

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3623/2016-PROC

ATA/1196/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 août 2017

dans la cause

A_____

représentée par Mes Olivier Wehrli et Romain Jordan, avocats

contre

FONDATION HBM B_____

et

C_____

et

D_____

représentées par Me Bertrand Reich, avocat

et

COUR DE JUSTICE - CHAMBRE ADMINISTRATIVE

EN FAIT

- 1) Par acte du 21 avril 2016, A_____ (ci-après : A_____) a recouru contre une décision du 29 mars 2016 par laquelle la Fondation B_____ (ci-après : B_____) révoquait l'adjudication qu'elle avait faite en sa faveur le 21 janvier 2016 dans le cadre d'un marché public initié le 17 juillet 2015, afférent à ses propres parcelles et portant sur la pose d'échafaudages et installations de sécurité. Cette procédure a été enregistrée sous le n° de cause A/1242/2016.

Il sied de préciser que, par lettres du 29 mars 2016 également, signées par le bureau d'architectes mandataire, la D_____ (ci-après : D_____), respectivement la C_____ (ci-après : C_____) avaient révoqué leurs adjudications adressées le 12 janvier 2016 à A_____, pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans la décision de la C_____ sauf qu'aucune règle de droit n'était mentionnée.

- 2) Par acte du 6 juin 2016, A_____ a recouru contre une décision du 25 mai 2016 par laquelle la C_____ lui faisait part de ce qu'elle avait pris la décision d'abandonner la procédure d'appel d'offres public initiée le 17 juillet 2015, cette dernière devant être interrompue. Cette procédure a été enregistrée sous le n° de cause A/1855/2016.

- 3) Par arrêt du 6 septembre 2016 (ATA/751/2016), la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a, préalablement, ordonné la jonction des procédures n° A/1242/2016 et n° A/1855/2016 sous le même n° de cause A/1242/2016, à la forme, déclaré irrecevables les recours interjetés les 21 avril et 6 juin 2016 par A_____ en tant qu'ils étaient dirigés contre la C_____ et contre la D_____, au fond, rejeté, dans la mesure où ils étaient recevables, les recours susmentionnés en tant qu'ils étaient dirigés contre les décisions des 29 mars et 25 mai 2016 de la C_____ mis un émolument de CHF 2'000.- à la charge de la recourante et alloué une indemnité de CHF 2'400.- à la C_____ à la C_____ et à la SI conjointement et solidairement entre elles, à la charge de la recourante.

Cet arrêt a été notifié le 16 septembre 2016 à A_____.

- 4) Par acte expédié le 17 octobre 2016 au greffe de la chambre administrative, A_____ a formé réclamation et conclu, « avec suite de frais et dépens », à ce que l'indemnité de procédure allouée conjointement et solidairement aux trois intimées soit supprimée.
- 5) Dans leurs observations du 8 novembre 2016, les C_____ B_____ et D_____ ont conclu au rejet de cette réclamation, ainsi qu'à une indemnité de procédure « pour les frais causés par ce nouveau développement ».

- 6) Par lettre du 9 novembre 2016, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) En vertu de l'art. 87 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), la juridiction administrative peut, sur requête, allouer à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables causés par le recours.

À teneur de l'art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), la juridiction peut allouer à une partie pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de CHF 200.- à CHF 10'000.-.

Selon l'art. 87 al. 4 LPA, les frais de procédure, émoluments et indemnités arrêtés par la juridiction administrative peuvent faire l'objet d'une réclamation dans le délai de trente jours dès la notification de la décision ; les dispositions des art. 50 à 52 LPA sont pour le surplus applicables.

- 2) Adressée en temps utile à la chambre administrative, la réclamation est recevable.
- 3) Comme le fait valoir A_____, aucune indemnité de procédure n'est en principe allouée à la C_____ qui fait partie d'un ensemble de plusieurs entités de droit public d'une taille suffisante pour disposer d'un service juridique et ne pas être obligée de recourir aux services d'un mandataire extérieur (ATA/1005/2016 du 29 novembre 2016 ; ATA/785/2016 du 20 septembre 2016).

Ladite fondation n'aurait donc pas dû se voir allouer une indemnité de procédure, l'arrêt objet de la réclamation étant erroné sur ce point.

- 4) a. Selon A_____, on ne saurait retenir que l'indemnité de procédure serait justifiée par le seul fait que la chambre administrative n'aurait pas considéré que la C_____ et la D_____ aient été soumises aux marchés publics. En effet, de leur propre aveu, ces deux personnes morales de droit privé n'auraient procédé que purement formellement, comme l'attesterait la phrase suivante de leur réponse au fond du 30 juin 2016 : « Si ces deux [...] entités sont mentionnées en page de garde de la présente détermination, c'est uniquement parce qu'elles sont visées par les conclusions du recours ». La C_____ et la D_____ n'auraient ainsi engagé aucun frais au-delà de ceux engagés par l'autorité intimée, qui n'avait pas droit à une indemnité de procédure.

Quant à la C_____ et à la D_____, elles font valoir, par la détermination de leur conseil du 8 novembre 2016, que ce dernier leur a non seulement réclamé des provisions qui ont été honorées, mais a déployé une activité spécifique les concernant, en consacrant plusieurs heures à des recherches de doctrine et de jurisprudence relatives à la problématique de leur attraction dans une procédure de marchés publics.

b. Cela étant, A_____ a pris des conclusions dans ses recours des 21 avril et 6 juin 2016 contre ces deux personnes morales de droit privé, au motif – implicite – que ces dernières faisaient partie du pouvoir adjudicateur ayant prononcé les deux décisions querellées. Malgré les observations des intimées des 10, 18 et 26 mai 2016 selon lesquelles la C_____ et la D_____ n'avaient clairement pas vocation à être parties à la procédure, elle a persisté dans ses conclusions contre ces dernières, dans le cadre de la cause A/1242/2016. En dépit des dénégations des intimées dans leurs écritures des 20 et 30 juin 2016, elle a agi de même dans sa réplique du 29 juillet 2016, dans la cause A/1855/2016.

Ce faisant, A_____ a obligé la C_____ et la D_____ à prendre position, avec une argumentation, sur leur attraction dans la procédure, et à participer avec la B_____ à la procédure de recours, donc également aux déterminations sur les griefs au fond de A_____.

Les arguments de cette dernière sur ce point confinent à la témérité.

c. Partant, c'est à juste titre qu'une indemnité de procédure a, dans son principe, été allouée à la C_____ et à la D_____ dans l'ATA/751/2016 précité.

- 5) a. Même si A_____ conteste seulement le principe de l'octroi d'une indemnité de procédure aux intimées, non son montant, il appartient à la chambre de céans, dans l'arrêt portant uniquement sur la question de l'indemnité de procédure, de justifier le montant alloué, de manière à permettre aux parties de comprendre les raisons conduisant au prononcé sur réclamation (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2016 du 21 avril 2017 consid. 3).

Devant la chambre administrative, l'indemnité de procédure n'équivaut pas à une pleine et entière compensation des frais et honoraires du conseil du recourant, mais uniquement à une participation à ceux-ci (ATA/546/2016 du 28 juin 2016 ; ATA/691/2014 du 2 septembre 2014).

Le Tribunal fédéral exige un minimum de corrélation entre les dépens – l'indemnité de procédure – alloués et les frais indispensables causés par le recours (art. 87 al. 2 LPA), étant précisé qu'il n'est pas nécessaire de couvrir l'intégralité des honoraires d'avocat. Si la juridiction administrative jouit d'un pouvoir d'appréciation étendu quant à l'allocation d'une indemnité de procédure, cela ne signifie pas qu'elle soit entièrement libre en la matière. La fixation de l'indemnité

de procédure implique une appréciation consciencieuse des critères qui découlent de l'esprit et du but de la réglementation légale. Elle s'effectue en fonction des circonstances particulières de chaque cas d'espèce, tenant compte notamment de la nature et de l'importance de la cause, du temps utile que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre d'audiences auxquelles il a pris part, des opérations effectuées et du résultat obtenu (arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2016 précité consid. 3, annulant l'ATA/769/2016 du 13 septembre 2016).

b. En l'espèce, le fait que l'argumentation des intimées relative à l'absence de qualité de parties de la C_____ et de la D_____ est courte et ne cite qu'une ou deux références s'explique par le faible nombre de ces dernières concernant cette question. À cet égard, la seule référence doctrinale citée dans l'ATA/751/2016 est également celle invoquée par les intimées.

En outre, les intimées ont, dans deux procédures, émis des observations sur effet suspensif et au fond se déterminant sur les allégués des recours et répondant aux griefs formels et matériels de A_____, dans le cadre d'une problématique (révocation d'une adjudication et interruption de la procédure) relativement peu fréquente. En prenant des conclusions contre la C_____ et la D_____, A_____ les a forcées à participer avec la B_____ à la procédure de recours et donc également aux déterminations sur les griefs au fond de A_____.

Enfin, les arrêts de la chambre administrative alloue la plupart du temps en matière de marchés publics, selon son appréciation et suivant les circonstances du cas, aux sociétés appelées en cause une indemnité de procédure comprise entre CHF 1'000.- et CHF 1'500.- (ATA/821/2016 du 4 octobre 2016 ; ATA/383/2016 du 3 mai 2016), voire plus rarement CHF 2'000.- (ATA/947/2016 du 4 novembre 2016) ou CHF 3'000.- (ATA/51/2015 du 13 janvier 2015).

c. Vu ces circonstances, une indemnité de procédure de CHF 800.- par intimée – correspondant à celle qu'elles auraient reçue conformément à l'ATA/751/2016 précité (CHF 2'400.- / 3) – n'apparaît nullement excessive, mais au contraire adéquate.

- 6) En définitive, la B_____ n'ayant pas droit à une indemnité de procédure, la réclamation sera admise partiellement, dans cette seule mesure et une telle indemnité de CHF 800.- sera allouée à chacune des deux autres intimées.
- 7) Conformément à la pratique constante de la juridiction de céans, aucun émolument ne sera perçu dans la présente cause (ATA/7/2015 du 6 janvier 2015 ; ATA/608/2012 du 11 septembre 2012). De même, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable la réclamation sur indemnité de procédure formée le 17 octobre 2016 par A_____ contre l'arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice du 6 septembre 2016 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule partiellement le dispositif de l'arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice rendu le 6 septembre 2016 dans la cause A/1242/2016 en tant qu'il alloue une indemnité de CHF 2'400.- aux B_____, C_____ et D_____ conjointement et solidairement entre elles, à la charge de A_____ ;

dit que, dans la procédure A/1242/2016, une indemnité de procédure de CHF 800.- est allouée à la C_____ et une autre de CHF 800.- à la D_____, à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure dans la présente cause ;

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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- sinon, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Mes Olivier Wehrli et Romain Jordan, avocats de A_____, à Me Bertrand Reich, avocat des intimées, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin, Dumartheray, Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :