

GE_GERICHTE ATA/836/2012 vom 18. Dezember 2012

GE Cour de justice, 2012-12-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_836_2012

FR: GE_GERICHTE ATA/836/2012 du 18 décembre 2012

IT: GE_GERICHTE ATA/836/2012 del 18 dicembre 2012

Regeste

Résumé: Conclusion d'un contrat entre Palexpo S.A. et les SIG prévoyant la mise à disposition, par la première, des toitures de ses halles d'exposition au bénéfice des seconds et le financement conjoint de leur renforcement. Conclusion parallèle d'un contrat entre les SIG et une société anonyme de droit belge consistant dans la construction d'une centrale solaire photovoltaïque sur lesdites toitures. Recours d'une société suisse, qui a été évincée du projet de construction de la centrale, déclaré irrecevable : le premier contrat ne répond pas à la définition de marchés publics, Palexpo S.A. n'étant pas demanderesse ou consommatrice d'une prestation fournie contre rémunération de sa part. En raison de son objet, le contrat de construction conclu par les SIG avec la société belge est, quant à lui, exempté du champ d'application du droit des marchés publics tels que délimité par les traités internationaux régissant la matière.

Erwägungen

E. 5

juillet 2011 en vue de la construction d'une centrale solaire photovoltaïque tombait, d'un point de vue objectif, dans le champ d'application du droit des marchés publics.

Il portait sur des prestations caractéristiques d'un marché de construction au sens des art. 6 al. 1 let. a AIMP et 6 al. 2 let. a RMP, soit en particulier sur l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués (classification de la centrale des produits n° 514 ; ci-après : CPC) et la pose d'installations (CPC n° 516) au sens de l'annexe 3 du RMP (reprenant l'annexe 5, Appendice I, de l'AMP).

Sa valeur, estimée à CHF 15'000'000.-, dépassait en outre le seuil au-delà duquel de tels marchés sont soumis aux traités internationaux (CHF 8'700'000.- selon l'annexe 1 de l'AIMP, reprenant les annexes 2 et 3, Appendice I, de l'AMP) et doivent, de ce fait, faire l'objet d'une procédure de passation ouverte ou sélective au sens des art. 12A al. 1 AIMP et 11 al. 1 RMP.

Il convient donc de déterminer si les SIG, en tant qu'acquéreur d'une prestation fournie par une société privée contre rémunération, étaient également

- 22/31 - A/1552/2011 assujettis d'un point de vue subjectif au droit des marchés publics, soit s'ils revêtaient la qualité d'autorité adjudicatrice dans l'opération en cause. 6)

Etablissement de droit public doté de la personnalité juridique, les SIG ont notamment pour but de fournir, dans le canton de Genève, l'eau, le gaz, l'électricité et de l'énergie thermique, à teneur des art. 158 al. 3 Cst-GE et 1 al. 1 LSIG.

Ils exercent en particulier le monopole public de l'approvisionnement et de la distribution d'électricité (art. 158 al. 2 Cst-GE) et peuvent à cet effet utiliser le domaine public genevois

pour l'installation de leurs réseaux de transport et de distribution contre redevances annuelles (art. 158C al. 1 Cst-GE).

Les SIG peuvent en outre développer des activités dans les domaines liés à leur but, exercer leurs activités à l'extérieur du canton ou fournir des prestations et des services en matière de télécommunications (art. 158 al. 3 in fine Cst-GE et 1 al. 1 in fine LSIG). Ils peuvent en particulier créer, acquérir, louer, exploiter tout moyen de production, de transport, de distribution et de vente, assurer tout service se rapportant à la réalisation de leur but. Ils peuvent de même participer à toute entreprise suisse ou étrangère de fourniture d'eau, de gaz, d'électricité, d'énergie thermique, de télécommunications et passer toute convention destinée à faciliter et garantir l'approvisionnement en eau et en énergie (art. 1 al. 6 LSIG).

Les SIG sont autonomes dans les limites fixées par la Cst-GE et la LSIG, laquelle leur commande notamment d'exercer leurs activités dans le respect de la législation applicable en matière d'énergie et conformément aux principes de la conservation de l'énergie, du développement prioritaire des énergies renouvelables et du respect de l'environnement énoncés à l'art. 160E Cst-GE (art. 1 al. 3 LSIG). Dans le cadre de leurs attributions, ils sont ainsi tenus de collaborer avec les autorités cantonales et communales en vue de réaliser la politique cantonale en matière d'approvisionnement, de transformation, de distribution et d'utilisation de l'énergie fondée sur ces principes (art. 160E al. 2 Cst-GE ; art. 3 al. 1 de la loi sur l'énergie du 18 septembre 1986 - LEn - L 2 30), soit notamment de promouvoir les sources d'énergies renouvelables telles l'énergie solaire (art. 160E al. 4 et 6 Cst-GE). 7)

Selon l'art. 8 al. 1 AIMP, sont soumis aux dispositions des accords internationaux les pouvoirs adjudicateurs suivants :

a) les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel ;

b) les autorités de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de

- 23/31 - A/1552/2011 l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution en Suisse de leurs tâches dans les domaines précités ;

c) les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur.

S'agissant du champ d'application personnel du droit des marchés publics, l'art. 5 LMI, qui mentionne « les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales » n'a pas de signification propre par rapport à l'art. 8 AIMP (M. BEYELER, op. cit., p. 27, n. 27).

Etablissement de droit public cantonal doté de la personnalité morale (art. 2 al. 1 LSIG), les SIG sont une collectivité publique au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP. Ils exercent en outre le monopole de l'approvisionnement et de la distribution de l'électricité dans le canton de Genève (art. 158 al. 2 Cst-GE), secteur que les traités internationaux en matière de marchés publics régissent spécifiquement (cf. art. 8 al. 1 let. c AIMP).

Selon les SIG, seules leurs activités consistant dans l'exercice de ce monopole seraient assujetties au droit des marchés publics. Leurs activités annexes, à savoir celles s'exerçant sur un marché en concurrence tel celui de la production d'électricité, échapperaient en revanche à ce droit. Ils seraient un pouvoir adjudicateur lorsqu'ils exercent leur activité

principale et monopolistique d'approvisionnement et de distribution de l'électricité dans le canton de Genève (art. 158 al. 2 Cst-GE et 1 al. 1 ab initio LSIG), mais n'auraient pas cette qualité lorsqu'ils exercent une activité annexe (art. 158 al. 3 in fine Cst-GE et 1 al. 1 in fine et 6 LSIG) sujette à concurrence, soit susceptible d'être exercée aux mêmes conditions par des acteurs privés. Cette exemption partielle du droit des marchés publics résulterait des termes « dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel » ancrés à l'art. 8 al. 1 let. a in fine AIMP et serait conforme au droit international.

Le contrat conclu entre les SIG et Derbigum porte sur la construction d'une centrale solaire photovoltaïque et concerne donc une activité de production d'électricité sujette à concurrence. Il reste à déterminer si l'exercice de cette activité exemptait bien les SIG du champ d'application du droit des marchés publics, en interprétant les termes « dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel » ancrés à l'art. 8 al. 1 let. a AIMP. 8)

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après 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

- 24/31 - A/1552/2011 que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; 125 II 206 consid. 4a p. 208/209 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 - ci-après : Cst. féd. ; ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités). L'art. 5 al. 4 Cst. féd. pose en outre l'obligation pour la Confédération et les cantons de respecter le droit international. Selon le principe de la primauté de ce dernier, les traités internationaux l'emportent en effet sur l'ensemble du droit cantonal et intercantonal, de sorte que celui-ci doit s'interpréter conformément au droit international (A. AUER / G. MALINVERNI / M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 2006, Vol I., p. 458-459, n. 1297 et 1298 et la jurisprudence citée).

Dans sa version française, l'art. 8 al. 1 let. a AIMP peut être compris comme exemptant du champ d'application personnel du droit des marchés publics les établissements cantonaux dont les activités principales présenteraient un caractère industriel ou commercial (cf. E. POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs Champ d'application personnel du droit des marchés publics, in PJA 2008 p. 1107, 1119, note de bas de page n° 97, mais à propos de l'art. 8 al. 2 let. a AIMP dont les termes divergent légèrement). Dans sa version allemande (« mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten »), l'art. 8 al. 1 let. a AIMP semble plutôt privilégier la thèse soutenue par les SIG, à savoir celle d'un assujettissement partiel des établissements publics cantonaux au droit des marchés publics concernant leurs seules activités ne présentant pas un caractère commercial et industriel (M. BEYELER, op. cit., p. 147, n. 289 ; H. STÖCKLI, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in Marchés publics 2008, Schulthess 2008, p. 55). Quant au texte italien (« sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale »), il rejoint la formulation française, en se

concentrant d'avantage sur la nature de l'établissement public en cause que sur celle de ses activités (M. BEYELER, op. cit., p. 147, n. 201). L'interprétation littérale ne permet ainsi pas d'attribuer un sens clair et univoque à l'art. 8 al. 1 let. a AIMP.

