. 6b p. 212 s.). En revanche, le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. En effet, dans une telle situation, la collectivité ne charge pas l'entreprise privée d'exercer une activité, pas plus qu'elle ne se procure un bien, mais se limite à ordonner ou réguler une activité privée (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 125 I 209 consid. 6b p. 214 s.; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3). Il en va en principe de même lorsque l'Etat octroie une concession exclusive

pour l'utilisation du domaine public. Par cet acte, l'Etat n'obtient rien, mais se limite à accorder un droit à une entreprise privée et (en principe) à percevoir une contre-prestation (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 144 II 184 consid. 2.2; ATF 143 II 120 consid. 6 p. 126; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3). Il en va toutefois différemment lorsque la concession octroyée est indissociablement liée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire l'objet d'un marché public (cf. ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 135 II 49 consid. 4.4 p. 56; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3 et les références citées). L'octroi d'une concession n'exclut donc pas d'emblée l'application du droit des marchés publics. Si l'octroi d'une concession exclusive est inclus dans un marché global ou dans une opération complexe (cf. E. POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 117), l'appréciation de certaines circonstances peut en effet conduire à qualifier l'entier du marché de "marché public" (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; 144 II 177 consid. 1.3.2 p. 181 s.; 144 II 184 consid. 2.2 p. 189 s.).

E. 4.2

En l'espèce, il faut d'emblée constater que la Ville de Genève se trouve dans le rôle d' "offreur", lorsqu'elle met sur le marché par voie d'un appel d'offres le mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. _____ et du restaurant C. _____, gestion qui comprend la définition, la conduite et la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle. Il apparaît ainsi que l'opération d'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. _____ et, en option, du restaurant C. _____, ne peut être qualifiée de marché public, sauf à considérer qu'elle fait partie d'une opération complexe en raison de l'attribution simultanée de la définition, de la conduite et de la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle. Jusqu'à ce jour, cependant, le Tribunal fédéral n'a considéré comme opérations complexes que celles qui comportaient un volet "concession d'un monopole d'utilisation du domaine public" et un volet "marché public" (ATF 135 II 49), de sorte que la question de savoir si les circonstances de l'espèce pourraient commander de qualifier l'entier de l'opération de marché public ne se pose que si l'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. _____ et du restaurant C. _____, qui ne constitue pour elle-même pas un marché public, doit être qualifiée d'octroi d'une concession de monopole, ce qu'il y a lieu d'examiner d'office (art. 106 al. 1 LTF), puisque l' art. 2 al. 7 LMI est une norme de droit fédéral.

E. 5.1

Sous le titre "Principes de la liberté d'accès au marché" de la section 2 de la loi et la note marginale "Liberté d'accès au marché", l' art. 2 al. 7 LMI prévoit 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 ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette transmission est en général dénommée concession (de monopole), bien que le terme effectivement employé ne soit pas décisif au regard du champ d'application de l' art. 2 al. 7 LMI .

La concession est un acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à une personne morale ou physique (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un

monopole étatique de droit ou de fait ou entrant dans les tâches de l'Etat. D'une part, la concession revêt une certaine stabilité, dont le fondement réside dans sa nature partiellement bilatérale, par opposition à la décision d'autorisation exclusivement unilatérale; d'autre part, elle vise des activités sur lesquelles la collectivité publique dispose d'un monopole. Le champ d'application de l' art. 2 al. 7 LMI s'étend tant aux monopoles de droit que de fait (ATF 143 II 598 consid. 4.1 p. 604 s. et les références citées). 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 (pour une définition voir ATF 138 I 274 consid. 2.3.2 p. 284) que sont le domaine public (par exemple: arrêt 2C_167/2012 du 1er octobre 2012 s'agissant de la location d'édicule doublée d'une permission pour l'usage d'une terrasse située sur le domaine public) et, sous certaines conditions, le patrimoine administratif (par exemple: arrêt 2C_569/2018 du 27 mai 2019 destiné à la publication s'agissant de la nomination de la direction de théâtres de la Ville de Genève), à l'exclusion toutefois du patrimoine financier dont les biens de l'Etat, qui ne sont pas affectés à une fin d'intérêt public, ont la valeur d'un capital et peuvent produire à ce titre un revenu, voire être réalisés (arrêt 2C_167/2012 du 1er octobre 2012 consid. 4.2).

