Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2D_77/2010
{T 0/2}

Arrêt du 19 juillet 2011
Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Zünd, Président,
Donzallaz et Stadelmann.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure

X. _____,
représenté par Me Olivier Wehri et Me Romain Jordan, avocats,
recourant,

contre

Y. _____ SA,
représentée par Me Jean-Marc Froidevaux, avocat,
intimée,

Z. _____ Sàrl,
représentée par Me Saverio Lembo, avocat.

Objet
Marché public,

recours constitutionnel contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 9 novembre 2010.

Faits:

A.
X. _____ exploite sous la raison individuelle A. _____, X. _____ une entreprise active dans l'étude, la recherche, le développement et l'installation dans le domaine de la radiotechnique ainsi que dans l'installation d'antennes de radio et de télévision, l'étude d'installation pour la réception et la distribution des programmes radio-TV et le commerce en gros de matériel s'y rapportant.

Y. _____ S.A. (ci-après: Y. _____), connue également sous l'appellation B. _____, a été constituée le 1er décembre 1993 dans le but d'étudier, de construire et d'exploiter, d'entretenir et de développer en Ville de Genève et dans d'autres communes genevoises une antenne collective de télévision et de radio ainsi que le réseau de distribution qui en dépend, de même que tous autres moyens de télécommunications. Depuis fin juin 2006, la ville de Genève détient 51,2% de Y. _____, le solde l'étant par Z. _____ Sàrl. Elle est annoncée auprès de l'Office fédéral des communications en tant que fournisseur de services de télécommunication.

En octobre 2006, en vue de moderniser son réseau et d'offrir simultanément la télévision, la radiophonie, le téléphone et l'internet à haut débit (offre intitulée "triple play"), Y. _____ a passé avec Z. _____ un contrat d'entreprise pour la modernisation du réseau, un contrat de services portant sur la mise à disposition des compétences de Z. _____ en matière de téléphonie et d'Internet à haut débit ainsi qu'un contrat de distribution des signaux télévision de Y. _____ auprès des réseaux de distribution de signaux de télévision dans lesquels cette dernière était actionnaire.

B.
Sur demandes de X. _____ des 28 septembre et 17 décembre 2007, Y. _____ a exposé, sous la plume de son mandataire professionnel le 7 février 2008, que le mandat avait été donné à

Z. _____ en octobre 2006 dans le cadre d'une procédure de gré à gré et qu'il représentait environ CHF 37 millions. La société n'était pas un pouvoir adjudicateur et n'était pas visée par le champ d'application des lois sur la passation de marchés publics. En outre, le mandat confié concernait le seul canton de Genève et ne bénéficiait d'aucune subvention publique. Y. _____ n'était par conséquent pas tenue de procéder à un appel d'offres. La question pour des marchés futurs était réservée.

Le 14 décembre 2009, X. _____ a invité Y. _____ à rendre une décision constatant qu'elle avait violé le droit des marchés publics en adjugeant le marché portant sur la modernisation de son réseau câblé, estimé à quelque CHF 37 millions, directement à Z. _____, soit de gré à gré, sans avoir procédé à un quelconque appel d'offres.

Le 23 décembre 2009, le mandataire de Y. _____ a répondu à C. _____ le 7 août 2006, le mandat confié à Z. _____ ne relevait pas de la procédure des marchés publics.

C.

Le 7 janvier 2010, X. _____ a déposé auprès du Tribunal administratif du canton de Genève un "recours avec action subsidiaire en constatation de droit" à l'encontre de la décision du 23 décembre 2009 de Y. _____. Il a conclu à l'annulation de la décision, à la constatation que Y. _____ était soumise au droit des marchés publics, lorsqu'elle avait adjugé, en octobre 2006, le marché portant sur la modernisation de son réseau câblé pour un montant CHF 37 millions de francs et à la constatation que Y. _____ avait violé le droit des marchés publics en adjugeant de gré à gré ledit marché à Z. _____. Il demandait en outre au Tribunal administratif d'ouvrir une instruction séparée visant à déterminer le dommage induit pour A. _____ et condamner Y. _____ au versement d'un montant correspondant à ce dommage ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le 14 janvier 2010, le juge délégué a appelé en cause Z. _____. Le 26 février 2010, Y. _____ a fait part de ses observations en concluant à l'irrecevabilité du recours de même qu'à celle de l'action en constatation ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure. Le même jour, Z. _____, appelée en cause, a déposé ses observations en concluant à l'irrecevabilité du recours et de l'action en constatation, ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure.

