

GE_GERICHTE ATA/1271/2018 vom 27. November 2018

GE Cour de justice, 2018-11-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1271_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/1271/2018 du 27 novembre 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/1271/2018 del 27 novembre 2018

Regeste

Résumé: L'application de l'art. 25 al. 2 LPR n'est pas contraire aux principes énoncés par l'art. 2 al. 7 LMI, selon lesquels lors de l'octroi d'une concession, les exigences procédurales devant être respectées sont le lancement d'un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée dans le cas d'espèce. 3)

La recourante reproche au TAPI de ne pas avoir analysé l'un de ses griefs, en violation de son droit d'être entendue.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit d'obtenir une décision motivée (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_669/2013 du 4 décembre 2013 consid. 3.2). L'autorité n'est toutefois pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives (ATF 138 IV 81 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_427/2016 du 19 mai 2017 consid. 2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 521 n. 1573). Il suffit, de ce point de vue, que les parties puissent se rendre compte de la portée de la décision prise à leur égard et, le cas échéant, recourir contre elle en connaissance

- 15/23 - A/4313/2016 de cause (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_427/2016 précité consid. 2 ; ATA/645/2016 du 27 juin 2016 et les arrêts cités).

b. En l'espèce, le TAPI a respecté le droit d'être entendu de la recourante, dès lors qu'il a analysé tous ses griefs. Selon les premiers juges, dès lors que chaque candidat annonçait les recettes qu'il entendait tirer des activités sur la base des tarifs répertoriés dans l'annexe 3, il lui était difficile de proposer et de justifier une redevance véritablement surestimée, ce d'autant plus que les divers éléments composant celle-ci seraient dûment évalués par l'autorité adjudicatrice. Le fait que les offres de la recourante et de l'intimée étaient assez proches était un élément permettant également de penser qu'aucune n'était surestimée. Le TAPI avait encore relevé que la recourante n'avait pas expliqué les raisons l'ayant empêchée de formuler une offre différente de celle qu'elle avait remise à l'autorité intimée

ou que l'application de l'art. 25 al. 2 LPR aurait eu une incidence sur le déroulement de la procédure. Enfin, selon le TAPI, l'art. 25 al. 2 LPR, régulièrement adopté par le législateur, dont l'application n'avait jamais été contestée, et dont la recourante avait bénéficié durant de nombreuses années, n'était pas contraire aux exigences posées par l'art. 2 al. 7 LMI.

Le TAPI avait également examiné le critère de la redevance et en particulier sa pondération à 70 % et avait admis qu'il était admissible. Le marché en cause concernait seulement le droit d'affichage sur les supports d'affichage du domaine public de l'autorité intimée, activité en soit peu complexe, contre paiement d'une redevance.

Par conséquent, ce grief sera écarté. 4)

La recourante reproche également à l'autorité intimée d'avoir violé l'art. 2 al. 7 LMI, faute d'avoir écarté l'application de l'art. 25 al. 2 LPR.

a. L'octroi d'une concession portant sur le monopole d'affichage appartenant à la ville n'entre pas dans la notion de « marché public » (ATF 143 II 120 consid. 6). En revanche, il convient de déterminer dans quelle mesure l'art. 2 al. 7 LMI, dont le transfert du monopole d'affichage litigieux tombe dans le champ d'application, impose le respect strict des règles concernant les marchés publics.

b. En Suisse, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

Au terme de 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.

- 16/23 - A/4313/2016

c. La procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI fait référence n'a 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 et ne sont visées par cette disposition que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit (ATF 143 II 120 consid. 6.2 et 6.3 ; 135 II 49 consid. 4.1).

En introduisant l'obligation de recourir à un appel d'offres, le législateur a cherché à faciliter, voire garantir un accès au marché non discriminatoire et transparent lors des transferts de tels monopoles, tout en respectant la compétence constitutionnelle des cantons et des communes en matière d'activités économiques à caractère monopolistique. L'idée du législateur était de permettre aux autorités compétentes de s'inspirer des obligations du droit des marchés, dans le respect des particularités propres aux activités monopolistiques (ATF 143 II 120 consid. 6.3.1).

