

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1006/2019-MARPU

ATA/371/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 3 avril 2019**

**sur mesures provisionnelles**

dans la cause

**GOURMANDISES SICILIENNES DRS Sàrl**

et

**Monsieur Dario FANTAUZZO**

représentés par Me Romain Jordan, avocat

contre

**CHEMINS DE FER FÉDÉRAUX SA**

représentée par Me Delphine Zarb, avocat

---

Vu le recours interjeté le 13 mars 2019 par Gourmandises siciliennes DRS Sàrl (ci-après : Gourmandises Sàrl) et Monsieur Dario FANTAUZZO contre « l'absence de décision, voire la décision contenue dans le courrier du 7 mars 2019 » des Chemins de fers fédéraux SA (ci-après : les CFF) ;

que les CFF sont une société anonyme de droit public ;

que Gourmandises Sàrl et M. FANTUAZZO concluent, principalement, au constat d'un déni de justice commis par les CFF et au renvoi du dossier à ceux-ci « pour qu'[ils] ouvre[nt] une procédure administrative, produisent l'intégralité du dossier et rendent une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) quant à la révocation de l'adjudication en faveur de Gourmandises Sàrl, représentée par M. FANTAUZZO » ; subsidiairement, ils concluent à l'annulation de la décision du 7 mars 2019, au constat que la révocation des adjudications en leur faveur est intervenue en violation de leurs droits et au renvoi de la cause aux CFF afin qu'ils leur « octoie[nt] lesdites adjudications » ;

que les recourants ont requis, à titre provisionnel et superprovisionnel, qu'il soit fait interdiction aux CFF de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet O'Vives, respectivement qu'il soit constaté que le recours avait effet suspensif ;

attendu qu'ils ont exposé qu'ils avaient répondu à l'appel d'offres des CFF du mois de mai 2017 concernant la mise en location de locaux commerciaux dans la future gare des Eaux-Vives à Genève ; que Madame Véronique BERCLAZ, employée des CFF, leur avait confirmé oralement qu'ils avaient « emporté » l'appel d'offres ; que le 30 mai 2018, une visite des locaux de la gare avait été organisée par les CFF, lors de laquelle Mme BERCLAZ leur avait remis un projet de bail relatif à la surface commerciale en cause ; qu'un loyer correspondant à 8% du chiffre d'affaires avait été convenu ; que les parties devaient se revoir le 23 août 2018 pour finaliser le contrat ; que de « brèves discussions » avaient eu lieu quant à l'arcade qui serait attribuée à la recourante ; que les arcades dont l'exploitation était initialement prévue étaient les arcades n° 4 et 5, alors que finalement les CFF avaient décidé de leur attribuer l'arcade n° 1 ; que le 23 novembre 2018, Mme BERCLAZ avait indiqué par téléphone au recourant qu'elle avait reçu confirmation de la direction des CFF que le contrat de bail serait signé « dans les prochains jours » ; qu'un rendez-vous avait été fixé par les CFF au 28 novembre 2018 pour présenter le contrat de bail modifié et visiter les locaux ; que ce rendez-vous avait toutefois été annulé et le contrat de bail remis au recourant par Mme BERCLAZ ; que ce contrat comportait des erreurs que le recourant avait signalées par téléphone à cette dernière ; que le nouveau rendez-vous fixé le 5 décembre, puis déplacé au 10 décembre 2018 avait finalement été annulé ; que le 18 décembre 2018, après leur avoir demandé de renvoyer tout le dossier d'offre, Madame Giliane GEISSMANN, responsable « retail & food service region Ouest CFF immobilier », leur avait indiqué que l'adjudication leur était retirée et attribuée à Monsieur Yves GRANGE ; que Monsieur Philip SCHERBLE, responsable « développement objets de placement Suisse romande » des CFF, avait confirmé cette

information lors d'un entretien téléphonique le lendemain ; que les recourants s'étaient immédiatement offusqués de ce revirement des CFF ; qu'ils avaient ensuite appris que M. GRANGE s'était vu attribuer les arcades n° 1, 4 et 5 et que le contrat de bail allait être signé à la mi-mars 2019 ;

que, par courrier du 7 mars 2019, les CFF ont refusé de faire droit à la demande des recourants d'avoir accès au dossier, le litige ne relevant pas d'une contestation de droit public ;

