

GE_GERICHTE ATA/146/2012 vom 20. März 2012

GE Cour de justice, 2012-03-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_146_2012

FR: GE_GERICHTE ATA/146/2012 du 20 mars 2012

IT: GE_GERICHTE ATA/146/2012 del 20 marzo 2012

Regeste

Résumé: En attribuant les pavillons de glaciers au bord de la rade la ville exerce des fonctions de gestion du domaine public, dès lors que les pavillons font partie de son patrimoine administratif. Le domaine public étant régi par le droit public, la ville est liée par les principes constitutionnels et doit respecter les droits fondamentaux des candidats (liberté économique, égalité de traitement, etc.) dans la procédure d'attribution.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - 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).

E. 2

Vu l'incompatibilité des conclusions prises par la recourante dans les procédures A/3559/2009 (octroi d'une permission pour usage accru du domaine public avec installation de son propre glacier) et A/3560/2009 (attribution d'un pavillon), ces deux causes ne seront pas jointes. Il sera statué en premier sur la deuxième, qui apparaît prédominante. En effet, l'octroi d'une permission d'usage accru du domaine public indépendante de l'attribution d'un pavillon ne pourrait, cas échéant, intervenir que de manière subsidiaire, par rapport à l'attribution d'un pavillon de la ville, vu le nouveau système adopté par celle-ci, qui a conduit à l'abandon forcé, par tous les anciens exploitants, de leur propre glacier.

- 16/23 - A/3560/2009

E. 3

La question examinée ne porte donc, en l'espèce, que sur le refus de la ville d'attribuer à la recourante un de ses pavillons glacier (décision du 16 septembre 2009 ; cause A/3560/2009)

E. 4

Selon la recourante, cette décision porterait atteinte à ses droits fondamentaux.

A teneur de l'art. 35 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1) et quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de les respecter et de contribuer à leur réalisation (al. 2). Il convient de trancher la question de savoir si, dans l'attribution des pavillons litigieux, la ville assume « une tâche de l'Etat » au sens de cette disposition, car si tel est le cas, la ville est liée par les principes généraux du droit public dans la gestion de ces édicules (droits fondamentaux, interdiction de l'arbitraire, principes d'égalité de traitement et de la proportionnalité, etc.). Dans le cas contraire, cette attribution

relèverait du seul droit privé.

a. Jusqu'à la fin de la saison 2009, la ville octroyait des permissions annuelles aux exploitants des huit glaciers de la rade alors en activité, sur la base des art. 56 LRoutes et 13 LDPu. Ceux-ci étaient admis à déposer sur le domaine public des pavillons leur appartenant, qu'ils montaient et démontaient en début et en fin de saison.

Intervenant en qualité d'autorité administrative chargée de la gestion du domaine public, la ville assumait "une tâche de l'Etat" et devait respecter les droits fondamentaux.

b. Dès le printemps 2010, la ville a changé de système. Elle a acheté huit édicules et les a mis en location - en sa qualité de propriétaire privé - contre un loyer incluant notamment l'usage du pavillon, son montage et son démontage en début et en fin de saison, ainsi que son entretien.

Les biens d'une collectivité publique regroupent, conformément à une classification bien établie, trois types distincts de biens : le domaine public, le patrimoine administratif et le patrimoine financier.

b.a. Le domaine public comprend l'ensemble des biens de l'Etat qui présentent la particularité de ne pas être affectés à une finalité particulière, mais au contraire générale, et d'être en conséquence ouverts à tous, d'une manière en principe libre, égale et gratuite (M. HOTTELIER, La réglementation du domaine public à Genève, in SJ 2002 124 ; ATA/678/2009 du 22 décembre 2009).

b.b. La doctrine définit le patrimoine financier comme étant « l'ensemble des biens réservés à l'usage privé des pouvoirs publics et dont ceux-ci peuvent disposer comme le ferait n'importe quel propriétaire » (M. HOTTELIER,

- 17/23 - A/3560/2009 op. cit. p. 128). D'après cet auteur, d'une part, « ces biens ne sont pas, en tant que tels, directement affectés à une fin d'intérêt public par leur valeur d'usage. Ils le sont tout au plus indirectement, par leur valeur en capital, par le produit de leur aliénation ou les rendements qu'ils procurent. D'autre part, et corrélativement, le statut des biens qui entrent dans le patrimoine financier obéit en principe au droit privé, et non au droit public. De nos jours, il paraît toutefois admis que l'Etat doit également respecter le contenu des droits fondamentaux garantis par la Cst. dans la gestion du patrimoine financier » (op. cit. p. 128, ch. 11 et 12).

b.c. Le patrimoine administratif se distingue du domaine public et du patrimoine financier par le fait que les biens qui le composent sont affectés à une tâche déterminée (M. HOTTELIER, idem, p. 126). Il regroupe notamment les écoles, les établissements d'enseignement secondaire, supérieur, universitaire ou technique, les hôpitaux, les musées, les casernes, les terrains de sport, certaines salles de spectacles ou encore l'ensemble des infrastructures destinées à permettre notamment à des institutions de droit public d'exercer les diverses missions qui leur sont imparties (ATA/321/2010 du 11 mai 2010 ; M. HOTTELIER, ibidem ; P. MOOR, Le droit administratif, vol. 3, Berne 1992, p. 321 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 525, U. HÄFELIN/G. MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrecht, Zürich 2010, p. 461 ; T. JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen in ZBl, p. 147).

E. 5

En l'espèce, les édicules concernés sont propriété de la ville. Ils sont destinés à mettre à disposition des passants, pendant la saison estivale, un nombre déterminé de glaciers, de petite restauration et de boissons sur les quais, qui constituent un lieu de promenade particulièrement touristique et fréquenté. La revalorisation de la rade, qui était au cœur des préoccupations des auteurs du projet des pavillons glaciers, a été qualifiée par le conseil municipal lui-même d'intérêt public prépondérant.

Affectés à une tâche déterminée d'intérêt public, les pavillons glaciers loués par la ville font dès lors partie du patrimoine administratif de celle-ci.

E. 6

Selon la doctrine et la jurisprudence, en l'absence de règles spécifiques de droit public, le patrimoine administratif est régi par le droit privé (ATA/321/2010 du 11 mai 2010 ; B. KNAPP, Cours de droit administratif, Bâle 1994, p. 266, n. 2928). A contrario, lorsque de telles règles existent, il est gouverné par le droit public.

En l'espèce, bien que le bail y afférent relève du droit privé, la location des édicules est doublée d'une permission d'usage accru du domaine public (ATA/147/2012 du 20 mars 2012) pour l'usage d'une terrasse située sur le domaine public, qui concrétise les droits accordés par les art. 12 et 13 LDPu, 1er al. 2 du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RUDP - L 1 10.12), ainsi que 56 et ss LRoutes, selon lesquels les

- 18/23 - A/3560/2009 particuliers disposent d'un droit à l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun lorsqu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

Dans l'attribution desdits pavillons et de la terrasse qui leur est attenante, la ville intervient principalement comme gestionnaire du domaine public. Les règles de droit public précitées constituent ainsi le cadre principal dans lequel s'exerce cette attribution. Dans l'exercice de cette fonction, la ville est tenue de respecter par les principes généraux du droit public, soit ceux de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de la bonne foi, mais aussi de la liberté économique (ATF du 18 février 1991, publié dans RUDH 1991, p. 239 consid. 3 ; P. MOOR, op. cit., p. 373). La liberté d'appréciation dont la Ville dispose dans la procédure d'attribution, bien qu'elle soit importante, n'est ainsi pas illimitée. Il en va de même de l'autonomie communale, qui ne peut s'exercer que dans les limites de la loi (art. 50 Cst.).

E. 7

Selon la jurisprudence, celui qui, pour l'exercice d'une activité économique, doit faire usage du domaine public peut invoquer la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. Il a dans cette mesure, un « droit conditionnel » à l'octroi d'une autorisation pour un usage commun accru du domaine public (ATF 121 I 279 consid. 2a p. 282 ; 119 Ia 445 consid. 1a/bb p. 447 et consid. 2a p. 449 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.107/2002 du 28 octobre 2002). Le refus d'une telle autorisation peut constituer une atteinte à la liberté économique (ATF 119 Ia 445 consid. 2a p. 447) et il est soumis à conditions : il doit être justifié par un intérêt public prépondérant - des motifs de police n'entrent assurément pas seuls en considération - reposer sur des motifs objectifs et respecter le principe de la proportionnalité. La pratique administrative en matière d'autorisation ne doit pas vider de leur substance les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.).

Cette jurisprudence - applicable au régime des autorisations (ou des « permissions ») - s'applique, mutatis mutandis, à la procédure d'attribution des édicules litigieux, une telle attribution étant désormais le seul moyen, pour le tenancier d'un glacier souhaitant s'installer sur le pourtour de la rade, de faire valoir son « droit conditionnel » à un usage accru du domaine public fondé sur l'art. 27 Cst.

E. 8

Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions,

- 19/23 - A/3560/2009 idéologies et situations du moment (ATF 136 I 1 consid. 4.1 et les arrêts cités ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss).

E. 9

Par ailleurs, une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 135 II consid. 1.3 ; 134 II 124 consid. 4.1 ; ATA/381/2008 du 29 juillet 2008 consid. 4a).

E. 10

Enfin, la jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 Cst., et de l'obligation d'agir de bonne foi à l'égard des justiciables (art. 5 et 9 Cst.), le principe de l'interdiction du déni de justice formel qui comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Un tel formalisme existe notamment lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection et devient une fin en soi (Arrêts du Tribunal fédéral 2C.26/2010 du 16 août 2010 consid. 5.1 ; 1C.549/2009 du 1er mars 2010 consid. 3.2.1 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid. 4 ; ATA/617/2008 du 9 décembre 2008 consid. 2). L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 132 I 249 consid. 5 p. 253 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183 ; 128 II 139 consid. 2a p. 142 et les arrêts cités). Ainsi en va-t-il lorsque la violation d'une règle de forme de peu d'importance entraîne une conséquence grave et disproportionnée (Arrêts du Tribunal fédéral 2C.86/2010 du 4 octobre 2010 consid. 3.3 ; 1C.293/2010 du 21 juin 2010 consid. 2 ; ATA/768/2010 du 9 novembre 2010 consid. 4 et jurisprudence citée ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, p. 230 ss n. 2.2.4.6 et les références citées).

E. 11

En l'espèce, la ville a écarté l'offre de Mme Kesici au seul motif que son dossier ne contenait pas de lettre de motivation. Elle allègue ne pas avoir écarté son offre d'emblée,

comme le lui aurait permis le point 7.4 du cahier des charges, mais ne l'avoir fait qu'au stade de l'évaluation de l'offre. Lors de celle-ci, l'absence de lettre de motivation aurait été déterminante, car il n'aurait pas été possible de connaître le projet de la recourante, dont l'offre n'était plus concurrentielle par rapport aux offres motivées des autres candidats. Enfin, l'égalité de traitement commandait de ne pas traiter Mme Kesici avec plus d'égards que les autres candidats dans la procédure de soumission, raison pour laquelle il ne lui avait pas été demandé de compléter son offre.

Selon le point 7.3 du cahier des charges, les candidats doivent fournir une lettre de motivation mentionnant leur adresse postale et électronique, leur numéro de téléphone et de fax et décrivant leur expérience et compétence dans l'exploitation d'un commerce du type de celui exploité dans le pavillon, le concept

- 20/23 - A/3560/2009 d'exploitation proposé, un plan financier prévisionnel, leur intention éventuelle de favoriser les produits écologiques et/ou du terroir, l'éventuel intérêt social du projet et son éventuelle originalité. Les candidatures non accompagnées de cette lettre seront écartées sans autres formalités (point 7.4).

La recourante a fourni dans son dossier tous les éléments mentionnés en première partie du point 7.3. Concernant son expérience dans le domaine considéré, elle a rappelé qu'elle exploitait son glacier depuis dix-sept ans sur la rade. Pour le reste, elle a exposé qu'elle « souhaitait pouvoir continuer [son] exploitation comme jusqu'à maintenant ». Dans la lettre accompagnant son dossier, elle a encore indiqué qu'elle entendait exploiter son banc de glace « de la même manière qu'elle le [faisait] à la satisfaction de tous depuis 1992 » et qu'elle se tenait à disposition de la ville pour lui exposer en détail son concept et ses conséquences financières si besoin.

Il est ainsi faux, d'une part, de considérer que le dossier ne contenait aucune lettre de motivation. D'autre part, la portée de l'exigence de motivation figurant dans le cahier des charges doit être interprétée dans son contexte. En effet, celle-ci ne saurait être semblable pour les exploitants nouveaux et pour les anciens dont le concept d'exploitation était connu de l'autorité depuis de nombreuses années. Ceux-ci étaient fondés à s'y référer, s'ils indiquaient expressément, comme la recourante l'a fait, vouloir continuer de la même manière qu'auparavant.

Par ailleurs, les assurances données lors des nombreuses discussions survenues entre la ville et les membres de l'AGESL, dont la recourante faisait partie, doivent également être prises en considération dans la portée qu'il convient de donner à cette exigence. En effet, dans son courrier du 8 novembre 2004, la ville a affirmé aux exploitants que le conseil administratif avait décidé de proposer à la location les nouveaux pavillons en priorité aux titulaires d'une permission. Le 1er avril 2005, elle a confirmé que le nombre d'emplacements mis en location correspondrait au nombre d'exploitants en activité afin que les membres de l'association ne soient pas privés de leur activité. Par lettre du 20 février 2006, la ville s'est adressée en ces termes à la fédération : « comme déjà dit à plusieurs reprises, les différents baux mobiliers relatifs aux pavillons seront proposés en priorité aux exploitants pour autant que ceux-ci remplissent le cahier des charges ». « Le nombre de pavillons construits permettra à chaque exploitant actuel qui en fera la demande et qui remplira les conditions du cahier des charges de bénéficier d'une attribution ». S'est ensuivie toute la procédure de validation, devant le conseil municipal, du nouveau système proposé, pendant laquelle il a été maintes fois et clairement exprimé que l'idée n'était pas de se séparer des exploitants

actuels mais de basculer progressivement dans le nouveau système, qui prévoyait de faire « tabula rasa » tous les cinq ans avec l'instauration d'un tournus permettant d'assurer l'égalité de traitement entre les intéressés potentiels,

- 21/23 - A/3560/2009 les premiers baux étant toutefois destinés à être délivrés en priorité aux exploitants actuels pour leur laisser le temps « de se retourner ».

La subordination de l'attribution d'un pavillon au respect « du cahier des charges » ne pouvait se référer, sans violer l'interdiction du formalisme excessif, au contenu insuffisant de la lettre de motivation visée au point 7.3. Cette condition doit être interprétée comme une clause attirant l'attention des intéressés, lors des pourparlers, sur le fait que le nouveau système ne créerait pas un droit automatique à l'attribution desdits pavillons et que des insuffisances ou des manquements dans le type d'exploitation proposé pourrait conduire à un refus d'octroi des édifices concernés. Elle n'impliquait pas que l'offre d'un ancien exploitant, dont le concept d'exploitation est connu depuis de nombreuses années par l'autorité et appliqué à la pleine satisfaction de celle-ci, soit écartée au seul motif que sa lettre de motivation se borne à se référer au type d'activité exercé jusqu'alors.

En application du principe de la proportionnalité, la ville aurait dû, si elle considérait l'offre de l'intéressée comme incomplète, entendre cette dernière ou la prier de compléter son offre, ce d'autant que la sanction appliquée (ici l'éviction définitive de la soumission), entraînait de graves conséquences sur sa situation. En effet, la décision entreprise prive la recourante de sa seule source de revenu, après dix-sept ans d'activité. Ce résultat est arbitraire et disproportionné, au regard du manquement de nature formelle qui lui est reproché.

E. 12

En outre, Mme Kesici est la seule, parmi les anciens exploitants, à avoir été écartée de la soumission, alors qu'elle se trouvait dans une situation identique à la leur.

En dehors de l'absence de lettre de motivation, la ville n'allègue aucun motif qui permettrait de justifier cette différence considérable de traitement.

Elle ne soutient pas, en particulier, que le concept d'exploitation de la recourante est moins adéquat que les autres, insatisfaisant à un titre quelconque ou que des qualités personnelles font défaut à l'exploitante. Elle n'allègue pas non plus que celle-ci n'aurait pas respecté son cahier des charges ou mécontenté la ville d'une autre manière.

Cette absence totale de motif objectif justifiant l'inégalité constatée viole si gravement le principe d'égalité de traitement qu'il ne se justifie pas d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante, notamment l'atteinte à sa liberté économique.

E. 13

Si Mme Kesici disposait d'un droit à se voir attribuer un pavillon au même titre que les six autres anciens exploitants ayant déposé leur candidature, la ville n'aurait pas été tenue de lui allouer celui déposé à l'emplacement qui lui a été

- 22/23 - A/3560/2009 attribué année après année, au moyen d'une autorisation délivrée à titre précaire. En effet, la ville aurait pu, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation, lui attribuer l'un ou l'autre desdits pavillons - qui ont tous été placés à des endroits stratégiques - sans excéder ou abuser de son pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 2 LPA).

E. 14

Le recours de Mme Kesici sera ainsi admis. Celle-ci dispose d'un droit à se voir allouer le huitième pavillon glacier non attribué, pour lequel un emplacement sur la rade a été réservé, aux mêmes conditions que les autres personnes dont la candidature a été retenue dans la procédure de soumission.

E. 15

Vu l'art. 87 LPA, aucun émolument ne sera mis à la charge de la ville. Une indemnité de CHF 2'500.- sera allouée à Mme Kesici, qui a recouru aux services d'un avocat, à la charge de la ville (art. 87 LPA).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.