

# **GE\_GERICHTE A/3560/2009 vom 5. April 2011**

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

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3560\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3560_2009)

FR: GE\_GERICHTE A/3560/2009 du 5 avril 2011

IT: GE\_GERICHTE A/3560/2009 del 5 aprile 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Madame Sükran Kesici exploite depuis 1992, de manière saisonnière, un stand de glaces à l'enseigne « Glacier Toscana » sis 16, quai du Mont-Blanc à Genève en étant au bénéfice d'autorisations annuelles d'usage accru du domaine public délivrées par le service de la sécurité et de l'espace publics de la Ville de Genève (ci-après : la ville).

### **E. 2**

En mars 2003, Mme Kesici a également ouvert une gelateria « Coco Bella », sise 4, rond-point de Plainpalais. Elle a sollicité en été 2003, l'installation d'une terrasse sur le trottoir devant cet établissement. Le 8 août 2003, la ville lui a indiqué être étonnée d'une telle demande puisqu'elle était déjà bénéficiaire d'une permission d'installer un banc de glaces sur le quai du Mont-Blanc qui devait être exploité en personne. Mme Kesici devait fournir des explications et notamment indiquer si l'ouverture de la gelateria signifiait la cessation de ses activités au quai du Mont-Blanc. La ville indiquait également ne pas comprendre que Mme Kesici ait ouvert un commerce de vente de glaces à proximité immédiate du banc de glaces du rond-point de Plainpalais. Des explications à ce sujet étaient également attendues. Dans l'attente de ses réponses, la requête était en suspens. Mme Kesici n'a pas donné suite à ce courrier et a finalement revendu l'établissement « Coco Bella » en décembre 2005.

### **E. 3**

Depuis de nombreuses années, dans un but d'harmonisation esthétique du pourtour de la rade, la ville élabore un projet de remplacement des stands de glaces et de vente de souvenirs propriété des vendeurs, par des pavillons de la ville mis à disposition de ceux-ci.

a. Dans ce cadre, le 8 novembre 2004, le conseiller administratif en charge du département des sports et de la sécurité a confirmé à l'association genevoise des exploitants de stands du lac (ci-après : AGESL), dont Mme Kesici est membre, que le conseil administratif avait « décidé de proposer à la location les nouveaux pavillons en priorité aux titulaires d'une permission octroyée par les services des agents de ville et du domaine public, en fonction de la nature du commerce pratiqué ». La location serait subordonnée à l'acceptation d'un cahier des charges et parmi les obligations figurerait celle d'exploiter personnellement le pavillon. Il précisait encore qu'il n'y aurait pas de délai d'adaptation, permettant l'amortissement des installations dont disposaient les membres de l'AGESL.

b. Le 1<sup>er</sup> avril 2005, le service d'aménagement urbain de la ville a informé le président de l'AGESL qu'il était prévu le même nombre d'emplacements. Les membres de l'AGESL ne seraient ainsi pas privés de leur activité.

c. Dans un courrier du 20 février 2006, le service des agents de ville et du domaine public a confirmé à la fédération des artisans et commerçants que le nombre de pavillons construits permettrait à chaque exploitant actuel, qui en ferait la demande et qui

remplirait les conditions du cahier des charges, d'obtenir un nouveau pavillon. Les baux mobiliers seraient proposés en priorité aux exploitants, pour autant que ceux-ci remplissent les conditions du cahier des charges. d. La permission d'usage accru du domaine public délivrée, à titre précaire, le 20 mars 2007 à Mme Kesici pour la saison 2007 indiquait en préambule que le réaménagement des quais était toujours d'actualité et incluait notamment la disparition des actuelles installations saisonnières au profit de pavillons construits par la ville. Dans l'hypothèse d'une telle réalisation durant la saison 2007, les conditions et la date d'échéance des permissions seraient réexaminées. Ce préambule figurait également dans la permission 2008 et 2009, datées respectivement des 29 février et 22 décembre 2008.

#### **E. 4**

Le 22 juin 2009, le conseil municipal de la ville a adopté le projet « pavillons de glaciers » visant à uniformiser les pavillons présents autour de la rade (PR 689).

#### **E. 5**

Le 24 juillet 2009, la ville a publié dans la Feuille d'avis Officielle de la République et canton de Genève (FAO) et dans l'hebdomadaire Genève Home Informations (ci-après : GHI) une « sollicitation d'offres pour la location de huit pavillons saisonniers amovibles sur le pourtour de la rade de Genève destinés à des glaciers » ainsi qu'une autre sollicitation d'offres pour quatre pavillons de commerces de souvenirs. Elle proposait de louer aux personnes physiques intéressées, pour cinq saisons consécutives du 1<sup>er</sup> mars au 31 octobre de chaque année, un pavillon pour un loyer variant entre CHF 30'000.- et CHF 35'000.- par saison, selon la dimension, comprenant la redevance liée à une permission saisonnière de l'usage du domaine public, calculée sur la base d'un tarif de CHF 52.- le m<sup>2</sup>. Le bail proposé comprenait notamment l'interdiction de sous-location, la ville entendant choisir elle-même l'exploitant des lieux. Une permission annuelle pour l'usage du domaine public serait délivrée et renouvelée annuellement, elle deviendrait caduque en cas de résiliation anticipée du bail et ne serait en aucun cas prolongée au-delà du 31 octobre 2014, sauf si le nombre de candidats retenus pour la période de cinq ans suivante était insuffisant. Un seul pavillon pouvait être attribué par exploitant et seules des personnes physiques pouvaient postuler. La présence physique du titulaire était requise la moitié des heures effectives d'ouverture. Les pavillons seraient fournis par la ville au candidat retenu. Elle les installerait à ses frais au début et les déposerait à la fin de chaque saison. Un délai échéant au 24 août 2009 était imparti pour déposer un dossier de candidature qui devait contenir impérativement copie d'une pièce d'identité, un extrait du registre du commerce si le candidat y était inscrit, une attestation récente de l'office des poursuites et faillites et tout document attestant de la solvabilité du candidat, un certificat de bonne vie et mœurs et un extrait du casier judiciaire, un curriculum vitae et un descriptif des activités professionnelles exercées précédemment, une lettre de motivation décrivant notamment l'expérience et les compétences du candidat dans l'exploitation du commerce concerné et le concept d'exploitation proposé. Le cahier des charges précisait sous point 7.3 que les candidats devaient fournir une lettre de motivation décrivant leurs expérience et compétences dans l'exploitation d'un commerce, le concept 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, l'originalité éventuelle de celui-ci. Le point 7.4 indiquait que les candidatures ne comportant pas les documents mentionnés ou n'étant pas accompagnés d'une lettre d'intention seraient écartées sans autre formalité. Le jury du concours serait composé d'une personne émanant du département de l'environnement urbain

et de la sécurité, du département des constructions et de l'aménagement et la troisième de la société des cafetiers, restaurateurs et hôteliers de Genève. Le choix des candidats retenus interviendrait en fonction des critères suivants énumérés sans ordre d'importance : expérience, compétence, sérieux et respectabilité, nature du projet, originalité du projet, intérêt social, intention éventuelle de favoriser les produits écologiques et/ou du terroir, diversité et complémentarité dans l'attribution des douze pavillons offerts à la location. Le choix du conseil administratif serait sans appel et ne pourrait faire l'objet d'aucun recours.

#### **E. 6**

Le 24 août 2009, Mme Kesici a fait parvenir son dossier de candidature à la ville. Celui-ci contenait un document dans lequel elle indiquait ses nom, prénom, nationalité, date de naissance, n° de passeport et de carte d'identité, n° d'assurée, son adresse et ses numéros de téléphone. Elle a joint les différentes attestations et documents demandés ainsi qu'un curriculum vitae, daté et signé, indiquant qu'elle avait commencé comme gérante du banc de glaces de M. Zanino en 1987 dont elle avait repris à son nom l'exploitation depuis 1992. Elle terminait cette lettre en indiquant qu'elle aimerait « pouvoir continuer cette exploitation comme jusqu'à maintenant ». Le courrier du mandataire de Mme Kesici qui accompagnait le dossier indiquait que celle-ci se tenait à disposition pour exposer en détail son concept et ses conséquences financières. Elle entendait exploiter son banc de glaces de la même manière qu'elle le faisait, à satisfaction de tous, depuis 1992.

#### **E. 7**

Le 31 août 2009, Mme Kesici a reçu de la ville un courrier non nominatif, adressé à tous les exploitants des pavillons glaciers et pavillons souvenirs. Le cahier des charges des futurs pavillons était à disposition des intéressés de même que les baux à loyer. Selon les règles usuelles, la procédure avait fait l'objet d'une publication dans la presse et les dossiers retenus feraient l'objet d'une communication individuelle dans le courant du mois de septembre. Aucune autorisation pour usage accru du domaine public en vue de l'exploitation d'un pavillon pour glaciers ou de souvenirs ne serait délivrée pour la saison 2010 sur le pourtour de la rade. Il n'était dès lors pas nécessaire de formuler une nouvelle requête.

#### **E. 8**

Le 16 septembre 2009, la ville, sous la plume du chef du service de la sécurité et de l'espace publics, a informé Mme Kesici qu'après examen attentif par un groupe d'experts, le conseil administratif avait décidé de ne pas retenir son dossier pour la location d'un pavillon glacier. Le courrier ne contenait aucune voie de recours.

#### **E. 9**

Le 21 septembre 2009, l'avocat mandaté par Mme Kesici a mis la ville en demeure de lui communiquer par retour de courrier une décision motivée et comportant des voies de recours.

#### **E. 10**

a. Le 1<sup>er</sup> octobre 2009, Mme Kesici a déposé deux recours avec demande de mesures provisionnelles, auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre le courrier de la ville du 31 août 2009 et celui daté du 16 septembre 2009. Ils ont été enregistrés respectivement sous cause

n° A/3559/2009 et n° A/3560/2009. b. Par décision du 10 décembre 2009, la commission a joint les deux causes sous n° A/3559/2009 et, sur mesures provisionnelles, a fait obligation à la ville de conserver libre de tout locataire, usager ou occupant à quelque titre que ce soit, l'un des huit pavillons destinés à des glaciers, jusqu'à droit jugé au fond. c. Dans ses recours, Mme Kesici concluait à l'annulation de la décision refusant l'octroi d'une nouvelle autorisation d'utilisation accrue du domaine public et à l'annulation du cahier des charges publié sous forme de sollicitation d'offres pour la location d'un pavillon ainsi que le projet de bail y annexé. Elle concluait également à la délivrance de l'autorisation d'usage accru du domaine public pour une durée de cinq ans à compter de la saison 2010 aux conditions actuelles sans qu'elle ne doive prendre à bail un pavillon fourni par la ville.

Subsidiairement, elle concluait à la conclusion d'un bail pour cinq ans pour l'usage d'un pavillon saisonnier. En l'absence d'un intérêt prépondérant s'y opposant et faute pour la ville de pouvoir lui reprocher de ne s'être pas conformée aux prescriptions légales et techniques auxquelles étaient subordonnées les autorisations d'usage accru du domaine public qui lui avaient été délivrées depuis 1992, elle disposait d'un droit à l'obtention d'une nouvelle autorisation en vue de l'exploitation de son stand de glaces. Elle faisait valoir le critère de l'ancienneté, le principe de la protection de la bonne foi ainsi que celui de confiance à l'appui de ses conclusions. Elle avait dû abandonner l'exploitation de la gelateria « Coco Bella » en raison du fait que la ville lui refusait l'installation d'une terrasse ainsi que l'exploitation simultanée des deux établissements. En 2008, elle avait dû changer son pavillon de glaces en raison de sa vétusté qui avait été relevée notamment par le directeur de l'hôtel d'Angleterre situé à proximité. Le stand ne pouvait plus être remonté une nouvelle fois. Elle en avait acquis un nouveau en investissant près de CHF 200'000.- pour pouvoir continuer l'exploitation de son glacier. C'est pourquoi, elle privilégiait la possibilité de garder l'emplacement de son stand à la location d'un pavillon de la ville.

#### **E. 11**

En réponse aux recours, la ville a exposé qu'aucun des deux courriers contre lesquels Mme Kesici avait recouru ne pouvait être qualifié de décision. Les recours étaient dès lors irrecevables. Plusieurs lettres, dont elle produisait des exemples, adressées à d'autres personnes que Mme Kesici, avaient été reçues par les exploitants des bancs de glaces et stands divers indiquant qu'ils se devaient d'exploiter eux-mêmes leur stand et devaient consacrer le nombre d'heures correspondant aux normes usuelles. L'autorisation était destinée à satisfaire des besoins de personnes n'ayant pas d'autres activités lucratives commerciales. Toutes les permissions accordées étaient signées pour accord par les requérants et contenaient la mention « le titulaire de la présente permission a pris note du fait qu'il ne saurait se prévaloir de l'investissement effectué pour prétendre à un droit acquis pour les années à venir ». Le cahier des charges précisait clairement que le choix du conseil administratif ne pourrait faire l'objet d'aucun recours. En conséquence, Mme Kesici n'avait aucun droit acquis au renouvellement de sa permission et elle ne pouvait contester a posteriori la procédure d'attribution des nouveaux pavillons à laquelle elle avait participé.

