

# **BGer 2C\_82/2019 vom 18. September 2019**

Bundesgericht, 2019-09-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_82\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_82_2019)

FR: TF 2C\_82/2019 du 18 septembre 2019

IT: TF 2C\_82/2019 del 18 settembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'intimée a demandé, à titre préalable, au Tribunal fédéral de soustraire à la consultation des parties toute pièce ou information versée à la procédure relative à son offre, la construction de son offre, sa situation économique, financière et/ou bilancielle ou relevant de son secret d'affaires à quelque autre titre.

Sa requête est sans objet, car aucun document du type décrit n'a été versé dans le cadre de la procédure fédérale et le dossier transmis par l'autorité précédente (cf. art. 102 al. 2 LTF) n'en contient pas non plus. Le Tribunal administratif de première instance a en effet déjà écarté, par décision du 1er mars 2017, les pièces confidentielles relatives à Neo.

### **E. 2.1**

L'arrêt attaqué, qui confirme l'octroi d'une concession portant sur un monopole d'affichage sur le domaine public, est une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue dans une cause de droit public ( art. 82 let. a LTF ), par un tribunal cantonal supérieur statuant en dernière instance, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert ( art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). La transmission d'une concession portant sur un monopole d'affichage sur le domaine public telle que celle du cas d'espèce ne relève pas des marchés publics dès lors que son octroi n'est pas subordonné à des contre-prestations devant faire l'objet d'un marché public (cf. ATF 143 II 120 consid. 2.2.1 p. 122; 135 II 49 consid. 4.4 p. 56; 125 I 209 consid. 6b p. 212 ss). Par conséquent, l' art. 83 let. f LTF, qui soumet le recours en matière de droit public contre les décisions en matière de marchés publics à deux conditions cumulatives, n'est pas applicable en l'espèce (cf. ATF 143 II 120 consid. 2 p. 122 s.). L'arrêt entrepris ne tombe sous le coup d'aucune autre exception de l' art. 83 LTF . Il peut donc en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public.

### **E. 2.2**

Le recours a par ailleurs été formé en temps utile compte tenu des fêtes ( art. 100 al. 1 LTF et 46 al. 1 let. c LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ). La recourante, destinataire de l'arrêt attaqué, a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification, de sorte qu'elle a la qualité pour recourir ( art. 89 al. 1 LTF ). Le recours est ainsi recevable et il convient d'entrer en matière.

### **E. 2.3**

Toutefois, la conclusion tendant à l'annulation de la décision de la Ville de Genève du 16 novembre 2016 est irrecevable en raison de l'effet dévolutif complet du recours auprès de la Cour de justice ( ATF 136 II 101 consid. 1.2 p. 104; pour Genève: arrêt 2C\_886/2012 du 29 juin 2013 consid. 1, non publié in ATF 139 II 529 ).

### **E. 3.1**

Le recours en matière de droit public peut être formé pour violation du droit au sens des art. 95 et 96 LTF . Sous réserve des cas visés à l' art. 95 let . c-e LTF, la violation du droit cantonal en tant que tel ne peut être invoquée devant le Tribunal fédéral. Il est néanmoins possible de faire valoir que son application consacre une violation du droit fédéral, comme la protection contre l'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ou la garantie d'autres droits constitutionnels ( ATF 143 I 321 consid. 6.1 p. 324; 141 IV 305 consid. 1.2 p. 308). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , il ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux, ainsi que de celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal, que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée ( ATF 142 III 364 consid. 2.4 p. 368; 141 I 36 consid. 1.3 p. 41; 135 III 232 consid. 1.2 p. 234).

### **E. 3.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), hormis dans les cas visés à l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( ATF 142 II 355 consid. 6 p. 358; 139 II 373 consid. 1.6 p. 377). La partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (cf. art. 106 al. 2 LTF ). A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui retenu dans l'acte attaqué. En particulier, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur des critiques de type appellatoire portant sur l'état de fait ou sur l'appréciation des preuves ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; 139 II 404 consid. 10.1 p. 445; 137 II 353 consid. 5.1 p. 356).

### **E. 4**

La recourante fait valoir que l'art. 25 al. 2 de la loi genevoise sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 (LPR; RS/GE F 3 20), auquel il était fait référence dans l'appel d'offres litigieux, fait obstacle à la bonne application de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI; RS 943.02), car il déploierait un effet de distorsion de la concurrence. Se prévalant de la primauté du droit fédéral ( art. 49 Cst. ), elle considère que l'application de l' art. 25 al. 2 LPR devait être écartée en l'espèce.

