

BGer 2C_62/2014 vom 7. Oktober 2014

Bundesgericht, 2014-10-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_62_2014

FR: TF 2C_62/2014 du 7 octobre 2014

IT: TF 2C_62/2014 del 7 ottobre 2014

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle donc librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 138 I 435 consid. 1 p. 439; 136 I 43 consid. 1 p. 43; 136 II 101 consid. 1 p. 103).

E. 1.1

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF). Il a été rendu par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale en matière de marchés publics, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF). Il peut donc en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition qu'il ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l' art. 83 let . f LTF. Selon cette disposition, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 138 I 143 consid. 1.1 p. 146 ss; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.; arrêt 2C_484/2008 consid. 1.3, non publié in ATF 135 II 49). Il incombe à la partie recourante, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147 s.; 137 II 313 consid. 1.1.1 p. 315 s.).

E. 1.2

L'existence d'une question juridique de principe s'apprécie en fonction du contenu de l'objet litigieux soumis au Tribunal fédéral et doit n'être admise que de manière restrictive. Ainsi, lorsque le point soulevé ne concerne que l'application de principes jurisprudentiels à un cas particulier, il ne peut être qualifié de question juridique de principe. La seule circonstance que la question n'ait encore jamais été tranchée ne suffit pas non plus à réaliser cette condition. Il faut encore qu'il s'agisse d'une question juridique dont l'importance pratique est telle qu'elle nécessite d'être éclaircie par la plus haute instance judiciaire. A l'inverse, il peut arriver qu'une question déjà résolue par le Tribunal fédéral revête néanmoins la qualité d'une question juridique de principe. Tel est notamment le cas si la jurisprudence rendue sur le sujet n'est pas claire, n'est pas constante ou qu'elle suscite d'importantes critiques dans la doctrine (cf. ATF 135 II 49 et les nombreuses références citées).

E. 1.2.1

La recourante estime tout d'abord que le champ d'application de la LSE n'est pas clairement défini et qu'il existe un intérêt public manifeste à savoir précisément quelles sont les activités qui tombent sous le coup de l' art. 12 LSE . Il s'agirait en effet de préciser la notion de " faire commerce de céder à des tiers les services de travailleurs " qui figure à l' art. 12 al. 1 LSE , notamment en raison de la formulation utilisée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt

2C_710/2012, celui-ci ayant reconnu que les questions soulevées par la LSE étaient complexes. La recourante perd toutefois de vue que s'agissant de l' art. 83 let . f LTF, la question juridique de principe doit se rapporter au domaine des marchés publics, ce qui, en l'espèce, n'est pas le cas (cf. ATF 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147 s.). De plus, dans une jurisprudence récente, postérieure à l'arrêt 2C_710/2012, le Tribunal fédéral a clairement défini la portée de l' art. 12 al. 1 LSE (arrêt 2C_356/2012 du 11 février 2013 consid. 3). Partant, la présente cause ne concerne que l'application des principes jurisprudentiels développés dans l'arrêt 2C_356/2012 précité au cas d'espèce, ce qui ne saurait pas être qualifié de question juridique de principe (cf. ATF 134 III 115 consid. 1.2 p. 117 s.).

E. 1.2.2

La recourante soutient ensuite qu'il est nécessaire de clarifier le sort des conclusions constatatoires dans les recours relevant du droit administratif. Elle perd toutefois de vue que selon la jurisprudence, la contestation soulève une question juridique de principe lorsqu'il est nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (ATF 139 III 209 consid. 1.2 p. 210 ss; 137 III 580 consid. 1.1 p. 583; 135 III 397 consid. 1.2 p. 399; cf. également Florence Aubry Girardin, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 87 ad art. 83 LTF). Or, en l'espèce, la Cour de justice a laissé la question indécise de la recevabilité des conclusions constatatoires de la recourante et statué sur le fond. Par conséquent, et pour autant qu'il s'agisse effectivement d'une question juridique de principe - ce dont on peut douter, s'agissant d'un problème de procédure administrative relevant du droit cantonal -, il n'est pas nécessaire, pour résoudre le litige, de trancher la question soumise par la recourante.

E. 1.2.3

Il n'y a par conséquent aucune question juridique de principe dont le Tribunal fédéral puisse se saisir qui ouvre le recours en matière de droit public. Celui-ci est par conséquent irrecevable. Seule reste donc ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).

E. 1.3

Formé contre un arrêt d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 114 ainsi que 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), le présent recours constitutionnel subsidiaire a par ailleurs été déposé en temps utile (art. 117 et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 117, 42 et 106 al. 2 LTF) par l'entreprise évincée qui était partie à la procédure cantonale et peut justifier d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 let. a et b LTF). Il est par conséquent recevable.

E. 1.4

La voie du recours constitutionnel subsidiaire n'est ouverte que pour faire valoir des griefs portant sur la violation de droits constitutionnels (cf. art. 116 LTF). La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, de formalisme excessif, d'arbitraire, d'inégalité de traitement et de violation de sa liberté économique, tous griefs susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l' art. 116 LTF . Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2

Le Tribunal fédéral n'examine toutefois la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF). Cette dernière disposition reprend le principe d'allégation (cf. ATF 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254). En application de ce principe, la partie recourante ne peut, dans un recours pour arbitraire fondé sur l' art. 9 Cst. , se contenter de critiquer l'arrêt attaqué comme elle le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Elle doit au contraire préciser en quoi cet arrêt serait arbitraire, ne reposerait sur aucun motif sérieux et objectif, apparaîtrait insoutenable ou heurterait gravement le sens de la justice (cf. ATF 133 II 396 consid. 3.1 p. 399 s. et les arrêts cités).

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 118 al. 1 LTF). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été établis en violation d'un droit constitutionnel (art. 118 al. 2 LTF en relation avec l' art. 116 LTF), ce que la partie recourante doit également démontrer d'une manière circonstanciée et précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ; cf. ATF 133 III 439 consid. 3.2 p. 444 s.).

E. 3

La recourante invoque une violation de son droit d'être entendue, en ce que la Cour de justice a refusé d'ordonner la production de moyens de preuve. Il convient d'examiner en premier lieu ce grief d'ordre formel (ATF 132 V 387 consid. 5.1 p. 390).

E. 3.1

Le droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 137 III 208 consid. 2.2 p. 210; 134 I 140 consid. 5.2 p. 147 s.; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429). Le juge cantonal enfreint tant la règle générale de l' art. 8 CC , applicable également en droit public, que la garantie du droit d'être entendu de l' art. 29 al. 2 Cst. s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (arrêt 2C_778/2012 du 19 novembre 2012 consid. 3.2 et les références citées).

E. 3.2

La recourante estime qu'en refusant d'ordonner la production de certaines pièces qu'elle a requises et en ne retenant pas les faits que ces pièces auraient pu confirmer, soit que le pouvoir de direction sur les employés mis à disposition de l'adjudicateur est en grande partie abandonné à celui-ci, l'instance précédente a violé son droit d'être entendue.

Pour démontrer la violation de son droit d'être entendue, la recourante devait expliquer en quoi l'appréciation anticipée des pièces proposées comme moyen de preuve constituait une

appréciation arbitraire. Elle devait par conséquent exposer concrètement en quoi était insoutenable le raisonnement de l'instance précédente, qui a considéré que le pouvoir de direction sur les employés de C._____ SA demeurait en mains de cette dernière, ce qu'elle n'a pas fait. Ne répondant aux exigences accrues de motivation de l' art. 106 al. 2 LTF , le grief est irrecevable.

E. 4

La recourante se plaint ensuite de formalisme excessif en ce que la Cour de justice aurait déclaré irrecevables ses conclusions déposées le 29 août 2011.

En l'occurrence, la recourante ne peut être suivie. En effet, contrairement à ce qu'elle affirme, la Cour de justice n'a pas déclaré son recours irrecevable, mais a laissé la question de la recevabilité ouverte et a rejeté celui-ci sur le fond. Or, le principe de l'interdiction du formalisme excessif, aspect particulier du déni de justice prohibé par l' art. 29 al. 1 Cst. , commande à l'autorité d'éviter de sanctionner par l'irrecevabilité les vices de procédure aisément reconnaissables qui auraient pu être redressés à temps, lorsqu'elle pouvait s'en rendre compte suffisamment tôt et les signaler utilement au plaideur (ATF 125 I 166 consid. 3a p. 170; arrêts 1C_39/2013 du 11 mars 2013 consid. 2.1; 2C_373/2011 du 7 septembre 2011 consid. 6.1). Pour autant qu'il ait été question d'un vice de procédure, il faut constater que la Cour de justice, en ne déclarant pas le recours irrecevable, a traité de l'ensemble des griefs et n'a par conséquent aucunement entravé de manière inadmissible l'accès de la recourante au tribunal. Le recours, sur ce point, doit être rejeté.

E. 5

La recourante soutient en outre que la Cour de justice a procédé à une appréciation arbitraire des faits et, comme elle l'explique ensuite dans les motifs relatifs à ce grief, à un établissement arbitraire des faits. Elle invoque par ailleurs également une application arbitraire de la LSE par la Cour de justice.

E. 5.1

Une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211). Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 et les arrêts cités). S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 et les arrêts cités).

E. 5.2

En l'espèce, l'instance précédente a retenu que l'activité déployée par C._____ SA pour l'adjudicateur n'était pas une activité soumise à la LSE et que, partant, le marché pouvait être attribué à cette dernière. Pour arriver à ce résultat, elle a correctement pris en compte les règles développées par le Tribunal fédéral relatives aux cas d'application de la LSE (cf. en particulier arrêts 2C_356/2012 précité consid. 3.5; 2A.425/2006 du 30 avril 2007 consid.