Pour définir la portée de l'art. 2 al. 7 LMI, il convient également de ne pas perdre de vue 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. Contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de consommateur, acquiert auprès d'une entreprise privée, en contrepartie 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. 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. Ces différences justifient de laisser à la collectivité publique une plus grande liberté qu'en matière de marchés publics dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3).

d. Concrètement, l'art. 2 al. 7 LMI, impose deux exigences découlant du droit des marchés publics : un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette interdiction de discriminer 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 monopole (ATF 143 II 120 consid. 6.4.1. et les références citées)

e. Pour déterminer si concrètement une collectivité publique s'est conformée aux exigences de l'art. 2 al. 7 LMI, il ne faut pas s'en tenir exclusivement à une approche économique relevant des marchés publics, car l'octroi d'une concession

- 17/23 - A/4313/2016 de monopole autorise les cantons et les communes à prendre en compte des intérêts publics plus larges. Il faut toutefois que les choix opérés 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 (ATF 143 II 120 consid. 6.4.2. et les références citées). 5) a. À Genève, l'utilisation du domaine public est réglé par la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 5). L'autorité qui accorde une permission ou qui octroie une concession en fixe les conditions (art. 17 LDPu).

b. L'installation de procédés de réclame, perceptibles depuis le domaine public, dans un but direct ou indirect de publicité, de promotion d'activités culturelles ou sportives (art. 2 LPR), est soumise à un régime d'autorisation, dont les conditions sont définies par la LPR, dans le but d'assurer la sécurité routière, la protection des sites et l'esthétique des lieux, ainsi que l'ordre public (art. 1, 4 et 5 LPR ; ATA/386/2016 du 3 mai 2016 consid. 4 et la référence citée).

La LPR distingue les procédés de réclame pour compte propre réglés aux art. 18 à 20 LPR et les procédés de réclame pour compte de tiers réglés aux art. 21 à 25 LPR. Selon l'art. 21 LPR, les procédés de réclame pour compte de tiers ne présentent aucun rapport de lieu et de connexité entre leur emplacement et les entreprises, les produits, les prestations de services ou les manifestations pour lesquels ils font de la réclame.

Aux termes de l'art. 25 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 (al. 1). 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). La commune rétrocède à l'État une part de 10 % de ces redevances (al. 3). 6)

Les art. 16 ss du cahier des charges déterminent le calcul et le montant de la redevance. Ainsi, l'art. 16.1 du cahier des charges précise qu'indépendamment des prestations en nature fournies selon ce dernier, le concessionnaire doit 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. Aux termes de l'art. 16.2, au vu du nombre de surfaces d'affichage (cf annexe 2 au cahier des charges), ces tarifs doivent permettre le versement d'une redevance minimum de CHF 280'000.- par mois durant la première année. L'art. 25 al. 2 LPR est réservé (art. 16.5 du cahier des charges). 7)

En l'espèce, l'application de l'art. 25 al. 2 LPR n'est pas contraire aux principes énoncés par l'art. 2 al. 7 LMI, selon lesquels lors de l'octroi d'une

- 18/23 - A/4313/2016 concession, les exigences procédurales devant être respectées sont le lancement d'un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.

Comme l'a souligné le TAPI, les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'art. 25 al. 2 LPR, révèlent que ce dernier a pour objectif d'éviter des pratiques de dumping dans un marché disputé sur le plan mondial. La crainte de la recourante, soit qu'un candidat pourrait choisir de proposer une redevance particulièrement élevée, sachant qu'il ne sera lié par son offre que pour autant qu'elle n'excède pas 50 % de sa recette brute totale, n'apparaît pas crédible, dès lors que le comité d'évaluation, lors de son analyse, devrait être en mesure de déceler un tel abus. Quoiqu'il en soit, même à suivre le raisonnement de la recourante, la conséquence qu'elle en tire n'est pas convaincante, comme l'a déjà souligné le TAPI. En effet, la recourante n'a pas démontré que l'art. 25 al. 2 LPR fait obstacle à toute concurrence fondée sur le montant de la redevance dans le cadre de l'appel d'offres en cause.

Il n'y a eu pour le critère relatif à la redevance proposée aucune appréciation de l'autorité intimée, qui s'est fondée uniquement sur les données chiffrées. Or, comme l'a relevé l'autorité intimée dans ses observations, la recourante, qui a offert une redevance de CHF 4'752'000.- par année, escomptait un chiffre d'affaires réalisable de CHF 9'876'204.- en ville, si bien qu'elle aurait pu proposer une redevance nette de 50 % de ce chiffre d'affaires, améliorant ainsi son offre d'environ CHF 200'000.- ce qu'elle n'a pas fait. Elle n'a pas expliqué les raisons l'ayant motivée à proposer une redevance annuelle ne reflétant pas le maximum admis par la loi.

Ainsi, ce n'est pas l'application de l'art. 25 al. 2 LPR qui a empêché la recourante de faire une meilleure offre. Quant à celle de l'intimée, aucun élément au dossier ne permet de penser qu'elle serait surévaluée, étant rappelé que les recettes proposées par la recourante sont proches de celles offertes par l'intimée, si bien qu'on ne saurait estimer une offre comme étant justifiée et l'autre comme surestimée.

La recourante reproche à sa concurrente de ne pas verser la redevance mensuelle annoncée depuis l'attribution du marché, confirmant ainsi dans les faits que son offre serait surévaluée. Or, cet élément n'est pas pertinent. Pour l'instant, en raison de la procédure en cours, seuls des contrats de concession de gré à gré pour des périodes de six mois ont été conclus entre l'autorité intimée et l'intimée, afin d'assurer de façon temporaire l'affichage sur le domaine public de la ville. Par conséquent, on ne saurait conclure des redevances versées durant cette période transitoire, que l'offre de l'intimée serait surévaluée, étant encore précisé que l'autorité intimée a confirmé par courrier du 19 décembre 2017 que la durée de ces contrats ne serait pas déduite de la durée de la concession de cinq ans

- 19/23 - A/4313/2016 attribuée. Il appartiendra alors à l'intimée de verser la redevance annoncée pour la première année.

Il ressort de l'instruction de la cause devant la chambre de céans que d'une manière générale, en Suisse, la tendance, parmi les municipalités, est à la hausse des redevances, indépendamment d'ailleurs de l'existence de l'art. 25 al. 2 LPR ou d'une disposition équivalente. Dans les faits, ce dernier ne joue ainsi aucun rôle dans l'augmentation des redevances.

Toutes les entreprises concernées ont ainsi pu déposer une offre avec les mêmes chances et voir évaluer celles-ci en toute transparence et impartialité. Les choix opérés par l'autorité intimée respectent les principes de non-discrimination et de transparence devant être respectés lors de transfert de monopoles. Enfin, il sera encore confirmé que la ville était en droit et avait tout intérêt à pondérer fortement le critère économique afin d'obtenir des encaissements importants.

Par conséquent, l'application de l'art. 25 al. 2 LPR n'est pas contraire à l'art. 2 al. 7 LMI, si bien que ce grief doit être également écarté. 8)

Dans un dernier grief, la recourante soutient que l'autorité intimée n'aurait pas dû retenir l'offre de redevance de l'intimée, dès lors qu'elle comprenait une redevance tirée de l'affichage culturel. Ce faisant, l'autorité intimée avait violé les règles de procédure qu'elle avait elle-même arrêtées.

a. Aux termes de l'art. 1.1. du cahier des charges, celui-ci porte sur la concession de l'affichage papier sur le domaine public de la ville, au sens des définitions et pour les types d'affichages stipulés par l'art. 2.

Selon l'art. 2.2 du cahier des charges, la concession octroyée par la ville vise les types d'affichages suivants : affichage commercial, affichage populaire, affichage culturel, affichage en faveur de la ville, affichage officiel et affichage politique.

b. Selon l'art. 7.4, 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 définis dans le cahier des charges.

Il était ainsi notamment déterminé que l'affichage culturel, pour lequel le concessionnaire s'engageait à maintenir cinq-cent surfaces d'affichage sur quarante-trois dispositifs d'affichages et neuf cent douze aux emplacements spécifiques du réseau culturel (art. 9.3), serait gratuit pour les premiers, le tarif étant fixé à CHF 21.- par affiche pour une période de quatorze jours pour les second (art. 9.4).

- 20/23 - A/4313/2016

c. Le cahier des charges expose à son art. 5.1 les critères d'évaluation et leur pondération, soit notamment 70 % pour le montant de la redevance nette versée à la ville la première année.

d. Selon l'art. 16.1 deuxième paragraphe, le montant de la redevance serait calculé 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.

Aux termes de l'art. 16.2, au vu du nombre actuel de surfaces d'affichage (cf. annexe 2 au cahier des charges), ces tarifs devront permettre le versement d'une redevance minimum de

CHF 280'000.-, par mois durant la première année. 9)

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 143 I 109 consid. 6 ; 142 II 388 consid. 9.6.1 et les références citées ; ATA/1100/2017 du 18 juillet 2017 ; ATA/1099/2017 du 18 juillet 2017). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 142 II 388 consid. 9.6.1 ; 139 II 39 consid. 5.3.1 ; ATA/212/2016 du 9 mars 2016). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 141 II 338 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_219/2014 du 23 septembre 2014 consid. 5.2. et les arrêts cités). 10) La recourante reproche à l'art. 16.1 une formulation peu claire et non univoque, dès lors que l'ensemble des surfaces d'affichage pertinentes n'y était pas énumérées. Il ne pouvait être attendu des candidats qu'ils tiennent compte des recettes de l'affichage culturel et de l'affichage populaire dans le calcul de la redevance offerte. Au contraire, l'art. 16.1 se référant directement à l'annexe 3, le candidat pouvait en déduire que seule la redevance pour l'affichage commerciale serait prise en compte.

La chambre de céans ne saurait confirmer cette lecture du cahier des charges dès lors que ce dernier laisse au contraire peu de place à interprétation. Il expose de manière précise, à son art. 5.1, que la redevance nette versée la première année serait un critère pondéré à 70 %. Il n'y est nullement formulé que la redevance

- 21/23 - A/4313/2016 tirée de l'affichage culturel n'y serait pas prise en compte. Il en ressort au contraire que la répartition de la redevance par type d'affichage est indifférente.

Quant à l'art. 16.1 du cahier des charges, il ne porte pas à confusion, dès lors que les tarifs ou la gratuité des autres types d'affiches que l'affichage commercial étaient déjà fixés dans le cahier des charges, si bien que seul ce dernier devait être précisé par le candidat, en l'occurrence dans l'annexe 3.

Le cahier des charges étant clair, l'autorité intimée n'était pas tenue d'offrir à la recourante la possibilité de modifier son offre en y intégrant les recettes de l'affichage culturel payant. Au contraire, ce faisant, elle se serait rendue coupable d'inégalité de traitement, en lui accordant un délai supplémentaire par rapports à ses concurrents.

Pour ces motifs, l'autorité intimée s'est conformée aux conditions de son appel d'offres et a respecté le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et le principe de la bonne foi (art. 9 et 5 al. 3 Cst.), dès lors qu'aucune incorrection ne peut lui être reprochée (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7 ; 1C_18/2015 du 22 mai 2015 consid. 3 ; ATA/1239/2017 du 29 août 2017 ; ATA/573/2015 du 2 juin 2015 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 193 n. 568).

Par conséquent, l'autorité intimée n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des trois offres produites, puisque celle-ci s'est faite sur la base des critères choisis et énumérés dans les documents d'appel d'offres. Ceux-ci ont été appliqués de manière identique à chaque candidat. Communiqués en temps voulu, dans le respect du principe de la transparence, ces critères n'ont jamais été contestés avant la décision querellée.

Le jugement du TAPI sera par conséquent également confirmé sur ce point.

Mal fondé, le recours sera rejeté. 11) Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à l'intimée, qui y a conclu, à la charge de la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 22/23 - A/4313/2016

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