En résumé, il résulte de ce qui précède que les biens du patrimoine financier ne peuvent pas faire l'objet d'un monopole de droit ou de fait aux sens exposés ci-dessus et que la transmission de droits sur le patrimoine financier par la collectivité publique à une entreprise privée ne peut pas faire l'objet d'une concession au sens de l' art. 2 al. 7 LMI . En effet, l'administration du patrimoine financier n'est pas soumise aux prérogatives de puissance publique mais au droit privé (arrêt 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 1.1.1 in ZBl 2015 146 et les nombreuses références citées; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif : l'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, Vol. III, 2e éd., Stämpfli 2018, p. 767 et les références citées).

E. 5.2

En l'espèce, la recourante tente de démontrer que l'hôtel ne peut pas être assimilé à un bien relevant du patrimoine financier à proprement parler : en raison de son affectation effective, il serait géré comme s'il faisait partie du patrimoine administratif. Son grief repose toutefois sur des faits qui ne figurent pas dans l'arrêt attaqué (cf. consid. 2.2 ci-dessus) de sorte qu'il ne peut pas être examiné. L'instance précédente a, à l'inverse, jugé que l'hôtel B. _____ appartenait bien au patrimoine financier de la Ville de Genève non seulement sous l'angle historique et comptable, mais également parce qu'il ne constituait pas un moyen de réaliser une tâche publique ni ne visait à atteindre un intérêt public. Quoi qu'en pense la recourante, la mise en place d'un "programme d'activités soutenu qui permette de créer le lien avec la population locale et de dynamiser l'hôtel" ne constitue pas une tâche publique. Il s'ensuit que l'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de ces deux biens ne constitue pas la transmission de l'exploitation d'un monopole communal à une entreprise privée au sens de l' art. 2 al. 7 LMI . Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner si cette attribution constitue une opération complexe qui, eu égard à l'ensemble des circonstances, devrait conduire, cas échéant, à la qualifier dans son entier de marché public.

A cela s'ajoute que l'attribution de la gestion, de la direction et de la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle s'inscrit logiquement, en tant que mandat ponctuel, dans la gestion de l'hôtel sur plusieurs années et doit naturellement revenir au candidat choisi pour avoir présenté précisément le meilleur concept LifeStyle en ce qu'il est le mieux placé pour le réaliser. Dite attribution est par conséquent indissociable de celle de la gestion de l'hôtel et, à supposer qu'elle fût soumise au droit des marchés publics, n'en constitue qu'un aspect mineur de sorte qu'elle ne permet pas de qualifier l'entier de l'opération de marché public.

E. 5.3

C'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a jugé que l'objet du présent litige n'est pas soumis au droit des marchés publics ni ne relève de l' art. 2 al. 7 LMI . Le grief de violation de l' art. 9 LMI est rejeté. Le grief de violation de l' art. 29a Cst. ne revêt en l'espèce pas de portée propre par rapport à la violation du droit fédéral (art. 190 Cst. ; cf. arrêt 2C_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 6.6 destiné la publication). Il en va de même du grief d'application arbitraire du droit cantonal sur les marchés publics.

E. 5.4

La question, qui n'est pas évoquée par la recourante, de savoir si, dans la gestion de son patrimoine financier, la Ville de Genève est liée par les droits fondamentaux conformément à l' art. 35 al. 2 Cst. (voir sur cette question : arrêt 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 5.4 in ZBl 116 2015 146 ainsi que notamment MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, op. cit., p. 767 s.) ne se pose pas en l'espèce, parce qu'il n'est pas établi que la Ville a cherché par l'opération en cause à réaliser une tâche publique ou à satisfaire des besoins d'intérêt général.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de l'irrecevabilité prononcée en par l'instance précédente. Succombant la recourante doit supporter les frais de la procédure de recours fédérale (art. 66 al. 1 LTF). La Ville de Genève, qui n'a pas agi par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 1 LTF ; ATF 135 III 127 consid. 4 p. 136; arrêt 6B_203/2019 du 10 avril 2019 consid. 4).

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