#### **E. 12**

Le 22 juillet 2010, la commission a rejeté le recours de Mme Kesici contre le courrier de la ville du 31 août 2009. Ce dernier répondait à la définition d'une décision mais ni le principe de la bonne foi, ni celui de la confiance, ni la liberté économique n'avaient été violés par la ville. L'acquisition par Mme Kesici d'un nouveau pavillon au début de l'année 2008 constituait une décision téméraire, le projet de réaménagement de la rade étant dans sa

phase finale. L'intérêt public à cet aménagement l'emportait sur celui de la recourante à pouvoir maintenir un pavillon personnel. Un régime transitoire spécialement adapté à Mme Kesici aurait eu pour effet de rompre l'harmonie poursuivie par la ville dans ses aménagements et n'était pas nécessaire pour garantir le respect du principe de proportionnalité. En outre tous les exploitants de stands de glaces sur le pourtour de la rade avaient été traités de la même façon. S'agissant de la décision de refus d'attribution d'un nouveau pavillon par courrier du 16 septembre 2009, il s'agissait d'une procédure ressemblant à celle d'ouverture d'un marché public pour la fourniture de services. La commission n'était dès lors pas compétente pour connaître de ce contentieux et la procédure devait être transmise à la chambre administrative.

### **E. 13**

Le 25 août 2010, Mme Kesici a recouru auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), contre la décision du 22 juillet 2010 de la commission. Elle conclut préalablement à l'audition de plusieurs témoins et à un transport sur place. Principalement elle conclut à l'annulation de la décision de la commission, du cahier des charges publié par la ville, des décisions de la ville des 31 août 2009 et 16 septembre 2009 ainsi qu'à l'octroi d'une autorisation d'usage accru du domaine public pour une durée de cinq ans à compter de la saison 2010 aux conditions ayant prévalu jusqu'à la saison 2009. Elle conclut également à ce que la chambre administrative constate qu'elle peut continuer d'exploiter, à l'emplacement qui lui avait été attribué depuis de nombreuses années, son propre stand de glaces, sans devoir prendre à bail un pavillon fourni par la ville. Subsidiairement, Mme Kesici conclut à ce qu'il soit ordonné à la ville de conclure un bail lui cédant l'usage d'un pavillon pendant une durée de cinq ans à l'emplacement où se trouvait actuellement son stand de glaces. La commission était compétente pour connaître des deux décisions rendues par la ville en application du droit sur l'utilisation du domaine public. Il n'y avait pas de marchés publics en la matière. Son droit d'être entendue avait été violé car elle n'avait pu faire témoigner les personnes susceptibles de prouver que la ville l'avait poussée à abandonner l'exploitation de son glacier au rond point de Plainpalais, que son pavillon présentait à fin 2007 un état d'usure tel qu'il n'était objectivement pas possible de le remonter pour la saison suivante et que celle-ci avait agi de manière contradictoire en émettant continuellement et de manière chicanière des exigences quant à la tenue de son précédent pavillon. Elle avait un droit acquis à l'obtention d'une autorisation d'usage accru du domaine public, la ville n'ayant aucun intérêt public prépondérant à opposer à ce qu'elle déploie son activité sur la rade puisque son emplacement avait été attribué à un tiers et qu'elle s'était toujours conformée aux prescriptions légales et techniques. Le critère de l'ancienneté a été considéré par le Tribunal fédéral comme objectivement soutenable pour l'octroi d'autorisation d'usage accru du domaine public. En outre, le traitement qui lui avait été réservé était constitutif d'une inégalité de traitement manifeste par rapport aux huit autres membres de l'AGESL, exploitants de stands de glaces et de souvenirs qui s'étaient vu octroyer par la ville, conformément aux promesses qu'elle avait formulées, un droit d'exploiter un pavillon saisonnier pour cinq ans. Les principes de la bonne foi et de la confiance avaient été violés par la ville qui avait contredit les assurances claires et réitérées données à l'AGESL, à la fédération des artisans et commerçants ou encore devant le conseil municipal. En application du principe de la proportionnalité et pour rendre la restriction moins grave, il y aurait lieu par exemple de prévoir la possibilité d'accorder des autorisations exceptionnelles ou de conférer un pouvoir d'appréciation pour tenir compte de

