

BGer 2C_959/2021 vom 30. November 2022

Bundesgericht, 2022-11-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_959_2021

FR: TF 2C_959/2021 du 30 novembre 2022

IT: TF 2C_959/2021 del 30 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Tant A. _____ SA (cause 2C_961/2021) que la Commune (cause 2C_959/2021) ont interjeté recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2021. Les deux procédures portent ainsi sur un état de fait identique. A cela s'ajoute que les questions juridiques soulevées par les deux recours se recoupent très largement et que les parties impliquées sont les mêmes, B. _____ SA étant notamment intimée dans les deux procédures. Dans ces circonstances, il se justifie de joindre les causes et de statuer dans un seul arrêt (cf. art. 71 LTF et 24 PCF [RS 273]; cf. également arrêt 2C_880/2015 du 6 mars 2017 consid. 1, non publié in ATF 143 II 120).

E. 2

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 147 I 89 consid. 1).

E. 2.1

L'arrêt attaqué, qui émane d'un tribunal cantonal supérieur statuant en dernière instance (cf. art. 86 al. 1 let . d LTF), constate la nullité d'une décision d'attribution de concession d'affichage prise par la Commune, tout en impartissant à celle-ci un délai de six mois soit pour procéder à un appel d'offres en vue de l'octroi de ladite concession, soit pour réintégrer la tâche concernée dans ses affaires courantes. L'arrêt attaqué constitue ainsi une décision qui relève non seulement du droit public au sens de l' art. 82 let. a LTF , mais qui s'avère également finale au sens de l' art. 90 LTF . Par son arrêt, la Cour de justice a en effet clos la procédure d'attribution de concession litigieuse en aboutissant à une décision de nullité et en ordonnant l'ouverture d'une nouvelle procédure, qui devrait consister soit en un appel d'offres soit dans la réintégration de l'activité concessionnée dans les affaires courantes de la Commune. L'arrêt attaqué peut donc faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, pour autant qu'il ne tombe pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l' art. 83 LTF . On pensera ici, en particulier, à l'exception de recevabilité relative aux marchés publics (cf. art. 83 let . f LTF).

E. 2.2

En l'occurrence, l'arrêt attaqué se fonde essentiellement sur l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) pour justifier la nullité de la décision d'attribution de concession d'affichage prise par la Commune. Cette disposition envisage une procédure en principe typique des marchés publics, en prévoyant 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. Il n'en demeure pas moins que, matériellement, la cause a pour objet la transmission d'une concession portant sur un monopole d'affichage, et non sur l'attribution d'un marché public (cf. ATF 125 I 209 consid. 6b). L'octroi de

concession litigieuse ne s'inscrit par ailleurs pas dans une opération complexe ni dans un marché global (cf. ATF 145 II 252 consid. 4.1; 145 II 32 consid. 4.1 144 II 177 consid. 1.3.2) et n'est subordonné à aucune contre-prestation d'une certaine importance entrant dans la notion de marché public (ATF 143 II 120 consid. 2.2.1; 135 II 49 consid. 4.4). Il s'ensuit que, matériellement, l'arrêt attaqué ne peut être qualifié, même indirectement ou partiellement, de décision en matière de marchés publics, de sorte qu'une application de l'art. 83 let. f LTF est exclue (ATF 143 II 120 consid. 2.2.2; cf. en outre NICOLAS DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, RDS 133/2014 I 219, p. 225; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 117 ss). Notons qu'il n'y a pas lieu de se demander si la révision récente du droit des marchés publics, qui assimile l'octroi de certaines concessions à des marchés publics, est propre à modifier l'analyse qui précède, ce qui est douteux (cf. MARTIN BEYELER, Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, 2020, p. 469 ss, spéc. 480; ETIENNE POLTIER, Deux énigmes autour de la notion de marché public; analyse des art. 8 et 9 LMP /AIMP 2019, RDS 2022 I 123 ss, 138-139, note no 44

a contrario ; OESCH/RENFER, in Wettbewerbsrecht II, 2e éd. 2021, no 8 ad art. 2 LMI), dès lors que la République et canton de Genève n'a pas encore adhéré au nouvel accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 et que cet accord a de toute manière été adopté après la décision communale se trouvant au centre du présent litige (cf. art. 64 de l'accord précité).

Il en découle qu'aucune des exceptions de l'art. 83 LTF n'est applicable en l'espèce, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté, et que la voie du recours en matière de droit public est donc en principe ouverte.

E. 2.3

En tant que société bénéficiaire de la concession qui a participé à la procédure devant la Cour de justice, A. _____ SA a qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF .

Quant au droit de la Commune de former un recours en matière de droit public en tant que collectivité publique, il est réglé en premier lieu par l'art. 89 al. 2 LTF (cf. notamment ATF 140 I 90 consid. 1.1). Or, selon l'art. 89 al. 2 let. c LTF, les communes et autres collectivités de droit public ont qualité pour recourir lorsqu'elles invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale. La disposition se réfère en particulier à l'autonomie communale, ancrée au niveau fédéral à l'art. 50 al. 1 Cst. et, en droit genevois, à l'art. 132 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (cf. RS 131.234; ATF 138 I 143 consid. 3.1; ATF 136 I 404 consid. 1.1.3; ATF 135 I 43 consid. 1.2). Il suffit à cet égard que la commune, touchée dans ses prérogatives de puissance publique par l'acte attaqué fasse valoir de manière défendable une violation de son autonomie; le point de savoir si l'autonomie qu'elle invoque existe réellement est une question de fond et non de recevabilité (ATF 140 I 90 consid. 1.1; 136 I 404 consid. 1.1.3; aussi arrêt 2C_1021/2016 du 18 juillet 2017 consid. 2.2, non publié in ATF 143 II 553).

En l'espèce, l'arrêt attaqué confirme un jugement du Tribunal administratif de première instance qui a en particulier constaté que la décision de la Commune d'attribuer la concession d'affichage sur ses "domaines public et privé" à A. _____ SA était nulle. Or, il résulte de la législation genevoise - et en particulier de la loi du 24 juin 1961 sur le

domaine public (RSGE L 1 05), de la loi du 28 avril 1967 sur les routes (RSGE L 1 10) et de la loi du 9 juin 2000 sur les procédés de réclame (RSGE F 3 20) - que les communes jouissent d'une importante liberté d'appréciation dans la gestion du domaine public communal et, plus spécialement, dans la faculté d'octroyer ou non des permissions d'utilisation de ce domaine excédant l'usage commun; elles bénéficient donc de la protection de leur autonomie dans ce domaine (cf. arrêt 2P.69/2006 du 5 juillet 2006 consid. 2.2). Invoquant ces différentes lois, la Commune fait ainsi valoir, de manière défendable, que l'arrêt attaqué empiète sur son pouvoir d'appréciation dans l'attribution de la concession litigieuse, ce en violation de son autonomie. Partant, elle remplit les conditions de l' art. 89 al. 2 let . c LTF.

E. 2.4

Pour le surplus, interjetés en temps utile et dans les formes requises contre une décision finale, les deux recours en matière de droit public déposés par la Commune et A. _____ SA sont recevables au regard des art. 42 et 100 al. 1 LTF . Il convient donc d'entrer en matière sur chacun d'eux.

E. 3.1

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), mais n'examine la violation de droits fondamentaux, ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal, que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (cf. art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF 142 III 364 consid. 2.4; 141 I 36 consid. 1.3; 135 III 232 consid. 1.2).

En l'occurrence, en trois phrases dans son mémoire de recours, A. _____ SA soutient que l'arrêt attaqué porte atteinte à ses droits acquis issus de la Convention d'affichage du 11 juin 2019, lesquels seraient, selon elle, protégés par la garantie de la propriété (art. 26 Cst.) et le principe de la bonne foi (art. 9 Cst.). Le Tribunal fédéral peut assurément s'épargner d'examiner si ces deux droits fondamentaux ont été violés puisque les griefs y relatifs, formulés lapidairement, n'ont pas été motivés à suffisance par A. _____ SA.

E. 3.2

Le Tribunal fédéral, qui est un juge du droit, conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), ce qui correspond à la notion d'arbitraire (ATF 140 III 264 consid. 2.3; 136 II 304 consid. 2.4), ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l' art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées. A défaut d'une telle motivation, il n'est pas possible de prendre en considération un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (ATF 136 I 184 consid. 1.2).

E. 4

Soulevant un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier lieu (cf. notamment ATF 141 V 557 consid. 3), A. _____ SA se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendu protégé par l' art. 29 al. 2 Cst. La recourante reproche à l'arrêt attaqué de n'être pas suffisamment motivé.

E. 4.1

La jurisprudence déduit du droit constitutionnel d'être entendu prévu à l' art. 29 al. 2 Cst. , l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision afin que les parties intéressées puissent la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 135 V 65 consid. 2.6; 134 I 83 consid. 4.1). Le juge doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que la personne intéressée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; 134 I 83 consid. 4.1). La motivation peut au demeurant être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; arrêt 2C_12/2017 du 23 mars 2018 consid. 3.3.1 non publié in ATF 144 IV 136).

E. 4.2

En l'occurrence, la recourante reproche à la Cour de justice de n'avoir pas répondu - à tout le moins de manière compréhensible - à son argument selon lequel la décision de la Commune de lui octroyer une concession exclusive d'affichage ne pouvait pas être déclarée nulle, parce qu'elle avait déjà été concrétisée par une convention signée en date du 11 juin 2019. Cette critique tombe cependant à faux. Il résulte clairement de l'arrêt entrepris que les juges cantonaux ont estimé que l'existence d'un contrat de concession d'affichage sur le domaine public n'empêchait nullement de constater la nullité de la décision d'attribution de monopole ayant précédé sa conclusion. D'ailleurs, après avoir exposé les différentes approches jurisprudentielles et opinions doctrinales en rapport - plus ou moins direct - avec la problématique de l'attribution de concession sans appel d'offres préalable, la Cour de justice a expressément indiqué, à la fin de son arrêt, que "

le fait que le législateur [...] n'ait pas prévu d'autre disposition que celle relative au constat d'illicéité de la décision d'adjudication une fois le contrat conclu ne saurait empêcher la solution présentement retenue ", c'est-à-dire celle de la constatation de la nullité de ladite décision (cf. consid. 13b de l'arrêt attaqué). L'arrêt cantonal satisfait ainsi pleinement aux exigences de motivation découlant de l' art. 29 al. 2 Cst. En la contestant par le biais d'un mémoire de plus d'une vingtaine de pages, la recourante démontre du reste en avoir manifestement compris le sens et la portée.

E. 4.3

Le grief de A._____ SA selon lequel le Tribunal cantonal aurait violé son droit à obtenir une décision motivée au sens de l' art. 29 al. 2 Cst. doit donc être rejeté.

E. 5

Soulevant un autre grief de nature formelle, A._____ SA se plaint encore du fait que les autorités précédentes auraient statué

ultra petita et qu'elles auraient, de ce fait, appliqué arbitrairement l'art. 69 al. 1 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE; RS/GE E 5 10), qui prévoit que "[l]a juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties".

E. 5.1

Appelé à revoir l'application d'une norme cantonale sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable ou en contradiction manifeste avec la situation effective, ou encore si elle a été adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. Il peut notamment s'avérer arbitraire d'interpréter une notion juridique de manière contraire à une jurisprudence et une doctrine constantes et bien établies (ATF 145 I 108 consid. 4.4.1; 117 Ia 135 consid. 2). En revanche, si l'application de la loi défendue par l'autorité cantonale ne s'avère pas déraisonnable ou manifestement contraire au sens et au but de la disposition ou de la législation en cause, cette interprétation sera confirmée, même si une autre solution - éventuellement plus judicieuse - paraît possible (ATF 144 IV 136 consid. 5.8; 132 I 175 consid. 1.2).

E. 5.2

Il ressort en l'occurrence de l'arrêt attaqué que B._____ SA a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance dans les trente jours après avoir appris que la Commune avait conclu une nouvelle concession d'affichage avec A._____ SA sans procéder à un appel d'offres préalable. La société a alors demandé au tribunal de constater la nullité non seulement de la décision de la Commune d'attribuer la concession litigieuse à A._____ SA, mais également du rapport de concession qui en découlait. De manière subsidiaire, elle a demandé à l'autorité saisie d'annuler ladite décision et, cela fait, d'ordonner à la Commune d'organiser un appel d'offres en vue d'une réattribution de la concession. Force est dès lors de constater que le Tribunal administratif de première instance n'a pas statué

ultra petita - mais s'est au contraire parfaitement conformée aux conclusions principales et subsidiaires de la partie recourant devant lui - en déclarant que la décision de la Commune d'attribuer la concession d'affichage à A._____ SA était nulle et en décidant de renvoyer la cause à cette collectivité publique, afin qu'elle procède à un appel d'offres en vue de la réattribution de la concession litigieuse. Seul le délai de 4 mois pour mettre sur pied un appel d'offres n'était pas explicitement envisagé par B._____ SA. Cette précision temporelle ne constituait toutefois rien d'autre qu'une modalité d'exécution de la conclusion subsidiaire du recours tendant à l'organisation d'une procédure d'appel d'offres.

E. 5.3

Il découle de ce qui précède qu'il ne peut pas non plus être reproché à la Cour de justice d'avoir statué

ultra petita en rejetant les recours consécutifs de A._____ SA et de la Commune, tout en fixant à celle-ci un délai légèrement plus long - à savoir six mois - pour procéder à un appel d'offres. Quant à l'alternative nouvellement donnée à la Commune de réintégrer dans le même délai la "tâche" d'affichage litigieuse dans ses activités courantes, elle représente une décision favorable à cette collectivité. Elle n'est du reste nullement remise en cause par les parties et constitue l'une des deux conséquences directes et logiques possibles du constat de nullité présentement litigieux (cf. infra consid. 8.3). On ne voit dès lors pas en quoi la Cour de justice aurait statué

ultra petita et aurait appliqué de manière manifestement insoutenable l' art. 69 al. 1 LPA /GE.

E. 5.4

Sur le vu de ce qui précède, le recours de A. _____ SA est mal fondé en tant qu'il invoque une application arbitraire de l' art. 69 al. 1 LPA /GE.

E. 6

Sur le fond, A. _____ SA estime, dans un premier temps, que la Cour de justice aurait procédé à une constatation de fait arbitraire en retenant, dans son arrêt, que la Commune " ne plaid[ait] aucunement qu'elle n'aurait pas eu connaissance des exigences légales soumises à l'attribution de [la] concession [litigieuse] ", c'est-à-dire en partant de l'idée que la Commune ne prétendait pas avoir ignoré son obligation de procéder à un appel d'offres en la cause. D'après A. _____ SA, la Commune aurait au contraire déclaré en cours de procédure cantonale n'avoir jamais su qu'elle devait se soumettre à une telle démarche, ce qu'elle aurait appris bien plus tard de la bouche de son conseil, après que B. _____ SA avait déposé son recours au Tribunal administratif de première instance.

E. 6.1

Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 136 III 552 consid. 4.2). La partie recourante ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; elle doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

E. 6.2

En l'occurrence, il ne ressort pas du dossier que la Commune aurait affirmé devant la Cour de justice n'avoir jamais été consciente du fait qu'elle devait procéder à un appel d'offres avant d'attribuer une concession d'affichage. La Commune n'a en tout cas déposé aucune écriture en ce sens devant cette autorité, quoi qu'en dise A. _____ SA (cf. art. 105 al. 2 LTF). On peut supposer que, lorsque celle-ci cite un extrait des "

observations à la CACJ [soit à la Chambre administrative de la Cour de justice] de la Ville de Lancy du 16 juillet 2020, p. 3 ", elle se réfère plutôt à un mémoire d'observations déposé par la Commune devant le Tribunal administratif de première instance en date du 13 mai 2020 (cf. art. 105 al. 2 LTF). Il s'ensuit que, si la Commune a peut-être allégué une certaine méconnaissance du droit devant cette première autorité judiciaire de recours, elle ne l'a

a priori plus fait devant la Cour de justice. Notons que ce constat n'est pas remis en cause par la principale intéressée, à savoir la Commune elle-même, qui, d'après l'arrêt attaqué, connaissait parfaitement le désir de B. _____ SA de participer à une mise au concours avant la conclusion de la Convention d'affichage du 11 juin 2019. Il en résulte que la Cour de justice n'a assurément pas versé dans l'arbitraire en retenant que la Commune "

ne plaid[ait] aucunement qu'elle n'aurait pas eu connaissance des exigences légales soumises à l'attribution de [la] concession ". En soutenant le contraire, A. _____ SA défend une position qui confine à la témérité.

E. 6.3

Le recours de A. _____ SA est ainsi mal fondé en tant qu'il se plaint d'une constatation arbitraire des faits.

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 LMI 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. supra consid. 2.2). 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; 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 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; 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; 132 II 21 consid. 3.1; 122 I 97 consid. 3a/aa; 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, p. 431 s. et p. 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, 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, POLTIER, op. cit., p. 118; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, no 212; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, nos 791 ss, nos 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.

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. supra consid. 6.2).

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.

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 p. 421; aussi DANIEL KUNZ, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in *Marchés publics*, Zufferey/Stöckli [édit.], 2012, p. 205 ss, no 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).

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; 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).

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 supra consid. 5). 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 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/WITTWER, 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 attaquant 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 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.

E. 10

Pour tous ces motifs, l'arrêt attaqué ne viole pas le droit fédéral en constatant la nullité de la décision de la Commune d'attribuer la concession d'affichage sur son domaine public à A. _____ SA. Il le respecte également en tant qu'il oblige cette collectivité à procéder, dans les six mois, à un appel d'offres conformément à l'art. 2 al. 7 LMI en vue de la réattribution de cette concession, sous réserve pour elle d'exercer elle-même la "tâche" d'affichage au centre du présent litige. Enfin, l'arrêt attaqué, qui ne fait donc qu'appliquer la LMI, n'emporte aucune violation de la garantie de l'autonomie communale garantie par le droit constitutionnel fédéral et cantonal, laquelle ne saurait couvrir des actes contraires au droit fédéral. Partant, les recours, mal fondés, doivent être rejetés.

E. 11

Succombant, les recourantes supporteront les frais judiciaires, afférents à son recours (art. 66 al. 1 LTF). Elles devront par ailleurs verser à titre solidaire une indemnité de dépens à B. _____ SA, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 68 al. 1 et 4 LTF).

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