Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.51/2007/
2P.210/2006 /svc

Arrêt du 4 juillet 2007
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler et Wurzburger.
Greffier: M. Addy.

Parties
X._____ SA,
recourante, représentée par Me Pierre-Louis Manfrini, avocat,

contre

Ville de Genève, Direction de l'organisation urbaine,
et des constructions, case postale 3983, 1211 Genève 3,
intimée, représentée par Me David Lachat, avocat,
Tribunal administratif du canton de Genève,
rue du Mont-Blanc 18, case postale 1956,
1211 Genève 1.

Objet
Concession d'affichage sur le domaine public
de la Ville de Genève,

recours de droit public contre l'appel d'offres
du 26 juin 2006 et contre l'arrêt du Tribunal administratif
du canton de Genève du 19 décembre 2006.

Faits :
A.
Dans un communiqué de presse du 14 juin 2006, la Ville de Genève (ci-après: la Ville) a annoncé qu'elle lancerait, à la fin de ce même mois, un appel d'offres pour le renouvellement de la concession d'affichage sur son domaine public, en suivant une procédure sélective à deux tours. Le 22 juin suivant, la société X._____ SA (ci-après: la Société) a écrit à la Ville pour l'informer qu'elle avait l'intention de participer à cette procédure, en émettant le voeu que, conformément à certaines expériences récentes menées à Zurich, la concession ne soit pas exclusive, mais fasse l'objet de lots pouvant être attribués à différents concessionnaires.
Par un appel d'offres publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 26 juin 2006, la Ville a mis en soumission le marché portant sur l'affichage papier sur son domaine public pour la période du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2012; l'avis précisait notamment que le marché, s̈oumis OMC, serait adjugé selon la procédure sélective (cf. préambule de l'appel d'offres), qu'il s'agissait d̈'un seul marché sans lot(̈ch. 2.8), que la sélection des candidats aurait lieu le 30 octobre 2006 (ch. 3.12), et que la décision de sélection était susceptible de recours devant le Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) dans un délai de 10 jours dès sa publication (ch. 4.4); l'avis renvoyait également aux conditions du marché précisées dans le d̈ossier de candidature ̈a disposition des participants.
Le 6 juillet 2006, la Ville a invité la Société, en réponse à son interpellation (précitée) du 22 juin 2006, à se

référer à son appel d'offres publié le 26 juin suivant.
B.
B.a Par acte du 6 juillet 2006, la Société a recouru devant le Tribunal administratif du canton de Genève (ci-après: le Tribunal administratif) contre la procédure d'appel d'offres précitée, en concluant à son annulation sous suite de frais et dépens. Pour l'essentiel, elle faisait valoir que le marché litigieux devait être divisé en lots et réparti entre différents concessionnaires, car son attribution à un seul à concessionnaire aboutissait à la création d'un monopole de fait contraire aux principes de la liberté économique et de l'égalité entre concurrents.
La Ville a déclaré s'en remettre à justice quant à la recevabilité du recours et a conclu à son rejet sur le fond. Elle soutenait que l'octroi de la concession litigieuse sous la forme d'un monopole était conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral et respectait les principes constitutionnels invoqués par la Société.
B.b Parallèlement à cette procédure, la Société a, par écriture du 28 août 2006, contesté l'appel d'offres litigieux directement par la voie d'un recours de droit public au Tribunal fédéral (cause 2P.210/2006). Au terme d'une argumentation semblable à celle développée devant le Tribunal administratif, elle concluait à l'annulation de l'appel d'offres sous suite de frais et dépens. Par ordonnance du 5 septembre 2006, le Président de la IIe Cour de droit public a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur le recours parallèle pendant devant le Tribunal administratif.
B.c Par arrêt du 19 décembre 2006, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours dont il était saisi. Il a considéré que l'appel d'offres n'était pas une décision attaquable, au motif que l'octroi d'une concession de monopole d'affichage publicitaire sur le domaine public n'était, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pas soumise à la réglementation applicable en matière de marchés publics, tandis que l'acte attaqué n'était, comme décision incidente, pas de nature à causer un préjudice irréparable à la Société, les griefs de cette dernière pouvant, le moment venu, être librement soumis au Tribunal administratif dans le cadre d'un recours formé contre la décision d'attribution.
C.
C.a La Société interjette un recours de droit public (cause 2P.51/2007) contre l'arrêt précité du Tribunal administratif, en concluant à son annulation, sous suite de frais et dépens, et au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle se plaint de la violation du principe de la bonne foi et d'arbitraire dans l'application du droit de procédure genevois.
La Ville déclare s'en remettre à justice quant au sort de cette seconde procédure portée devant le Tribunal fédéral. Le Tribunal administratif s'en remet également à justice quant à la recevabilité du recours, mais précise qu'il persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt.¨
C.b Le 20 février 2007, le Président de la IIe Cour de droit public a ordonné la reprise de la procédure dans la cause précitée 2P.210/2006. La Ville déclare s'en remettre à justice quant à la recevabilité de ce premier recours; sur le fond, elle reprend, pour l'essentiel, l'argumentation formulée en instance cantonale dans la cause (parallèle) 2P.51/2007 (cf. supra lettre B.a, 2ème paragraphe).
Considérant que la réponse de la Ville contenait des faits nouveaux, postérieurs à la décision d'appel d'offres, portant en particulier sur la deuxième phase de la procédure d'adjudication, la Société a demandé à pouvoir répliquer.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Les recours 2P.210/2006 et 2P.51/2007 se fondent sur le même complexe de faits et visent tous deux, dans leur finalité, à obtenir l'annulation de l'appel d'offres litigieux publié par la Ville. Il convient dès lors de joindre ces procédures et de statuer dans un seul et même jugement.
2.
L'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RO 2006 1205 - RS 173.110), a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (art. 131 al. 1 LTF). Comme les actes attaqués sont antérieurs au 31 décembre 2006, cette dernière loi reste néanmoins encore applicable au présent litige à titre de réglementation transitoire (art. 132 al. 1 LTF a contrario).
3.
La recourante a demandé à pouvoir répliquer à la détermination déposée par la Ville dans la cause 2P.210/2006, au motif que cette écriture contenait des faits nouveaux survenus postérieurement à la publication de l'appel d'offres. De tels faits constituent toutefois des nova et sont en principe irrecevables dans le cadre d'un recours

de droit public (cf. ATF 118 Ia 20 consid. 5a p. 26, 369 consid. 4d p. 371-372; 118 III 37 consid. 2a p. 39 et les arrêts cités; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2ème éd. Berne 1994, p. 369-371). Par ailleurs, ces faits nouveaux concernent le fond du litige; ils tendent en effet, pour l'essentiel, à justifier le choix de ne pas répartir la concession en lots, comme le demande la recourante, mais de l'octroyer d'un seul bloc sous la forme d'un monopole, conformément au prescrit de l'appel d'offres; à ce stade de la procédure, les seules questions à trancher par le Tribunal fédéral portent cependant sur des questions de recevabilité (cf. infra consid. 4 et 5). Partant, il n'y a pas lieu d'inviter la recourante à répliquer sur les faits nouveaux litigieux.

4.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATF 132 I 140 consid. 1.1 p. 142; 131 I 57 consid. 1 p. 59 et les arrêts cités).

4.1 Dans la cause 2P.210/2006, la Société a formé un recours de droit public directement contre l'appel d'offres litigieux. Cette phase de la procédure ne constitue cependant qu'une étape vers la décision (finale) d'adjudication. Pour autant qu'il puisse être considéré comme une décision, l'appel d'offres revêt donc la qualité d'une décision incidente au sens de l'art. 87 OJ.

Sous réserve de situations non pertinentes pour la présente cause (cf. art. 87 al. 1 OJ), le recours de droit public n'est recevable contre des décisions incidentes que s'il peut en résulter pour le justiciable un préjudice irréparable (cf. art. 87 al. 2 OJ). Selon la jurisprudence, un préjudice ne peut être qualifié de la sorte que s'il est de nature juridique et ne peut pas être réparé ultérieurement par la décision finale. Tel est notamment le cas lorsque la décision finale, même favorable au recourant, ne ferait pas disparaître entièrement le préjudice, en particulier lorsque la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant ainsi impossible un contrôle juridictionnel des griefs invoqués dans le recours (cf. ATF 131 I 57 consid. 1 p. 59; 128 I 129 consid. 1 p. 131; 127 I 92 consid. 1c p. 94; 126 I 97 consid. 1b p. 100 et les arrêts cités; Walter Kälin, op. cit., p. 342 et les références citées).

En l'espèce, la recourante n'encourt aucun préjudice de nature juridique, car elle pourra soulever et faire examiner les griefs qu'elle invoque contre l'appel d'offres dans le cadre d'un éventuel recours au Tribunal administratif contre la décision d'adjudication, voire déjà dans le cadre d'un recours contre la décision de sélection des candidats, s'agissant d'une procédure sélective à deux tours (cf., sur ce point, l'arrêt du Tribunal administratif du 19 décembre 2006 rendu dans la cause jointe 2P.51/2007, consid. 5 et 6). Par ailleurs, les inconvénients de pur fait allégués par la recourante, comme la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, ne sont pas considérés comme un préjudice (juridique) irréparable au sens de l'art. 87 al. 2 OJ (cf. ATF 131 I 57 consid. 1 p. 59; 128 I 129 consid. 1 p. 131; 127 I 92 consid. 1c p. 94; 126 I 97 consid. 1b p. 100 et les arrêts cités).

En conséquence, le recours de droit public formé directement contre l'appel d'offres litigieux dans la cause 2P.210/2006 est irrecevable.

4.2 Dans la cause (jointe) 2P.51/2007, le Tribunal administratif a tiré le motif d'irrecevabilité opposé à la recourante de son incompétence. Dans cette mesure, la voie du recours de droit public est ouverte pour contester la décision attaquée, nonobstant la nature incidente de celle-ci (cf. art. 87 al. 1, première phrase OJ). Par ailleurs, la recourante dispose d'un intérêt actuel et juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ à faire annuler la décision attaquée en vue d'obtenir l'annulation de la procédure d'appel d'offres.

Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites, le recours est recevable, sous réserve que les griefs soulevés répondent aux exigences de motivation déduites de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, qui sont particulièrement élevées en cas de recours fondé sur l'arbitraire (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités).

5.

5.1 Selon la recourante, la décision attaquée est contraire au droit à la protection de la bonne foi inscrit à l'art. 9 Cst.: elle estime en effet que, du moment que l'appel d'offres et le dossier de soumission prescrivaient l'application des règles en matière de marchés publics, le Tribunal administratif était lié par ce choix et devait entrer en matière sur son recours.

Il est exact que la jurisprudence a déduit du principe constitutionnel invoqué qu'une indication incomplète ou inexacte des voies de droit ne doit, comme le prévoient expressément au plan fédéral les art. 107 al. 3 OJ (cf. art. 49 LTF) et 38 PA, entraîner aucun préjudice pour le justiciable (cf. ATF 131 I 153 consid. 4 p. 158), sous réserve que celui-ci n'ait pas pu ou dû se rendre compte de l'erreur en faisant preuve de l'attention requise par les circonstances (cf. ATF 124 I 255 consid. 1a/aa p. 258; ATF 121 II 73 consid. 1e, 2 et 4 p. 77ss et les arrêts cités).

En l'espèce, toutefois, il est douteux que la recourante pût, comme elle l'allègue, déduire du simple renvoi aux règles en matière de marchés publics figurant dans l'appel d'offres que cette phase de la procédure pouvait faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif. En effet, sous la rubrique ïndication des voies de recours, l'avis publié dans la FAO mentionnait seulement la ddécision de sélectionäu titre des actes susceptibles de recours devant le Tribunal administratif, à l'exclusion de l'appel d'offres lui-même (cf. ch. 4.4 de l'avis). Par ailleurs, les conditions du marché précisées dans le ddossier de candidature, auquel renvoyait l'appel d'offres, indiquaient expressément qu'il n'était ppas acquis, à teneur de la jurisprudence, que l'attribution du marché de l'affichage sur le domaine public de la Ville de Genève [fût]soumise au droit des marchés publics(dossier de candidature, ch. 5.1). Le Tribunal administratif pouvait donc sans arbitraire considérer que les règles en matière de marchés publics n'étaient applicables que par analogie et dans une mesure limitée aux principes (à propos de l'art. 2 al. 7 LMI, entré en vigueur le 1er juillet 2006, postérieurement à l'appel d'offres litigieux, cf. Denis Esseiva, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, in: DC 2006, p. 203 ss). Quoi qu'il en soit, si l'indication erronée d'une voie de droit ne doit, en principe, pas entraîner de préjudice pour la partie qui s'y fie, une telle erreur ne saurait avoir pour effet de créer une voie de droit inexistante (cf. ATF 117 Ia 297 consid. 2 p. 299 et les arrêts cités): sous réserve du contrôle exercé par les autorités supérieures, une autorité est en effet seule habilitée à statuer sur sa propre compétence dans les limites de la loi.

Le grief tiré de la violation du droit à la protection de la bonne foi est dès lors mal fondé.

5.2 La recourante soutient également que le Tribunal administratif a interprété et appliqué de manère arbitraire (art. 9 Cst.) l'art. 57 lettre c de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après: LPA) qui a la teneur suivante: [sont susceptibles de recours]les décisions incidentes qui, si elles étaient exécutées, causeraient un préjudice irréparable à l'une des parties.

Le Tribunal administratif a jugé que l'appel d'offres n'avait pas valeur de décision, mais devait être assimilé à une ïmple communication, car il n'avait pas ppas pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, au sens de l'art. 4 alinéa 1 lettre a LPA. Les premiers juges ont également estimé qu'à supposer même que l'appel d'offres dût être considéré comme une décision incidente, aucun recours n'aurait de toute façon été ouvert, faute de préjudice irréparable. L'arrêt attaqué contient donc, sur le point ici litigieux, une double motivation.

La recourante fait valoir qu'en la privant de la possibilité de recourir immédiatement contre l'appel d'offres, la décision attaquée lui cause une importante perte de temps et d'argent. Or, ce ppréjudice de faitsuffit, selon elle, à lui ouvrir le droit de recourir contre l'appel d'offres. Elle ajoute que la solution des premiers juges relève de l'absurdité, car elle pourrait la contraindre à recourir contre une décision lui adjugeant le marché ppour pouvoir se plaindre d'une inconstitutionnalité du cahier des charges. Dans la mesure où la recourante ne s'en prend qu'à un pan de la double motivation élaborée par le Tribunal administratif, son grief est irrecevable pour ce motif déjà (cf. ATF 121 III 46 consid. 2 p. 47; 121 IV 94 consid. 1b p. 95; 116 II 721 consid. 6a p. 730; 115 II 300 consid. 2a p. 302; voir aussi ATF 132 I 13 consid. 6 p. 20). Quoi qu'il en soit, le moyen n'est pas fondé. En effet, les premiers juges pouvaient, comme ils l'ont fait, estimer que l'absence de possibilité de contester la procédure d'appel d'offres n'était pas de nature à causer à la recourante un préjudice irréparable, dès lors que les griefs soulevés à cet effet peuvent, le moment venu, être attaqués avec la décision (finale) d'adjudication voire déjà lors de la décision de sélection (cf. arrêt attaqué, consid. 5 et 6). Cette manière de voir, qui correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de décision incidente (cf. supra consid. 4.1), échappe à l'arbitraire.

6.

Il s'ensuit que le recours formé dans la cause 2P.210/2006 doit être déclaré irrecevable, tandis que le recours formé dans la cause 2P.51/2007 doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (cf. art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (cf. art. 159 al. 1 OJ). Bien qu'elle obtienne gain de cause et qu'elle soit représentée par un mandataire qualifié, la Ville n'a pas droit à des dépens, car elle était en mesure de procéder sans le concours d'un avocat (cf. consid. 13, non publié, de l'ATF 125 I 209).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Les causes 2P.210/2006 et 2P.51/2007 sont jointes.

2.
Le recours formé dans la cause 2P.210/2006 est irrecevable.
3.
Le recours formé dans la cause 2P.51/2007 est rejeté dans la mesure où il est recevable.
4.
Un émolument judiciaire global de 8'000 fr. est mis à la charge de la recourante pour les deux causes.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et au Tribunal administratif du canton de Genève.
Lausanne, le 4 juillet 2007
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: