



POUVOIR JUDICIAIRE

A/717/2020-DOMPU

ATA/1088/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 19 octobre 2021

dans la cause

A_____

représentée par Me François Membrez, avocat

contre

COMMUNE DE B_____

et

C_____

représentée par Me Guy Braun, avocat

COMMUNE DE B_____

contre

C_____

représentée par Me Guy Braun, avocat

et

A_____

représentée par Me François Membrez, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 avril 2021 (JTAPI/371/2021)**

EN FAIT

- 1) C_____ (ci-après : C_____) est une société inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) genevois depuis le 7 juillet 2015, qui a pour but la commercialisation et l'exploitation de produits d'information, de publicité et de divertissement sur tout support lié aux médias numériques et aux nouvelles technologies de l'information, ainsi que les opérations et participations s'y rapportant.
- 2) Par courriel du 26 avril 2018, C_____ a informé la commune de B_____ (ci-après : la commune) qu'elle souhaitait, au terme de la concession d'affichage en cours, avoir la possibilité de remettre une offre pour l'ensemble des supports d'affichage se trouvant sur le domaine public de la commune. Elle désirait dès lors être informée de l'échéance de la concession en cours afin qu'elle puisse organiser une présentation à l'exécutif communal.
- 3) Le 18 mai 2018, C_____ a informé la commune qu'elle souhaitait se présenter dans le but de se positionner quant à une éventuelle mise au concours de l'affichage sur le domaine public et privé.
- 4) Le 11 juin 2019, la commune et A_____ (ci-après : A_____), société zurichoise disposant d'une succursale genevoise inscrite au RC depuis le 16 septembre 1999 et dont le but est l'exploitation de tous genres de publicité, ont signé une convention d'affichage au terme de laquelle la commune concédait à la A_____ le droit exclusif de placer des affiches ou autres formes de publicité extérieure et d'installer les supports publicitaires nécessaires sur l'ensemble du domaine public de la commune pour la période du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2029. La convention serait reconduite tacitement pour cinq ans sauf résiliation de part ou d'autre dans un délai de dix-huit mois avant l'échéance.

Il était encore précisé que cette convention annulait et remplaçait celle signée entre les parties le 2 décembre 2014.
- 5) Par courriel du 29 octobre 2019, C_____ a interpellé la commune au sujet d'une concession de longue durée relative à l'affichage sur le domaine public qui avait été récemment octroyée à A_____. Elle souhaitait savoir si une procédure d'appel d'offres avait été organisée.
- 6) N'ayant pas reçu de réponse, C_____ a réitéré sa demande par un nouveau courrier à la commune le 7 janvier 2020.
- 7) Le 27 janvier 2020, la commune lui a répondu qu'elle avait effectivement conclu une convention avec A_____ le 11 juin 2019. À l'instar de ce qui se pratiquait dans d'autres communes, cette convention n'avait pas fait l'objet d'une

concurrence préalable, mais avait été négociée directement entre la collectivité publique et la société d'affichage. Le contrat était désormais entré en vigueur et A_____ avait commencé de délivrer ses prestations sur le territoire communal.

- 8) Par courrier du 7 février 2020, C_____ a fait savoir à la commune qu'au vu de la violation de la réglementation sur les appels d'offres et du fait qu'il s'agissait d'un vice manifeste, connu tant de la commune que de A_____, elle requérait que la commune constatât la nullité ex tunc de la décision d'octroi de la concession du 11 juin 2019 et l'organisation, dans un délai raisonnable, d'un appel d'offres conforme aux exigences légales en la matière.
- 9) Le 13 février 2020, la commune a répondu à C_____ qu'elle ne pouvait pas donner une suite favorable à sa requête. La décision de conclure le contrat directement avec A_____ n'était pas nulle et le contrat qui avait effectivement été conclu avec cette dernière dans la foulée était d'ores et déjà entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020.
- 10) Par acte du 26 février 2020, C_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre « la décision d'attribution d'une concession exclusive d'exploitation des procédés de réclame sur le domaine public et privé de la Commune de B_____ du 11 juin 2019 », en concluant, principalement, à la constatation de la nullité de la décision d'attribution de la concession en faveur de A_____ et du rapport de concession, subsidiairement à l'annulation de ladite décision et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné à la commune d'organiser un appel d'offres en vue de l'attribution de la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public et privé de la commune, le tout « sous suite de frais et dépens ».

Elle n'avait eu formellement connaissance de la décision attaquée que le 28 janvier 2019 [recte 2020], date à laquelle elle avait reçu le courrier de la commune du 27 janvier 2019 [recte 2020] l'informant de l'attribution de la concession et ce, malgré ses nombreuses demandes et interpellations à ce sujet.

En décidant d'octroyer la concession exclusive portant sur l'affichage communal à A_____, la commune avait agi au mépris des normes légales, en s'étant affranchie de l'organisation d'un appel d'offres, pourtant obligatoire et piétiné les normes constitutionnelles fondamentales ainsi que les principes de transparence et de non-discrimination garantis par l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02).

- 11) Le 13 mai 2020, la commune a conclu au rejet du recours, « sous suite de frais et dépens ».

Elle reconnaissait qu'elle aurait dû organiser un appel d'offres avant de choisir son cocontractant. Le choix du cocontractant n'avait pas non plus été formalisé par une décision administrative.

C_____ n'avait toutefois ni allégué ni démontré qu'elle aurait eu des chances de se voir attribuer la concession d'affichage.

Selon la théorie de l'acte détachable, ou des deux niveaux, il fallait distinguer la décision unilatérale de contracter avec une personne déterminée de la conclusion du contrat. Ainsi, la décision de contracter avec une personne déterminée prise à l'issue d'une procédure d'appel d'offres était sujette à recours ; il en allait de même de celle adoptée par une autorité qui n'avait pas organisé l'appel d'offres prescrit par l'art. 2 al. 7 LMI. En revanche, la conclusion effective du contrat entre le pouvoir adjudicataire et le tiers retenu constituait, sous l'angle du droit public, un acte matériel d'exécution, qui échappait au contentieux administratif. La conclusion proprement dite et le sort du contrat lui-même étaient indépendants de celui de l'acte détachable, et relevaient exclusivement du droit contractuel.

L'irrégularité d'un acte détachable d'un contrat ne se répercutait pas ipso iure sur le contrat lui-même, qui demeurait valablement conclu et liait la collectivité publique et le tiers. Lorsque le contrat était déjà conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, l'autorité de recours voyait son pouvoir de décision limité, en ce sens qu'elle ne pouvait plus annuler la décision d'adjudication mais seulement constater son illicéité.

Le TAPI n'était compétent que pour contrôler la validité de la décision d'attribution d'une concession d'affichage public ; il n'était pas compétent pour trancher les litiges afférents à des contrats de droit privé ni pour connaître du contentieux lié aux contrats de droit public. Or, les concessions domaniales étaient en principe assimilées à des contrats de droit public puisqu'elles avaient, en partie du moins, un caractère bilatéral.

La jurisprudence rendue dans le domaine des marchés publics, qui devait être transposable au domaine de la LMI, admettait que l'autorité administrative de recours puisse enjoindre le pouvoir adjudicateur à organiser un nouvel appel d'offres dans un délai raisonnable et à résilier pour la prochaine échéance contractuelle ou légalement prévue un contrat conclu en violation des règles de passation. Ainsi, elle s'en rapportait à justice sur la question de savoir si l'attribution à A_____ de la concession pouvait avoir été effectuée par la commune tel qu'elle l'avait fait ou si elle aurait dû effectuer un appel d'offres. En revanche, les conclusions de C_____ visant à faire constater la nullité du contrat conclu entre elle et A_____ le 11 juin 2019 ou à prononcer son annulation étaient irrecevables.

