

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C_611/2011

Arrêt du 16 décembre 2011
Ile Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Zünd, Président,
Aubry Girardin et Donzallaz.
Greffière: Mme Beti.

Participants à la procédure
X. _____ SA,
représentée par Me Zoltan Szalai, avocat,
recourante,

contre

1. Palexpo SA,
représentée par Mes Daniel Peregrina et Luca Beffa, avocats,
2. Service Industriels de Genève,
3. A. _____ SA,

tous deux représentés par Me François Bellanger, avocat, Etude Ming Halpérin Burger Inaudi,
intimés.

Objet
Installation d'une centrale de production d'électricité solaire (effet suspensif et mesures
provisionnelles),

recours contre la décision de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre
administrative, du 28 juin 2011.

Faits:

A.

A.a X. _____ SA, à B. _____, a pour but social toutes activités commerciales qui ont un
rapport avec l'immobilier, tels que le conseil, le courtage, l'achat et la vente, la prise de participations
à des sociétés ayant un but similaire, la promotion de la construction et des participations dans ce
domaine, ainsi que d'autres activités connexes.

Palexpo SA, à Genève, a pour but d'être propriétaire, gérer, exploiter et développer un complexe
d'expositions et de congrès dont la propriété lui est concédée par l'État de Genève. Elle a été
constituée par la loi genevoise du 16 novembre 2007 sur le Palais des Expositions de Genève. Son
actionnaire majoritaire est l'État de Genève.

Les Services industriels de Genève sont constitués en établissement de droit public instauré par la
loi genevoise du 5 octobre 1973 sur l'organisation des Services industriels de Genève. Leur but
principal est de fournir dans le canton de Genève l'eau, le gaz, l'électricité et l'énergie thermique. Ils
peuvent créer, acquérir, louer, exploiter tout moyen de production, de transport, de distribution et de
vente, et assurer tout service se rapportant à la réalisation de leur but. Ils peuvent de même passer
toute convention destinée à faciliter et garantir l'approvisionnement en eau et en énergie.

A. _____ SA, société sise en Belgique, est spécialisée dans la production et l'installation de
matériaux de revêtement de toiture permettant d'économiser et de produire de l'énergie.

A.b En janvier 2010, X. _____ SA est entrée en contact avec Palexpo SA pour l'installation d'une
centrale photovoltaïque de production d'électricité sur le toit des halles d'exposition de cette dernière
à Genève. Selon le descriptif de son projet, Palexpo SA mettait à disposition de X. _____ SA les
toits de quatre halles d'exposition pour que celle-ci y installe une centrale photovoltaïque. Palexpo
SA recevrait une rémunération pour la mise à disposition des surfaces pendant trente ans et

X. _____ SA financerait les installations. Dès le 4 février 2010, Palexpo SA a souhaité que les Services industriels de Genève collaborent à ce projet.

Le 16 mars 2010, les Services industriels de Genève ont adressé à X. _____ SA une demande d'offre pour la construction d'une centrale sur les cinq toits de Palexpo. Le 19 mars 2010, X. _____ SA a transmis aux Services industriels de Genève et à Palexpo SA une proposition relative au principe de collaboration en vue de la construction de l'installation projetée. Le 23 avril 2010, Palexpo SA a informé X. _____ SA qu'elle n'entendait pas donner suite à sa demande.

A.c Le 31 mai 2010, Palexpo SA et les Services industriels de Genève ont signé une lettre d'intention relative à la réalisation, par ces derniers, d'une étude détaillée et complète relative à l'installation d'une centrale solaire photovoltaïque sur les toits des halles appartenant à Palexpo SA.