situations particulières et d'instaurer un régime transitoire. La décision de la ville lui avait causé un grave préjudice puisqu'elle se trouvait abruptement privée de la possibilité d'exercer l'activité professionnelle qui était la sienne depuis dix-sept ans. Cette violation était d'autant plus choquante que la ville l'avait empêchée de développer une activité en parallèle de son stand de glaces sur les quais. Le principe de la légalité avait également été violé. Ni la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 05) ni son règlement d'application ne faisaient état du système mis en place par l'intimée, pas plus qu'il ne prévoyait la possibilité d'établir des charges pour l'obtention des permissions pour usage accru du domaine public. La procédure mise en place n'avait pas de base légale, s'agissant du cahier des charges et du régime de droit privé appliqué à la conclusion du bail. Sa liberté économique avait été violée par les deux décisions. La ville avait maintenu et réattribué la totalité des douze emplacements qui existaient déjà. Cela démontrait qu'elle ne pouvait invoquer aucun intérêt public prépondérant pour refuser une nouvelle autorisation d'usage accru du domaine public. La Compagnie générale de navigation (ci-après : CGN) avait été autorisée à conserver son ancien pavillon pour l'exploitation de sa billetterie, malgré l'acquisition d'un nouvel édicule. Un recours était d'ailleurs pendant devant la commission. Il en allait de même pour les mouettes genevoises. Le même régime transitoire pouvait être appliqué aux stands de glaces. Il n'y avait aucune impérative nécessité à ce que la totalité des pavillons existants soient simultanément remplacés au début de la saison 2010.

#### **E. 14**

Le 6 septembre 2010, la commission a transmis ses dossiers à la chambre administrative, sans formuler d'observations.

#### **E. 15**

Le 15 octobre 2010, la ville a répondu au recours en concluant à son rejet. Le cahier des charges établi dans le cadre de la sollicitation d'offres pour l'obtention d'un contrat de bail mobilier prévoyait le dépôt d'un dossier non seulement documenté en pièces de forme mais proposant également un projet et le concept d'exploitation, permettant ainsi au jury de retenir les meilleurs dossiers. Mme Kesici s'était bornée à déposer un dossier contenant les pièces requises mais sans lettre de motivation et sans exposer son projet. Mme Kesici ne l'avait pas interpellée avant l'acquisition de son nouveau pavillon et des mises en garde répétées avaient été faites enjoignant les exploitants à ne pas prendre de tels engagements. En outre, le pavillon était déjà vraisemblablement amorti en deux ans d'utilisation. Mme Kesici avait fait notifier un commandement de payer à la ville pour un manque à gagner concernant 2010 à hauteur de CHF 350'000.-. La procédure de sollicitation d'offres visait à retenir les candidats à même d'offrir les meilleures prestations à la clientèle. L'échec de la candidature de Mme Kesici résultait exclusivement de sa négligence car celle-ci n'avait pas motivé sa demande et ne répondait pas au point 7.3 du cahier des charges. Il ne s'agissait pas d'une procédure soumise au droit des marchés publics. De même qu'un postulant non retenu suite à une offre d'emploi, Mme Kesici n'avait pas de droit de recours contre le choix fait dans l'attribution des pavillons.

#### **E. 16**

Le 17 janvier 2011, Mme Kesici a requis des mesures provisionnelles. a. Elle devait être autorisée à exploiter à compter du 1<sup>er</sup> mars 2011, à l'emplacement qui était le sien, son propre pavillon glacier ou subsidiairement, la ville devait lui céder l'usage du pavillon glacier gardé vide conformément à la décision de la commission du 10 décembre 2009, plus