12) Par décision du TAPI du 16 juin 2020 (DITAI/216/2020), confirmée par arrêt du 18 août 2020 (ATA/772/2020), A_____ a été appelée en cause.

13) Dans ses observations du 23 novembre 2020, A_____ a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours formé par C_____, subsidiairement à son rejet et à ce qu'il soit dit que le TAPI n'était pas compétent pour se prononcer sur l'annulation de la convention d'affichage.

C_____ ne démontrait en rien qu'elle disposait d'un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée, ne prouvant pas qu'elle aurait eu des chances raisonnables de se voir octroyer la concession d'affichage. La décision ne lui causait ainsi pas de préjudice et le recours devait être déclaré irrecevable.

Le TAPI ne pouvait par ailleurs pas se prononcer sur la validité de la convention d'affichage conclue et C_____ n'avait pas pris de conclusions en constat de l'illicéité de la décision d'octroi de la concession. Par ailleurs, la jurisprudence ne lui permettait pas de demander la nullité de la décision d'octroi et de la convention, ni leur annulation. Dès lors, les conclusions de C_____ étaient irrecevables.

La procédure d'appel d'offres ne devait pas être aussi formaliste qu'en cas de marché public et la question de la nullité de la convention d'affichage ne se posait pas.

Puisqu'il s'agissait d'une convention entre deux parties, la procédure ne pouvait que concerner l'éventuel caractère illicite de l'acte unilatéral détachable, à l'exclusion de ladite convention. De plus, le recours de C_____ ne permettrait que de faire éventuellement constater l'illicéité de la décision par laquelle la commune avait octroyé la concession, mais en aucun cas de remettre en cause la validité de la convention qui liait les parties : il aurait néanmoins fallu qu'elle prît des conclusions recevables, ce qui n'était pas le cas puisqu'elle n'avait pas conclu au constat d'illicéité de la décision d'octroi de la concession.

Le TAPI était uniquement compétent pour se prononcer sur la validité de la décision d'octroi d'une concession d'affichage public de la commune.

14) Dans sa réplique du 16 décembre 2020, C_____ a conclu également à ce que l'organisation d'un nouvel appel d'offres se fasse dans un « délai de trois mois suivant l'annulation de la décision d'attribution de la concession ».

La durée de la concession était de dix ans et la précédente concession accordée à A_____ s'était étendue de 2004 à 2019. Dès lors, A_____ bénéficiait d'un droit exclusif d'affichage de vingt-six ans. L'entérinement de la concession litigieuse aurait pour effet de consacrer un dévoiement institutionnel des normes légales applicables tout en actant une privation inacceptable du

domaine public. Au vu de la gravité de la violation de normes légales claires et indiscutables, la nullité de la convention devait être prononcée.

La théorie des deux niveaux supposait l'existence d'une décision d'attribution qui faisait défaut en l'espèce, la convention du 22 [recte 11] juin 2019 intégrant ainsi directement en son sein, par un seul acte, la décision d'octroi du droit exclusif d'afficher. De plus, la ratio legis de l'acte détachable était d'offrir à l'administration la possibilité de pouvoir attaquer la décision préalable détachable, protection voulue qui ne lui avait pas été garantie. Enfin, en se contentant de constater une éventuelle illicéité de la convention litigieuse sans remise en question de l'attribution de la concession, cela légitimerait, voire inciterait les communes à ignorer les principes légaux applicables et les conforterait à continuer une pratique manifestement illégale.

- 15) Dans leurs dupliques respectives des 14 janvier 2021, la commune et A_____ ont persisté dans leurs conclusions.
- 16) Par jugement du 12 avril 2021, le TAPI a admis, dans la mesure de sa recevabilité, le recours et constaté que la décision d'attribution de la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public et privé de la commune du 11 juin 2019 était nulle. Il a, par ailleurs, renvoyé la cause à la commune afin qu'elle procède, dans un délai n'excédant pas quatre mois, à un appel d'offres en vue de l'attribution de la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur son domaine public et privé.

Le courrier de la commune du 27 janvier 2020 devait être qualifié de décision. En tant qu'entreprise en mesure de participer à la procédure d'appel d'offres pour l'attribution de la concession litigieuse, C_____ disposait d'un intérêt digne de protection à l'admission de son recours. La question de savoir si elle avait une réelle chance d'obtenir la concession d'affichage n'était pas pertinente, dès lors qu'il était justement reproché à l'autorité intimée de ne pas avoir publié d'appel d'offres, privant ainsi les personnes intéressées de la possibilité de présenter un dossier de candidature. L'intéressée conservait un intérêt digne de protection à agir dans la mesure où, d'une part, cette situation était susceptible de se reproduire et, d'autre part, il existait un intérêt public suffisamment important à la solution du litige s'agissant d'une pratique qui aurait cours au sein de certaines communes genevoises. Le recours était donc recevable.

Dès lors qu'il y avait eu transfert d'un monopole communal au sens de la LMI, la commune se devait d'observer les exigences précitées, notamment procédurales. En particulier, il lui incombait d'organiser une procédure d'appel d'offres et de formaliser, à l'issue de celle-ci, le choix du concessionnaire par une décision administrative sujette à recours afin de permettre un contrôle des principes susmentionnés. Dans la mesure où ces exigences n'avaient pas été respectées, le grief tiré de la violation de l'art. 2 al. 7 LMI était admis.

En l'absence d'une telle procédure, la décision d'attribution, soit l'acte « détachable », était contraire au droit et donc illégale. Le fait que la commune n'ait pas formalisé le choix de son cocontractant n'était pas déterminant, puisque la décision d'octroyer la concession à l'appelée en cause avait bien été prise préalablement à la conclusion du contrat de concession du 11 juin 2019, lequel ne constituait qu'un acte d'exécution de la décision d'attribution. En revanche, dès lors que le contrat litigieux avait déjà été conclu, le TAPI ne pouvait en principe plus annuler la décision querellée, mais seulement constater son illicéité, sous réserve d'un cas de nullité absolue.

En s'affranchissant de l'obligation d'organiser un appel d'offres, la commune avait non seulement violé les principes de transparence et de non-discrimination garantis par l'art. 2 al. 7 LMI, mais elle avait également violé les principes de la neutralité concurrentielle de l'activité étatique et de l'égalité de traitement entre concurrents. Ces violations avaient pour conséquence d'avoir privé C_____ de la possibilité de pouvoir attaquer la décision d'attribution avant que le contrat ne soit conclu, la plaçant ainsi devant le fait accompli. Cette violation apparaissait d'autant plus grave que C_____ s'était, dès 2018 déjà, régulièrement annoncée candidate auprès de la commune, soit bien avant la conclusion de la convention litigieuse en juin 2019. La décision prise par la commune de contracter avec l'appelée en cause, sans passer par un appel d'offres, était entachée d'un vice grave et manifeste et devait par conséquent être considérée comme nulle.

Cette sanction était par ailleurs proportionnée par rapport à la gravité de la violation. L'intérêt à une correcte application du droit devait dans le cas d'espèce l'emporter sur celui de la sécurité du droit, respectivement de la protection de la confiance, étant relevé que l'appelée en cause ne pouvait ignorer l'irrégularité de la décision d'attribution, ayant elle-même participé à des appels d'offres pour l'octroi de concessions d'affichage sur le domaine public d'autres communes genevoises.

- 17) Par acte du 14 mai 2021, la commune a interjeté recours par-devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité en concluant à son annulation et à ce que le dossier lui soit renvoyé pour qu'elle rende une décision constatant les règles et les critères suivis lors de l'attribution de la concession du monopole d'affichage sur le domaine public à A_____. Les frais de procédure de première et seconde instance devaient être mis à la charge de C_____.

Reprenant l'argumentation développée jusque-là, elle a relevé qu'aucune disposition légale ne prévoyait l'éventuelle nullité de la décision d'adjudication, avec pour conséquences que ce constat ne pouvait intervenir que dans des cas exceptionnels. Or, le constat de la nullité n'était pas nécessaire dans le cas d'espèce, dès lors que le système de l'annulabilité avait offert un remède suffisant

à C_____ pour se plaindre d'une violation de l'art. 2 al. 7 LMI. La décision litigieuse était par ailleurs affectée d'un vice matériel et non fonctionnel, de sorte qu'il ne se justifiait pas de constater la nullité. La condamner à procéder à un nouvel appel d'offres, et à remettre en cause le contrat de concession, portait atteinte à la sécurité du droit dès lors que le contrat avait déjà été conclu et que son exécution avait déjà commencé. Le fait de l'obliger à se départir de ce contrat l'exposerait en outre à devoir indemniser entièrement A_____. Elle se retrouverait alors dans une situation inextricable si C_____ remportait le marché, puisque soit elle ne pourrait pas donner suite à sa nouvelle décision d'attribution, soit elle devrait résilier le contrat avec A_____ ce qui entraînerait de nombreux problèmes insolubles (indemnisation, restitution des prestations déjà exécutées).

La possibilité de prévoir des sanctions alternatives au seul constat d'illicéité de la décision d'adjudication, après la conclusion du contrat, avait été évoquée en doctrine et utilisée par certains tribunaux cantonaux, mais n'avait pas reçu l'onction du Tribunal fédéral. Cela n'avait pas non plus été inclus dans la législation sur les marchés publics nouvellement modifiée. Aucune base légale n'autorisait le TAPI à lui ordonner de procéder à un appel d'offres, ce d'autant moins que rien ne permettait de considérer que la décision d'adjudication était illicite, faute de connaître les critères ayant présidé à son octroi. Toute autre solution qu'un renvoi avec une injonction de rendre une décision expliquant les règles et les critères suivis violerait son autonomie communale et la LMI.

- 18) Le même jour, A_____ a également interjeté recours contre ledit jugement par-devant la chambre administrative, en concluant à son annulation et à ce que le recours formé par C_____ soit déclaré irrecevable. C_____ devait également être condamnée aux frais de la procédure et à lui verser une indemnité à titre de dépens.

Dans son recours au TAPI, C_____ avait uniquement conclu à la nullité, subsidiairement à l'annulation de la décision d'octroi de concession d'affichage sur le domaine public du 11 juin 2019. Or, selon la jurisprudence, ces deux dernières conclusions étaient irrecevables et seul un constat d'illicéité aurait été recevable. Dès lors que C_____ n'avait pas pris de conclusion en constat de l'illicéité de la décision d'octroi de concession, son recours aurait dû être déclaré irrecevable.

En application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, seul le caractère illicite de la décision d'octroi de la concession aurait pu être constaté par le TAPI, et non la nullité de cette dernière. Le jugement querellé portait atteinte à ses droits acquis, lesquels étaient protégés par la garantie de la propriété et le principe de la bonne foi.

- 19) Le 18 juin 2021, la commune a déclaré souscrire pleinement aux arguments et conclusions formés par A_____ dans son recours.

20) Le 1^{er} juillet 2021, A_____ a indiqué approuver en tous points le recours formé par la commune.

21) Dans ses observations du 2 juillet 2021, C_____ a conclu au rejet des recours de la commune et de A_____.

La commune n'était à l'évidence pas de bonne foi lorsqu'elle avait attribué la concession litigieuse et la convention en découlant avait été conclue au mépris des normes applicables. Cela justifiait pleinement la sanction de nullité. La commune était malvenue de se prévaloir de la sécurité du droit dans ces circonstances. L'arrêt du Tribunal fédéral auquel se réfèrent les recourantes différait de la présente cause et n'excluait pas la nullité.

22) Dans sa réplique du 22 juillet 2021, A_____ a persisté dans ses conclusions.

23) Le 5 août 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) a. La cause a pour objet la transmission d'une concession portant sur un monopole d'affichage et ne porte donc pas sur l'attribution d'un marché public (ATF 143 II 120 consid. 6 ; ATA/1271/2018 du 27 novembre 2018 consid. 4a). Le transfert du monopole d'affichage litigieux tombe en revanche dans le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI, ce qui n'est en demeurant contesté par aucune des parties.

b. En Suisse, la LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

Au terme de l'art. 2 al. 7 LMI, 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.

À teneur de l'art. 9 LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions (al. 1). Le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration. Dans le

domaine des marchés publics, cela vaut : pour les marchés dont la valeur est égale ou supérieure à la valeur seuil qui, selon le droit cantonal ou intercantonal, est applicable à la procédure sur invitation (let. a) ; pour la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier et pour le prononcé d'une sanction (let. b) ; lorsqu'il est fait grief que, selon les dispositions applicables, le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres public (let. c). Si, en matière de marchés publics, un recours est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance de recours se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit déterminant (al. 3).

c. La procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI fait référence n'a pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics et ne sont visées par cette disposition que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit (ATF 143 II 120 consid. 6.2 et 6.3 ; 135 II 49 consid. 4.1).

En introduisant l'obligation de recourir à un appel d'offres, le législateur a cherché à faciliter, voire garantir un accès au marché non discriminatoire et transparent lors des transferts de tels monopoles, tout en respectant la compétence constitutionnelle des cantons et des communes en matière d'activités économiques à caractère monopolistique. L'idée du législateur était de permettre aux autorités compétentes de s'inspirer des obligations du droit des marchés publics, dans le respect des particularités propres aux activités monopolistiques (ATF 143 II 120 consid. 6.3.1).

Pour définir la portée de l'art. 2 al. 7 LMI, il convient également de ne pas perdre de vue la position intrinsèquement différente de l'autorité lors de la passation d'un marché public par rapport à celle exercée lors du transfert d'un monopole. Contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de consommateur, acquiert auprès d'une entreprise privée, en contrepartie du paiement d'un prix, une prestation dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques, l'attribution d'une concession de monopole cantonal ou communal implique que l'autorité concédante se trouve dans un rôle d'offreur ou de vendeur, puisqu'elle cède, moyennant une redevance et diverses prestations annexes, le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales. Il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession de monopole, car la collectivité publique reste libre d'exercer elle-même l'activité en cause. Ces différences justifient de laisser à la collectivité publique une plus grande liberté qu'en matière de marchés publics dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3).

d. Concrètement, l'art. 2 al. 7 LMI, impose deux exigences découlant du droit des marchés publics : un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Dans ce cadre, la collectivité publique doit non seulement organiser une procédure permettant aux entreprises privées intéressées par l'exploitation du monopole de déposer une offre, mais aussi attribuer la concession par le biais d'une décision contre laquelle des voies de droit devaient être ouvertes. Quant à l'interdiction de discriminer, elle s'appliquait non seulement à la procédure d'appel d'offres stricto sensu, mais aussi à la détermination des critères de sélection et au choix du concessionnaire; elle imposait le respect du principe de transparence (ATF 143 II 598 consid. 4.1.2 ; 143 II 120 consid. 6.4.1).