Le 30 avril 2010, Z. _____ a produit de manière partiellement caviardée pour préserver le secret de ses affaires et ses obligations de confidentialité en vers les tiers le contrat d'entreprise pour la modernisation du réseau du 28 août 2006, le contrat de services portant sur la mise à disposition des compétences de Z. _____ en matière de téléphonie et d'internet à haut débit du 28 août 2006, le contrat de distribution des signaux de télévision de Y. _____ du 11 novembre 1999 ainsi que ses avenants et enfin le contrat de modernisation des installations de distribution d'immeuble du 28 août 2008.

Après consultation de ces pièces, X. _____ a demandé la production de l'intégralité des dossiers pour pouvoir estimer l'ampleur de son dommage.

Sur demande du juge instructeur les contrats passé entre Y. _____ et Z. _____ ont été produits dans leur intégralité le 5 juillet 2010. Ils n'ont pas été transmis aux parties.

D.

Par arrêt du 9 novembre 2010, le Tribunal administratif du canton de Genève a déclaré irrecevable l'action en constatation déposée le 7 janvier 2010 et rejeté le recours interjeté le 7 janvier 2010 contre la décision de Y. _____ du 23 décembre 2009 dans la mesure où il était recevable.

E.

Agissant par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, X. _____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 9 novembre 2010 par le tribunal administratif et de renvoyer la cause à l'instance précédente. Invoquant les art. 9 et 29 Cst., il se plaint de la violation de son droit de répliquer, de son droit à une motivation suffisante et de celui à obtenir une décision ainsi que de l'application arbitraire du droit procédure cantonal.

Le Tribunal administratif persiste dans les considérants et le dispositif de l'arrêt attaqué. Y. _____ et Z. _____ concluent, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours subsidiairement à son rejet.

Par ordonnance du 20 avril 2011, un délai pour déposer des observations a été imparti à X._____. Le 11 mai 2011, X._____ a déposé ses observations. Z._____ Sàrl a déposé ses contre-observations le 27 mai 2011.

Considérant en droit:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF); il revoit donc librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 136 II 470 consid. 1 p. 472 et les arrêts cités).

1.1 Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente, qui est un tribunal supérieur de dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 ainsi que 114 LTF) a laissé ouverte la question de savoir si le droit des marchés publics était applicable. Elle a fait application du droit de la procédure administrative cantonale pour qualifier les courriers échangés par les parties, sans expliquer pour quelles raisons elle privilégiait ce dernier au droit privé.

A l'instar - pour partie - de celle jugée dans l'arrêt 2C_484/2008 du 9 janvier 2009 (consid. 1 non publié aux ATF 135 II 49; Cf également arrêt 2C_783/2010 du 11 mars 2011, consid. 3.3.3), la présente cause a ceci de particulier que, pour savoir si le recours en matière de droit public, notamment sous l'angle de l'art. 83 let. f LTF, est ouvert, il faut au préalable déterminer si les faits à l'origine du litige relèvent du droit des marchés publics. L'examen de la recevabilité du recours suppose donc de résoudre une question qui se recoupe avec le fond du litige. Dans un tel cas en principe, il suffit, au stade de la recevabilité, que la partie recourante rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché avec l'examen de la cause au fond, pour autant que les autres conditions de recevabilité soient réunies. En l'espèce, toutefois, le recourant n'a pas motivé l'éventuelle recevabilité du recours en matière de droit privé ou de celui en matière de droit public comme il lui incombe de le faire en principe (ATF 133 II 353 consid. 1 p. 356 et les références citées), de sorte que ces deux voies sont irrecevables. Reste seule ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire.

1.2 Invoquant, conformément à l'art. 116 LTF, les art. 29 ainsi que 9 Cst. en relation, pour ce dernier, avec les art. 4A, 46, 47, 48 et 80 ss de la loi cantonale du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE; RSGE E 5 10), X._____ a qualité pour former le présent recours constitutionnel parce qu'il a pris part à la procédure devant l'autorité précédente et qu'il a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée. En vertu de l'art. 106 al. 2 LTF (applicable par renvoi de l'art. 117 LTF), les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés de façon détaillée, sous peine d'irrecevabilité (ATF 134 I 313 consid. 2 p. 315; 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254; 133 III 393 consid. 6 p. 397).

1.3 Dans la mesure où le recourant demande de retourner le dossier à l'autorité cantonale pour nouvelle décision, ses conclusions ont un caractère réformatoire, conformément aux exigences de l'art. 107 al. 2 LTF (applicable par renvoi de l'art. 117 LTF), qui confère au Tribunal fédéral un pouvoir général de réforme quel que soit le recours interjeté devant lui (cf. ATF 134 II 207 consid. 1 p. 209).

2.

Invoquant la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 133 I 100 consid. 4.5 p. 103; cf. en dernier lieu: arrêt 2C_356/2010 du 18 février 2011, consid. 2.1), le recourant soutient que l'instance précédente a violé son droit de réplique.

2.1 Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa p. 437). Ce moyen doit par conséquent être examiné en premier lieu (ATF 124 I 49 consid. 1 p. 50) et avec un plein pouvoir d'examen (ATF 127 III 193 consid. 3 p. 194 et la jurisprudence citée).

2.2 Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 29 Cst., le droit d'être entendu garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient

des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Ce droit à la réplique vaut pour toutes les procédures judiciaires. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 133 I 100 consid. 4.5 p. 103 s.). Dans ce sens, l'art. 29 al. 2 Cst. confère un véritable droit de réplique, même dans les domaines qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH (cf. en dernier lieu: arrêt 2C_356/2010 du 18 février 2011, consid. 2.1).

2.3 Le droit de réplique, notamment en ce qu'il confère le droit de prendre position sur les pièces figurant au dossier, trouve ses limites dans la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant ou d'un intérêt privé prépondérant, ainsi dans la sauvegarde du secret des affaires (ATF 121 I 225 consid. 2a p. 227 et les références citées; Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Berne 2000, p. 232 et p. 233, note 62, et les nombreuses références citées; Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2003, n° 6 ad art. 29 a Cst.).

2.4 En l'espèce, l'instance précédente n'a pas remis au recourant les contrats qui ont été produits le 5 juillet 2010 dans leur intégralité devant elle. Dans la mesure où elle a motivé le refus de remettre les pièces au recourant parce qu'elle estimait qu'elles n'étaient pas de nature à influencer sur la décision, elle a violé le droit d'être entendu de ce dernier. La limitation ultérieure de l'objet du litige à la qualification des courriers des 7 février 2008, 14 décembre 2009 et 23 décembre 2009 ainsi que le fait de ne pas avoir utilisé les contrats en cause pour motiver l'arrêt attaqué n'y change rien. Sous cet angle, une véritable appréciation anticipée des preuves, qui peut conduire le juge à renoncer à l'administration de certaines preuves (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429) - en l'espèce la production des contrats dans leur intégralité - n'entre pas en contradiction avec le droit de réplique garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. Il suffit en effet que le juge renonce effectivement à administrer la preuve demandée qui ne sera dès lors pas produite en procédure et ne devra pas être communiquée aux parties.

2.5 Ce vice ne conduit toutefois pas à l'admission du recours. En effet, le refus de transmettre au recourant les contrats dans leur intégralité répond aussi en l'espèce à la nécessité de protéger le secret des affaires de Y._____ et Z._____, qui l'emporte généralement sur le droit de consulter le dossier du soumissionnaire évincé en matière de marché public (arrêt 2P.274/1999 du 2 mars 2000, consid. 2c; cf. aussi JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Accès au dossier*, in BR/DC 1/2011, p. 100 s.). Au demeurant, le recourant a eu connaissance des contrats caviardés ainsi qu'en substance du montant des transactions évalué à 37 millions de fr. (cf. arrêt P.1162/1981 du 6 décembre 1982 in ZBI 84/1983 p. 131 consid. 3b; cf. également).

3.

Invoquant encore l'art. 29 al. 2 Cst., le recourant se plaint de la violation de l'obligation de motiver.

3.1 Le droit d'être entendu implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision; elle peut toutefois se limiter aux points essentiels pour la décision à rendre (ATF 135 III 670 consid. 3.3.1 p. 677).

3.2 Le recourant reproche à l'instance précédente de n'avoir soufflé mots sur l'application de l'art. 4A LPA/GE ni sur le fait que l'autorité intimée était effectivement entrée en matière sur le fond du litige. Ce grief doit être écarté. En effet, l'arrêt attaqué expose de façon conforme aux exigences tirées de l'art. 29 al. 2 Cst. pour quels motifs le recours déposé en procédure cantonale devait être rejeté. Le recourant se plaint en réalité de ce que l'instance précédente n'a pas suivi le raisonnement - qu'il réitère d'ailleurs devant le Tribunal fédéral - sur la manière dont devait, selon lui, être appliqué le droit de procédure cantonale pour ne pas s'exposer au grief d'arbitraire. Cet argument, qui doit être examiné sur le fond, démontre que le recourant a parfaitement compris les motifs de l'arrêt attaqué.

4.

Invoquant l'art. 9 Cst., le recourant soutient que l'instance précédente a appliqué les art. 46 et 47 ainsi que 4A, 48 et 80 LPA/GE de manière arbitraire, ce qui a pour effet en outre de l'exposer à un déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Ce dernier grief se confond en l'espèce avec celui d'application arbitraire du droit cantonal.

4.1 Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente a constaté que la réponse du 7 février 2008 aux courriers du recourant des 28 septembre et 17 décembre 2007 demandant de pouvoir soumissionner

indiquait clairement que Y. _____ n'avait pas procédé à un appel d'offres au sens du droit des marchés publics puisqu'elle estimait ne pas y être soumise. L'instance précédente a jugé qu'il s'agissait d'une décision certes irrégulière parce qu'elle ne contenait aucun délai ni voie de recours, mais clairement motivée et dénuée d'ambiguïté, qui n'avait pas fait l'objet d'un recours dans un délai raisonnable, de sorte qu'elle était entrée en force. Le recourant soutient que l'instance précédente ne pouvait qualifier de décision irrégulière ce courrier parce qu'il contenait le terme "renseignements". Ce reproche doit être écarté. Il est insuffisant pour considérer que l'instance précédente aurait apprécié le contenu global de la lettre en cause de manière arbitraire et rendu une décision insoutenable en jugeant que la lettre du 7 février constituait un acte que la bonne foi commandait de considérer comme une décision irrégulière qui ne pouvait plus être contestée plus d'une année après sa réception. Lorsque comme en l'espèce, le litige porte sur

le régime juridique qui régit les relations entre les parties qui soutiennent, pour l'une, qu'il s'agit du droit privé et, pour l'autre, du droit public des marchés publics, l'admissibilité de l'intervention d'un mandataire au titre de signataire du courrier en cause - en principe exclue lorsque l'acte est clairement une décision administrative - ne saurait jouer un rôle décisif pour décider de la bonne foi des parties. Cela reviendrait à demander à la partie qui estime n'être soumise qu'aux règles du droit privé d'adopter un comportement contradictoire. Aussi est-ce sans arbitraire que l'instance précédente a jugé, sous l'angle de la bonne foi, que le recourant devait réagir plus rapidement.

4.2 Enfin, selon l'instance précédente, il n'existait aucun motif de révision, notamment aucun fait nouveau, qui justifiait le réexamen de la décision du 7 février 2007 comme l'avait demandé le recourant le 14 décembre 2009, de sorte que Y. _____ avait à juste titre refusé le réexamen par décision du 23 décembre 2009. Le recourant soutient sur ce point que Y. _____ serait elle-même entrée en matière sur sa requête du 14 décembre 2009 de sorte que son courrier du 23 décembre 2009 serait une décision de fond elle-même susceptible de recours au fond. Le recourant perd de vue que, dans son courrier du 23 décembre 2009, Y. _____ s'est uniquement référée à l'avis qui fondait le contenu du courrier du 7 février 2007 sans évoquer de preuves ou d'arguments nouveaux et s'est bornée, sans complément d'instruction ni adjonction de motifs, à en confirmer la teneur, de telle sorte qu'elle revêt la qualité d'une décision d'irrecevabilité et non d'une décision de fond (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 950 et la référence citée). L'instance précédente pouvait par conséquent sans arbitraire considérer la lettre du 23 décembre 2009 comme une décision d'irrecevabilité de la demande de réexamen du 14 décembre 2009.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

Les frais judiciaires sont mis à la charge de X. _____ qui succombe. Y. _____ SA et Z. _____ Sàrl qui ont obtenu gain de cause chacune avec l'aide d'un mandataire professionnel, ont droit à une équitable indemnité de partie à charge du recourant.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Une indemnité de dépens de 2'000 fr. à charge du recourant est allouée à Y. _____ SA et une indemnité de 2'000 fr. à charge du recourant est allouée à Z. _____ Sàrl.

4.

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

Lausanne, le 19 juillet 2011

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Le Greffier:

Zünd Dubey