

**B 2.4 3. Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève  
(LMI)**

*Zuschlag der öffentlichen Plakatierung der Stadt und des Kantons Genf;  
BGBM.*

*Adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton  
de Genève; LMI.*

*Aggiudicazione dell'affissione su suolo pubblico della città e del Cantone  
di Ginevra; LMI.*

*(cf. aussi p. 132 ss.)*

*Détermination (LMI) de la Commission de la concurrence du 2 juin 1997 sur le cas  
de l'adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de  
Genève*

## A. En fait

### a) En général

1. Le 30 septembre 1996, la Ville et le Canton de Genève ont publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) un avis de soumission publique concernant l'affichage sur le domaine public genevois. Cet avis ouvrait une inscription pour la mise en soumission publique du droit exclusif a) d'apposer de la publicité par voie d'affichage sur le domaine public et sur le domaine patrimonial vu du domaine public de la Ville et du Canton de Genève et b) d'exploiter publicitairement les panneaux de chantiers placés sur les voies publiques. Le 7 octobre 1996, les autorités genevoises ont publié un rectificatif.
2. L'avis de soumission publique prévoyait que « le concessionnaire devra avoir son siège social en ville de Genève ». Les documents liés à la procédure de soumission ne mentionnaient aucun critère d'attribution du marché en cause.
3. Auparavant, le 17 septembre 1996, la Ville et le Canton de Genève avaient émis, dans le cadre de cette soumission, un cahier des charges non exhaustif. Il indiquait aux soumissionnaires les objectifs généraux de l'Etat et de la Ville de Genève ainsi que les prestations principales attendues. Il invitait les soumissionnaires à proposer à la Ville de Genève les prestations complémentaires qu'ils sont en mesure de fournir, notamment en matière de mobilier urbain.
4. Les 10, 16 et 17 octobre 1996, la Ville de Genève a fait parvenir à toutes les sociétés qui avaient demandé le cahier des charges des compléments d'information relatifs à la liste des emplacements, à la convention d'affichage, à l'affichage politique et culturel, aux abribus, ainsi qu'à la procédure d'ouverture des offres.
5. Le 30 octobre 1996, Orell Fussli Externa SA (Ofex) a formé un recours devant le Conseil d'Etat et le Tribunal administratif genevois et un recours de droit public devant le Tribunal fédéral. Toutes les procédures étaient dirigées contre l'avis de mise en soumission publique du 30 septembre 1996.
6. Le 6 novembre 1996 s'est tenue la séance publique d'ouverture des offres au siège du Conseil administratif de Genève. Quatre sociétés avaient déposé une offre: Société Générale d'Affichage (SGA), JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA (JC Decaux), Ofex et HP Media SA.
7. Le 18 décembre 1996, le Conseil administratif de la Ville de Genève a pris la décision de principe d'attribuer à la SGA un droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage.
8. Le 29 janvier 1997, le Conseil d'Etat du Canton de Genève a déclaré irrecevable le recours d'Ofex du 30 octobre 1996 car l'entreprise n'avait pas interjeté son recours contre l'avis de soumission publique dans les 10 jours après sa parution dans la FAO.
9. Le 25 février 1997, JC Decaux a formé deux recours contre la décision de principe du 18 décembre 1996 prise par le Conseil administratif de Genève: l'un devant le Conseil d'Etat et l'autre devant le Tribunal administratif du canton de Genève. A la même date, cette société a aussi porté plainte devant l'autorité de surveillance des communes genevoises sur l'ensemble de la procédure suivie par la Ville de Genève.
10. Le 3 mars 1997, Ofex a formé un recours de droit public devant le Tribunal fédéral contre l'arrêté du Conseil d'Etat du Canton de Genève du 29 janvier 1997. Les

deux procédures de droit public interjetées par Ofex ont été jointes par ordonnance du Tribunal fédéral du 11 mars 1997.

11. Le 10 mars 1997, Ofex a déposé un recours devant le Conseil d'Etat contre la délibération du Conseil administratif du 18 décembre 1996.

12. Toutes les procédures engagées par JC Decaux et Ofex sont encore pendantes. Le 14 mai 1997, le Tribunal fédéral a rejeté les requêtes d'effet suspensif assortissant les deux recours de droit public interjetés par Ofex.

#### **b) Procédures devant les autorités de la concurrence**

13. Le 26 février 1997, JC Decaux a fait parvenir à la Commission de la concurrence une dénonciation au sens de l'art. 26 LCart relative à la procédure d'adjudication du marché de l'affichage sur le domaine public de la Ville de Genève. Cette société demandait à l'autorité de la concurrence de prendre des mesures provisionnelles.

14. Le 21 mars 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête préalable concernant ce marché. A cette occasion, il a renoncé à rendre une ordonnance en mesures provisionnelles, les conditions cumulatives attachées à de telles mesures ne lui paraissant pas remplies en l'espèce. Afin de mieux définir le cadre de son enquête, le secrétariat a fait parvenir un questionnaire au Conseil administratif de la Ville de Genève et au Département des travaux publics et de l'énergie du Canton de Genève.

15. Le 21 mai 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a rendu son rapport final sur cette enquête préalable (art. 26 LCart). Considérant qu'il n'y avait pas d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, il a décidé de ne pas ouvrir d'enquête. Il a néanmoins transmis le dossier à la Commission de la concurrence pour les aspects relatifs à l'application de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

### **B. En droit**

16. Selon l'art. 8 al. 1 LMI, « la Commission de la concurrence veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la présente loi ». A cet effet, elle peut effectuer des enquêtes et adresser aux autorités concernées des recommandations qui n'ont pas d'effets contraignants (art. 8 al. 3 LMI). Elle peut aussi établir des expertises sur l'application de cette loi à l'intention des autorités judiciaires (art. 10 al. 1 LMI). Par conséquent, la Commission peut d'une part émettre des recommandations dans le cadre d'un contrôle abstrait des actes législatifs envisagés ou existants et d'autre part établir des expertises sur demande des autorités.

17. Les violations de la LMI doivent être poursuivies selon les voies de droit cantonales. Selon l'art. 9 al. 2 LMI, le droit cantonal doit prévoir « au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration ». En matière de soumissions, cette disposition entrera en vigueur le 1er juillet 1998 (RO II 1996, p. 1742; K. WEBER: Das neue Binnenmarktgesetz, SZW/RSDA 4/96, p. 175). D'ici-là, les possibilités et les voies de recours sont celles qui sont prévues par le droit cantonal en vigueur.

18. Comme constaté, la Commission de la concurrence a pour tâche de veiller au respect de la LMI dans le cadre d'un contrôle abstrait. Dès lors, elle n'a pas la compétence d'intervenir dans des procédures en cours sans y avoir été invitée par les autorités. Ses recommandations ne sauraient se substituer aux voies de recours cantonales car la Commission n'est pas une autorité de recours en matière de mar-

chés publics cantonaux et communaux (Message du Conseil fédéral relatif à la LMI, FF 1995/I, p. 1252; K. WEBER: op. cit., p. 173).

19. En l'espèce, Ofex et JC Decaux ont formé plusieurs recours dans le cadre desquels l'autorité cantonale compétente devra se prononcer, notamment sur le respect des dispositions de la LMI par les pouvoirs adjudicateurs. Aucune demande d'expertise n'a été transmise à la Commission par les autorités judiciaires. Par conséquent, la Commission n'a pas, à ce stade de la procédure, à se substituer aux autorités de recours cantonales et fédérales compétentes.

20. Toutefois, en sa qualité d'organe de surveillance de la LMI et indépendamment des procédures en cours, la Commission entend rappeler deux principes importants de cette loi: les principes de non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI) et de transparence (art. 5 al. 2 LMI):

a) L'art. 5 al. 1 LMI dispose que « les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3. » Ce principe concerne en particulier l'exigence d'avoir son siège dans la commune pour pouvoir participer à la procédure de soumission (Message du Conseil fédéral relatif à la LMI, FF 1995/I, p. 1248).

b) L'art. 5 al. 2 LMI dispose que « les cantons, les communes et les organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que [...] les critères de participation et d'attribution du marché soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération ». La mise en oeuvre et la concrétisation du principe de transparence laissent une certaine marge de manoeuvre aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, étant donné que la LMI ne dit pas expressément comment les critères de participation et d'attribution doivent être publiés, les pouvoirs adjudicateurs pourront s'inspirer des solutions prévues par les accords sur les marchés publics.

21. Pour ce qui est de la pratique liée à l'adjudication des marchés publics, les principes de base de la LMI sont applicables dès l'entrée en vigueur de cette loi. En ce qui concerne les dispositions cantonales et communales, celles-ci devront être adaptées aux prescriptions de la LMI au plus tard à la fin du délai transitoire (art. 11 al. 1 LMI).

### C. CONCLUSIONS

La Commission de la concurrence:

22. n'est pas compétente pour faire des recommandations dans le cadre de la procédure ouverte par JC Decaux;

23. transmet cette détermination pour information aux autorités de la Ville et du Canton de Genève, ainsi qu'à JC Decaux.