

Arrêt au milieu du gué de l'Aire, à Lancy (GE)

Lorsqu'un monopole d'affichage communal est attribué sans l'appel d'offres préalable exigé par l'art. 2 al. 7 LMI, quel est le sort réservé à la décision d'attribution? Et à la convention d'affichage conclue sur cette base?

Wenn ein kommunales Monopol zum Plakataushang ohne die von Art. 2 Abs. 7 BGBM verlangte vorgängige Ausschreibung vergeben wird, wie geht es dann mit dem Vergabeentscheid weiter? Und mit dem auf dieser Grundlage geschlossenen Vertrag über den Plakataushang?

Arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2022 (2C_959/2021, 2C_961/2021), en partie publié aux ATF 148 II 564

Jacques Dubey, professeur à l'Université de Fribourg

Les faits

(259) 1. Fin 2004 – soit un an avant l'adoption de l'art. 2 al. 7 LMI – la Commune de Lancy [ci-après la Commune] a signé une convention d'affichage avec la Société A. SA. En avril puis en mai 2018, la société concurrente B. SA a fait connaître à la Commune son intérêt à lui soumettre une offre à l'échéance de sa convention avec A. SA, dont elle demandait à être informée. Le 11 juin 2019, la Commune et A. SA ont signé une nouvelle convention d'affichage [ci-après la Convention d'affichage] annulant et remplaçant la précédente de 2004. La Commune y concédait à A. SA le droit exclusif de placer des affiches sur l'ensemble de son domaine public durant la période courant du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2029, une reconduction tacite étant prévue pour une durée de 5 ans.

2. Apprenant cela le 27 janvier 2020, B. SA a requis la Commune de constater la nullité *ex tunc* de la «décision» prise le 11 juin 2019 et d'organiser un appel d'offres dans un délai raisonnable. Ce que la Commune a refusé de faire le 13 février 2020.

3. Statuant sur un recours déposé le 26 février 2020 par B. SA qui concluait à titre principal non seulement à la *constatation de la nullité de la décision* de la Commune d'attribuer la concession à A. SA, mais également *de celle du rapport de concession lui-même*, le TAPI-GE a constaté que la décision du 11 juin 2019 était nulle et a renvoyé la cause à la Commune afin qu'elle lance, dans un délai n'excédant pas quatre mois, un appel d'offres en vue de la réattribution d'une telle concession. Pour le surplus, le TAPI-GE a jugé qu'il n'était pas compétent pour connaître de la Convention d'affichage elle-même, s'agissant selon lui d'une *convention de droit privé*.

4. La Commune et A. SA ont chacune déposé un recours contre ce jugement du TAPI-GE à la CACJ-GE, laquelle les a très partiellement admis. Dès l'entrée en force du jugement de dernière instance cantonale, la Commune disposait désormais d'un délai de six mois, soit pour organiser une procédure d'appel d'offres, soit pour réintégrer la tâche de l'affichage dans ses activités courantes, et en informer les parties.

Comme le TAPI-GE, la CACJ-GE a par ailleurs jugé qu'elle n'avait pas à se prononcer sur la validité de la Convention d'affichage proprement dite du 11 juin 2019, car elle y voyait un *contrat de droit privé*.

5. Agissant toutes deux par la voie du recours en matière de droit public au TF, A. SA et la Commune ont conclu pour l'essentiel, la première à ce que la décision de lui attribuer le monopole d'affichage litigieux soit confirmée, et la seconde à ce que seule l'illicéité de la procédure de transmission du monopole d'affichage soit constatée – et non pas la nullité de la décision en découlant. Quant à B. SA, et ce point sera important pour ce qui suit, elle n'a pas demandé à la CACJ-GE puis donc au TF de constater la nullité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 proprement dite, après que le TAPI-GE a refusé de le faire en jugeant cette conclusion irrecevable.

L'arrêt

1. Confirmation du constat de la nullité de la décision d'attribution

1a. Le TF confirme l'arrêt entrepris, en tant qu'il constate la nullité de la décision d'attribution du monopole d'affichage prise par la Commune le 11 juin 2019. Jugeant que cette concession ne comporte pas d'élément particulier susceptible de l'assujettir au *droit des marchés publics* (cons. 2.2), il retient que son octroi tombe sous le coup de l'art. 2 al. 7 LMI, en vertu duquel «*la transmission de l'exploitation d'un 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*». Les parties ne contestant pas que l'acte d'attribution a contrevenu à cette règle, faute par la Commune d'avoir procédé à un appel d'offres avant de conclure, le TF examine uniquement si ce non-respect de la LMI entraîne la nullité de la décision en cause. Faute de disposition légale expresse dans la LMI, il le fait à la lumière de sa jurisprudence traditionnelle voulant que «*il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire*», et que tel n'est le cas que «*si le vice dont [la décision en cause] est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la*

constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit» (cons. 7.1 s.).

b. En l'occurrence, le TF juge que la décision de la Commune d'attribuer son monopole d'affichage à A. SA est affectée d'un *vice particulièrement grave* (cons. 7.4), parce qu'elle bafoue les deux exigences fondamentales déduites de l'art. 2 al. 7 LMI, à savoir l'organisation d'un appel d'offres et l'interdiction de la discrimination, lesquelles font partie du but même de la LMI (art. 1 LMI). En privant B. SA de la possibilité de se positionner pour accéder au marché et en mettant à cet égard en place un régime de privilèges empêchant toute concurrence (pendant dix à quinze ans), «la décision litigieuse est susceptible de réduire la compétitivité de l'économie suisse dans le secteur concerné et d'affecter négativement la cohésion économique du pays (cf. art. 1 al. 2 let. c et d LMI)»; plus fondamentalement encore, «elle va à l'encontre du principe de la liberté économique (cf. art. 94 al. 1 Cst.) et porte atteinte aux principes de libre concurrence et de neutralité de l'Etat en matière de concurrence (art. 27 et 94 Cst.), ainsi qu'au droit des concurrents à l'égalité de traitement (art. 27 Cst.), sans que cette atteinte ne soit d'une quelconque manière justifiée par la Commune». Enfin, en ne procédant à aucun appel d'offres, la Commune a fait en sorte que B. SA ne puisse pas attaquer la décision d'attribution avant que la concession ne soit conclue.

c. De même, le TF n'hésite pas à qualifier la violation de l'art. 2 al. 7 LMI *de manifeste ou de facilement décelable* (cons. 7.5), en relevant qu'il avait «rendu le 6 mars 2017 – soit plus de deux ans avant que la Commune ne prenne la décision litigieuse – un arrêt de principe, publié aux ATF, dans lequel il a souligné que les collectivités publiques devaient se conformer aux exigences posées par l'art. 2 al. 7 LMI lors de l'octroi d'une concession d'affichage (cf. ATF 143 II 120)». Or, cet arrêt avait été rendu sur recours de A. SA qui contestait une décision d'attribution d'une concession d'affichage préalablement mise au concours par la Ville de Lausanne. En outre, «il ressort [...] de l'arrêt attaqué qu'à la même époque, A. SA participait également à d'autres appels d'offres relatifs à des concessions d'affichage dans différentes communes genevoises, ce qui l'a du reste amenée à recourir une nouvelle fois jusqu'au TF dans une procédure l'opposant à B. SA en Ville de Genève». Quant à la Commune, elle avait été interpellée à plusieurs reprises par B. SA, qui lui avait clairement exprimé son souhait de participer au prochain appel d'offres qui serait organisé. Tant la Commune que A. SA «connaissaient logiquement – ou pouvaient à tout le moins très facilement déceler – l'irrégularité de la décision d'attribution de concession prise par la première en faveur de la seconde, laquelle était forcément manifeste au regard des circonstances».

d. Le TF juge enfin que le constat de nullité de l'acte litigieux *ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit* (cons. 7.6), en relevant que ce constat n'a de conséquence directe que pour la Commune et A. SA. «Cela étant, au vu de la Convention, les investissements consentis par A. SA (installation de panneaux d'affichage et d'autres supports publi-

citaires) paraissent limités et méritent d'autant moins protection que A. SA, dont la bonne foi est sujette à caution [...], pouvait s'attendre à ce que la concession dont elle a bénéficié soit remise en question».

2. Confirmation des conséquences de la nullité sur la suite à donner par la Commune

2a. Constatant que la LMI ne comporte pas de règle régissant les conséquences matérielles ou procédurales de la violation de l'obligation de procéder à un appel d'offres avant d'attribuer une concession, *à la différence de ce qui vaut du droit des marchés publics* (art. 9 al. 3 LMI; cf. ég. art. 18 AIMP 1994 [AIMP; rs/GE L 6 05]; cpr. ég. art. 58 AIMP 2019), et que la jurisprudence fédérale n'a encore jamais été appelée à définir de manière précise ces conséquences, *a fortiori*, en cas de nullité d'une décision d'attribution de monopole opérée sans appel d'offres préalable, le TF applique le principe général voulant que «les autorités peuvent ordonner les mesures nécessaires au rétablissement d'un état conforme au droit, ce sans même qu'aucune base légale ne les y autorise expressément»; «il suffit que l'obligation inexécutée ait elle-même une base légale pour que puissent être ordonnées des mesures visant au rétablissement de la situation».

b. Tel est le cas des instructions données par la CACJ-GE à la Commune «d'organiser dans les six mois une procédure d'appel d'offres <de rattrapage> devant conduire à l'attribution d'une nouvelle concession d'affichage au soumissionnaire gagnant ou, dans l'hypothèse où la Commune ne souhaiterait pas procéder à un tel appel d'offres, de renoncer à déléguer toute activité d'affichage sur son domaine à une entreprise privée». Car «de telles instructions visent en effet à rétablir un état conforme au droit. Elles ne constituent rien d'autres que les conséquences logiques du constat de nullité de la décision d'octroi de la concession d'affichage à A. SA».

3. Evocation des conséquences de la nullité sur la Convention d'affichage conclue

3a. S'interrogeant finalement sur les conséquences que peut avoir le constat de nullité de la décision d'attribution de concession sur la Convention d'affichage du 11 juin 2019, le TF commence par affirmer qu'*il se doit d'aborder la question pour des motifs de sécurité juridique*, en tant qu'il vérifie d'office la bonne application du droit, quand bien même les parties n'ont pas remis en cause le fait que la CACJ-GE s'estime incompétente à cet égard en jugeant, à l'instar du TAPI-GE, que la question de la validité de la Convention relèverait du droit privé. A ce propos, le TF rappelle que «les conventions de concession, en particulier celles d'affichage, ne relèvent pas du droit privé, mais sont soumises au droit public, *à la différence des contrats conclus dans le cadre d'un marché public* où la collectivité est <consommatrice>

d'une prestation». Il en résulte que «le juge administratif a en principe la compétence de traiter des conséquences que peut avoir une violation de la LMI lors de la transmission d'un monopole communal sur le rapport de concession développé en aval» (cons. 9.1).

b. Partant, le TF relève ensuite qu'il n'est «pas exclu qu'un juge administratif puisse constater la nullité <par ricochet> d'une concession au motif que celle-ci est fondée sur une décision d'attribution de monopole s'avérant nulle en raison d'une violation crasse de l'art. 2 al. 7 LMI» (cons. 9.2). Il poursuit en signalant que «les conséquences d'une violation de la LMI sur un rapport de concession dépendront cependant toujours de la nature de la violation considérée et des effets que celle-ci a véritablement pu avoir sur la concession». «Les différents enjeux et circonstances à prendre en considération lors d'un tel examen factuel et juridique peuvent ainsi justifier d'adopter des solutions nuancées». Au passage, le TF précise que l'ATF 145 II 303 rendu à propos d'une «transmission de monopole tout à fait atypique» – à savoir l'attribution de la direction de deux théâtres – ne doit pas être compris en ce sens «qu'un constat d'illicéité constituerait la seule conséquence admissible d'une violation de l'art. 2 al. 7 LMI», à partir du moment où le contrat litigieux a été conclu (n.b. «d'autant que la digression opérée dans cet arrêt sur la suite de la procédure ne figure pas dans un considérant publié» [arrêt TF 2C_569/2018 du 27.5.2019, cons. 7]).

c. Cela étant dit, le TF renonce finalement à statuer sur ce point, au motif qu'il ne lui incombe pas «de se substituer aux autorités cantonales précédentes et d'examiner en première instance la question d'une éventuelle nullité ou révocabilité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 découlant de la nullité de la décision d'attribution de concession prise en amont par la Commune». Par ailleurs, le TF affirme qu'il n'est «de toute façon pas habilité à se prononcer d'office sur la nullité d'un acte lorsque celui-ci ne constitue pas l'objet de la contestation et que ledit constat ne sert pas en soi à trancher l'issue d'un recours». Or, selon lui, force est d'admettre qu'il se trouve précisément dans une telle situation, faute par B. SA d'avoir demandé à la CACJ-GE de constater la nullité de la Convention d'affichage, comme elle l'avait fait préalablement devant le TAPI-GE, ce que ce dernier avait jugé irrecevable.

d. Et le TF de se limiter à «indiquer qu'il appartient à la Commune de tirer les conséquences de l'arrêt attaqué et, partant, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de remédier à la situation illicite qu'elle a elle-même créée». Il lui incombe en particulier de faire en sorte que la suite qu'elle donnera à cet arrêt dans les six mois (organisation d'un appel d'offres ou reprise à son compte de l'affichage) «ne [soit] pas entravé[e] par le maintien de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 conclue avec A. SA».

Le commentaire

1. A propos de la distinction entre (nullité de) l'acte d'attribution et de concession

Cet arrêt met en lumière certaines des impasses auxquelles conduisent les règles censées assurer la protection juridique dans le domaine concerné des concessions de monopole, impasses que la «théorie de l'acte détachable» ou «des deux niveaux» – dont il n'est pas question dans l'arrêt fédéral mais beaucoup dans l'arrêt de dernière instance cantonale – ne permet pas de surmonter. Cette théorie dont l'art. 2 al. 7 LMI est une mise en œuvre consiste en l'espèce à détacher au sein de l'acte du 11 juin 2019, d'une part, une *décision d'attribution* rendue de manière concluante, fictive ou implicite (acte unilatéral) et, d'autre part, la *convention ou concession* effectivement conclue et signée (acte bilatéral ou mixte). Or, dès lors que la convention / concession relève ici du *droit public* et donc du *contentieux administratif*, contrairement au contrat conclu à l'issue d'une procédure de marché public, la distinction entre l'examen de sa nullité et celle de la décision détachée d'elle mais dont elle est issue, apparaît difficile à divers égards : comment juger de la compatibilité de la nullité de la décision d'attribution avec la sécurité juridique, sans répondre à la question des conséquences de cette nullité sur la convention qui en est issue (*supra 1d*)? ; comment, sans répondre à cette même question, juger des «mesures nécessaires au rétablissement d'un état conforme au droit» (*supra 2b*)? – ce dont le TF s'inquiète lui-même lorsqu'il enjoint la Commune à veiller à ce que le maintien de la convention n'entrave pas la suite à donner (*supra 3d*) ; comment distinguer selon qu'un contrat a ou n'a pas encore été conclu sur la base de la décision querellée, sans déterminer si ce contrat est éventuellement nul, et donc inexistant en droit (*supra 3c*)? quelles autres considérations entrent en ligne de compte à propos de la nullité de la convention / concession, différentes de celles déjà prises en compte dans l'analyse de la nullité de la décision d'attribution? Etc.

2. A propos du constat de nullité de l'acte d'attribution

Les considérants du TF en ce qui concerne la nullité de l'acte d'attribution appellent peu de remarques, si ce n'est pour y trouver une remarquable application de la «théorie de l'évidence». A bon escient, le TF y accorde une grande importance à la bonne foi des parties (*in casu* «sujette à caution»), en particulier dans l'analyse de la compatibilité du régime de la nullité avec la sécurité juridique (*supra 1d*), où il s'agit de pondérer les intérêts à la bonne application du droit, d'un côté, et à la sécurité juridique, de l'autre côté. En relevant que la nullité n'a de conséquence directe que pour la Commune et A. SA, dont les intérêts pèsent moins lourd que si elles avaient été de parfaite bonne foi, le TF procède à une *mise en balance* «tarée» qui rappelle de manière bienvenue celle appliquée en cas de révocation d'une décision ou en cas d'ordre de remise en état d'une construction illicite, lorsque l'administré est de mauvaise foi. Il faudra bien se souvenir

de ces circonstances tout à fait particulières, avant de généraliser la solution de la nullité d'une décision rendue en l'absence d'appel d'offres.

3. A propos de la non-constatation de nullité de l'acte de concession

La manière dont le TF renonce finalement à trancher la question de la nullité de l'acte de concession suscite plus d'interrogations. La première pour constater que le raisonnement suivi par le TF est frustrant, puisqu'il indique d'abord devoir aborder cette question « pour des motifs de sécurité juridique » (*supra* 3a) pour conclure finalement qu'il n'est de toute façon pas habilité à se prononcer d'office sur cette question (*supra* 3d). La principale raison invoquée à l'appui de cette retenue (ou reculade) ne convainc pas complètement, qui consiste à retenir que le TF ne pourrait pas relever d'office la nullité d'un acte « *lorsque celui-ci ne constitue pas l'objet de la contestation et que ledit constat ne sert pas en soi à trancher l'issue d'un recours* ». En ces termes, cette affirmation a de quoi étonner, même s'il faut assurément nuancer la théorie classique selon laquelle la nullité pourrait être relevée (de manière trop schématique) « d'office, en tout temps par toute autorité ».

Le TF invoque une jurisprudence de droit privé qui n'a peut-être pas tout à fait le sens restrictif qu'il lui prête, ni le sens qu'il applique apparemment au cas d'espèce. Le considérant non publié cité à l'appui de cette affirmation (arrêt TF 4A_364/2017 du 28.2.2018, cons. 7.2.2, non publié in ATF 144 III 100) traite de la nullité des décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme, ou d'une association. Il y est bien question d'*objet de la contestation* (« *Gegenstand des Verfahrens* »), mais l'arrêt auquel cet arrêt renvoie à son tour semble poser une exigence moins élevée, en retenant qu'il suffit que « le TF soit par ailleurs aussi saisi de la cause dans une certaine procédure » (« *wenn [das Bundesgericht] auch sonst in der Sache mit einem bestimmten Verfahren befasst ist* »); de même, cette jurisprudence ne paraît pas exiger que le constat de nullité d'un acte relevant d'une autre procédure serve en soi à trancher le recours de la procédure visée, mais seulement que ce constat « puisse avoir des conséquences sur le recours en cause » (« *sich die allfällige Wichtigkeit des anderen Entscheides auf die Beschwerdesache auswirken würde* »; arrêt TF 5A_150/2012 du 28.3.2012, cons. 6).

Cela mis à part, quand le TF fait valoir qu'il ne pourrait pas constater la nullité de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 parce que B. SA ne l'aurait plus demandé devant la CJGE-GE puis devant lui, il applique dans une certaine mesure encore une autre condition que celle limitant le constat de nullité à l'objet de la contestation, soit plutôt celle que la nullité fasse partie de l'*objet du litige* – dont on sait qu'il est défini par le recours tel que formulé contre l'objet de la contestation (cf. p.ex. ATF 136 II 457, cons. 4.1).

Subordonner le constat de nullité d'un acte à la condition qu'elle fasse partie de l'objet du litige, en vertu d'une conclusion formelle dans ce sens, reviendrait à vider de son sens la règle voulant que la nullité soit constatée d'office, voire la figure même de la nullité – dont le propre est justement de pouvoir être constatée hors délai et hors cadre procédural spécifiquement dédié. (Cela, étant relevé que devant la CACJ-GE comme semble-t-il devant le TF, A. SA concluait encore à l'irrecevabilité du recours de B. SA devant le TAPI-GE, motif pris que la Convention d'affichage avait déjà été passée le 11 juin 2019 et que B. SA n'avait pas conclu à l'illicéité de la procédure d'attribution, comme il devait se limiter à le faire selon elle à partir de là. Ce qui semble faire de l'éventuelle nullité de ladite Convention un objet du litige.)

Subordonner le constat de nullité à la condition que l'acte soit l'objet de la contestation est pareillement problématique en soi. En l'espèce, on peut en plus se demander comment cette condition pourrait être satisfaite, puisqu'une convention ou une concession ne peut pas être un objet de recours recevable, et donc un objet de contestation effectif pour B. SA devant le TF (art. 82 LTF) – lequel a par ailleurs déjà déclaré nul un contrat de droit administratif faisant l'objet d'un recours irrecevable (p.ex. ATF 136 II 415). Inversement, on peut se demander comment cette condition pourrait ne pas être satisfaite *in casu*, puisque les recours de A. SA et de la Commune ont pour objet de contestation une décision d'attribution qui n'est que fictivement détachée de leur Convention du 11 juin 2019. Même s'il n'en va pas du même rapport juridique, contester un acte sans l'autre relève aussi de la fiction.

Enfin, l'éventuelle nullité de la Convention du 11 juin 2019 paraissait être de nature à « influencer sur le sort de la cause », si ce n'est à « servir à la trancher ». La situation juridique des parties, à commencer par celle de la recourante A. SA, n'est en effet pas la même selon que cette Convention existe ou n'existe pas en droit. Sans quoi le TF n'aurait pas eu à se soucier que les démarches à entreprendre par la Commune « *ne soient pas entravé[e]s par le maintien de la Convention d'affichage du 11 juin 2019 conclue avec A. SA* ». En parlant de « maintien », le TF semble d'ailleurs lui-même contraint de donner une réponse à la question qu'il affirme ne pas pouvoir trancher – en dépit du fait que la Convention pourrait être affectée d'un vice particulièrement grave et manifeste. Est-ce à dire qu'il revenait ensuite à la Commune de déclarer la Convention nulle? La *sécurité juridique* ne trouve pas complètement son compte dans cet arrêt qui s'arrête au milieu du gué, ni l'*économie de procédure*, laquelle aurait peut-être justifié que l'on étende l'objet du litige au-delà de l'objet de la contestation (arrêt TF 9C_636/2014 du 10.11.2014, cons. 3.3.1) – si tant est que cela fût nécessaire pour franchir entièrement la rivière.