3) a. À Genève, l'utilisation du domaine public est réglée par la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 5). L'autorité qui accorde une permission ou qui octroie une concession en fixe les conditions (art. 17 LDPu).

b. L'installation de procédés de réclame, perceptibles depuis le domaine public, dans un but direct ou indirect de publicité, de promotion d'activités culturelles ou sportives (art. 2 de la loi sur les procédés de réclame du 9 juin 2000 - LPR - F 3 20), est soumise à un régime d'autorisation, dont les conditions sont définies par la LPR, dans le but d'assurer la sécurité routière, la protection des sites et l'esthétique des lieux, ainsi que l'ordre public (art. 1, 4 et 5 LPR ; ATA/386/2016 du 3 mai 2016 consid. 4 et la référence citée).

Aux termes de l'art. 25 LPR, les communes peuvent octroyer, par le biais d'une concession, un droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public à une ou plusieurs sociétés (al. 1). L'octroi d'une concession donne lieu à une redevance annuelle globale dont le montant n'excède pas 50 % de la recette brute perçue (al. 2). La commune rétrocède à l'État une part de 10 % de ces redevances (al. 3).

4) En l'occurrence, les parties ne contestent pas que les dispositions légales précitées n'ont pas été respectées, dans la mesure où la commune a octroyé la concession litigieuse à A_____ sans procéder à un appel d'offres, et ce alors même que C_____ l'avait spontanément interpellée à plusieurs reprises pour lui faire part de son souhait de participer au prochain appel d'offres qui serait organisé.

La position des parties diffère en revanche sur les conséquences de la violation de l'art. 2 al. 7 LMI notamment. Les recourantes reprochent toutes deux au TAPI d'avoir constaté la nullité de la décision d'attribution de la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur le domaine public de la commune et d'avoir renvoyé la cause à cette dernière pour qu'elle procède, dans un délai maximum de quatre mois, à un appel d'offres en vue de l'attribution de ladite concession. A_____ considère que le TAPI ne pouvait que constater

l'illicéité de la décision d'attribution de la concession litigieuse. La commune relève, quant à elle, que le TAPI aurait dû constater que l'attribution litigieuse devait faire l'objet d'une décision et lui renvoyer le dossier afin qu'elle rende une décision constatant les règles et les critères suivis lors de l'attribution de la concession du monopole d'affichage sur son domaine public à A_____.

Seule demeure ainsi litigieuse la question des conséquences du constat de la violation de l'art. 2 al. 7 LMI, et plus largement du non-respect de la procédure visant à l'octroi de la concession en cause.

- 5) a. Une disposition similaire à l'art. 9 al. 3 LMI existait à l'art. 32 al. 2 de l'ancienne loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (aLMP), qui prévoyait que, si le recours s'avérait fondé et qu'un contrat avait déjà été conclu avec le soumissionnaire, le tribunal se limitait à constater dans quelle mesure la décision attaquée violait le droit fédéral.
- b. Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2021, de la nouvelle loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP - RS 172.056.1), c'est l'art. 58 al. 2 LMP qui prévoit que lorsque le recours s'avère bien fondé et qu'un contrat a déjà été conclu avec le soumissionnaire retenu, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision.

En même temps qu'elle procède à la constatation de la violation du droit, l'autorité de recours statue sur une éventuelle demande en dommages-intérêts (art. 58 al. 3 LMP). Les dommages-intérêts sont limités aux dépenses que le soumissionnaire a dû engager en relation avec la préparation et la remise de son offre (art. 58 al. 4 LMP).

c. Le message du Conseil fédéral relatif au projet de révision totale de la LMP du 15 février 2017 (FF 2017 1695 ss) précise que les recourants contre les décisions relevant du droit des marchés publics et touchant ces marchés pourront demander au Tribunal administratif fédéral de constater l'illicéité de ces décisions et réclamer des dommages-intérêts pour les dépenses engagées inutilement pour l'établissement d'une offre. Un soumissionnaire qui n'a, à tort, pas été retenu ne peut cependant prétendre à être indemnisé de son intérêt à l'exécution, c'est-à-dire des avantages que lui aurait procuré la conclusion et l'exécution du contrat (FF 2017 1695, p. 1820).

Il a également été relevé, en lien avec l'art. 42 LMP traitant de la conclusion du contrat, que, dans le domaine des marchés soumis aux accords internationaux également, un contrat conclu prématurément n'est pas automatiquement frappé de nullité (art. 20 loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations - RS 220). Cette conséquence juridique ne se produit que si elle est expressément prévue par la loi ou si elle découle du sens et du but de la norme enfreinte. Le droit des marchés publics, destiné en premier lieu à garantir

des acquisitions économiques, ne prévoit pas de sanction aussi lourde. Le vice matériel réside non pas dans la conclusion prématurée du contrat mais, le cas échéant, dans l'infraction aux règles et principes du droit des marchés publics dont la réalisation a été établie dans le cadre d'une procédure de recours. Si le tribunal conclut à la réalisation d'une telle infraction, il est concevable qu'il demande à l'adjudicateur de lancer un nouvel appel d'offres. Une adjudication de gré à gré peut être annulée après la signature du contrat sans que cela implique nécessairement la nullité du contrat de droit privé (FF 2017 1695, p. 1802-1803).

Dans les commentaires concernant l'art. 58 al. 1 LMP, relatif à la décision sur recours, il a également été relevé que si une décision est entachée de vices de forme irréparables, on ne pourra guère éviter que l'autorité de recours annule la décision attaquée et ordonne la répétition de la procédure d'adjudication depuis l'étape où le défaut est apparu. L'adjudication du marché au recourant ne sera possible que lorsqu'il est incontestable qu'elle doit lui revenir. Si des investigations sont nécessaires pour établir les faits, l'affaire devra être renvoyée (FF 2017 1695, p. 1830).

Le tribunal peut également rendre une décision en constatation lorsqu'il admet un recours contre une adjudication alors que le contrat avec le soumissionnaire retenu a déjà été conclu. Il constate ce faisant l'illicéité de la décision attaquée (protection juridique secondaire). Lorsque l'adjudication a été consacrée par un contrat de droit privé, la révoquer ne sert à rien. L'autorité de recours n'est pas habilitée à intervenir directement dans un contrat de droit privé. Il appartient aux tribunaux civils de statuer sur la validité d'un tel contrat. Lorsqu'un contrat lié à un marché soumis aux accords internationaux a été conclu prématurément ou qu'il ne repose, à tort, ni sur un appel d'offres ni sur une procédure sur invitation, le tribunal peut éventuellement ordonner à l'adjudicateur de résilier le contrat pour la prochaine échéance possible, dans le respect des dispositions contractuelles, et de mettre le marché au concours, à moins que les prestations requises ne puissent être fournies par des ressources internes (FF 2017 1695, p. 1830).

- 6) Certains auteurs ont commenté les dispositions de la nouvelle LMP, en relevant notamment que bien que la conclusion d'un contrat avec le soumissionnaire retenu ne soit pas une décision susceptible de recours au sens de l'art. 53 LMP, l'examen de la conclusion du contrat par ce dernier et le respect des règles des marchés publics pourraient éventuellement intervenir en cas de recours contre la décision d'adjudication. Dans ce cas, et sans changement quant au régime actuel, la seule possibilité pour les autorités judiciaires en cas de violation des règles sur les marchés publics serait de constater le caractère illicite de la décision d'application de l'art. 58 al. 2 LMP et, éventuellement, d'octroyer au soumissionnaire évincé des dommages-intérêts pour les dépenses nécessaires à l'élaboration et à la remise de son offre (François BELLANGER/Bénédicte

DAYEN, Les nouveautés concernant la phase postérieure à la décision d'adjudication, in DC 2020 p. 36, p. 38).

Ces auteurs ont encore relevé que la nouvelle LMP n'avait donc pas intégré la tendance jurisprudentielle visant à permettre aux autorités judiciaires d'ordonner à une autorité adjudicatrice de résilier le contrat pour le prochain terme et/ou de lancer un nouvel appel d'offres. Le législateur n'ayant finalement pas réellement tranché les interrogations ouvertes, il conviendrait donc de voir si les tribunaux suivront cette ligne ou s'ils continueraient, dans certains cas, à ordonner la résiliation du contrat et le lancement d'un nouvel d'appel d'offres (François BELLANGER/Bénédicte DAYEN, op. cit., p. 38).

- 7) La doctrine a relevé que des auteurs et autrices avaient échafaudé de nombreuses solutions pour les situations dans lesquelles le contrat est conclu sur la base d'une décision d'adjudication illicite, lorsque le marché est conclu avant qu'il ne soit légalement possible ou lorsque le contenu du contrat diffère par trop de celui de la décision d'adjudication. La première piste consiste à considérer que le contrat serait pleinement valable et que le juge ne disposerait plus que d'un pouvoir de constatation du caractère illicite de cette décision (avec renvoi à une action en responsabilité subséquente). On pourrait imaginer au contraire que le juge ait la faculté de se prononcer directement sur le contrat, pour l'invalidier, le modifier, notamment ; il a toutefois été relevé que cette voie pouvait être laissée de côté dès lors que personne ne la soutient. Plusieurs auteurs suggèrent par ailleurs de s'appuyer sur le régime de la nullité de l'art. 20 CO ; on trouve également des solutions qui apparaissent comme une variation sur ce thème (toutefois, la doctrine et la jurisprudence qui vont dans ce sens parlent à cet égard plutôt d'invalidité du contrat). Un autre auteur suggère enfin une approche qui tend à rechercher la réponse dans le droit des marchés publics, sans que cela n'affecte directement le contrat en tant que tel ; en substance, le juge de l'adjudication pourrait, après avoir mis en évidence l'illicéité de l'adjudication, ordonner à l'autorité intimée de mettre fin au contrat, par les moyens que lui offre à cet effet le droit privé (Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 306 ; Etienne POLTIER/Evelyne CLERC, in Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER [éd.], Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., 2013, ad. art 9 LMI n. 117 à 123 ; Thomas LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, 2013, p. 129 ; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, p. 1435 ss).

Une autrice relève notamment que la non-publication d'un appel d'offres ou l'utilisation injustifiée de la procédure de gré à gré constitue un cas patent de décision absolument nulle, qui devrait être sanctionnée par ailleurs par la nullité du contrat lorsque celui-ci est déjà conclu. Cette sanction est même la seule efficace. D'une part, la passation d'un marché de gré à gré n'est généralement connue qu'à la suite de la publication de l'adjudication, c'est-à-dire à un stade où le

contrat est vraisemblablement déjà conclu et où la décision ne peut plus être annulée. D'autre part, il est pratiquement impossible à une entreprise concurrente de démontrer un préjudice, donc d'obtenir des dommages-intérêts, faute d'avoir pu déposer une offre. Il serait choquant que puissent être sanctionnées, par le biais de l'annulation de la décision, des violations plus bénignes commises dans le cadre d'une procédure de passation de marché avec mise en concurrence et que reste de facto impunie la renonciation pure et simple à une telle mise en concurrence. Cela équivaldrait à encourager les pouvoirs adjudicateurs à faire usage d'une telle pratique. La nullité absolue de la décision, et par conséquent du contrat, est, dans un tel cas, une sanction appropriée au but des règles en matière de marchés publics et à l'effet combattu (Evelyne CLERC, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, 1997, in *PJA* 1997 p. 804, 811).

Cette approche a toutefois été critiquée par d'autres auteurs, lesquels ont notamment relevé que l'illicéité devait concerner le contenu du contrat ; or les vices liés au non-respect des règles du droit des marchés publics touchaient sa genèse (Etienne POLTIER, *op. cit.*, p. 309 ; Martin BEYELER, *op. cit.*, p. 1439 et 1443 ss ; Andreas ABEGG, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, 2009, p. 169).

D'autres auteurs ont encore considéré que le contrat, conclu en violation grave des règles du droit des marchés publics et sur la base d'une adjudication annulée sur recours, était frappé de nullité *ex nunc* ; il serait ainsi privé d'effet à compter du prononcé du juge de l'adjudication (Etienne POLTIER, *op. cit.*, p. 309 ; Tomas LOCHER, *Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht*, 2013, p. 129).

- 8) a. Le Tribunal fédéral a souvent eu l'occasion de rappeler qu'en matière de marchés publics, les contrats avec les soumissionnaires choisis sont souvent conclus, voire exécutés, avant que les tribunaux aient pu se prononcer sur la validité de la procédure de soumission. Pour éviter qu'un recours ne retarde ou ne renchérisse l'exécution des travaux, l'art. 9 al. 3 LMI exclut l'annulation de la décision d'adjudication au cas où le contrat serait déjà conclu, le Tribunal fédéral devant alors se borner à constater dans quelle mesure la décision viole les règles sur la passation des marchés publics. Le législateur fédéral a ainsi limité le pouvoir de décision du Tribunal fédéral à la seule constatation de l'illicéité lorsque le contrat est déjà conclu (ATF 125 II 86 consid. 5a). En d'autres termes, une fois le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire conclu, les choses se présentent sous un jour sensiblement différent, car le recours ne tend alors plus à l'attribution du marché, mais à la constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication et à l'obtention de dommages et intérêts (ATF 131 I 153 consid. 6).
- b. La chambre de céans a eu maintes fois l'occasion de confirmer qu'un soumissionnaire évincé a un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une

constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (ATA/936/2021 du 14 septembre 2021 consid. 2a ; ATA/927/2020 du 22 septembre 2020 consid. 2a). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages-intérêts soient réclamés ou non (ATA/970/2019 du 4 juin 2019 consid. 2b).

c. Les tribunaux ont en revanche parfois pris des décisions différentes, dans des situations dans lesquelles des contrats avaient été conclus sans procédure d'adjudication préalable.

Dans un arrêt vaudois du 6 novembre 2009 (GE.2007.0013), le Tribunal cantonal a traité d'une affaire dans laquelle l'autorité intimée avait adjudgé un marché – et conclu le contrat y relatif le 16 février 2007 – concernant des analyses médicales, sans lancer d'appel d'offres public. Le Tribunal cantonal vaudois a considéré qu'il n'entendait ni s'en tenir à la constatation du caractère illicite de l'adjudication litigieuse (ce qui ne rendrait pas justice aux recourantes s'agissant d'un contrat de durée), ni prononcer une annulation (qui constituait une sanction disproportionnée), ni non plus enjoindre à l'intimée de résilier les rapports contractuels litigieux dans un certain délai (ce qui soulèverait encore d'autres difficultés à la fois juridiques et pratiques). Il n'en restait pas moins qu'un échange de prestations établi en violation des règles des marchés publics ne pouvait se poursuivre indéfiniment, sans qu'il soit enjoint à l'autorité adjudicatrice de lancer un appel d'offres public, selon la procédure de son choix, et ceci dans un délai raisonnable. Il a alors fait injonction à l'autorité intimée de procéder à la publication d'un appel d'offres dans un délai qu'il a lui-même déterminé. Cette solution prenait en compte les intérêts des recourantes, qui recevaient ainsi la garantie que l'intimée lancerait une procédure d'appel d'offres avant d'attribuer à nouveau le marché des analyses médicales litigieux, tout en étant la moins dommageable pour l'intimée et ses partenaires.

Dans un arrêt du 28 octobre 2013 (2C_770/2013), le Tribunal fédéral a ratifié un arrêt du Tribunal cantonal argovien ordonnant au pouvoir adjudicateur de résilier pour le plus prochain terme contractuel le contrat conclu suite à une procédure des marchés publics viciée (absence d'appel d'offres public pour des services informatiques) et d'organiser un nouvel appel d'offres dans un délai fixé.

Dans un arrêt du 3 décembre 2015 (VB.2015.00238), le Tribunal administratif zurichois est arrivé à la conclusion qu'il n'était pas autorisé à intervenir dans la relation contractuelle de droit civil. Toutefois, il pouvait imposer au pouvoir adjudicateur des règles concernant son comportement contractuel. Il s'agissait essentiellement de mesures futures telles qu'une résiliation ex nunc du contrat. L'ordre de résiliation du contrat et de réattribution du contrat

ne pouvait, sauf cas exceptionnel, être envisagé que pour des travaux qui n'avaient pas encore été exécutés, sous peine de violer le principe de proportionnalité.

Dans un arrêt du 17 janvier 2019, relatif à une affaire où une collectivité avait conclu un contrat avec un prestataire pour le recyclage des textiles usagés sans procédure d'adjudication préalable, le Tribunal cantonal de Zurich a constaté que le contrat adjugé de gré à gré l'avait été en violation du droit. Après avoir relevé que le droit des marchés publics ne l'autorisait pas à intervenir dans la relation contractuelle de droit civil, il a considéré qu'il était fondé à imposer au pouvoir adjudicateur des obligations de comportements relatives à ce contrat. Il a ainsi invité le pouvoir adjudicateur à résilier le contrat contraire au droit des marchés publics d'ici à la fin de l'année 2019, relevant qu'il appartiendrait à celui-ci au moment venu d'adjuger le marché conformément au droit (VB.2018.00469).

Divers arrêts ont relevé qu'il était possible de procéder à l'annulation de l'adjudication, malgré l'existence d'un contrat – tenu pour invalide – conclu avant la date du jugement (ATAF 2009/19 consid. 7.2 ; JAAC 61.24 consid. 2b à 2e ; JAAC 62.32 I consid. 2, RDAF 1998 I 140 ; JAAC 62.32 II consid. 3d, RDAF 1998 I 252 ; JAAC 62.32 II consid. 3d, RDAF 1998 I 252 ; JAAC 62.79 consid. 2 ; arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 24 janvier 2001 GE.2000.0136 consid. 5).

La nullité de la décision d'attribution a également été admise dans des cas où le pouvoir adjudicateur avait gravement violé les règles essentielles régissant la passation des marchés publics, par exemple en effectuant des adjudications sans appel d'offres ou sans publication préalable (arrêt du Tribunal administratif tessinois du 14 novembre 2018, 52.2018. 305 ; jugement du Tribunal administratif de Zurich du 20 avril 2005, VB.2005.00068).

d. Le Tribunal fédéral a tranché dans une affaire où le contrat avait été conclu pendant le délai de recours contre l'adjudication, en violation du droit cantonal. Il a relevé que la juridiction administrative saisie du recours contre l'adjudication pouvait, lorsqu'elle statuait sur une requête de mesures provisoires, se réserver, pour le cas où elle devrait admettre le recours contre l'adjudication dans sa décision finale, de donner au pouvoir adjudicateur des instructions quant à la conduite à tenir par rapport au contrat conclu irrégulièrement (arrêts du Tribunal fédéral 2C_446/2011 du 10 octobre 2011 consid. 1.2 ; 2C_339/2010 et 2C_434/2010 du 11 juin 2010 consid. 3.2).

- 9) Dans le contexte de la conclusion d'un contrat par une collectivité publique, la doctrine a élaboré une théorie appelée « théorie des deux niveaux » ou « théorie des actes détachables ». Cette théorie considère que l'on doit distinguer des phases distinctes, la première étant la décision de l'administration (unilatérale et fondée sur le droit public) de conclure le contrat et la deuxième étant le contrat lui-même, en principe rattaché au droit privé (Jean-Philippe DUNAND/

Pascal MAHON/Héloïse ROSELLO, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, 2016, p. 16 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, p. 445 n. 3.1.4.1). Selon certains auteurs la théorie des deux niveaux permet de soumettre des actes relatifs au droit privé (et donc à la justice civile) à la compétence du juge administratif et autoriserait donc un contrôle juridictionnel en cas de refus d'embauche au sein du contentieux administratif. Dans ce cadre, le refus de conclure une convention avec un candidat pourrait être considéré comme une décision négative et ce, que la future relation juridique soit ou non soumise au droit public (Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON/Héloïse ROSELLO, *op. cit.*, p. 160).

L'avantage de cette théorie est de permettre à l'administré avec lequel l'administration n'a pas voulu contracter d'attaquer la décision préalable « détachable », de ne pas conclure ou de permettre aux tiers touchés par la conclusion d'un contrat d'attaquer la décision de conclure le contrat. Encore faudra-t-il, pour que ce mécanisme soit efficace, qu'il existe une voie de recours, que les administrés en question aient la qualité pour agir et que les pouvoirs d'examen et de décision de l'autorité de recours leur fournissent un remède effectif (Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., 2018, n. 1003).

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral, se prononçant en matière d'adjudication de marchés publics, a refusé de reconnaître la théorie de l'acte détachable, affirmant que les décisions d'adjudication n'avaient pas le caractère d'actes de puissance publique (Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, 1005). Le Tribunal fédéral a toutefois modifié sa jurisprudence, sans aller jusqu'à une reconnaissance généralisée de cette théorie, au vu de l'évolution du droit des marchés publics, (ATF 125 II 86 consid. 3 ; Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 1005).

En effet, dans le domaine des marchés publics, la législation a expressément admis l'existence d'une décision administrative précédant la conclusion d'un contrat (art. 29a let. a aLMP ; art. 53 al. 1 let. e LMP ; Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, n. 1006).

- 10) La conclusion du contrat constitue le mode d'exécution de la décision d'adjudication. Elle ne permet pas de contourner les barrières du droit public par une « fuite dans le droit privé ». L'État ne saurait en effet utiliser le droit privé pour contourner l'application des procédures de droit administratif destinées à assurer la légalité et la protection des droits des administrés (RDAF 1998 I p. 140, 143).
- 11) Il est des cas où les vices affectant une décision sont si graves et si évidents qu'ils empêchent celle-ci d'avoir une existence – et donc des effets – quelconque. La décision nulle est censée n'avoir jamais existé. L'écoulement des délais de recours non utilisés n'a aucun effet guérisseur. Une décision nulle n'a que

l'apparence de la décision. La nullité renverse ainsi la présomption de validité des décisions formellement en force. La possibilité de la nullité d'une décision crée une grande insécurité juridique. La nullité ne peut être admise qu'exceptionnellement. Elle n'est reconnue que si le vice dont la décision est entachée est particulièrement grave, s'il 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. Ces conditions sont cumulatives et elles ont pour conséquence que la nullité n'est que très rarement admise (ATF 132 II 21 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_270/2011 du 29 août 2011 consid. 5.1 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 908 ss). Entrent avant tout en considération comme motifs de nullité l'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité appelée à statuer, ainsi qu'une erreur manifeste de procédure (ATF 129 I 361 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_354/2015 du 20 janvier 2016 consid. 4.1). Enfin, la nullité d'une décision peut être constatée en tout temps et d'office par n'importe quelle autorité, y compris en instance de recours (ATF 136 II 415 consid. 1.2 ; 132 II 342 consid. 2.1).

- 12) Dans un arrêt du 27 mai 2019 (2C_569/2018), sur lequel les recourantes fondent dans une large mesure leur argumentation, le Tribunal fédéral a relevé l'existence d'une violation de l'art. 2 al. 7 LMI dans le cadre de la nomination de la direction de deux théâtres genevois, laquelle avait été choisie suite à la suite d'une mise en concours organisée par le Commune de Genève et non d'une procédure d'appel d'offres au sens de la disposition précitée. Il a notamment constaté qu'en regard à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI, l'autorité aurait dû rendre une décision attaquable en lien avec ces nominations. Il a également relevé, se référant par analogie aux marchés publics et à l'ATF 141 II 14, que dès lors que les directions avaient déjà été nommées et les contrats de subventionnement conclus, la procédure ne pouvait désormais concerner que l'éventuel caractère illicite de la décision. En l'absence d'un tel acte et des constatations de fait qui en découlaient, il ne pouvait toutefois se prononcer sur cette question. Il convenait dès lors de renvoyer la cause à l'autorité afin qu'elle rende une décision dans laquelle elle constaterait les règles et critères suivis lors du processus de nomination des directions des deux théâtres, permettant le cas échéant au recourant – un candidat déchu – de se plaindre de leur éventuelle illicéité à supposer qu'il remplisse les conditions procédurales pour ce faire.
- 13) a. En l'espèce, il ne ressort pas de solution claire de la loi, de la jurisprudence ou de la doctrine quant aux conséquences qui découlent de l'attribution d'une concession ne respectant pas l'art. 2 al 7 LMI, soit qui n'aurait pas fait au préalable l'objet d'un appel d'offres de la part de l'autorité concédante.

Il sera en particulier relevé que le texte de l'art. 9 al. 3 LMI – qui prévoit que si, en matière de marchés publics, un recours est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance de recours se borne à constater dans

quelle mesure la décision contestée viole le droit déterminant – laisse à penser que cette disposition ne s'applique qu'aux marchés publics et pas à l'octroi des concessions de monopole.

La chambre de céans ne souscrit par ailleurs pas à l'analyse des recourantes selon laquelle l'arrêt 2C_569/2018 relatif à l'affaire de la nomination de la direction de deux théâtres genevois apporterait la seule solution applicable au cas d'espèce.

En effet, contrairement à ce que relèvent les recourantes, les états de faits ne sont pas identiques et plusieurs éléments diffèrent entre ces deux cas. Il convient de relever, d'une part, qu'aucune disposition légale (ni même aucune jurisprudence ou commentaire doctrinal) ne prévoyait clairement, dans l'affaire précitée, qu'une telle nomination relevait de l'attribution d'une concession, contrairement à ce qui prévaut dans le cas de la transmission du monopole d'affichage sur le domaine public. Il n'y avait dès lors pas de violation manifeste des dispositions légales topiques, contrairement à ce qui a eu lieu dans le cas d'espèce. D'autre part, si la nomination de la direction des théâtres n'a pas fait l'objet d'un appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI, elle a tout de même fait l'objet d'une mise au concours, à laquelle avait d'ailleurs pu participer le recourant (mais à l'issue de laquelle il n'avait pas été retenu). Le recourant avait ainsi la possibilité de contester la procédure utilisée par les deux théâtres avant la conclusion des contrats litigieux. Or, dans le cas d'espèce, aucune procédure quelle qu'elle soit n'a été menée, la concession d'affichage ayant été discutée et attribuée de manière totalement confidentielle entre la commune et A_____. Enfin, il sera relevé que le Tribunal fédéral n'a pas eu besoin de procéder à une analyse détaillée des conséquences sur la décision d'attribution du non-respect de la procédure d'appel d'offres au sens de l'art. 2 al. 7 LMI, le litige portant principalement sur la question de savoir si une telle nomination relevait d'une attribution de concession.

b. À titre préalable, il convient de relever que les recourantes semblent faire une confusion entre la nullité du contrat conclu entre elles – question qui apparaît être du ressort des juridictions civiles et n'a donc pas à être examinée dans la présente procédure – et la nullité de la décision d'attribuer la concession litigieuse, dont la question peut et doit être traitée par la chambre de céans.

Il ressort des dispositions légales précitées, soit notamment l'art. 9 al. 3 LMI et l'art. 58 LMP, ainsi que de la jurisprudence susmentionnée, qu'un soumissionnaire évincé peut recourir contre la décision d'adjudication qu'il juge illégale. En cas de signature du contrat dans l'intervalle, il ne pourra pas faire annuler celui-ci (et ne pourra donc pas non plus se voir adjuger le marché) mais pourra, en cas d'admission de son recours, obtenir qu'il soit constaté l'illicéité de la décision d'adjudication et, cas échéant, obtenir des dommages et intérêts s'il parvient à démontrer l'existence d'un dommage (soit les dépenses engagées en relation avec la préparation et la remise de l'offre). Dans cette hypothèse, très

clairement visée par les dispositions précitées, l'autorité adjudicatrice sera sanctionnée tant par le constat de l'illicéité de sa décision que par l'éventuelle réparation qu'elle devra fournir.

La conclusion tendant à dire que seul un constat d'illicéité de la décision d'adjudication peut intervenir, avec éventuellement une obligation de verser des dommages et intérêts, lorsque le contrat a été conclu, apparaît viser, et être satisfaisante, pour les situations dans lesquelles l'autorité adjudicatrice était autorisée à conclure. Il en va notamment ainsi des situations dans lesquelles un recours a été formé contre la décision d'adjudication, sans que la restitution de l'effet suspensif ne soit sollicitée et/ou accordée. Dans ces circonstances, un appel d'offres a effectivement eu lieu et le candidat évincé peut recourir contre la décision d'adjudication qu'il juge illicite. C'est d'ailleurs dans le cadre de ces hypothèses que la très grande majorité de la jurisprudence a été rendue.

La situation du cas d'espèce diffère toutefois des hypothèses précitées. En l'occurrence, la commune a choisi de renoncer à toute procédure d'appel d'offres pour attribuer la concession d'affichage sur son domaine public. Elle ne plaide aucunement qu'elle n'aurait pas eu connaissance des exigences légales soumise à l'attribution de ladite concession, relevant au contraire s'être accommodée de la pratique – au demeurant non démontrée – de certaines communes genevoises de ne pas réaliser d'appel d'offre dans ce domaine. Le vice en cause est dès lors manifeste. A_____ en avait également connaissance dès lors qu'elle a participé à des appels d'offres pour l'octroi de concessions d'affichage sur le domaine public d'autres communes genevoises (ATA/1271/2018 du 27 novembre 2018). Par ailleurs, comme relevé à juste titre par le TAPI, l'irrégularité en cause est particulièrement grave, dans la mesure où, en s'affranchissant de l'obligation d'organiser un appel d'offres, la commune a non seulement violé les principes de transparence et de non-discrimination garantis par l'art. 2 al. 7 LMI, mais elle a également violé les principes constitutionnels fondamentaux tels que les principes de la neutralité concurrentielle de l'activité étatique et de l'égalité de traitement entre concurrents. En s'affranchissant de toute procédure d'appel d'offres, la commune a privé l'intimée non seulement de la possibilité d'obtenir la concession litigieuse – alors même que cette dernière avait plusieurs fois émis le souhait de participer à la mise en concurrence – mais également de pouvoir attaquer la décision d'attribution avant que le contrat ne soit conclu.

Le vice est d'autant plus grave au vu de la durée des effets qui découlent de la décision d'adjudication, à savoir l'octroi d'une concession pour une durée de dix ans, renouvelable tacitement pour cinq ans sauf résiliation de part ou d'autre dans un délai de dix-huit mois avant l'échéance.

Les difficultés invoquées par la commune en lien avec la sécurité du droit (éventuelle indemnisation de A_____, problème de restitution des prestations déjà exécutées) ne sauraient être niées. Cela étant, il sera relevé que la commune,

pas plus que A_____, ne pouvaient ignorer l'irrégularité de la décision d'attribution, ni même les conséquences auxquelles elles s'exposaient. Par ailleurs, il serait choquant que des violations plus bénignes des dispositions relatives à la mise en concurrence d'un marché ou d'une concession puissent être sanctionnées par l'annulation de la décision litigieuse, tandis qu'un refus conscient de procéder à un appel d'offres reste sans réelles conséquences. Enfin, les difficultés invoquées par la commune pourraient également surgir dans un autre cas de figure, avec la même ampleur, voire avec plus d'acuité encore, dans le cadre de l'application de l'art. 44 LMP, soit dans l'hypothèse d'une révocation d'une adjudication entrée en force, laquelle est explicitement prévue par la loi. Ainsi, le principe de sécurité du droit ne serait pas mis en danger d'une manière tel qu'il interdirait tout constat de nullité.

La commune ne saurait par ailleurs être suivie lorsqu'elle allègue que le TAPI aurait porté atteinte à l'autonomie dont elle bénéficiait dans la gestion de son domaine public. En effet, une telle autonomie ne saurait se déployer en violation de dispositions légales claires.

En outre, le fait que le législateur, dans les modifications récentes de la LMP, n'ait pas prévu d'autre disposition que celle relative au constat d'illicéité de la décision d'adjudication une fois le contrat conclu ne saurait empêcher la solution présentement retenue. En effet, même en l'absence de dispositions légales prévoyant la nullité de la décision d'adjudication, ce constat peut être établi en présence d'un vice particulièrement grave, ce qui est précisément le cas en l'espèce.

Ainsi, c'est à bon droit que le TAPI a constaté que la décision d'attribution de la concession litigieuse était nulle. C'est également à raison qu'il a relevé que ce constat ne saurait en revanche s'appliquer de facto au contrat conclu le 11 juin 2019 dès lors que les autorités administratives ne sont pas compétentes pour procéder à un tel constat relevant du droit privé.

En revanche, dès lors que, pour les activités relevant d'une concession de monopole, la collectivité publique reste libre d'exercer elle-même l'activité en cause, il ne peut être imposé à la commune de faire procéder à un appel d'offres. Il appartiendra toutefois à la commune de choisir alternativement entre faire procéder à un appel d'offres conforme, notamment, à l'art. 2 al. 7 LMI si elle entend effectivement toujours attribuer une concession d'affichage sur le domaine public, ou exercer elle-même la gestion de l'affichage sur son domaine public. Un délai de six mois, tenant ainsi compte des choix politiques qui devront être faits, lui sera ainsi imparti pour procéder à un appel d'offres ou pour réintégrer cette tâche dans ces activités courantes, et le confirmer aux parties à la présente procédure.

- 14) A_____ allègue encore que le TAPI aurait dû déclarer le recours de C_____ irrecevable dès lors que cette dernière n'avait pas pris de conclusion en constatation de l'illicéité de la décision d'octroi de la concessions d'affichage sur le domaine public, seule conclusion admissible dans le cas d'espèce.

Or, comme susmentionné, le TAPI pouvait, suivant en cela les conclusions de C_____, constater la nullité de la décision d'adjudication. Ce grief sera dès lors également écarté.

- 15) Compte tenu de ce qui précède, le recours de A_____ et de la commune seront très partiellement admis. Le jugement du TAPI sera confirmé en tant qu'il constate la nullité de la décision d'adjudication. Il sera en revanche annulé en tant qu'il impartit un délai de quatre mois à la commune pour procéder à un nouvel appel d'offres.

- 16) Selon l'art. 87 al. 1 LPA, la juridiction administrative qui rend la décision statue sur les frais de procédure et émoluments. En règle générale, l'État, les communes et les institutions de droit public ne peuvent se voir imposer de frais de procédure si leurs décisions font l'objet d'un recours. Si la règle de l'absence de frais et d'émoluments de procédure est certes directement tirée du texte légal, elle peut connaître des exceptions en vertu de ce même texte, l'art. 87 al. 1 2^{ème} phr. LPA commençant par l'expression « en général » (ATA/986/2014 du 10 décembre 2014 consid. 8). En l'occurrence, l'attitude de la commune, qui a reconnu savoir que la procédure adoptée n'était pas la bonne, justifie que les émoluments et indemnités de procédure soient également mis à sa charge. Au vu de ce qui précède, un émolument de procédure de CHF 1'200.- sera mis à la charge de chacune des recourantes, qui succombent dans une très large mesure (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à C_____, à la charge solidaire de la A_____ et de la commune (art. 87 al. 1 et 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable les recours interjetés le 14 mai 2021 par A_____ et la commune de B_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 avril 2021 ;

au fond :

les admet très partiellement ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 avril 2021 en tant qu'il renvoie la cause à la commune de B_____ afin qu'elle procède dans un délai n'excédant pas quatre mois à un appel d'offres en vue de l'attribution de la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur son domaine public ;

impartit un délai de six mois à la commune de B_____, dès l'entrée en force du présent arrêt, pour procéder à un appel d'offres en vue de l'attribution de la concession de droit exclusif d'employer des procédés de réclame sur son domaine public ou pour réintégrer cette tâche dans ces activités courantes, et en informer les parties ;

confirme le jugement précité pour le surplus ;

met un émoluments de CHF 1'200.- à la charge de A_____ ;

met un émoluments de CHF 1'200.- à la charge de la commune de B_____ ;

alloue à C_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à la charge solidaire de A_____ et de la commune de B_____ ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiquera le présent arrêt à Me François Membrez, avocat de A_____, à la commune de B_____, à Me Guy Braun, avocat de C_____ ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, MM. Verniory et Mascotto, Mme Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :