

# **GE\_GERICHTE ATA/229/2011 vom 5. April 2011**

GE Cour de justice, 2011-04-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_229\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_229_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATA/229/2011 du 5 avril 2011

IT: GE\_GERICHTE ATA/229/2011 del 5 aprile 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Depuis le 1er janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1er janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

### **E. 2**

Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a LPA dans leur teneur au 31 décembre 2010).

### **E. 3**

Le litige concerne deux courriers de la ville. Le premier, daté du 31 août 2009, n'est pas adressé à la recourante mais à l'ensemble des anciens exploitants saisonniers de glaciers et pavillons de vente de souvenirs. La ville y indique qu'aucune autorisation d'usage accru du domaine public, telles celles délivrées les années précédentes, ne serait octroyée dès la saison 2010 en raison du réaménagement du pourtour de la rade et de l'acquisition de nouveaux pavillons mis à disposition des exploitants.

Déposé contre une décision refusant l'octroi d'une autorisation fondée sur la LDPu et la loi sur les routes du 28 avril 1967 (LRoutes - L 1 10), le recours a été jugé recevable par la commission mais rejeté sur le fond.

### **E. 4**

Le deuxième courrier litigieux rejetait la demande faite par la recourante pour l'exploitation d'un pavillon glacier fourni par la ville, pendant cinq ans (2010-2014).

La commission s'est déclarée incompétente pour examiner le recours déposé par Mme Kecisi contre cette décision. Celle-ci n'affectait en rien la situation juridique des personnes concernées sous l'angle de l'usage accru du domaine public, l'objet de l'acte n'étant pas une autorisation mais la location d'un édicule. La procédure utilisée par la ville pour attribuer ces pavillons ressemblant à une procédure de marchés publics, la commission s'est déclarée incompétente pour connaître de ce contentieux qu'elle a transmis à la chambre de céans.

- 13/17 - A/3559/2009

### **E. 5**

Le litige porte sur le fait que la recourante devrait renoncer à son activité saisonnière de vente de glaces suite à l'achat par la ville de pavillons édifiés aux emplacements jusque-là réservés aux stands des personnes dûment autorisées à exercer leur activité et au refus de lui attribuer l'utilisation de l'un des ces édicules.

Il s'agit en premier lieu de déterminer dans quelle mesure les différentes décisions prises par la ville entrent dans le champ de compétence de la commission ou de la chambre de ceans étant rappelé que celle-ci a déclaré irrecevable pour raison de compétence le recours portant sur le refus d'attribution d'un pavillon.

## **E. 6**

Dans le droit des marchés publics, on trouve effectivement une construction juridique à « deux niveaux » qui ressemble à celle utilisée par la ville. D'une part, une décision d'attribution du marché qui relève du droit public et d'autre part, un contrat de droit privé signé entre l'adjudicateur et l'adjudicataire (P. MOOR, *Droit administratif* vol. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, 2ème éd, 2002, p. 430). Cette similitude avec la situation examinée ici, ainsi que la procédure de soumission d'offres mise en place par la ville, peuvent dans une certaine mesure laisser croire que l'attribution des pavillons relève de ce droit.

Or, ces deux niveaux (droit public et droit privé), se retrouvent également dans d'autres domaines, tel celui de la location de salles de spectacles pour lequel le droit des marchés publics n'est pas applicable (Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_312/2010 du 8 décembre 2010 ; ATA/487/2010 du 11 mai 2010).

Par marchés publics, on entend l'ensemble des contrats relevant du droit privé passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services (ATF 135 II 49, consid. 4.2, 125 I 209, consid. 6b).

Ne sont pas couvertes par le droit des marchés publics, les situations dans lesquelles, les autorités concédantes concernées n'interviennent pas comme « demandeurs » ou « acquéreurs » de prestations, mais se trouvent bien plutôt dans la position « d'offreurs » ou de « vendeurs », dans la mesure où elles n'entendent pas acquérir des prestations de services, mais au contraire « vendre » le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant une redevance et diverses prestations annexes (ATF 125 I 209, consid. 6b p. 213).

Ainsi, par exemple, l'attribution des concessions d'affichage public ou la location des commerces existants dans les gares et les aéroports ou encore l'installation de caissettes de distribution de journaux dans l'espace public, ne sont pas soumis au droit des marchés publics selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et de l'avis de la doctrine dominante (ATF 135 II 49 consid. 4.3 et les réf. citées ; M. HEER, *Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private*, 2006, p. 73).

- 14/17 - A/3559/2009

En revanche, lorsque la collectivité subordonne l'octroi d'une concession à des contre-prestations d'une certaine importance qui entrent clairement dans la notion de marchés publics et sont dissociables de la concession, il se justifie de soumettre l'acquisition de telles prestations aux garanties procédurales propres au droit des marchés publics (ATF 135 II 49 consid. 4.4). En l'occurrence, les contre-prestations consistaient en la mise sur pied d'un système de vélos en libre service, donc une prestation qui a une valeur

économique pour la collectivité correspondant à la diminution du montant de la redevance (ATF 135 II 49, consid. 5.2.2).