Le RMP, qui vise à transposer l'AIMP au niveau cantonal (art. 1 RMP), contient également une liste d'autorités adjudicatrices soumises au droit des marchés publics. A teneur de l'art. 7 al. 1 let. a RMP, sont des autorités adjudicatrices assujetties à la réglementation « l'Etat, les communes et leurs établissements ou fondations de droit public, dans la mesure où ils n'ont pas un caractère purement commercial ou industriel ». Selon cette formulation, le caractère industriel ou commercial entraînant une exemption du droit des marchés

- 25/31 - A/1552/2011 publics ne semble pouvoir concerner que l'entité elle-même et non telle ou telle de ses activités. La thèse des intimés consistant à différencier les diverses activités exercées par un établissement public cantonal pour n'assujettir que celles ne présentant pas un caractère industriel et commercial ne trouve ainsi pas de fondement dans l'art. 7 al. 1 let. a RMP. Le texte de cette disposition laisse au contraire penser que le but à l'origine de la création d'un établissement public cantonal serait seul déterminant et qu'il entraînerait, à défaut d'être « purement » commercial ou industriel, l'assujettissement complet de l'entité en cause au droit des marchés publics. En prévoyant une règle d'exemption spécifique pour les caisses de pension publiques lorsqu'elles exercent des activités commerciales ou industrielles en concurrence directe avec des entités privées, l'art. 7 al. 3 RMP confirmerait le bien-fondé de cette approche. Reste que le droit cantonal prévoit, comme l'AIMP, une règle spéciale d'assujettissement au droit des marchés publics pour les « organismes et entreprises privés ou publics opérant au moyen d'une concession ou d'un monopole de droit dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans ceux des transports et des télécommunications, pour les seuls marchés en relation avec l'exécution à Genève de leurs tâches » (art. 7 al. 1 let. d RMP). Or, cette disposition est également susceptible de s'appliquer aux SIG. 9)

Indépendamment de leur texte, les art. 8 al. 1 AIMP et 7 al. 1 RMP doivent aussi être confrontés aux traités internationaux conclus par la Suisse en matière de marchés publics et interprétés conformément à ces instruments (M. BEYELER, op. cit., p. 90, n. 174 ; E. POLTIER, op. cit., p. 1109 et 1123, qui préconise de se référer à la jurisprudence des autorités européennes pour déterminer les pouvoirs adjudicateurs assujettis ; H. STÖCKLI, op. cit., p. 44, n. 5). Le principe de la primauté du droit international impose cette démarche, ce d'autant que le but explicitement poursuivi par l'AIMP et le RMP est de transposer la réglementation internationale pertinente en droit interne pour les marchés qui, comme dans le cas d'espèce, atteignent les valeurs-seuils fixés par lesdits traités. 10) Selon l'art. 1 par. 1 AMP, cet accord s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités spécifiées dans son Appendice I, dont en particulier les annexes 2 et 3 de ce dernier. L'Accord bilatéral du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) n'entre pour sa part pas en considération, en tant qu'il étend le champ d'application du droit des marchés publics aux communes et dans le domaine de certains secteurs non concernés en l'espèce (notamment celui de l'énergie, mais au-delà du secteur de l'électricité déjà visé par l'AMP ; sur la portée de cet accord bilatéral cf. M. BEYELER, op. cit., p. 24, n. 22).

a. Selon l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP, cet accord s'applique aux « Entités des gouvernements sous-centraux » qui passent des marchés

- 26/31 - A/1552/2011 conformément à ses dispositions. Il vise ainsi les autorités publiques cantonales, ainsi que les « organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel ». Selon la note relative à l'annexe 2 (sur la portée de cette note, cf. M. BEYELER, op. cit., p. 239 ss, n. 523 à 526), cette dernière ne régit toutefois pas les marchés passés par les entités précitées, lorsque ceux-ci portent sur des activités dans les secteurs de l'eau potable, de l'énergie, des transports ou des télécommunications (ci-après : secteurs EET).

b. Les entités concluant des marchés dans ces secteurs EET sont en effet assujetties à l'AMP, dans la mesure prévue par l'annexe 3 de l'Appendice I. Cette annexe, qui fixe des valeurs seuils plus élevées s'agissant des marchés de fournitures et de services, s'applique aux « entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs publics ou des entreprises publiques et qui exercent au moins une des activités » énumérées sous ch. 1 à 5, dont en particulier « la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ou l'alimentation de ces réseaux en électricité » (ch. 2).

c. Selon la note 1 à l'annexe 3, l'AMP ne s'applique toutefois pas aux marchés que les entités adjudicatrices passent à des fins autres que la poursuite des activités décrites dans l'annexe ou pour la poursuite de ces activités en dehors de Suisse. A teneur de la note 2 à l'annexe 3, l'AMP ne s'applique de même pas « aux marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et lorsque d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice ».

d. L'annexe 3 donne une définition de la notion de « pouvoirs publics ». Il s'agit de l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public, ainsi que des associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme (1) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, (2) doté d'une personnalité juridique et (3) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat et les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ». En tant qu'elle se réfère à la notion d'organisme de droit public, la définition vaut non seulement pour l'annexe 3, mais également pour l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP (cf. M. BEYELER, op. cit., n. 166 à 169 ; E. POLTIER, op. cit., p. 1115).

e. Dans la mesure où la notion d'organisme de droit public a été reprise des directives communautaires, la doctrine préconise de l'interpréter en se référant à

- 27/31 - A/1552/2011 la jurisprudence européenne (cf. M. BEYELER, op. cit., n. 168 et les nombreuses références doctrinales citées). Concernant la première des trois conditions cumulatives qu'implique cette notion, la ligne de partage entre les « besoins d'intérêt général autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial » et ceux qui ont ce caractère repose sur un faisceau d'indices. La forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire importe peu. Seule la nature de l'activité réellement exercée et les besoins qu'elle vise à satisfaire est déterminante. Schématiquement, l'activité visant à satisfaire des besoins ayant un caractère industriel ou

commercial consiste en une activité économique de production, de distribution ou de prestation de services, exercée dans un but lucratif. Elle est soumise à une exigence de rentabilité. Les activités ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial échappent, en revanche, en tout ou en partie, à la logique du marché. Ces activités satisfont des besoins que l'Etat, pour des raisons liées à l'intérêt général, choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante (E. CLERC, La loi fédérale sur le marché intérieur, in Commentaire Romand, Le droit de la concurrence, TERCIER / BOVET éd., 2002, ad art. 5 LMI, p. 1335-1336, n. 71).

La notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits par des entreprises privées ou qui pourraient l'être. L'existence d'une concurrence développée sur le marché peut néanmoins constituer un indice du fait qu'il ne s'agit pas d'un intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (Ibidem ; M. BEYELER, op. cit., p. 127, n. 253). La précision selon laquelle l'organisme doit être créé pour satisfaire « spécifiquement » des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'implique pas qu'il soit uniquement chargé de satisfaire de tels besoins. En d'autres termes, spécifiquement ne signifie pas exclusivement (cf. M. BEYELER, op. cit., p. 128, n. 254 et les références jurisprudentielles et doctrinales citées dans les notes de bas de page n° 300 et 301). Outre sa mission d'intérêt général, une entité est libre d'accomplir des activités à caractère industriel et commercial, activités qui n'auront pas d'incidence sur sa qualification en tant qu'organisme de droit public. Que ces activités soient secondaires ou au contraire prépondérantes ne joue de même aucun rôle. Il suffit donc qu'une entité liée à l'Etat exerce au moins une activité d'intérêt général ne revêtant pas un caractère industriel ou commercial pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public et se voir, partant, assujettie au droit des marchés publics, dans la mesure prévue par l'AMP, pour l'ensemble des marchés qu'elle entend passer (Ibidem ; E. CLERC, op. cit., p. 1138, n. 75 et la jurisprudence européenne citée). Si une telle entité n'exerce à l'inverse que des activités purement commerciales et industrielles, soit des activités entièrement soumises à concurrence, elle n'entre pas dans la définition d'organisme de droit public et ne sera, partant, pas assujettie au droit des marchés publics (M. BEYELER, op. cit., p. 132 et 138, n. 266 et 276 ss).

- 28/31 - A/1552/2011

f. La portée respective des annexes 2 et 3, Appendice I, de l'AMP est controversée en doctrine. Selon BEYELER (op. cit., p. 237 ss, n. 519 à 530), qui fonde son approche sur le droit et la jurisprudence européens, la note 1 à l'annexe 3 ne signifierait pas qu'un organisme de droit public actif dans le domaine des secteurs, mais passant un marché à des fins autres que la poursuite d'activités décrites dans cette annexe, ne serait pas assujetti au droit des marchés publics. Cet organisme n'en serait pas moins soumis à l'AMP en vertu des règles de l'annexe 2, y compris s'agissant de leurs marchés conclus à des fins commerciales ou industrielles. Pour d'autres auteurs, la note 1 à l'annexe 3 comporterait en revanche une limitation objective du champ d'application personnel du droit des marchés publics dans le domaine des secteurs (E. POLTIER, op. cit., p. 116 ; J.-B. ZUFFEREY, Le champ d'application du droit des marchés publics, in Marchés publics 2008, Schulthess 2008, p. 152, n. 14).

g. La portée de la note 2 à l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP ne suscite pas la même controverse. Selon la doctrine, les organismes de droit public actifs dans les secteurs EET

sont, en vertu de cette note, exemptés du champ d'application de l'AMP, lorsqu'ils passent des marchés dans une activité de secteur à des fins plus ou moins directes de revente ou de location à des tiers. Cela ne vaut toutefois que si les organismes concernés ne bénéficient d'aucun droit spécial ou exclusif en la matière, soit si des tiers sont susceptibles de vendre ou louer librement et aux mêmes conditions l'objet de ces marchés (M. BEYELER, op. cit., p. 257, n. 571 ss). 11) S'agissant des organismes de droit public, deux régimes d'assujettissement distincts résultent ainsi de l'AMP, à savoir un régime d'assujettissement général prévu à l'annexe 2, Appendice I, et un régime d'assujettissement spécial valant pour les seuls organismes de droit public actifs dans les domaines des secteurs EET au sens de l'annexe 3, Appendice I. Le premier trouve sa concrétisation aux art. 8 al. 1 let. a AIMP et 7 al. 1 let. a RMP, tandis que le second est ancré aux art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 al. 1 let. d RMP, qui font en la matière figure de *lex specialis*.

En bonne application de l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP, les art. 8 al. 1 let. a AIMP et 7 al. 1 let. a RMP doivent s'interpréter comme assujettissant au droit des marchés publics l'ensemble des tâches, fussent-elles commerciales ou industrielles, des établissements publics cantonaux spécifiquement créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général.

L'assujettissement au titre des art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 al. 1 let. d RMP des établissements publics cantonaux actifs dans le domaine des secteurs EET doit en revanche s'apprécier en fonction de la seule annexe 3, Appendice I, de l'AMP, et des exemptions que cette dernière contient concernant certaines activités.

- 29/31 - A/1552/2011 12) Les SIG remplissent en l'espèce la définition d'organisme de droit public au sens des annexes 2 et 3, Appendice I, de l'AMP. Bien qu'il puisse exercer des activités présentant un caractère industriel ou commercial (art. 1 al. 6 LSIG), cet établissement de droit public vise prioritairement à satisfaire des besoins d'intérêt général, tels l'approvisionnement et la distribution d'électricité sur le territoire cantonal ou la promotion des énergies renouvelables. Ils sont ensuite dotés de la personnalité juridique, tandis que leur conseil d'administration, investi des pouvoirs les plus étendus concernant sa gestion (art. 16 al. 2 LSIG) est majoritairement constitué de membres désignés par l'Etat et les communes du canton (art. 6 LSIG).

L'on pourrait en déduire que tous les marchés conclus par les SIG, y compris ceux relevant de leurs activités présentant un caractère commercial ou industriel, seraient assujettis au droit des marchés publics, en application des art. 8 al. 1 let. a et 7 al. 1 let. a RMP, interprétés conformément à l'annexe 2, Appendice I, de l'AMP. Dans la mesure cependant où les activités exercées par les SIG tombent dans un secteur spécifiquement régi par l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP (soit le secteur de l'électricité mentionné au ch. 2 de cette annexe), leur assujettissement au droit des marchés publics doit toutefois s'apprécier en fonction de la réglementation spéciale prévue en la matière, dont les art. 8 al. 1 let. c AIMP et 7 al. 1 let. d RMP sont l'ancrage au niveau interne.

Le marché conclu avec Derbigum était, en l'espèce, étroitement lié à l'activité de secteur des SIG, puisqu'il consistait dans la construction, à Genève, d'une centrale solaire photovoltaïque productrice d'électricité. Quelle qu'en soit la portée, la clause d'exemption figurant à la note 1 relative à l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP, n'est donc pas pertinente, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une activité hors secteur. 13) Reste à examiner si le marché querellé est susceptible de tomber dans le champ d'exemption de la note 2 relative à l'annexe 3, Appendice I, AMP. Tel est précisément le cas en l'espèce. Les SIG ont conclu le

contrat litigieux consistant dans la construction d'une centrale solaire photovoltaïque à des fins de revente de l'électricité produite. Dans ce domaine particulier, soit celui de la production d'électricité provenant d'énergies renouvelables et plus spécifiquement solaires, ils ne bénéficient d'aucun droit spécial ou exclusif susceptible d'entraîner une distorsion de la concurrence, à l'inverse de ce qui prévaut sur le marché de l'approvisionnement ou de la distribution de l'électricité. D'autres entités, telle la recourante, peuvent en effet produire de l'électricité provenant de l'énergie solaire, respectivement revendre celle-ci dans les mêmes conditions que les SIG, puisque ceux-ci se sont engagés à reprendre à prix coûtant toute production du genre dans le canton (cf. art. 1A al. 2 LSIG). Sur ce marché, les SIG sont ainsi soumis à une pression concurrentielle qui les contraint de facto à adjudger leurs marchés à l'offre économiquement la plus favorable, de sorte que leur

- 30/31 - A/1552/2011 assujettissement au droit des marchés publics ne se justifie pas, conformément à la note 2 relative à l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP.

En bonne application des règles régissant les marchés publics passés dans les secteurs dits EET, les SIG n'étaient donc pas soumis au droit des marchés publics lorsqu'ils ont conclu le contrat de construction litigieux. Cette conclusion s'impose, non pas en vertu du champ d'application subjectif de ces règles, mais de leur champ d'application objectif, tel qu'il résulte des art. 8 al. 1 let. c, 7 al. 1 let. d RMP et de l'annexe 3, Appendice I, de l'AMP. Dans la mesure où les SIG l'ont conclu en vue d'exercer une activité de production d'électricité à des fins de revente, soumise à concurrence, le marché passé avec Derbigum échappait en effet, de par son objet, au droit des marchés publics.

Cette conclusion s'impose dans le cas d'espèce en raison de la spécificité du marché en cause, celui de la production d'électricité issue de l'énergie solaire. S'agissant de leurs autres activités de secteur, notamment celles de production d'électricité issue d'autres sources, les SIG demeurent en principe assujettis au droit des marchés publics dans la mesure prévue par l'annexe 3 de l'AMP, soit sous réserve que les marchés en cause ne revêtent pas les caractéristiques mentionnées à la note 2 de cette même annexe. 14) En tant qu'il est dirigé contre les SIG et Derbigum et porte sur le contrat de construction d'une centrale solaire photovoltaïque conclu par ceux-ci, le recours de Servipier sera, en conséquence, déclaré irrecevable. A l'instar de ceux qui ont été conclus par Palexpo dans la présente espèce, ce contrat échappe à la compétence de la chambre de céans.

Un émolument de CHF 3'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Dans la mesure où ils l'ont expressément requis, une indemnité de procédure d'un montant de CHF 1'000.- chacune sera en outre allouée aux SIG, à Derbigum, ainsi qu'à Palexpo, à la charge de Servipier (art. 87 LPA). * * * * *

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