

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1552/2011-MARPU

ATA/428/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 28 juin

sur effet suspensif et

sur mesures provisionnelles

dans la cause

SERVIPIER S.A.

représentée par Me Zoltan Szalai, avocat

contre

SERVICES INDUSTRIELS DE GENÈVE

et

DERBIGUM ENERGIES S.A.

représentés par Me François Bellanger, avocat

et

PALEXPO S.A.

représentée par Mes Daniel Peregrina et Luca Beffa, avocats

Attendu, en fait, que :

1. Servipier S.A. (ci-après : Servipier), société anonyme ayant son siège à Zoug, a pour but social « toutes activités commerciales qui ont un rapport avec l'immobilier tels que le conseil, le courtage, l'achat et la vente, la prise de participation à des sociétés ayant un but similaire, la promotion et les participations dans le domaine de la construction et d'autres activités connexes ».

2. Palexpo S.A. (ci-après : Palexpo) est une société anonyme au sens des art. 690 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220). Elle a son siège à Genève et a été constituée à la suite de l'adoption par le Grand Conseil de la loi sur le Palais des expositions de Genève du 16 novembre 2007 (PA - 437.00).

Son but est d'être propriétaire sous la forme de droits de superficie distincts et permanents, d'un complexe d'exposition et de congrès sis sur la commune du Grand-Saconnex afin d'en assurer la gestion, l'exploitation et le développement, dans l'intérêt du rayonnement du canton de Genève (art. 1 al. 2 PA). Son actionnaire majoritaire est l'Etat de Genève (art. 3 PA). De même, c'est ce dernier qui est propriétaire des terrains sur lesquels les droits de superficie ont été créés.

3. Les Services industriels de Genève (ci-après : SIG) sont constitués en établissement de droit public autonome instauré par la loi sur l'organisation des Services industriels de Genève du 5 octobre 1973 (LSIG - L 2 35).

Leur but principal est de fournir dans le canton de Genève l'eau, le gaz, l'électricité, l'énergie thermique, ainsi que de traiter les déchets (art. 1 al. 1 LSIG). Entre autres moyens, les SIG peuvent créer, acquérir, louer, exploiter tout moyen de production et assurer tout service se rapportant à la réalisation de leur but. Ils peuvent participer à toute entreprise suisse ou étrangère de fourniture d'électricité et passer toute convention destinée à faciliter et garantir l'approvisionnement en énergie (art. 1 al. 6 LSIG).

4. Servipier est entrée en contacts commerciaux avec Palexpo dès le mois de janvier 2010 pour l'installation d'une centrale photovoltaïque de production d'électricité sur le toit des halles d'exposition de cette dernière. Dans ce cadre, Servipier a été amenée à transmettre au début 2010 un projet d'installation de production d'électricité solaire. Selon le descriptif de ce projet, Palexpo mettait à disposition de Servipier les toits de quatre halles d'exposition pour que celle-ci y installe une centrale photovoltaïque. Palexpo recevrait une rémunération pour la mise à disposition desdites surfaces, pendant une durée de trente ans, et Servipier financerait les installations.

5. Il ressort des différents courriels produits par Servipier dans la présente cause que Palexpo a souhaité, dès le 4 février 2010, que les SIG collaborent à ce projet.

