

Urteilkopf

145 II 252

24. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause X. SA contre Ville de Genève, Département des finances et du logement (recours en matière de droit public) 2C_254/2018 du 29 août 2019

Regeste (de):

Zuteilung des Auftrags an eine Privatperson, ein Hotel und ein Restaurant zu betreiben, deren Eigentümerin die Stadt Genf ist; kantonales öffentliches Beschaffungsrecht; Gemeindemonopol im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM; Finanzvermögen; Anspruch auf einen Entscheid.

Ein nicht berücksichtigter Kandidat macht geltend, aufgrund des öffentlichen Beschaffungsrechts und des Binnenmarktgesetzes Anspruch auf einen Entscheid zu haben im Zusammenhang mit der Zuteilung des Auftrags an eine Privatperson, ein Hotel und ein Restaurant zu betreiben, deren Eigentümerin die Stadt Genf ist. Die Stadt verneint einen solchen Anspruch, was die kantonale Rechtsmittelinstanz bestätigt, da das Hotel und das Restaurant zum Finanzvermögen der Stadt gehören (E. 3).

Da die Stadt Genf sich hinsichtlich der Zuteilung des Auftrags, ein Hotel und ein Restaurant zu betreiben, auf der Angebotsseite befindet, stellt diese Zuteilung keine öffentliche Beschaffung dar (E. 4).

Ein faktisches Monopol beruht auf der allgemeinen Herrschaftsbefugnis des Gemeinwesens hinsichtlich der öffentlichen Güter, d.h. des öffentlichen Grunds und (unter bestimmten Voraussetzungen) des Verwaltungsvermögens, davon ausgenommen allerdings das Finanzvermögen, so dass die Übertragung von sich darauf beziehenden Rechten seitens des Gemeinwesens an ein privates Unternehmen nicht Gegenstand einer Konzession im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM sein kann. Bestätigung der Zugehörigkeit des Hotels und des Restaurants zum Finanzvermögen der Stadt Genf (E. 5).

Regeste (fr):

Attribution à un particulier du mandat d'exploitation d'un hôtel et d'un restaurant propriétés de la Ville de Genève; droit cantonal des marchés publics; monopole communal au sens de l'art. 2 al. 7 LMI; patrimoine financier; droit à une décision.

Demande d'un candidat éconduit, fondée sur le droit des marchés publics et sur la loi sur le marché intérieur, d'obtenir une décision en lien avec l'attribution à un particulier du mandat d'exploitation d'un hôtel et d'un restaurant propriétés de la Ville de Genève. Refus de la Ville de Genève, confirmé par la Cour de justice, qui a jugé que l'hôtel et le restaurant appartenaient au patrimoine financier (consid. 3).

La Ville de Genève se trouvant dans le rôle d'offreur, l'opération d'attribution du mandat d'exploitation de l'hôtel et du restaurant ne peut être qualifiée de marché public (consid. 4).

Un monopole de fait est fondé sur la maîtrise générale de la collectivité publique sur les biens publics que sont le domaine public et, sous certaines conditions, le patrimoine administratif, à l'exclusion toutefois du patrimoine financier, de sorte que la transmission de droits sur le patrimoine financier par la collectivité publique à une entreprise privée ne peut pas faire l'objet d'une concession au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. Confirmation de l'appartenance de l'hôtel et du restaurant au patrimoine financier de la Ville de Genève (consid. 5).

Regesto (it):

Attribuzione a un privato del mandato di gestione di un albergo e di un ristorante proprietà della Città di Ginevra; diritto cantonale delle commesse pubbliche; monopolio comunale ai sensi dell'art. 2 cpv. 7 LMI; patrimonio finanziario; diritto a una decisione.