subsidiairement, les mesures provisionnelles prononcées par la commission devaient être maintenues. b. Le 28 janvier 2011, la ville a déposé des observations sur mesures provisionnelles. Les conclusions prises par Mme Kesici se confondaient avec celles prises sur le fond et la jurisprudence s'opposait clairement à l'admission de la requête, sauf à admettre le maintien de la mesure ordonnée par la commission. c. Par décision sur mesures provisionnelles du 3 février 2011, la chambre administrative a admis la requête formée par Mme Kesici et dit que cette dernière était autorisée à exploiter, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2011, à l'emplacement qui était le sien, son propre pavillon glacier ( ATA/71/2011 du 3 février 2011). d. Le 16 février 2011, par écriture spontanée, la ville a informé la chambre administrative qu'elle n'était pas en mesure d'exécuter les mesures provisionnelles décidées le 3 février 2011. Suite aux mesures provisionnelles décidées par la commission, elle n'avait attribué que sept des huit pavillons. L'un des sept pavillons avait été installé sur la rotonde du Mont-Blanc à proximité immédiate du site occupé anciennement par Mme Kesici. Chaque emplacement accueillant un nouvel édicule avait fait l'objet d'une demande d'autorisation de construire et elle ne pouvait sans autre modifier ces emplacements. Les anciens raccordements utilisés antérieurement avaient été supprimés et Mme Kesici ne disposait pas d'une autorisation de construire. Elle restait à disposition pour trouver un autre emplacement en ville de Genève susceptible d'accueillir, jusqu'à droit jugé au fond, l'ancien stand de Mme Kesici. e. Le 28 février 2011, invitée à répondre par le juge délégué, Mme Kesici s'est déterminée sur le courrier de la ville du 16 février 2011. Il lui était tout à fait possible d'installer son stand à proximité de son ancien emplacement, la totalité des raccordements n'ayant pas été supprimés comme le prouvaient les photos produites. Il suffisait de procéder à l'enlèvement du pavillon amovible, de la même façon qu'il avait été enlevé à la fin de la saison 2010. Le pavillon, laissé libre suite aux mesures provisoires prises par la commission, pouvait être attribué à l'occupant de son emplacement. e. Le 3 mars 2011, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours de la ville contre la décision sur mesures provisionnelles de la chambre administrative du 3 février 2011 (Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_196/2011 du 3 mars 2011).

#### **E. 17**

Le 17 janvier 2011, Mme Kesici a répliqué en reprenant l'argumentation déjà développée dans ses précédentes écritures. Elle ajoutait que la ville avait motivé pour la première fois sa décision dans ses écritures responsives en exposant que sa candidature n'avait pas été retenue en raison du dossier incomplet. Ce faisant, la ville admettait qu'elle n'avait aucune autre raison de lui refuser la location du pavillon glacier. L'obligation de motiver était d'autant plus stricte lorsque, par son objet, la décision reposait sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité et portait gravement atteinte à un droit constitutionnel. Elle avait exploité depuis 1992 un stand de glaces, la ville connaissait donc parfaitement le style d'exploitation et il fallait considérer que son dossier était complet. Les motifs esthétiques avancés par la ville quant à l'uniformisation des installations présentes sur le pourtour de la rade n'étaient pas convaincants dans la mesure où il existait toujours d'autres édicules anciens, tels les billetteries CGN, ainsi que des dépôts de sacs à ordures, des cabanes et autres constructions sur les quais, comme l'attestaient les photographies produites. Elle n'avait pas accepté tacitement les « règles du jeu » en postulant dans le cadre de la sollicitation d'offres.

#### **E. 18**

Le 28 février 2011, la ville a dupliqué. Si des mesures d'instruction étaient ordonnées, elle sollicitait l'audition de divers témoins. Les lacunes du dossier de Mme Kesici auraient permis d'écarter d'emblée et sans autre formalité sa candidature. Le choix était intervenu dans le cadre d'une mise au concours publique visant à retenir les meilleures candidatures désireuses d'exploiter, moyennant un bail régi par le droit privé, un objet dont la ville était propriétaire. S'agissant des problèmes d'esthétique soulevés par Mme Kesici avec photographies à l'appui, les pavillons de la CGN allaient être changés et les sacs à ordures étaient régulièrement enlevés par une entreprise. Pour le reste, à teneur du protocole d'accord du 9 mai 1974 entre la ville et l'Etat de Genève, les autorisations concernant les places à terre pour l'hivernage des bateaux, ainsi que les emplacements à terre occupés par les loueurs de bateaux étaient de la compétence du département des travaux publics, par délégation du conseil administratif de la ville. Il en allait de même pour les autres occupations de ces quais marchands, en accord avec le conseil administratif. Il découlait de cet accord que les cabanes de pêcheurs, le chantier naval ou encore les entreprises lacustres étaient de la compétence du canton. Seules les activités de restauration et vente de souvenirs ainsi que les billetteries sur les quais des Pâquis et Gustave-Ador étaient de la compétence de la ville. L'idée d'exiger une décision motivée s'agissant du résultat d'une mise au concours était incongrue.

#### **E. 19**

Suite à quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Depuis le 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer. 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). 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. 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 Kesici 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. 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 céans étant rappelé que celle-ci a déclaré irrecevable pour raison de compétence le recours portant sur le refus d'attribution d'un pavillon. 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, 2<sup>ème</sup> 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). 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. 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 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. 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. 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 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. 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). \* \* \* \* \*

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