La notion centrale en droit des marchés publics est celle d'acquisition d'une prestation ou d'un bien selon le principe de l'offre la plus « avantageuse économiquement » pour la collectivité adjudicatrice, notion qui peut inclure les délais de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, etc. (P. MOOR, op. cit., p. 423).

La situation en l'espèce ne correspond pas à ces définitions. La ville met à disposition aux exploitants, contre rétribution, le domaine public et l'usage d'un pavillon, pour la vente de marchandise sur les quais de la rade. Il n'existe pas dans ce contrat de contre-prestation permettant à la collectivité d'éviter de réaliser une tâche publique, contre rémunération. Au contraire, la ville est dans les deux cas (location et mise à disposition du domaine public) la partie qui « offre » une prestation et non pas celle qui l'acquiert.

Quelle que soit la qualification qui devra être faite de la relation, telle notamment celle d'usage accru, voire privatif du domaine public, de concession assortie de conditions, de contrat de droit administratif ou d'autorisation sui generis, force est de constater qu'elle ne relève pas du droit des marchés publics.

En l'espèce, il sera retenu que la location des pavillons et de la terrasse attenante est indissociable des autorisations d'usage accru du domaine public pour la vente de marchandise. Ainsi, la ville souhaitant harmoniser, pour des raisons esthétiques, les édicules présents sur le pourtour de la rade, a offert à la location un nombre défini de pavillons. Pour ce faire, elle a d'une part prévu qu'aucune autorisation similaire, sans location des nouveaux pavillons, ne soit délivrée et que la location des pavillons soit assortie d'une autorisation d'usage accru. En outre, les pavillons ne peuvent être utilisés, par leur locataire, à d'autres fins que celles couvertes par l'autorisation, à savoir la vente de glaces ou la vente de souvenirs. Il apparaît ainsi que la ville n'a que modifié partiellement sa gestion de l'espace public de la rade et ses relations avec les personnes autorisées à y exercer leur activité de vente en liant la permission délivrée jusqu'alors, à l'obligation d'utiliser l'un des pavillons édifiés de façon saisonnière à cet effet.

- 15/17 - A/3559/2009

Il découle de ce qui précède que l'attribution des nouveaux pavillons a été faite par la ville dans le cadre de la gestion de son domaine public. En ce sens, il s'agit d'une décision prise en raison d'une compétence donnée par la loi à la ville (art. 56 al. 1 LRoutes ; art. 13 LDPu et art. 1 al. 1 let. b du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 - RUDP - L 1 10.12). Bien que cette décision nécessite l'accord de l'administré, cela ne change pas la qualification de la relation juridique qui reste fondée sur une décision (P. MOOR, op. cit., p. 352 ss, p. 361).

Finalement, le fait que la ville soit propriétaire des pavillons et que ceux-ci soient loués aux exploitants, n'empêche pas que ces derniers soient également au bénéfice d'une autorisation d'utilisation accrue du domaine public.

En conséquence, il faut considérer que l'attribution des nouveaux pavillons a été faite en application des règles qui régissent l'usage accru du domaine public, soit en premier lieu la LRoutes et la LDPu.

Partant, le TAPI est compétent pour connaître du litige (art. 93 al. 1 LRoutes) et c'est à tort que la commission a décliné sa compétence. La cause, en tant qu'elle porte sur cette décision, lui sera renvoyée et le recours admis sur ce point.

#### **E. 7**

Le recours porte également, comme vu précédemment, sur la décision de la commission confirmant le refus anticipé de la ville de tout usage accru du domaine public pour l'exploitation du stand de la recourante, dès la saison 2010.

La commission a joint les deux recours déposés le même jour par Mme Kesici, estimant que ceux-ci concernaient le même contexte de faits et une cause juridique commune, sans se prononcer sur leur recevabilité.

L'art. 70 LPA prévoit que l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune. La jonction n'est toutefois pas ordonnée si la première procédure est en état d'être jugée alors que la ou les autres viennent d'être introduites.

Or, au stade actuel de la procédure, il apparaît que la commission doit encore examiner l'une des décisions contestées. Par conséquent, l'une des causes devant être renvoyée à la commission, les conditions de la jonction, qui ont pu exister, ne sont désormais plus réalisées. Il s'impose dès lors de disjoindre les procédures.

#### **E. 8**

Lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité et faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite

- 16/17 - A/3559/2009 autorité, la suspension de la procédure administrative peut, le cas échéant, être prononcée jusqu'à droit connu sur ces questions (art. 14 al 1 LPA).

En l'espèce, le sort d'une des deux décisions rendues par la ville n'est pas fixé, en raison du renvoi de la procédure au TAPI. Bien qu'il s'agisse chronologiquement de la seconde, les liens existants entre les décisions et notamment le grief d'inégalité de traitement invoqué par la recourante en lien avec l'attribution des nouveaux pavillons aux bénéficiaires des anciennes autorisations d'usage accru, justifie que la procédure concernant le refus anticipé de renouvellement de l'autorisation d'usage accru soit suspendue, jusqu'à droit jugé par le TAPI dans la procédure concernant le refus d'attribution d'un pavillon.

Aucune décision sur le fond n'ayant encore été rendue, les mesures provisionnelles prises le 3 février 2011 continueront à être applicables.

#### **E. 9**

Le recours étant partiellement admis, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimée et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de la ville (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*