Domanda di un candidato respinto, fondata sul diritto delle commesse pubbliche e sulla legge sul mercato interno, volta a ottenere una decisione concernente l'attribuzione a un privato del mandato di gestione di un albergo e di un ristorante proprietà della Città di Ginevra. Rifiuto della Città di Ginevra, confermato dalla Corte di giustizia, che ha giudicato che l'albergo e il ristorante appartenevano al patrimonio finanziario (consid. 3).

Siccome la Città di Ginevra ha assunto il ruolo di offerente, l'attribuzione del mandato di gestione dell'albergo e del ristorante non rappresenta una commessa pubblica (consid. 4).

Un monopolio di fatto è fondato sul potere di disporre generale di cui fruisce la collettività pubblica sui beni pubblici, costituiti dal dominio pubblico e, a determinate condizioni, dal patrimonio amministrativo, ad esclusione del patrimonio finanziario. La trasmissione di diritti sul patrimonio finanziario da parte della collettività pubblica ad un'impresa privata non può quindi essere oggetto di una concessione ai sensi dell'art. 2 cpv. 7 LMI. Conferma dell'appartenenza dell'albergo e del ristorante al patrimonio finanziario della Città di Ginevra (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 253

BGE 145 II 252 S. 253

Par lettre du 18 octobre 2017, la Ville de Genève a informé X. SA que son offre afin de se voir attribuer le mandat d'exploitation d'un hôtel et d'un restaurant n'avait pas été retenue, le concept présenté dans celle-ci ne correspondant pas complètement à ses attentes et à sa vision de l'hôtel et du restaurant pour le futur. Le 30 octobre 2017, la Ville a précisé que sa lettre du 18 octobre 2017 ne constituait pas une décision administrative, ce qu'a confirmé sur recours la Cour de justice du canton de Genève. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière de droit public et déclaré irrecevable le recours constitutionnel subsidiaire interjeté par X. SA. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

3.

3.1 La cause concerne l'attribution - par la Ville de Genève à une entreprise privée - du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. et, en option, du restaurant C., ainsi que l'attribution de la tâche consistant à définir, conduire et superviser les travaux de

BGE 145 II 252 S. 254

rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept Li-

feStyle.

3.2 L'instance précédente a jugé que cette opération n'était soumise ni au droit des marchés publics ni aux règles sur la transmission de l'exploitation d'un monopole communal à des entreprises privées au sens de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) et que rien dans les Mémoires cités par la Ville ne permettait de mettre en cause le fait que l'hôtel B. appartenait au patrimoine financier de cette dernière, comme cela ressortait également de la prise de position du 27 juillet 2015 de la Cour des comptes concernant des travaux à l'hôtel. La recourante soutient en revanche que cette opération était soumise au droit des marchés publics.

3.3 Le litige porte par conséquent sur la question de savoir si cette opération devait faire l'objet d'une décision attaquable au sens de l'art. 9 al. 1 LMI, la recourante ajoutant qu'à défaut, il y aurait une violation de l'art. 29a Cst. et de l'interdiction de l'arbitraire dans l'application du droit cantonal des marchés publics.

4.

4.1 Les dispositions du droit des marchés publics ne contiennent pas de définition de la notion de "marché public". Selon la doctrine et la jurisprudence, le fait que la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que "demandeur", acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques est caractéristique d'un marché public (cf. ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39; ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 p. 128 s.; ATF 141 II 113 consid. 1.2.1 p. 117; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212 s.). En revanche, le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. En effet, dans une telle situation, la collectivité ne charge pas l'entreprise privée d'exercer une activité, pas plus qu'elle ne se procure un bien, mais se limite à ordonner ou réguler une activité privée (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 214 s.; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3).

BGE 145 II 252 S. 255

Il en va en principe de même lorsque l'Etat octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public. Par cet acte, l'Etat n'obtient rien, mais se limite à accorder un droit à une entreprise privée et (en principe) à percevoir une contre-prestation (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; ATF 144 II 184 consid. 2.2; ATF 143 II 120 consid. 6 p. 126; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3). Il en va toutefois différemment lorsque la concession octroyée est indissociablement liée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire l'objet d'un marché public (cf. ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; ATF 135 II 49 consid. 4.4 p. 56; arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3 et les références citées). L'octroi d'une concession n'exclut donc pas d'emblée l'application du droit des marchés publics. Si l'octroi d'une concession exclusive est inclus dans un marché global ou dans une opération complexe (cf. ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, p. 117), l'appréciation de certaines circonstances peut en effet conduire à qualifier l'entier du marché de "marché public" (ATF 145 II 32 consid. 4.1 p. 39 s.; ATF 144 II 177 consid. 1.3.2 p. 181 s.; 184 consid. 2.2 p. 189 s.).

4.2 En l'espèce, il faut d'emblée constater que la Ville de Genève se trouve dans le rôle d'"offreur", lorsqu'elle met sur le marché par voie d'un appel d'offres le mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. et du restaurant C., gestion qui comprend la définition, la conduite et la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle. Il apparaît ainsi que l'opération d'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. et,

en option, du restaurant C., ne peut être qualifiée de marché public, sauf à considérer qu'elle fait partie d'une opération complexe en raison de l'attribution simultanée de la définition, de la conduite et de la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle. Jusqu'à ce jour, cependant, le Tribunal fédéral n'a considéré comme opérations complexes que celles qui comportaient un volet "concession d'un monopole d'utilisation du domaine public" et un volet "marché public" (ATF 135 II 49), de sorte que la question de savoir si les circonstances de l'espèce pourraient commander de qualifier l'entier de l'opération de marché public ne se pose que si l'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de l'hôtel B. et du restaurant C., qui ne constitue pour elle-même pas un marché public, doit être qualifiée d'octroi d'une concession de monopole, ce qu'il y a lieu d'examiner d'office (art. 106 al. 1 LTF), puisque l'art. 2 al. 7 LMI est une norme de droit fédéral.

5.

5.1 Sous le titre "Principes de la liberté d'accès au marché" de la section 2 de la loi et la note marginale "Liberté d'accès au marché", l'art. 2 al. 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un

BGE 145 II 252 S. 256

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. Cette transmission est en général dénommée concession (de monopole), bien que le terme effectivement employé ne soit pas décisif au regard du champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI. La concession est un acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à une personne morale ou physique (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un monopole étatique de droit ou de fait ou entrant dans les tâches de l'Etat. D'une part, la concession revêt une certaine stabilité, dont le fondement réside dans sa nature partiellement bilatérale, par opposition à la décision d'autorisation exclusivement unilatérale; d'autre part, elle vise des activités sur lesquelles la collectivité publique dispose d'un monopole. Le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI s'étend tant aux monopoles de droit que de fait (ATF 143 II 598 consid. 4.1 p. 604 s. et les références citées). Lorsque l'Etat empêche les administrés d'exercer une activité lucrative qu'il se réserve en édictant une norme, on parle de monopole de droit qui, par définition, repose sur une règle topique et expresse. A l'opposé, on appelle monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause; son fondement n'est pas la loi mais la maîtrise générale sur les biens publics (pour une définition voir ATF 138 I 274 consid. 2.3.2 p. 284) que sont le domaine public (p.ex.: arrêt 2C_167/2012 du 1er octobre 2012 s'agissant de la location d'édicule doublée d'une permission pour l'usage d'une terrasse située sur le domaine public) et, sous certaines conditions, le patrimoine administratif (p.ex.: ATF 145 II 303 s'agissant de la nomination de la direction de théâtres de la Ville de Genève), à l'exclusion toutefois du patrimoine financier dont les biens de l'Etat, qui ne sont pas affectés à une fin d'intérêt public, ont la valeur d'un capital et peuvent produire à ce titre un revenu, voire être réalisés (arrêt 2C_167/2012 du 1er octobre 2012 consid. 4.2). En résumé, il résulte de ce qui précède que les biens du patrimoine financier ne peuvent pas faire l'objet d'un monopole de droit ou de fait aux sens exposés ci-dessus et que la transmission de droits sur le patrimoine financier par la collectivité publique à une entreprise privée