6. Le 16 mars 2010, les SIG ont ainsi adressé à Servipier une demande d'offre pour la construction d'une centrale sur les cinq toits de Palexpo, à retourner « pour le 26 février 2010 à 12h » (sic). Le document d'appel d'offres comportait un cahier des charges, soit un descriptif des caractéristiques techniques, les données et documents à fournir, un récapitulatif des prix souhaités à compléter et les conditions de paiement. L'appel d'offres ne comportait aucune référence aux normes du droit des marchés publics.
7. Le 19 mars 2010, Servipier a transmis aux SIG et à Palexpo une proposition contenant, en vue de la construction de l'installation projetée sur les toits des halles de Palexpo, un « principe de collaboration » à discuter, intégrant une intervention des SIG dans la réalisation du projet. Dans cette proposition, Servipier se référait à une rencontre qui avait eu lieu avec les SIG le 16 mars 2010 et indiquait avoir tenu compte de certains souhaits émis par ces derniers. La transmission de cette proposition a été suivie d'échanges de courriels entre Servipier, les SIG et Palexpo. De même, une entrevue a été organisée à l'invite des SIG dans leurs locaux le 9 avril 2010 pour que Servipier présente son projet.
8. Le 23 avril 2010, Palexpo a adressé un courriel à Servipier pour l'aviser qu'elle « n'entendait pas donner suite à sa demande ».
9. Le 31 mai 2010, Palexpo et les SIG ont signé une lettre d'intention dont le préambule rappelait que Palexpo avait sollicité les SIG pour que ceux-ci présentent une offre technique et commerciale pour l'installation d'une centrale solaire photovoltaïque sur les toits de cinq des halles du site d'exposition du Grand-Sacconnex. Les SIG avaient ainsi effectué une visite et une étude de qualification qui leur avait permis de se prononcer favorablement sur la « pré-faisabilité » de la construction.

Aux termes de celle-ci :

- Palexpo et les SIG lançaient la réalisation par les SIG d'une étude détaillée et complète. En parallèle à celle-ci, des discussions et négociations seraient menées entre les parties sur les conditions de mise à disposition de la totalité ou d'une partie de la toiture du site et d'un ou de plusieurs locaux pour des onduleurs en faveur des SIG, sur la participation financière de Palexpo au coût de la structure indépendante dont le prix était indiqué, ainsi que sur la quantité d'énergie solaire photovoltaïque consommée par Palexpo.
- Palexpo devait collaborer à l'étude en fournissant les informations nécessaires.
- Les SIG supportaient entièrement les coûts relatifs à l'étude, sauf si Palexpo renonçait, pour un motif non imputable aux SIG, à lui confier la responsabilité de la construction et de l'exploitation de la centrale solaire. L'étude incluait la préparation du dossier de demande d'autorisation de construire de la centrale solaire.

- Palexpo s'engageait, jusqu'à l'échéance d'un délai de six mois à compter de la signature de la lettre d'intention, à ne pas proposer, discuter, négocier ou conclure avec tout tiers toute entente, accord ou convention en relation directe ou indirecte avec le projet visé.
- L'étude devait être remise à Palexpo dans un délai de cinq mois au maximum.
- Le contenu de la lettre d'intention ne saurait être considéré par les parties comme une offre ou un engagement à conclure une convention en rapport avec la réalisation du projet objet de l'étude à réaliser.

10. Le 5 avril 2011, les SIG et Derbigum Energies S.A. (ci-après : Derbigum), société sise en Belgique, ont signé une lettre d'intention aux termes de laquelle les SIG indiquaient leur intention de contracter avec Derbigum pour procéder à la construction d'une centrale solaire sur le toit des halles du centre d'exposition de Genève, dont les détails de constructions seraient à établir précisément. L'accord visait à formaliser l'accord conditionnel des SIG pour la commande de la centrale solaire et fixer définitivement le prix de celle-ci pour le cas où elle viendrait à être réalisée après la levée des conditions suspensives suivantes :

- validation des notes de calcul déjà fournies par Derbigum concernant des calculs d'arrachement par le vent de la structure porteuse ;
- transmission par Derbigum du plan architectural pour le 28 mars 2011 ;
- accord final du conseil d'administration des SIG pour la réalisation du projet (prévue le 19 avril 2011) ;
- validation par Derbigum de l'ensemble des différents documents techniques fournis par les SIG après le 10 janvier 2010 et ne faisant pas partie du dossier d'appel d'offres.

La puissance installée et le prix total hors taxes pour la construction de la centrale solaire (y compris les onduleurs) étaient rappelés. Les travaux devaient être réalisés dans le cadre d'un contrat de construction. Les garanties à fournir par Derbigum étaient énoncées. L'entier du prix de l'ouvrage devait être acquitté par les SIG en fonction des conditions de règlement qui étaient précisées.

La conclusion d'un contrat de construction entre les parties était prévue pour le 30 avril 2011, la livraison de l'étude de design électrique aux SIG pour le 30 mai 2011 et le début des travaux de constructions de la centrale solaire pour le 30 juin 2011.

11. Le 18 avril 2011, les SIG ont écrit à Palexpo. A la suite de la signature de la lettre d'intention du 31 mai 2010 précitée, un accord oral de principe était intervenu quant à la création d'une centrale solaire photovoltaïque sur la toiture de quatre des

six halles de Palexpo, ainsi que sur le cofinancement du renforcement des toitures en question et leur mise à disposition gratuite en faveur des SIG. Des contacts et des engagements avaient été pris avec Derbigum en vue de la réalisation de la centrale solaire. Il s'agissait de formaliser l'accord oral passé avec Palexpo. Pour le bon ordre du dossier il était demandé à Palexpo de marquer par la signature du présent courrier son accord à tout mettre en œuvre pour permettre la meilleure coordination possible entre les travaux de renforcement de la toiture et ceux de la construction de la centrale solaire. Par sa signature, Palexpo confirmait également qu'elle était prête à s'engager avec les SIG dès lors que le projet serait validé par le conseil d'administration de ces derniers en vue du cofinancement du renforcement de la toiture des halles concernées par le projet.

Le coût estimatif des travaux de renforcement était de CHF 1'036'000.- dont 45,45 % à la charge des SIG et 54,55 % à celle de Palexpo.

Palexpo a contresigné ce courrier le 27 avril 2011.

12. Le 17 mai 2011, un article est paru dans le journal « Le Temps », annonçant l'installation sur les toits de quatre halles de Palexpo d'une nouvelle centrale solaire de production d'électricité. L'ouvrage était le fruit de la collaboration entre Palexpo et les SIG. La centrale sera installée par Derbigum. La toiture devrait être renforcée. Le prix total était de CHF 15'000'000.-. L'entier de la nouvelle installation serait financé par les SIG, à l'exception d'une partie des travaux de rénovation de la charpente payée par Palexpo.
13. Le 25 mai 2011, Servipier a déposé auprès de la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) un recours dirigé contre les SIG et Derbigum concernant « la décision des SIG communiquée par voie de presse le 17 mai 2011 de confier à Derbigum l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo » (cause A/1552/2011).

Elle conclut, sur fond, au constat du caractère illicite de tout contrat passé entre Palexpo et Derbigum concernant l'installation de ladite centrale, à l'interdiction qui devait être faite aux SIG et à Derbigum d'exécuter tout contrat ou autre document de nature contractuelle concernant l'installation de cette centrale, à la condamnation de ceux-ci à une équitable indemnité en faveur de Servipier à titre de réparation de son dommage, avec suite de dépens pour les SIG.

A titre de mesure provisionnelles, elle conclut à ce qu'il soit ordonné aux SIG et à Derbigum de suspendre avec effet immédiat l'exécution du contrat concernant l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo et plus particulièrement de tous travaux sur le site, de même qu'à la restitution de l'effet suspensif.

L'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo constituait un marché soumis au droit des marchés publics, impliquant un appel d'offres public. En l'occurrence, aucun appel d'offres n'avait été lancé par les SIG. Il s'agissait d'une grave violation du droit, dont le caractère illicite devait être constaté. Le contrat vicié devait être interdit d'exécution et le dommage subi par la recourante devait être compensé.

A titre préalable, des mesures provisionnelles devaient être prononcées pour qu'il soit ordonné aux SIG et à Derbigum, ainsi qu'à toute autre entité concernée, de suspendre avec effet immédiat l'exécution du contrat concernant la centrale. De même, l'effet suspensif devait être accordé au recours pour que des principes essentiels en matière de marchés publics l'emportent sur les intérêts privés en présence.

14. Le 25 mai 2011, Servipier a également déposé auprès de la chambre administrative un recours dirigé contre Palexpo et les SIG concernant « la décision de Palexpo communiquée par voie de presse le 17 mai 2011 de confier aux SIG l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de quatre halles d'exposition » (cause A/1554/2011).

Sur le fond, la recourante prenait des conclusions similaires à celles prises dans son recours parallèle. Elle avait appris par la presse que Palexpo avait adjugé aux SIG l'installation de la centrale photovoltaïque. Or, une telle adjudication aurait dû se faire dans le respect du droit des marchés publics.

Préalablement, elle conclut à ce qu'il soit ordonné à Palexpo et aux SIG de suspendre avec effet immédiat l'exécution du contrat concernant l'installation de la centrale photovoltaïque, ainsi qu'à la restitution de l'effet suspensif.

15. Par détermination du 7 juin 2011 dans la cause A/1552/2011, les SIG et Derbigum ont conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et d'octroi de mesures provisionnelles.

La législation suisse sur les marchés publics, notamment l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), étaient inapplicables. Les SIG n'étaient pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'art. 8 al. 1 let. a AIMP. Les relations des SIG avec Derbigum concernaient un projet lié à leur activité commerciale et réalisé sur un marché en concurrence avec des entreprises tierces. En tout état, Servipier n'avait pas qualité pour recourir dès lors que, si l'on se plaçait sur le terrain du droit des marchés publics, elle n'aurait pas eu la possibilité de formuler une soumission. N'étant pas soumissionnaire, elle ne pouvait pas remettre en question l'absence d'appel d'offres des SIG. Subsidièrement, le recours de Servipier était tardif dès lors qu'elle avait connaissance dès janvier 2010, par les démarches qu'elle avait entreprises avec

Palexpo et les SIG, de l'existence des projets d'installation sur le toit des halles d'exposition et qu'elle n'a jamais invoqué, lors de ces discussions, l'application du droit des marchés publics. Il était abusif qu'elle prétende aujourd'hui le contraire et elle était forclosée à invoquer dans son recours la prétendue existence d'un marché public.

16. Dans leur réponse du même jour, circonscrite à la question de l'effet suspensif, dans la cause A/1554/2011, les SIG ont pris les mêmes conclusions, fondées sur une argumentation identique rappelant au surplus, d'une part, que Palexpo n'était pas un pouvoir adjudicateur et que, d'autre part, pour les travaux de renforcement de la toiture, l'entreprise devant exécuter ceux-ci n'avait pas encore été choisie, aucun contrat d'entreprise n'ayant été signé.
17. Le 7 juin 2011, Palexpo a également conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif et d'octroi de mesures provisionnelles.

La recourante et les SIG l'avaient toutes deux contactée en 2010 pour lui proposer de leur louer sa toiture pour une longue période. Elle avait préféré traiter avec les SIG.

Pour l'heure, au delà des deux lettres d'intention des 31 mai 2010 et 18 avril 2011, aucun contrat n'avait été signé entre les SIG et elle-même. Les travaux n'avaient pas débuté, contrairement à ce qui était dit dans la presse. Elle n'avait pris aucune décision de droit public dans ce dossier, notamment aucune décision administrative, de confier aux SIG l'installation de la centrale photovoltaïque.

18. Par acte séparé du 28 juin 2011, le juge a ordonné la jonction des causes A/1552/2011 et A/1554/2011, sous le n° A/1552/2011.

EN DROIT

1. La chambre administrative est l'autorité compétente au sens de l'art. 15 al. 2 AIMP pour connaître des recours en matière de marchés publics (art. 3 al. 3 de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0).
2. En matière de marchés publics, le recours contre une décision n'a pas d'effet suspensif sur celle-ci (art. 17 al. 1 AIMP). L'autorité de recours peut cependant restituer l'effet suspensif à un recours, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP).
3. Les parties s'affrontent sur la question de l'applicabilité ou non du droit des marchés publics au projet de construction d'une installation de production d'énergie

solaire photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo que les SIG envisagent de construire, avec le concours de celle-là, en adjugeant cette tâche à Derbigum. Le projet en question implique, d'une part, un accord entre Palexpo et les SIG sur la mise à disposition par la première à la deuxième des toitures des halles d'exposition moyennant un renforcement de celles-là, financé conjointement et, d'autre part, la prise en charge à leurs frais par les SIG de la construction de l'installation de production d'énergie solaire dont elle a confié la réalisation de l'ouvrage à Derbigum, société qu'elle a choisie.

4. Le droit suisse des marchés publics tire sa source, d'une part, des traités internationaux ratifiés par la Suisse en la matière, notamment l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0632.231.422) et ses annexes et, d'autre part, au plan du droit interne de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). Cette législation est concrétisée à Genève par l'AIMP et le RMP.
5.
 - a. Constitue un marché public, tout contrat passé entre un pouvoir adjudicateur désigné à l'art. 7 et une entreprise privée ou une personne indépendante qui vise à l'acquisition d'un ouvrage, d'une prestation ou d'un bien immobilier, moyennant le paiement d'un prix (art. 2 let. a RMP). Le marché public en question peut être ou non soumis aux traités internationaux (art. 6 RMP).
 - b. Les autorités adjudicatrices au sens de l'art. 7 al. 1 RMP ne sont pas soumises au droit des marchés publics dès lors que leur activité revêt un caractère commercial ou industriel (art. 8 al. 1 let. a et al. 2 AIMP ; 7 al. 1 let. a. RMP). Ces entreprises n'agissent en effet plus dans le cadre de l'exercice d'un monopole mais sur un marché libre dans lequel elles sont en concurrence avec des tiers, ce qui doit conduire à les laisser organiser librement leurs affaires.

Prima facie, tant les SIG que Palexpo sont des entités publiques susceptibles de constituer des autorités adjudicatrices au sens de l'art. 7 let. a ou b RMP dès lors que la première est un établissement de droit public autonome et que la deuxième est une société anonyme, certes de droit privé, mais dont l'actionnaire majoritaire obligatoire est l'Etat de Genève (art. 3 al. 1 PA) et dont l'autonomie est circonscrite par la loi qui la constitue (art. 2 let. b RMP).

De même, l'ouvrage dont la construction est envisagée est susceptible de faire l'objet d'un marché public au sens des art. 2 let. a et 6 RMP.

En l'occurrence, pour examiner les chances de succès des recours interjetés (art. 17 al. 2 AIMP), il s'agit de déterminer tout d'abord si l'accord entre Palexpo et les SIG, pour la mise à disposition des toitures des halles moyennant le partage du financement, est soumis au droit des marchés publics, puis de déterminer si les SIG seuls, voire en partenariat avec Palexpo, ont agi dans le cadre de l'exercice d'une

tâche publique ou dans un cadre privé, à l'instar de toute autre entreprise en prenant l'engagement de confier à Derbigum la réalisation de la centrale solaire projetée.

La première de ces deux questions paraît *prima facie* devoir être résolue par la négative. En effet, ne peut constituer un marché public qu'un contrat entre une autorité adjudicatrice et une entreprise privée ou une entité indépendante visant l'acquisition d'un ouvrage, d'une prestation ou d'un bien immobilier moyennant paiement d'un prix (art. 2 let. a RMP). En l'espèce, la lettre d'intention du 31 mai 2010 a été signée entre Palexpo et les SIG, soit deux pouvoirs adjudicateurs ce qui, à première vue, exclut l'application du droit des marchés publics aux conditions de conclusion de cet accord. Au demeurant, il est douteux que la mise à disposition gratuitement - mais en contrepartie d'accords particuliers - par une autorité adjudicatrice d'une surface de toiture de certains de ces bâtiments pour l'installation d'un ouvrage puisse faire l'objet d'un marché public, à l'instar de ce qu'a jugé le Tribunal fédéral en matière de concession d'affichage (ATF 125 I 209).

Il en va de même de la deuxième question. La tâche publique assignée par la loi aux SIG est de fournir dans le canton de Genève de l'énergie, notamment sous forme d'électricité (art. 1 al. 1 LSIG). Dans cette fonction, ils ont une position de d'agent public qui leur impose de se procurer l'énergie électrique nécessaire auprès des producteurs d'électricité qui en offrent sur le marché et qui leur impose même de racheter l'électricité provenant d'énergies renouvelables produite par des privés (art. 1A LSIG). En revanche, la LSIG lorsqu'elle les autorise à créer, exploiter, acquérir tous moyens de production d'électricité, ne leur accorde aucune position de monopole ou dominante. De même, ils ne jouissent d'aucune priorité sur un marché de la production d'énergie électrique régi par la libre concurrence. Dès lors, *prima facie*, il apparaît douteux qu'ils soient soumis dans ce cadre à l'obligation de respecter les procédures de soumission instaurées par le droit des marchés publics et que leur démarche soit contraire au droit public régissant ce domaine.

6. Les chances de succès des recours de Servipier, qu'ils soient dirigés contre l'accord du 31 mai 2010 complété le 18 avril 2011 liant Palexpo aux SIG ou contre celui du 4 avril 2011 liant les SIG et Derbigum, apparaissent à première vue ténues. Dès lors, la requête en restitution de l'effet suspensif sera rejetée sans qu'il y ait besoin d'examiner si la deuxième condition cumulative de l'intérêt privé prépondérant requise par l'art. 17 al. 2 AIMP est réalisée.
7. De même, n'y a pas lieu d'ordonner des mesures provisionnelles à ce stade de la procédure, dès lors que Palexpo, propriétaire des halles d'exposition, a précisé que le contrat qu'elle a signé avec les SIG n'a fait l'objet d'aucun contrat concrétisant la mise à disposition, que les travaux n'ont pas débuté sur le site et que la recourante n'apporte aucune élément allant dans un sens contraire.
8. Le sort des frais de l'incident sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

PAR CES MOTIFS
LA PRÉSIDENTE SIEGEANT

vu l'art. 5 du règlement du 21 décembre 2010 de la chambre administrative ;

rejette la demande de restitution d'effet suspensif aux deux recours interjetés le 25 mai 2011 par Servipier S.A. contre la décision des Services industriels de Genève de confier à Derbigum S.A. la construction d'une centrale photovoltaïque de production d'électricité sur les toits de quatre halles d'exposition de Palexpo S.A., matérialisée dans une lettre d'intention du 5 avril 2011 et contre celle de Palexpo S.A. de mettre à disposition des Services industriels de Genève la toiture de quatre halles d'exposition aux fins d'y construire la centrale photovoltaïque précitée, matérialisée dans deux lettres d'intention des 31 mai 2010 et 18 avril 2011 ;

rejette la demande de mesures provisionnelles sollicitées par Servipier S.A. ;

réserve le sort des frais jusqu'à droit jugé au fond ;

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 ;

communique la présente décision, en copie, à Me Zoltan Szalai, avocat de Servipier S.A., à Me François Bellanger, avocat des Services industriels de Genève et de Derbigum Energies S.A., ainsi qu'à Mes Daniel Peregrina et Luca Beffa, avocats de Palexpo S.A.

Au nom de la chambre administrative :

Laure Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :