

Date de dépôt : 18 avril 2018

Réponse du Conseil d'Etat

à la question écrite urgente de M. Jean-François Girardet : Depuis quand la FTI est-elle légalement dispensée de passer par les marchés publics ?

Mesdames et
Messieurs les députés,

En date du 23 mars 2018, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat une question écrite urgente qui a la teneur suivante :

En date 9/12/1997, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a promulgué le règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction en application de:

- 1. l'accord GATT/OMC sur les marchés publics, du 15/04/1994;*
- 2. l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25/11/1994;*
- 3. la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12/06/1997.*

En date du 01/01/2008, il s'est transformé en «règlement sur la passation des marchés publics» (RMP) – L 6 05.01. A cette même date, le règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services – L 6 05.03 – a été abrogé puisqu'il est venu s'intégrer dans le RMP.

Dès l'origine et malgré plus d'une vingtaine de versions revues et corrigées depuis 2007, il est mentionné que la Fondation (de droit public) pour les terrains industriels de Genève (FTI) est assujettie aux AIMP.

Or, dans la dernière version du RMP entrée en vigueur le 20/12/2017, les modifications apportées stipulent que des fondations immobilières de droit public (comme la FTI) ne seraient plus assujetties.

En ma qualité de membre du conseil d'administration de la FTI, désigné par le Grand Conseil, je m'interroge sur:

- 1. les mandats octroyés à des tiers tout au long de ces deux dernières décennies;*
- 2. le bien-fondé du récent non-assujettissement de la FTI au RMP;*
- 3. les raisons qui ont motivé le Conseil d'Etat à modifier la teneur des articles de ce RMP.*

En effet, au regard des modifications profondes des buts et des missions de la FTI durant cette dernière décennie – passant de "facilitateur d'implantation" à présumé «opérateur urbain public» – la FTI s'est permis d'accorder des marchés (constructions, fournitures et services) de gré à gré ou sur appel.

Il a notamment été octroyé des droits de superficies à des exploitants directs/indirects, promoteurs/développeurs/investisseurs et autres acteurs désignés leur permettant ainsi de réaliser de juteux profits allant jusqu'à 100%.

Dès lors, mes questions sont les suivantes :

- 1. Pour quelles raisons le champ d'application et les dispositions applicables aux marchés publics du RMP n'ont-ils pas été appliqués à la FTI depuis 1997?*
- 2. Est-ce que des irrégularités ont été constatées dans les attributions de marché de gré à gré ou sur appel par la FTI en regard de la loi (L 6 05) et de son règlement (L 6 05.01) tels qu'ils devaient s'appliquer jusqu'au 19/12/2017?*
- 3. Comment le Conseil d'Etat justifie-t-il les modifications du RMP entrées en vigueur au 20/12/2017 autorisant dès lors la FTI à un non-assujettissement aux règles des marchés publics?*
- 4. Quelle autorité est légalement compétente pour déterminer les autorités adjudicatrices assujetties aux marchés publics et celles qui ne le sont pas?*
- 5. Pour quelles raisons la commission consultative (art. 59 du RMP) ne s'est-elle pas réunie depuis 2012, date de son dernier rapport d'activité?*

Je remercie le Conseil d'Etat pour ses réponses.

RÉPONSE DU CONSEIL D'ÉTAT

Le Conseil d'Etat répond aux diverses interrogations de cette question urgente écrite de la manière suivante :

1. Pour quelles raisons le champ d'application et les dispositions applicables aux marchés publics du RMP n'ont-ils pas été appliqués à la FTI depuis 1997 ?

Depuis 1997, la FTI a toujours été soumise au droit des marchés publics et a ainsi strictement appliqué les dispositions relatives à cette législation.

Il convient cependant d'opérer une distinction s'agissant de l'octroi de droits distincts et permanents (DDP) par la FTI. En effet, la législation sur les marchés publics ne s'applique pas à l'acquisition de biens immobiliers, ni de droits sur des biens immobiliers (location, droits réels, etc.). Par ailleurs, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un partenaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse, ainsi que par l'échange de prestations et de contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le prestataire. L'opération qui consiste, pour une entité soumise aux marchés publics, à attribuer un DDP à un tiers ne constitue donc pas un marché public puisqu'il n'y pas d'acquisition d'une prestation moyennant un prix. Autrement dit, dans le cas précis de l'attribution d'un droit de superficie, le versement par un tiers d'une rente de superficière correspond au cas de figure où l'entité loue une parcelle contre rémunération, de sorte qu'elle n'acquiert rien.

Aussi, si la FTI a effectivement toujours été soumise à la législation sur les marchés publics dans le cadre de son activité, il n'en va pas de même s'agissant des attributions de DDP qu'elle opère, lesquelles sont soustraites au champ d'application de cette législation.

2. Est-ce que des irrégularités ont été constatées dans les attributions de marché de gré à gré ou sur appel par la FTI en regard de la loi (L 6 05) et de son règlement (L 06 05.01) tels qu'ils devaient s'appliquer jusqu'au 19/12/2017 ?

Non, aucune irrégularité n'a été constatée.

3. *Comment le Conseil d'Etat justifie-t-il les modifications du RMP entrées en vigueur au 20/12/2017 autorisant dès lors la FTI à un non-assujettissement aux règles des marchés publics ?*

La modification de l'article 7, alinéa 3 RMP entrée en vigueur le 20 décembre 2017 concerne avant tout les fondations immobilières de droit public (ci-après : FIDP) au sens de l'article 14A, alinéa 1 de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (LGL; I 4 05), à savoir les entités suivantes :

- Fondation HBM Camille Martin;
- Fondation HBM Emma Kammacher;
- Fondation HBM Jean Dutoit;
- Fondation HBM Emile Dupont;
- Fondation René et Kate Bloch.

La dite modification fait suite à une analyse opérée par l'autorité intercantonale sur les marchés publics, laquelle conclut que les FIDP ne sont pas assujetties à la législation sur les marchés publics en raison de leur part prépondérante d'activités à caractère commercial.

La question de savoir si une telle exemption peut également s'appliquer à la FTI est en cours d'analyse. Pour l'heure, tant qu'une réponse juridique n'a pas été apportée à cette question, la FTI continue d'être strictement soumise à la législation sur les marchés publics.

4. *Quelle autorité est légalement compétente pour déterminer les autorités adjudicatrices assujetties aux marchés publics et celles qui ne le sont pas ?*

La législation détermine quelles sont les autorités soumises ou non aux marchés publics. Ainsi, une autorité adjudicatrice est assujettie au droit des marchés publics si elle remplit les conditions de l'article 8 AIMP qui stipule :

¹ *Sont soumis aux dispositions des accords internationaux les pouvoirs adjudicateurs suivants :*

- a) *les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel;*
- b) *abrogée*
- c) *les autorités, de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des*

télécommunications. Sont seuls soumis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution, en Suisse, de leurs tâches dans les domaines précités;

d) les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur.

² *Sont en outre soumis aux dispositions relatives aux marchés non soumis aux traités internationaux, lorsqu'ils adjugent d'autres marchés publics :*

- a) les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel;*
- b) les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 pour-cent du coût total par des fonds publics.*

Plusieurs éléments entrent en considération dans l'interprétation de cette disposition :

- la nature juridique de l'entité (collectivité publique, entité de droit public, fondation, etc.);
- le but social de l'entité;
- l'activité déployée (tâche publique, activité de type commercial ou industriel);
- le rapport de dépendance à l'égard des pouvoirs publics.

La question de l'assujettissement d'une entité au droit des marchés publics est donc complexe, raison pour laquelle certains cantons ont adopté des dispositions d'exécution. Dans les cantons de Lucerne, Fribourg et Valais, les banques cantonales, par exemple, sont expressément exemptées, au vu de leur caractère commercial. Elles le sont aussi dans les autres cantons, même si aucune disposition ne le précise.

A Genève, l'article 7, alinéa 3 RMP indique que les caisses de pension publiques ou les fondations immobilières de droit public ne sont pas assujetties lorsqu'elles exercent une activité commerciale ou industrielle en concurrence directe avec les entités privées pratiquant dans le même secteur d'activité. Il s'agit également d'une disposition d'exécution des principes énumérés plus haut.

5. *Pour quelles raisons la commission consultative (art. 59 du RMP) ne s'est-elle pas réunie depuis 2012, date de son dernier rapport d'activité?*

Au début de la législature, la commission consultative instituée par l'article 59 RMP a subi un changement de rattachement. Dépendant précédemment du département de l'urbanisme, elle a ensuite été rattachée au département des finances, suivant le transfert de l'office des bâtiments de l'Etat.

Sa composition et son but ont par ailleurs été modifiés. Son activité a été élargie à l'application des marchés publics des services et de fournitures. En raison de cette réorganisation, elle n'a pas siégé jusqu'à la nomination de ses nouveaux membres, le 4 novembre 2015.

Depuis, malgré l'absence de rapport d'activité, elle a siégé les 7 avril, 1^{er} juillet et 10 novembre 2016 et les 6 avril, 20 juin et 19 octobre 2017. La première séance de 2018 a eu lieu le 8 février 2018 et la commission se réunira probablement encore une fois avant la fin de la législature.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à prendre acte de la présente réponse.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
François LONGCHAMP