BGE 145 II 252 S. 257

ne peut pas faire l'objet d'une concession au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. En effet, l'administration du patrimoine financier n'est pas soumise aux prérogatives de puissance publique mais au droit privé (arrêt 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 1.1.1, in ZBI 116/2015 p. 146 et les nombreuses références citées; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif: l'organisation des activités administratives, les biens de l'Etat, vol. III, 2e éd. 2018, p. 767 et les références citées).

5.2 En l'espèce, la recourante tente de démontrer que l'hôtel ne peut pas être assimilé à un bien relevant du patrimoine financier à proprement parler: en raison de son affectation effective, il serait géré comme s'il faisait partie du patrimoine administratif. Son grief repose toutefois sur des faits qui ne figurent pas dans l'arrêt attaqué (cf. consid. 2.2 non publié) de sorte qu'il ne peut pas être examiné. L'instance précédente a, à l'inverse, jugé que l'hôtel B. appartenait bien au patrimoine financier de la Ville de Genève non seulement sous l'angle historique et comptable, mais également parce qu'il ne constituait pas un moyen de réaliser une tâche publique ni ne visait à atteindre un intérêt public. Quoi qu'en pense la recourante, la mise en place d'un "programme d'activités soutenu qui permette de créer le lien avec la population locale et de dynamiser l'hôtel" ne constitue pas une tâche publique. Il s'ensuit que l'attribution du mandat d'exploitation, de gestion et de direction de ces deux biens ne constitue pas la transmission de l'exploitation d'un monopole communal à une entreprise privée au sens de l'art. 2 al. 7 LMI. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner si cette attribution constitue une opération complexe qui, eu égard à l'ensemble des circonstances, devrait conduire, cas échéant, à la qualifier dans son entier de marché public. A cela s'ajoute que l'attribution de la gestion, de la direction et de la supervision des travaux de rénovation et/ou transformations nécessaires à rendre les locaux de l'hôtel compatibles avec le concept LifeStyle s'inscrit logiquement, en tant que mandat ponctuel, dans la gestion de l'hôtel sur plusieurs années et doit naturellement revenir au candidat choisi pour avoir présenté précisément le meilleur concept LifeStyle en ce qu'il est le mieux placé pour le réaliser. Dite attribution est par conséquent indissociable de celle de la gestion de l'hôtel et, à supposer qu'elle fût soumise au droit des marchés publics, n'en constitue qu'un aspect mineur de sorte qu'elle ne permet pas de qualifier l'entier de l'opération de marché public.

5.3 C'est par conséquent à bon droit que l'instance précédente a jugé que l'objet du présent litige n'est pas soumis au droit des marchés

BGE 145 II 252 S. 258

publics ni ne relève de l'art. 2 al. 7 LMI. Le grief de violation de l'art. 9 LMI est rejeté. Le grief de violation de l'art. 29a Cst. ne revêt en l'espèce pas de portée propre par rapport à la violation du droit fédéral (art. 190 Cst.; cf. ATF 145 II 303 consid. 6.6 p. 312). Il en va de même du grief d'application arbitraire du droit cantonal sur les marchés publics.

5.4 La question, qui n'est pas évoquée par la recourante, de savoir si, dans la gestion de son patrimoine financier, la Ville de Genève est liée par les droits fondamentaux conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. (voir sur cette question: arrêt 2C_314/2013 du 19 mars 2014 consid. 5.4, in ZBI 116/2015 p. 146 ainsi que notamment MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, op. cit., p. 767 s.) ne se pose pas en l'espèce, parce qu'il n'est pas établi que la Ville a cherché par l'opération en cause à réaliser une tâche publique ou à satisfaire des besoins d'intérêt général.