

BGer 2D_12/2020 vom 18. Februar 2021

Bundesgericht, 2021-02-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_12_2020

FR: TF 2D_12/2020 du 18 février 2021

IT: TF 2D_12/2020 del 18 febbraio 2021

Erwägungen

E. 1.1

La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière civile (art. 72 ss LTF) ou recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature civile ou publique de la créance litigieuse et non pas de la procédure suivie ou du type d'autorité qui s'est prononcée précédemment (ATF 137 II 399 consid. 1.8 p. 405). Toutefois, lorsque la nature de la procédure était déjà litigieuse devant l'instance précédente, qui a décliné sa compétence à raison de la matière, la voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral se détermine en fonction de la procédure suivie sur le plan cantonal (arrêt 2C_254/2018 du 29 août 2019 consid. 1.1 non publié aux ATF 145 II 252).

En l'espèce, la recourante se plaint de la qualification à son avis erronée de droit civil de la cause par l'instance précédente et reproche à celle-ci de ne pas être entrée en matière sur son recours. Il s'ensuit que la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte.

E. 1.2

Le présent litige concerne toutefois des pénalités à payer dans le cadre de l'exécution d'un contrat relatif à un marché public. Se pose donc la question de savoir si la présente cause entre dans le champ d'application de l' art. 83 let . f LTF, lequel prévoit qu'en matière de marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable 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. Selon la jurisprudence, lorsque le Tribunal fédéral est amené à examiner une cause dans laquelle la question est de savoir si c'est le droit des marchés publics ou si c'est un autre domaine du droit public, non soumis aux exceptions de l' art. 83 LTF , qui s'applique, la voie de droit permettant au Tribunal fédéral d'examiner le plus largement possible la cause doit être retenue (ATF 144 II 184 consid. 1.3). Il y a donc lieu d'admettre que le recours en matière de droit public est ouvert en l'espèce, sans qu'il soit besoin à ce stade d'examiner si les critères de l' art. 83 let . f LTF sont remplis.

E. 1.3

Au surplus, le recours a été formé contre un arrêt d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF), en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF), par la société qui a qualité pour recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF). Il convient donc d'entrer en matière.

Le recours constitutionnel subsidiaire est partant irrecevable (cf. art. 113 LTF).

E. 1.4

La Cour de justice a déclaré irrecevable le recours interjeté devant elle par la recourante. Seule la question de la recevabilité peut être portée devant le Tribunal fédéral. Les

conclusions portant sur le fond sont partant irrecevables (cf. ATF 138 III 46 consid. 1.2).

E. 2.1

Saisi d'un recours en matière de droit public, 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, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus 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; 139 II 373 consid. 1.6). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (ATF 137 II 353 consid. 5.1). Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut en principe être présenté devant le Tribunal fédéral (art. 99 al. 1 LTF).

E. 3

La cause concerne deux factures des 1

er et 8 juillet 2019 adressées par les Transports publics genevois à la recourante à titre de pénalités pour non-respect des obligations en matière de législation sociale, de formation professionnelle et des conditions de sécurité au travail, d'une part, et pour retard dans l'exécution des travaux, d'autre part.

L'objet du litige consiste à examiner si cette cause relève du droit public ou du droit privé, comme l'a retenu l'autorité précédente.

E. 3.1

La recourante se plaint d'arbitraire dans l'application du droit cantonal et fait valoir que ces pénalités ont été prononcées sur la base de l' art. 2 al. 1 let . c L-AIMP, qui permet de sanctionner des violations du droit des marchés publics pendant l'exécution du contrat, mais aussi d'obligations contractuelles imposées dans ce contexte à l'adjudicataire, en lien avec l'art. 20 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP; L 6 05.01). Selon elle, ces sanctions ne pouvaient être prononcées qu'en application du droit public, par le biais de décisions attaquables.

En outre, la recourante estime que l'arrêt entrepris parvient de manière insoutenable à la conclusion que la première facture ne pouvait pas résulter de l'application de l'art. 2 al. 1 L-AIMP, puisque le montant de la sanction dépassait le plafond de 60'000 fr. prévu par cette disposition. Au surplus, elle fait valoir que l'art. 2 al. 1 L-AIMP, dans sa teneur en vigueur au moment des faits pertinents, ne prévoyait plus un tel plafond. Elle fait enfin valoir que l'arrêt attaqué est arbitraire dans son résultat, puisqu'il a pour effet de soustraire à un contrôle juridictionnel une sanction de droit public.

E. 3.2

La Cour de justice a tout d'abord relevé que l'ancien art. 2 al. 1 L-AIMP, en vigueur jusqu'au 19 décembre 2017, prévoyait une sanction d'amende administrative limitée à 60'000 fr., moins importante que celle prévue dans la disposition applicable aujourd'hui. L'acte d'adjudication et le contrat d'entreprise étant antérieurs à l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, elle a estimé que la présente cause devait être examinée selon l'ancien droit. La Cour de justice a ensuite relevé que la première facture du 1er juillet 2019 avait pour fondement, selon son libellé, la clause 6.2 let. b du contrat d'entreprise alors que la seconde, du 8 juillet 2019, se fondait sur la clause 6.2 let. a dudit contrat. Les objets visés par la clause 6.2 let. b du contrat, relative au respect des obligations en matière de législation sociale, de formation professionnelle et des conditions de sécurité au travail, se recoupaient, selon elle, à tout le moins partiellement, avec ceux visés par l'art. 2 al. 1 L-AIMP qui mentionne de manière générale la violation du droit des marchés publics.

Les juges cantonaux ont toutefois exclu que la première facture puisse se fonder sur l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP, après avoir constaté que le montant de cette facture de 684'303.18 fr. TTC avait été établi selon les règles de calcul figurant à la clause 6.2 let. b du contrat et que celui-ci était supérieur au montant d'amende maximum de 60'000 fr. prévu par l'ancien art. 2 al. 1 L-AIMP. Ils ont également écarté la possibilité d'un fondement de la deuxième facture sur la L-AIMP après avoir constaté que l'amende de 107'700 fr. TTC avait été calculée sur la base du tableau figurant dans le contrat d'entreprise et qu'aucune disposition légale relative aux marchés publics ne permettait d'infliger une sanction pour un motif lié à un retard dans l'exécution des travaux. La Cour de justice a déduit de ce qui précède que les factures en cause avaient été établies sur la base d'un contrat d'entreprise de droit privé et qu'il ne s'agissait partant pas de sanctions administratives fondées sur le droit public.

E. 3.3

L'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 20 décembre 2017, prévoit qu'en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics, l'adjudicateur peut prononcer une amende administrative jusqu'à 60'000 fr. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, les sanctions sont infligées en tenant compte de la gravité de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Depuis le 20 décembre 2017, l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP a la teneur suivante: "En cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'adjudicateur peut infliger les sanctions suivantes : [...] c) une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10% du prix total du marché". L'alinéa 5 de la nouvelle disposition correspond à l'alinéa 2 de l'ancienne version. L'art. 20 al. 1 RMP prévoit que pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois, les soumissionnaires et les entreprises exécutantes doivent respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité.

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 d'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. 3.4

En l'espèce, la recourante se contente d'invoquer que l'art. 20 RMP réglerait de façon exhaustive la question du respect des conditions de travail par une entreprise adjudicataire, en ajoutant que ni la L-AIMP, ni le RMP ne prévoient la possibilité pour l'autorité adjudicatrice d'insérer des peines conventionnelles tendant au respect du droit des marchés publics dans les contrats qu'elle passe avec celle-ci. Elle n'explique toutefois pas en quoi la Cour de justice aurait appliqué le droit cantonal de façon insoutenable en retenant que les parties au contrat pouvaient prévoir des peines conventionnelles pour sanctionner un non-respect des délais d'exécution des travaux ou des règles sur la protection des travailleurs. Le recours, qui n'expose pas de façon claire et précise en quoi le droit cantonal serait manifestement violé, ne satisfait ainsi pas aux exigences accrues de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF (cf. supra consid. 2.1).

Par ailleurs, la recourante se réfère en vain à l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP. En effet, si cette disposition permet à l'adjudicateur de sanctionner une violation des marchés publics en lien avec l'exécution du contrat, elle perd de vue que la sanction des dispositions relatives à la protection des travailleurs n'est pas réglée par l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP, mais par le biais de l'art. 5 al. 3 et 4 L-AIMP (cf. également le rapport explicatif au projet de loi 12070 modifiant la L-AIMP p. 5). Le contrôle et la sanction de telles violations appartiennent ainsi à l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail de la République et canton de Genève (art. 45 al. 1 let. b, en lien avec l'art. 1 al. 3 de la loi genevoise du 12 mars 2004 sur l'inspection et les relations du travail [LIRT; RS/GE J 1 05] et l'art. 5 al. 3 L-AIMP; cf. rapport explicatif précité p. 5). Au surplus, l'existence d'une base légale permettant de sanctionner un comportement sur le plan administratif ne permet pas en soi d'exclure la possibilité de prévoir également pour un objet similaire des pénalités sous l'angle du droit privé.

En résumé, la recourante ne démontre pas que les sanctions en cause reposeraient sur du droit public cantonal.

E. 4

Selon l'arrêt entrepris, les pénalités en question ont été infligées et calculées par les Transports publics genevois sur la base du contrat du 31 mars 2017 relatif à un marché public.