#### **E. 4.1**

Le principe de la primauté du droit fédéral, inscrit à l' art. 49 al. 1 Cst. , fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en oeuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (cf. ATF 142 II 369 consid. 5.2 p. 382; 140 I 218 consid. 5.1 p. 221).

#### **E. 4.2**

Selon l' art. 2 al. 7 LMI , 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.

L' art. 2 al. 7 LMI impose donc deux exigences (découlant du droit des marchés publics) : un appel d'offres et l'interdiction de discriminer. La mise en place d'un appel d'offres implique certaines obligations procédurales. La collectivité publique doit non seulement organiser une procédure permettant aux personnes (physiques ou morales) privées intéressées par l'exploitation dudit monopole de déposer une offre, mais aussi attribuer la concession par le biais d'une décision contre laquelle des voies de droit doivent être ouvertes (cf. art. 9 al. 1 et 2 LMI ; ATF 143 II 598 consid. 4.1.2 p. 606; 143 II 120 consid. 6.4.1 p. 129; 135 II 49 consid. 4.1 p. 52; arrêt 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 6.4.1 destiné à la publication). Quant à l'interdiction de discriminer, elle s'applique non seulement à la procédure d'appel d'offres

stricto sensu , mais aussi à la détermination des critères de sélection et au choix du concessionnaire; elle impose aussi le respect du principe de transparence, qui est son corollaire ( ATF 143 II 120 consid. 6.4.1 p. 129; arrêt 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 6.4.1 destiné à la publication).

#### **E. 4.3**

Il convient de rappeler que l'autorité occupe une position intrinsèquement différente lors du transfert d'un monopole par rapport à celle qu'elle exerce lors de la passation d'un marché public. Contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de "consommateur", acquiert auprès d'une entreprise privée, en contre-partie du paiement d'un prix, une prestation dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques, l'attribution d'une concession de monopole cantonal ou communal implique que l'autorité concédante se trouve dans un rôle "d'offreur" ou de "vendeur", puisqu'elle cède, moyennant une redevance et diverses prestations annexes, le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales ( ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 p. 129; 135 II 49 consid. 4.2 p. 53; 125 I 209 consid. 6b p. 213; arrêt 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 6.4.1 destiné à la publication). Il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession de monopole, car la collectivité publique reste libre d'exercer elle-même l'activité en cause (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 p. 129; 142 I 99 consid. 2.2.1 p. 108 s.; 128 I 3 consid. 3b p. 11; arrêt 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 consid. 6.4.1 destiné à la publication). Ces différences justifient de laisser à la collectivité publique 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 qu'en matière de marchés publics (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 p. 129; 142 I 99 consid. 2.2.1 p. 108 s.; 128 I 3 consid. 3b p. 11).

#### **E. 4.4**

Pour déterminer si concrètement une collectivité publique s'est conformée aux exigences de l' art. 2 al. 7 LMI lors du transfert d'une concession de monopole cantonal ou communal, il convient de tenir compte de ces spécificités (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.4.2 p. 130). Il faut toutefois dans tous les cas que les choix opérés par la collectivité publique respectent les principes de non-discrimination et de transparence, ce qui signifie que toutes les entreprises concernées doivent pouvoir déposer une offre avec les mêmes chances et voir évaluer celle-ci en toute transparence et impartialité (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.4.2 p. 130 s.). En effet, par le biais de l' art. 2 al. 7 LMI , le législateur a cherché à créer une concurrence et une transparence lors du transfert des concessions de monopole cantonal ou communal (cf. ATF 143 II 120 consid. 6.3.1 p. 127).

#### **E. 4.5**

En l'espèce, le dossier de la procédure d'appel d'offres indiquait que le montant de la redevance serait le premier critère d'attribution de la concession, avec une pondération à 70 %. Selon le cahier des charges, le montant de la redevance proposée devait être au minimum de 280'000 fr. par mois durant la première année (3'360'000 fr. par année). L'art. 25 al. 2 LPR était réservé.

Selon l'art. 25 al. 1 LPR, les communes peuvent octroyer, par le biais d'une concession, un droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public à une ou plusieurs sociétés. Conformément à l'alinéa 2 de cette disposition, l'octroi d'une concession donne lieu à une redevance annuelle globale dont le montant n'excède pas 50 % de la recette brute perçue (al. 2).

#### **E. 4.6**

La recourante relève qu'en raison de l'art. 25 al. 2 LPR, la Ville de Genève ne peut pas exiger plus de 50 % du chiffre d'affaires de la concessionnaire au titre de la redevance de concession. Du fait de cette règle, un soumissionnaire ne courrait aucun risque à proposer une redevance de concession trop élevée au moment de l'appel d'offres, puisque son offre, si elle venait à être exagérée par rapport à son chiffre d'affaires, ne pourrait pas lui être opposée par la suite. Selon la recourante, eu égard au renvoi dans le cahier des charges à l'art. 25 al. 2 LPR, il n'y aurait pas de concurrence équitable et transparente sur le critère de la redevance, alors même que ce critère serait en l'espèce l'élément prépondérant. En induisant des offres excessives, l'art. 25 al. 2 LPR entraverait la concurrence de manière contraire à l'art. 2 al. 7 LMI.

#### **E. 4.7**

Sur un plan général, l'éventuel effet dénoncé par la recourante et dû selon elle à l'art. 25 al. 2 LPR, à savoir la proposition d'offres surévaluées, dans le but d'obtenir la concession, tout en sachant que ne pourra être exigée en définitive que la moitié de la recette brute perçue, bien qu'il concerne potentiellement tous les candidats, est effectivement problématique. Une candidature offrant un montant trop élevé ne manquerait toutefois pas d'attirer l'attention sur le caractère irréaliste de l'offre et son auteur pourrait se voir demander des explications complémentaires. Les autorités n'ont en effet aucun intérêt à octroyer une concession contre une redevance qui n'atteindra jamais le montant prévu. Elles sont en outre en mesure, en comparant les offres, de les contrôler, afin de déterminer, d'une part, si le chiffre d'affaires annoncé par un candidat est réaliste et, d'autre part, si la redevance proposée ne dépasse pas 50 % des recettes brutes envisagées. A cet égard, si l'art. 25 al. 2 LPR est potentiellement de nature à influencer à la hausse les offres des candidats, il incite dans le même temps la collectivité à contrôler la crédibilité de ces offres, puisqu'il limite le montant qui pourra être finalement exigé du concessionnaire à la moitié de la recette brute réalisée.

Ainsi, de manière générale, on ne comprend pas en quoi l'art. 25 al. 2 LPR serait susceptible de fausser la concurrence et violerait l'art. 2 al. 7 LMI dans son principe.

#### **E. 4.8**

Dans le cas concret, la recourante allègue que l'appel d'offres litigieux poussait les candidats à présenter des offres "ambitieuses", puisque la redevance minimum annuelle avait été arrêtée à 3'360'000 fr. et que le critère du montant de la redevance était pondéré à 70 %.

Il résulte de l'arrêt entrepris que l'intimée et la recourante ont déposé des offres très proches s'agissant du montant de la redevance, soit 5'311'231 fr. pour l'intimée et 4'752'000 fr. pour

la recourante. Ce constat, qui, n'en déplaît à la recourante, est parfaitement objectif et n'implique aucune appréciation, permet d'écartier l'hypothèse d'une distorsion de concurrence due à l' art. 25 al. 2 LPR . On ne saurait en effet considérer, au vu de la proximité des montants, qu'une candidate a déposé une offre volontairement surévaluée, en escomptant sur l'effet de l' art. 25 al. 2 LPR pour réduire le montant de la redevance effectivement due, et pas l'autre.

Par ailleurs, ainsi que l'a souligné la Cour de justice, la recourante aurait pu proposer une offre à 50 % de son chiffre d'affaires annoncé de 9'875'225 fr. Le montant de la redevance aurait ainsi été de 4'937'612 fr. 50, ce qui aurait amélioré de quelque 200'000 fr. la proposition qu'elle a soumise (4'752'000 fr.). Comme devant les juridictions précédentes, la recourante n'explique nullement pourquoi elle n'a pas formulé une offre en ce sens. Or, on ne voit pas en quoi l' art. 25 al. 2 LPR aurait eu une incidence sur le choix de la recourante de faire une offre de redevance en deçà de la limite fixée par cette disposition.