3.2). Elle a en particulier rappelé les cinq critères qui peuvent exclure un contrat de location de service, soit: a) l'entreprise de mission n'a pas le pouvoir de direction; b) le travailleur ne se sert pas des outils, du matériel et des instruments de l'entreprise de mission; c) le travailleur ne travaille pas exclusivement au siège selon les horaires de travail de l'entreprise de mission; d) le contrat conclu entre l'entrepreneur et l'entreprise de mission n'a pas pour objet primordial la facturation d'heures de travail, mais la réalisation d'un objectif clairement défini contre une certaine rémunération; e) en cas de non réalisation de cet objectif, l'entrepreneur garantit à l'entreprise de mission des prestations réparatoires gratuites ou des réductions des honoraires. Elle a également mentionné que la distinction entre un contrat de mise à disposition de travailleurs et un contrat de nature différente devait se faire dans chaque cas d'espèce, en s'appuyant sur le contenu du contrat, la description du poste et la situation du travail concrète dans l'entreprise locataire.

Ainsi, pour le contrat en cause, en ce qui concerne le critère du rapport de subordination, la Cour de justice a retenu que le pouvoir de direction sur les employés travaillant pour l'adjudicateur demeurait " en mains " de C._____ SA puisque ceux-ci étaient supervisés par un responsable de l'intimée 2. Pour ce faire, elle s'est en particulier fondée sur le témoignage du chef des achats d'équipement de l'adjudicateur qui a été entendu comme témoin et qui a notamment été exhorté à dire toute la vérité (cf. art. 34 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative [LPA; E 5 10]). Contrairement à ce que soutient la recourante, ce n'est donc pas sans élément au dossier que l'instance précédente a retenu ce fait et c'est sans arbitraire que celle-ci a constaté que le pouvoir de direction était resté à C._____ SA. C'est également sans arbitraire que la Cour de justice a ensuite jugé que l'attestation d'assurance responsabilité civile établie au nom de C._____ SA démontrait la responsabilité de cette société en cas de dommage. Les juges cantonaux ont également expliqué de manière soutenable pour quelle raison, malgré le fait que les employés de C._____ SA déploient leur activité selon les horaires et dans la centrale d'appels de l'adjudicateur, les deux critères b) et c) ci-dessus n'avaient, dans le cas d'espèce, qu'un poids réduit par rapport aux autres critères. Ils ont en outre cité la jurisprudence topique du Tribunal fédéral quant à la pondération des critères (arrêt 2A.425/2006 précité consid. 5.2.3). Finalement, s'agissant du dernier critère, relatif à la réalisation d'un objectif clairement défini contre une certaine rémunération, force est de constater que, même si l'argumentation de la Cour de justice est relativement pauvre quant à la question des heures supplémentaires, celle-ci a retenu de manière soutenable que l'objectif et le tarif étaient définis à l'avance. Par conséquent, prise dans son ensemble, l'argumentation des juges cantonaux relative à l'absence d'application de la LSE au marché en cause ne saurait être considérée comme arbitraire. Le résultat de la cause ne l'est ainsi pas non plus.

E. 6

La recourante estime que sa liberté économique a été violée, en ce que la Cour de justice n'est pas restée neutre sur le plan de la concurrence. A ce propos, elle invoque également une inégalité de traitement. Cependant, elle fonde l'entier de son raisonnement à ce sujet sur le fait que c'est à tort que les juges cantonaux ont refusé d'appliquer la LSE à C._____ SA. Or, comme il a été démontré que c'était sans arbitraire que l'adjudicateur n'avait pas appliqué la LSE dans le cas d'espèce (cf. consid. 5 ci-dessus), la motivation de la recourante tombe à faux et il n'y a pas à en traiter plus avant.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent à l'irrecevabilité du recours en matière de droit public et au rejet du recours constitutionnel subsidiaire dans la mesure où il est recevable. Compte tenu de cette issue, il n'y a pas lieu de traiter d'un éventuel dommage, que ce soit quant à son principe ou quant à son montant.

La recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Aucune indemnité à titre de dépens ne sera accordée aux intimés 1 dès lors qu'ils sont un établissement chargé de tâches de droit public et qu'ils ont obtenu gain de cause dans l'exercice de leurs attributions officielles (art. 68 al. 3 LTF ; cf. ATF 134 II 117 consid. 7 p. 118 s.). Il n'y a pas non plus lieu d'allouer de dépens à l'intimée 2, qui n'était pas représentée par un mandataire professionnel devant le Tribunal fédéral (art. 68 al. 1 et 2 LTF ; ATF 135 III 127 consid. 4 p. 136).

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