E. 4.1

En matière de marché public, si la première phase, qui s'achève par l'adjudication, relève du droit public, celle qui suit et qui conduit à la conclusion du contrat entre la collectivité publique et l'adjudicataire appartient, en principe, au domaine du droit privé (cf. ATF 134 II 297 consid. 2.1; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, nos 456 ss et 458 p. 291 s.; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in *Commentaire de la LTF*, 2e éd., 2014, n° 79a ad art. 83 LTF). La liberté contractuelle du pouvoir adjudicateur est limitée. Les éléments du futur contrat, en particulier pour ce qui concerne les points essentiels, se trouvent largement prédéterminés par les exigences requises dans l'appel d'offre. Au stade de la préparation du contrat, seules certaines modalités de détail de celui-ci peuvent encore être réglées (cf. POLTIER, *op. cit.*, n° 454 s. et 472 ss p. 289 s. et 298 ss.).

E. 4.2

Selon son contenu, le contrat peut toutefois aussi constituer un contrat de droit administratif et appartenir au domaine du droit public (cf. ATF 134 II 297 consid. 2.2 p. 301; arrêt 2C_795/2012 du 1er mai 2013 consid. 4.4, in RtiD 2013 II 58). Un tel contrat se distingue du contrat de droit privé en particulier par son objet, considéré sous l'angle des intérêts en présence, et de sa fonction. Il s'agit d'un contrat de droit public lorsque l'intérêt public est directement en jeu, à savoir lorsque le contrat a pour objet direct l'exécution d'une tâche publique ou qu'il concerne un objet réglementé par le droit public comme une question d'équipement (ATF 134 II 297 consid. 2.2 et les références; arrêt 5A_567/2019 du 23 janvier 2020 consid. 7.1.3).

E. 4.3

En l'espèce, on peut tout d'abord s'étonner que la Cour de justice n'ait pas examiné cette question, au moins sommairement. Cela étant, la recourante ne prétend pas qu'il s'agirait d'un contrat de droit administratif et aucun indice ne va dans ce sens. A ce titre, le projet concerné par la procédure d'adjudication vise la construction d'un nouveau dépôt et centre de maintenance et le contrat d'entreprise en question vise à l'évidence à procurer aux Transports publics genevois les moyens d'effectuer leurs tâches. Un tel constat parle en faveur d'un contrat de droit privé (cf. ATF 134 II 297 consid. 2.2 p. 301).

Enfin, la recourante ne fait pas valoir que les Transports publics genevois auraient outrepassé le cadre de leur liberté contractuelle en prévoyant les clauses en question et, ainsi, violé le droit des marchés publics. En particulier, elle ne démontre pas que la question des pénalités pour non-respect des délais et des dispositions sur la protection des travailleurs aurait déjà été réglée au stade de l'appel d'offres (cf. supra consid. 4.1).

Il découle de ce qui précède que les sanctions en cause ont été prononcées sur la base d'un contrat de droit privé.

E. 5

La recourante invoque en vain la théorie des deux niveaux, de laquelle on pourrait déduire pour l'autorité qui agit comme partenaire de droit privé une obligation de rendre une décision (cf. ATF 145 II 303 consid. 6.5.1, lequel laisse la question ouverte). En effet, dans le présent cas, les factures en cause découlent de l'exécution d'un contrat de droit privé (cf. supra consid. 4.3). Ces sanctions sont des actes de droit privé qui ne sauraient être convertis en acte de nature publique en application de la théorie susmentionnée. Par ailleurs, la recourante ne prétend pas qu'elle aurait requis formellement une décision de la part des Transports publics genevois lorsque ceux-ci agissaient comme partenaire privé.

E. 6

Sur le vu de ce qui précède, la Chambre administrative de la Cour de justice n'a pas violé le droit fédéral en retenant que le litige porté devant elle relevait du droit privé et en déclarant irrecevable le recours interjeté par la recourante contre les "décisions" des Transports publics genevois des 1er et 9 juillet 2019.

E. 7

Certes, la recourante relève à juste titre que la Cour de justice a arbitrairement retenu que l'ancien art. 2 al. 1 L-AIMP était applicable, alors que les faits pertinents ayant conduit aux sanctions étaient postérieurs à l'entrée en vigueur de cette disposition (concernant le droit applicable en l'absence de dispositions transitoires topiques, cf. arrêt 2C_492/2017 du 20 octobre 2017 consid. 7.3 et références). Elle mentionne également à raison que la Cour de

justice a versé dans l'arbitraire en retenant que l'art. 2 al. 1 L-AIMP ne pouvait pas fonder la première facture, puisque le montant de celle-ci dépassait le plafond de 60'000 fr. prévu par cette disposition. En effet, le seul constat factuel de dépassement de ce plafond ne permet aucunement de trancher la question de la nature de la relation existant entre les parties.

Ce nonobstant, l'existence de ces considérations arbitraires dans l'arrêt attaqué ne change rien au fait que celui-ci reste soutenable dans son résultat (cf. supra consid. 6). Celles-ci ne peuvent partant pas conduire à l'annulation de l'arrêt attaqué (cf. supra consid. 3.3).

E. 8

Le recours en matière de droit public doit partant être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Succombant, la recourante doit supporter les frais de procédure (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 68 al. 1 et 3 LTF).

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