#### **E. 4.9**

Il convient encore d'ajouter que le cahier des charges de la soumission litigieuse contenait des dispositions propres à éviter qu'une offre surévaluée ne soit retenue dans le cas concret. En effet, d'après l'art. 5.9 du dossier de procédure, chaque candidat devait annoncer les recettes qu'il entendait tirer des activités concédées et ces éléments allaient être évalués par l'autorité. La Cour de justice a par ailleurs relevé que le Comité d'évaluation, lors de son analyse, devrait être en mesure de déceler un éventuel abus sous la forme d'une offre surévaluée. Ainsi, même à suivre la recourante quant à l'effet de l' art. 25 al. 2 LPR sur les offres des candidats, le contrôle effectué par l'autorité aurait permis d'y remédier. Dans la mesure où la recourante allègue que le Comité d'évaluation est composé de fonctionnaires de la Ville qui ne disposeraient que d'une connaissance indirecte du marché de l'affichage commercial et ne seraient pas en mesure de faire des pronostics fiables sur le chiffre d'affaires réalisable, elle se place sur le terrain de la critique appellatoire, qui n'est pas admissible devant le Tribunal fédéral (cf.

supra consid. 3.2). Quant à son argument selon lequel le contrôle serait de toute façon biaisé, car la Ville voudrait encaisser la redevance la plus élevée, il suffit de relever, ainsi qu'il a déjà été souligné (cf.

supra consid. 4.7), que l'autorité n'a au contraire aucun intérêt à choisir une offre surévaluée, puisqu'elle ne pourra par la suite, précisément en raison de l' art. 25 al. 2 LPR , exiger du concessionnaire que la moitié de la recette brute effectivement réalisée. En ce sens, le fait que l' art. 25 al. 2 LPR soit réservé dans le cahier des charges constitue une garantie d'évaluation de la crédibilité des offres déposées et une garantie de transparence pour les candidats, qui savent ainsi à quoi s'en tenir. En tant que la recourante dénonce un manque de prévisibilité, ainsi qu'un risque d'abus et de manipulation de la part du concédant du fait du renvoi à l' art. 25 al. 2 LPR , sa critique tombe ainsi à faux.

#### **E. 4.10**

La recourante se plaint encore de ce que l'offre de redevance retenue dépasserait le double du montant qu'elle-même versait en 2016 lorsqu'elle était concessionnaire.

Il a été constaté, dans l'arrêt entrepris, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral (cf. art. 105 al. 1 LTF ), une tendance à la hausse des redevances d'affichage dans tous les cantons, indépendamment de l'existence d'une disposition similaire à l' art. 25 al. 2 LPR . Cela

démontre qu'il n'y a pas de lien entre cette disposition et le montant des offres articulées par les candidats. Pour le surplus, des redevances plus élevées, impliquant de meilleures recettes pour les collectivités publiques, sont le signe d'une concurrence efficace, de sorte qu'on peine à comprendre ce qu'entend déduire la recourante du fait qu'elle s'acquittait de montants bien moins élevés par le passé.

#### **E. 4.11**

En définitive, on ne discerne pas en quoi la réserve en faveur de l' art. 25 al. 2 LPR indiquée dans le cahier des charges serait susceptible de biaiser la concurrence ou l'aurait biaisée dans le cas particulier, ni en quoi cette réserve rendrait le cahier des charges imprévisible et peu transparent. Il n'apparaît ainsi pas que l' art. 25 al. 2 LPR soit, dans son principe ou dans la façon dont il a été mis en oeuvre dans l'offre litigieuse, contraire à l' art. 2 al. 7 LMI . Il s'ensuit que le grief tiré de la violation du principe de la primauté du droit fédéral consacré à l' art. 49 Cst. est rejeté.

#### **E. 4.12**

Sur le vu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le font valoir l'intimée et la Ville de Genève, la recourante commet un abus de droit, respectivement adopte une attitude contraire à la bonne foi, en se plaignant d'une disposition dont elle s'est prévalué jusqu'à présent pour réduire le montant des redevances dont elle s'acquittait et en prétendant que l'offre de sa concurrente n'est pas crédible, alors qu'elle est pratiquement identique à la sienne.