Le 5 avril 2011, les Services industriels de Genève et A. _____ SA ont signé une lettre d'intention relative à la construction, par cette dernière, d'une centrale solaire sur le toit des halles d'exposition de Genève. Par courrier du 18 avril 2011, les Services industriels de Genève ont demandé à Palexpo SA de formaliser l'accord du 31 mai 2010 en confirmant son engagement à tout mettre en œuvre pour permettre la meilleure coordination possible entre les travaux de renforcement de la toiture et ceux de construction de la centrale solaire. Palexpo SA a contresigné ce courrier le 27 avril 2011.

A.d Le 17 mai 2011, le journal "Le Temps" a publié un article annonçant l'installation, par A. _____ SA, sur les toits de quatre halles de Palexpo SA d'une nouvelle centrale solaire de production d'électricité, fruit de la collaboration entre Palexpo SA et les Services industriels de Genève. L'article précisait que l'ensemble de la construction coûtait CHF 15 millions, financés par les Services industriels de Genève, à l'exception d'une partie des travaux de rénovation de la charpente payée par Palexpo SA.

B.

Le 25 mai 2011, X. _____ SA a déposé auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice de Genève (ci-après la Cour de justice) un recours dirigé contre les Services industriels de Genève et A. _____ SA concernant "la décision des Services industriels de Genève communiquée par voie de presse le 17 mai 2011 de confier à A. _____ SA l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo". Elle concluait, au fond, au constat du caractère illicite de tout contrat passé entre Palexpo SA et A. _____ SA et à l'interdiction qui devait être faite aux Services industriels de Genève et à A. _____ SA d'exécuter tout contrat concernant l'installation de cette centrale photovoltaïque. Au titre des mesures provisionnelles, elle demandait qu'il soit ordonné aux Services industriels de Genève et à A. _____ SA de suspendre avec effet immédiat l'exécution du contrat concernant l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits des halles d'exposition de Palexpo SA.

Le même jour, X. _____ SA a également déposé un recours dirigé contre Palexpo SA et les Services industriels de Genève comprenant des conclusions similaires tant au fond que sur mesures provisionnelles.

Le 28 juin 2011, le juge compétent a ordonné la jonction des deux causes.

Par décision du 28 juin 2011, la Cour de justice a statué sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles. Elle a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif aux deux recours de X. _____ SA ainsi que la demande de mesures provisionnelles formées par cette dernière.

C.

Par acte du 2 août 2011, X. _____ SA a recouru au Tribunal fédéral contre la décision de la Cour de justice du 28 juin 2011. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du 28 juin 2011, à ce que l'effet suspensif soit accordé à ses deux recours interjetés sur le plan cantonal le 25 mai 2011, et à ce qu'il soit ordonné aux Services industriels de Genève, à A. _____ SA et à Palexpo SA de suspendre avec effet immédiat l'exécution de toute convention concernant la construction d'une centrale photovoltaïque de production d'électricité sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo SA et de cesser tous travaux sur le site. Elle demande en outre que l'effet suspensif soit accordé à son recours.

En divergence avec l'état de fait retenu par la Cour de justice, la recourante fait valoir que les travaux relatifs à la construction de la centrale photovoltaïque auraient débuté le 16 mai 2011 déjà.

Dans leur réponse du 26 août 2011, les Services industriels de Genève et A. _____ SA ont conclu, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité subsidiairement au rejet du recours de X. _____ SA, ainsi qu'au rejet de la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles. Par acte du 31 août 2011, Palexpo SA a pris les mêmes conclusions.

De manière concordante, les intimés exposent que Palexpo SA, les Services industriels de Genève et A. _____ SA ont conclu différents actes le 5 juillet 2011, à savoir un contrat-cadre (liant les trois parties) relatif au renforcement de la toiture et à la construction d'une centrale solaire; un accord

(entre Palexpo SA et les Services industriels de Genève) relatif à la répartition des coûts de ces travaux; un contrat de bail à loyer (également entre Palexpo SA et les Services industriels de Genève) autorisant ces derniers à disposer des surfaces nécessaires; et un contrat d'entreprise (entre les Services industriels de Genève et A. _____ SA) pour la construction de la centrale solaire. Les intimés ajoutent que les travaux ont commencé en août 2011.

Par ordonnance du 5 septembre 2011, le Président de la IIe Cour de droit public a rejeté la requête d'effet suspensif de X. _____ SA.

Considérant en droit:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 29 al. 1 LTF; cf. ATF 134 II 272 consid. 1.1 p. 275 et les arrêts cités).

La présente affaire porte sur une décision rendue sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles. D'une part, la décision attaquée refuse de restituer l'effet suspensif au motif de l'absence de chances de succès des recours sur le fond dès lors que l'instance cantonale arrive à la conclusion que les dispositions sur les marchés publics ne sont pas applicables à la présente cause. D'autre part, elle rejette la requête de mesures provisionnelles au motif qu'aucun contrat n'a été signé et que les travaux sur le site n'ont pas commencé.

L'effet suspensif constitue un type particulier de mesures provisionnelles (cf. ISABELLE HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997, tome II, p. 265 ss, n° 3; THOMAS MERKLI, *Vorsorgliche Massnahmen und die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden*, in ZBI 109/2008 p. 416 ss, p. 423). La distinction doit néanmoins être faite dès lors que l'effet suspensif et les mesures provisionnelles répondent régulièrement à des réglementations différentes en particulier quant à leurs effets (HÄNER, op. cit., p. 268 n° 5). Il convient par conséquent de distinguer ces deux éléments dans l'analyse de la recevabilité du présent recours.

2.

Portant sur des mesures provisoires, le prononcé attaqué constitue une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF (cf. arrêt 2C_446/2011 du 10 octobre 2011 consid. 1.1). Les décisions préjudicielles ou incidentes peuvent faire l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral à la condition qu'elles soient propres à causer un préjudice irréparable (art. 93 la. 1 let. a LTF) ou que l'admission du recours puisse conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). Cette dernière condition n'est à l'évidence pas remplie. En effet, le recours porte sur l'effet suspensif et des mesures provisionnelles requises en relation avec l'adjudication d'un marché public et ne concerne par conséquent pas le fond du litige. L'admission du recours ne saurait donc mettre fin au litige au fond.

Le préjudice irréparable conformément à l'art. 93 al. 1 let. a LTF doit être de nature juridique et ne pas pouvoir être ultérieurement réparé par une décision finale favorable au recourant (ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 p. 317 et les arrêts cités). Il appartient au recourant d'expliquer en quoi la décision incidente qu'il attaque remplit les conditions de l'art. 93 LTF (ATF 134 III 426 consid. 1.2 p. 429 et les arrêts cités).

2.1 L'effet suspensif est une forme de protection juridique provisoire. Il consiste à régler l'état de fait ou de droit entre le dépôt du recours et la décision finale. Il évite ainsi que des situations préjudicielles soient créées qui anticipent la décision sur le fond ou rendent le recours illusoire (cf. REGINA KIENER, in *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2008, n° 3 ad art. 55 PA). L'effet suspensif se rapporte ainsi au caractère exécutoire de la décision attaquée (cf. HANSJÖRG SEILER, in *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2009, n° 8 ad art. 55 PA).

Selon l'art. 17 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; RSG L 6 05), dont le principe est repris à l'art. 58 al. 1 du règlement genevois du 17 décembre 2007 sur la passation des marchés publics (RMP; RSG L 6 05.01), le recours contre une adjudication n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours peut toutefois l'accorder à certaines conditions (cf. art. 17 al. 2 AIMP et art. 28 al. 2 RMP). Lorsque l'effet suspensif est refusé, le contrat peut être conclu valablement. Tant qu'aucun contrat n'a été conclu, un adjudicateur lésé conserve un intérêt à obtenir cet effet suspensif et une décision refusant l'effet suspensif lui cause par conséquent un préjudice irréparable (cf. arrêt 2P.165/2002 du 6 septembre 2002 consid. 1.2; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2007, tome 1, n° 890 p. 422).

En l'espèce, l'autorité cantonale a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours contre l'adjudication.

Cet effet suspensif refusé s'attache au caractère exécutoire des prétendues adjudications attaquées, à savoir la décision de Palexpo SA de confier aux Services industriels de Genève l'installation d'une centrale photovoltaïque et celle des Services industriels de Genève de conclure avec A. _____ SA un contrat d'entreprise portant sur la construction d'une telle centrale. Or, selon les déclarations concordantes des parties, même si elles divergent sur la date - avant le 17 mai 2011 pour la recourante et le 5 juillet 2011 pour les intimés -, les contrats nécessaires à la construction de la centrale photovoltaïque de production d'électricité sur les toits des halles de Palexpo SA ont été conclus. Le contrat ayant été conclu, le refus d'octroyer l'effet suspensif aux décisions d'accorder le marché aux Services Industriels de Genève et à A. _____ SA n'est plus de nature à causer au concurrent évincé un préjudice irréparable, les effets indésirables s'étant déjà produits. Le recours au Tribunal fédéral n'est donc pas recevable en tant qu'il porte sur la question de l'effet suspensif du recours contre les prétendues décisions d'adjudication.

2.2 Les mesures provisionnelles sollicitées par la recourante tendent, pour leur part, à empêcher les parties non pas de conclure le contrat mais d'en assurer l'exécution. Une interruption des travaux, voire une interdiction de les commencer ou de passer à l'étape suivante, pourrait ainsi permettre à la recourante, si son action s'avère bien fondée, d'entrer dans le marché pour les phases ultérieures. Il n'est en effet pas exclu que, dans les cas graves, un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics soit considéré comme nul (cf. EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, 1997, p. 578 ss). Selon certains auteurs, il pourrait également être entaché d'une invalidité sui generis (cf. PETER GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, in Baurecht 2003, p. 3 ss; VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, 2002, p. 87 s.). On peut aussi concevoir qu'il soit valable, mais que sa résiliation puisse être ordonnée à l'adjudicataire par le juge (cf. MARTIN BEYELER, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag?, PJA 2009, p. 1144 et 1152 ss). Ces questions n'ont pas encore été tranchées par la jurisprudence (cf. arrêt 2C_339/2010 du 11 juin 2010 consid. 2.3). Compte tenu de cette situation juridique incertaine quant à la possibilité, pour le soumissionnaire évincé, d'obtenir une partie des travaux dans certaines circonstances malgré la conclusion du contrat, il convient d'admettre le préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, ouvrant de la sorte la voie du recours immédiat au Tribunal fédéral à condition qu'une voie de droit soit ouverte au fond (ATF 133 III 645 consid. 2.2 p. 647 s.).

3.

S'agissant d'un litige relevant du droit des marchés publics, deux voies de droit sont envisageables, à savoir le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire. La question de savoir laquelle des voies de droit doit être empruntée n'a cependant pas besoin d'être examinée en l'espèce. En effet, la recourante a non seulement la qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF mais elle peut également se prévaloir d'un intérêt juridique actuel à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 let. a et b LTF) dès lors qu'il n'est pas d'emblée exclu que la suspension des travaux lui permette d'obtenir l'exécution d'une partie du travail (cf. supra consid. 2.2).

La décision qui fait l'objet de la présente procédure de recours a par ailleurs été rendue par une autorité judiciaire supérieure ayant statué en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF; art. 113 LTF). Le recours est en outre déposé en temps utile et dans les formes requises (cf. art. 42 al. 1 et 2 et art. 100 al. 1 LTF; art. 117 LTF). Partant, les conditions de recevabilité sont réalisées, que le recours soit envisagé comme un recours en matière de droit public ou comme un recours constitutionnel subsidiaire. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est au surplus le même s'agissant de mesures provisionnelles, puisque seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF; art. 116 LTF). Il convient par conséquent d'entrer en matière sur le recours en tant qu'il porte sur la question des mesures provisionnelles refusées sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la réalisation des exigences de l'art. 83 let. f LTF.

4.

La recourante se prévaut d'une application arbitraire du droit par l'instance cantonale. Elle lui reproche notamment d'avoir refusé les mesures provisionnelles au motif que les travaux n'avaient pas encore commencé sur le site.

4.1 Selon l'art. 9 Cst. toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écartera de la solution retenue par

l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. Il ne suffit pas que la motivation de la décision critiquée soit insoutenable; encore faut-il que celle-ci se révèle arbitraire dans son résultat. En outre, il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle adoptée par l'autorité intimée serait concevable, voire préférable (ATF 133 II 149 consid. 3.1 p. 153 et les arrêts cités).

En l'espèce, l'instance cantonale a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner les mesures provisionnelles sollicitées dès lors qu'aucun contrat n'avait été signé et que les travaux n'avaient pas débuté sur le site. Un tel raisonnement ne permet pas de fonder le refus des mesures provisionnelles dès lors que, comme cela a été dit (cf. supra consid. 2.2), plus les mesures interviennent tôt dans le cadre de l'exécution d'un contrat, plus il est concevable que les travaux puissent se scinder en plusieurs étapes et, selon la solution adoptée par la jurisprudence, certaines confiées au soumissionnaire évincé à tort. La motivation de la décision n'est ainsi pas soutenable. Encore faut-il qu'elle conduise à un résultat arbitraire pour entraîner l'annulation de l'arrêt.

4.2 Lors de l'examen des mesures provisionnelles, le juge doit s'interroger sur les chances de succès du recours au fond. Ce faisant, il peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 p. 477).

En l'espèce, le litige au fond suppose de déterminer si les Services industriels de Genève, dans le cadre des contrats conclus, étaient soumis au droit des marchés publics ou s'ils pouvaient se prévaloir de l'exemption prévue pour les activités industrielles ou commerciales (cf. art. 8 al. 1 let. a AIMP). Or, s'agissant d'un établissement de droit public dont le but statutaire porte sur des tâches publiques et qui, parallèlement, exerce une activité accessoire de nature industrielle et commerciale, la question n'est pas tranchée de savoir s'il est soumis à la réglementation sur les marchés publics pour l'ensemble de son activité, y compris l'activité industrielle et commerciale, ou s'il peut bénéficier de l'exemption pour son activité industrielle ou commerciale accessoire bien que son activité principale soit soumise à la réglementation. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur cette question et les cantons ont adopté des approches différentes (cf. ETIENNE POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, PJA 2008 p. 1107, ch. 2.d et 3 p. 1118).

La question juridique étant en l'état discutée, on ne peut en tout cas pas reprocher à l'instance cantonale d'avoir choisi de manière insoutenable de ne pas la trancher en procédure sur mesures provisionnelles à la suite d'un examen sommaire et de laisser au juge du fond la tâche de la résoudre (cf. arrêt 2C_339/2010 du 11 juin 2010 consid. 2.3 et 3.2). Le refus des mesures provisionnelles requises dans ce contexte ne peut donc être qualifié d'arbitraire dans son résultat.

5.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF), n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 1 LTF) et versera une indemnité de dépens aux intimés (art. 68 al. 1 et 2 LTF), les Services industriels de Genève et A. _____ SA, qui ont agi par le même avocat, étant créanciers solidaires (art. 68 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à CHF 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera une indemnité de dépens de CHF 4'000.- à Palexpo SA et une indemnité de dépens de CHF 4'000.- aux Services industriels de Genève et à A. _____ SA, créanciers solidaires.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative.

Lausanne, le 16 décembre 2011
Au nom de la IIe Cour de droit public

du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

La Greffière: Beti