#### **E. 5**

Toujours en lien avec la redevance, la recourante se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ). Compte tenu de l' art. 25 al. 2 LPR , le critère de la redevance serait, selon elle, vide de sens. Elle reproche à la Cour de justice de ne pas avoir examiné l'effet combiné de la pondération du critère du montant de la redevance (70 %) et de la règle posée à l' art. 25 al. 2 LPR . L'arrêt querellé résulterait ainsi d'une application arbitraire du droit cantonal. La recourante considère que la situation actuelle, à savoir le paiement d'une redevance minimale de 280'000 fr. par mois par l'intimée alors que celle-ci avait promis une redevance mensuelle de 442'602 fr., démontrerait que la prépondérance du critère de la redevance serait insoutenable, puisque ce critère resterait sans conséquence sur les montants finalement versés.

#### **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. 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 144 I 318 consid. 5.4 p. 326 s.).

#### **E. 5.2**

En l'occurrence, dès lors que les offres proposées font l'objet d'un contrôle par un comité d'évaluation et que celui-ci n'a aucun intérêt à retenir une offre surévaluée (cf.

supra consid. 4.9), on ne voit pas que le critère de la redevance serait vide de sens et que sa pondération à 70 % serait insoutenable. Il sera à cet égard rappelé la liberté dont jouit l'autorité dans le choix des critères en cas d'octroi d'une concession (cf.

supra consid. 4.3). Si la jurisprudence a précisé que la collectivité publique doit pouvoir s'écarter du critère de l'offre économiquement la plus favorable pour s'appuyer sur des considérations poursuivant d'autres intérêts publics ( ATF 143 II 120 consid. 6.4.2 p. 130), l'autorité n'en demeure pas moins libre de conférer au critère économique un poids prépondérant.

Pour le surplus, et ainsi que l'a relevé à bon droit la Cour de justice, la recourante ne peut rien déduire du montant convenu dans les contrats conclus entre la Ville de Genève et l'intimée, afin d'assurer l'affichage sur le domaine public de la Ville pendant la durée de la procédure, car ces contrats sortent du cadre du présent litige. Au demeurant, on ne connaît pas la manière dont la redevance y est calculée et ces contrats portent sur des durées limitées de six mois, ce qui exclut les comparaisons.

En définitive, la recourante ne parvient pas à démontrer et on ne voit pas que la Cour de justice serait tombée dans l'arbitraire en confirmant les critères d'attribution choisis par la Ville et la pondération à 70 % du critère de la redevance, tout en validant la réserve en faveur de l' art. 25 al. 2 LPR figurant dans le cahier des charges. Le grief tiré de la violation de l'interdiction de l'arbitraire est par conséquent rejeté.

## **E. 6**

Invoquant le principe de la bonne foi ( art. 5 al. 3 et 9 Cst. ), la recourante reproche à la Cour de justice de ne pas avoir sanctionné le fait que l'art. 16.1 du cahier des charges, relatif au calcul du montant de la redevance, n'était absolument pas clair.

### **E. 6.1**

Aux termes de l' art. 5 al. 3 Cst. , les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir conformément aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif ( ATF 136 I 254 consid. 5.2 p. 261). De ce principe découle notamment le droit de toute personne à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'Etat, consacré à l'art. 9

in fine Cst. et dont le Tribunal fédéral contrôle librement le respect ( ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 p. 53). L'art. 9

in fine Cst. protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. A certaines conditions, le principe de la bonne foi confère au citoyen le droit d'exiger des autorités qu'elles se conforment aux promesses ou assurances précises qu'elles lui ont faites et ne trompent pas la confiance qu'il a légitimement placée dans ces dernières ( ATF 143 V 95 consid. 3.6.2 p. 103; 141 V 530 consid. 6.2 p. 538; 137 II 182 consid. 3.6.2 p. 193 et les arrêts cités).

### **E. 6.2**

L'art. 16.1 du cahier des charges indiquait qu'indépendamment des prestations en nature, le concessionnaire devait verser à la Ville une redevance financière mensuelle, "calculée sur la base des tarifs fixés par format et par type d'affichage (cf. annexe 3 du dossier de procédure) multipliés par le nombre de surfaces d'affichage existantes". L'annexe 3, intitulée "tableau

des redevances" invitait les candidats à indiquer le montant de "la redevance nette annuelle" et de "la redevance nette sur cinq ans" qu'ils proposaient et d'établir leur offre relative à l'affichage commercial en remplissant un tableau prévu à cet effet.

### **E. 6.3**

La recourante fait valoir qu'en raison de l'art. 16.1 du cahier des charges et du renvoi à l'annexe 3 contenant le tableau sur l'affichage commercial, ainsi que de la pratique lors de l'octroi de concessions précédentes, elle aurait compris qu'il ne fallait pas inclure dans le calcul de la redevance proposée le prix de l'affichage culturel. Cela expliquerait pourquoi son offre, contrairement à celle de sa concurrente, ne comprenait pas cet élément. La recourante estime qu'elle a été induite en erreur et qu'elle aurait dû avoir la possibilité de compléter son offre. Elle souligne que l'inclusion de la recette résultant de l'affichage culturel serait décisive eu égard à la pondération du critère de la redevance: si elle avait également pu inclure les recettes de l'affichage culturel payant dans son offre, elle aurait obtenu la concession.

### **E. 6.4**

Il a été constaté dans l'arrêt entrepris que le cahier des charges mentionnait, à l'art. 2.2, que la concession visait plusieurs types d'affichage (commercial, populaire, culturel, en faveur de la Ville, officiel et politique). Il a également été relevé que, selon l'art. 7.4 du cahier des charges, il incombait au concessionnaire de commercialiser les surfaces d'affichage commercial et de proposer les tarifs applicables. Les tarifs des autres types d'affichage ou leur gratuité étaient en revanche directement définis par le cahier des charges. Il était notamment précisé que l'affichage culturel, pour lequel le concessionnaire s'engageait à maintenir cinq-cent surfaces d'affichage sur quarante-trois dispositifs d'affichage et neuf cent douze aux emplacements spécifiques du réseau culturel (art. 9.3), serait gratuit pour les premiers, le tarif étant fixé à 21 fr. par affiche pour une période de quatorze jours pour les seconds (art. 9.4). Par ailleurs, aux termes de l'art. 16.2 du cahier des charges, au vu du nombre actuel de surfaces d'affichage (annexe 2 au cahier des charges), les tarifs fixés par format et par type d'affichage devaient permettre le versement d'une redevance minimum de 280'000 fr. par mois durant la première année.

Il résulte ainsi en substance du cahier des charges qu'il y a plusieurs types d'affichage, que le montant de la redevance nette sera calculée sur la base des tarifs fixés par format ainsi que par type d'affichage et que l'affichage culturel n'est que partiellement gratuit. Eu égard à ces indications, il est clair que l'offre de redevance devait ou à tout le moins pouvait intégrer les montants résultant de l'affichage culturel. Comme l'a relevé la Cour de justice, si l'annexe 3 contient un tableau réservé à l'affichage commercial, c'est uniquement parce que les soumissionnaires devaient proposer leur prix pour ce type d'affichage, les tarifs pour les autres affichages étant directement fixés par le cahier des charges. Ainsi que le souligne l'intimée, il ne fait par ailleurs pas de sens d'exclure le montant de l'affichage culturel de la redevance. La lecture proposée par la recourante signifie en effet que le concessionnaire, qui obtient le droit exclusif d'affichage, y compris d'affichage culturel payant, pourrait ne pas inclure dans sa proposition une partie des montants qu'il percevra. Il pourrait ainsi diminuer artificiellement son chiffre d'affaires et réduire le montant de la redevance finalement due. La recourante ne saurait enfin rien déduire, sous l'angle de la bonne foi, du fait que l'affichage culturel n'était pas pris en compte dans le calcul de la redevance lors de l'octroi de précédentes concessions, dès lors qu'on ne connaît pas les conditions qui étaient

prévues et dans la mesure où la recourante ni n'allègue, ni ne démontre qu'elles étaient les mêmes.

En définitive, en confirmant que le cahier des charges était clair et que l'autorité n'avait partant pas à donner l'occasion à la recourante de compléter son offre, la Cour de justice n'a pas méconnu le principe de la bonne foi. Le grief de la recourante est rejeté.

#### **E. 7**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Elle versera en outre une indemnité à titre de dépens à la société Neo Advertising SA, représentée par un avocat et qui s'est déterminée dans la procédure de recours engagée devant la Cour de céans ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Aucune indemnité à titre de dépens ne sera en revanche accordée à la Ville de Genève, qui, dans le cadre du transfert d'une concession de monopole communal, obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles ( art. 68 al. 3 LTF ).

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