que, sommés par les recourants de produire les documents sollicités, de confirmer qu'il ne serait pas procédé à la conclusion d'un contrat jusqu'à droit jugé, voire de confirmer que le courrier du 7 mars 2019 valait décision, les CFF ont maintenu leur position par courrier du 13 mars 2019 ;

que, par décision du 13 mars 2019, la chambre de céans a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles, le bienfondé des conclusions principales tendant au constat d'un déni de justice ne paraissant à première vue pas vraisemblable, dès lors que les CFF s'étaient déterminés les 7 et 13 mars 2019 sur les courriers des requérants ; que l'application de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) de même que la compétence de la chambre de céans n'étaient pas manifestes et qu'en l'absence de décision, l'effet suspensif ne pouvait être octroyé ;

que les CFF ont conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles ; la commercialisation d'un immeuble de rendement détenu par leurs soins n'était pas soumise à la LMI ; selon le plan localisé de quartier applicable à leur propriété, les autorisations de construire avaient été obtenues par les CFF pour la construction de commerces, de bureaux et de logements ; le processus d'appel d'offres lancé relevait exclusivement d'une démarche soumise au droit privé, ce que l'appel d'offres explicitait en tant qu'il précisait que le bailleur n'était pas tenu d'accepter une offre et pouvait la modifier, la compléter et la clôturer à tout moment sans avoir à motiver sa décision ; que l'offre de la recourante n'avait finalement pas été retenue ; le litige ne ressortait ainsi pas du droit public, ni la LMI ni la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) n'étaient de surcroît applicables ;

que, dans leur réplique sur mesures provisionnelles, les recourants ont contesté que la procédure relevait d'un appel d'offres privé ; ils avaient emporté l'appel d'offres et le contrat de bail était sur le point d'être signé ; compte tenu du fait que les CFF bénéficiaient d'un monopole de fait sur l'exploitation des commerces intégrés aux gares, la LMI était applicable ; à leur connaissance, le contrat avec M. GRANGE n'avait pas encore été signé ; en outre, ils laissaient indécise la question de la compétence de la chambre de céans de se prononcer sous l'angle de la LMP, mais exposaient, pour répondre sur ce point aux intimés, que les CFF, en administrant les biens publics que constituaient les gares, exerçaient une tâche étatique, de sorte qu'ils devaient se conformer aux exigences de la LMP ;

que, par ordonnance du 18 février 2019, le Tribunal des baux et loyers a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles formée par Gourmandises Sàrl et M. FANTAUZZO, retenant que l'urgence requise au prononcé de celles-ci n'avait pas été rendue vraisemblable et que, à teneur du dossier, le contrat de bail avait déjà été signé avec le tiers ;

que, par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), également saisi par les recourants, a, dans son ordonnance du 18 mars 2019, retenu qu'il n'apparaissait pas que la LMP soit applicable ; les CFF pouvaient installer des entreprises accessoires à but commercial dans le périmètre des gares ; les litiges opposant les locataires de surfaces affectées à des entreprises accessoires aux CFF relevaient, conformément à l'art. 39 al. 4 de la loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (LCdF -RS 742.101), de la juridiction civile ;

que, par courrier du 29 mars 2019, la chambre de céans a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

Considérant, en droit, l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 septembre 2017, à teneur duquel les décisions sur effet suspensif sont prises par la présidente de ladite chambre, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de celles-ci, par un juge ;

qu'aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; que toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3) ;

que, par ailleurs, l'art. 21 al 1 LPA permet le prononcé de mesures provisionnelles ;

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/503/2018 du 23 mai 2018 ; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016 consid. 4) ;

qu'elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif (Isabelle HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265) ;

que, par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405) ;

qu'un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif ; la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344) ;

qu'en l'espèce, il convient, en premier lieu, de relever qu'en tant que les recourants sollicitent l'octroi de l'effet suspensif, alors qu'ils se plaignent de l'absence de décision, leur requête ne peut qu'être rejetée ; en effet, l'octroi de l'effet suspensif à un recours dirigé contre une décision dont l'absence est critiquée n'est pas susceptible de déployer une quelconque portée ;

que, par ailleurs, la reconnaissance d'un refus de statuer ne pouvant être admise que si l'autorité mise en demeure avait le devoir de rendre une décision (ATF 135 II 60 consid. 3.1.2), la chambre de céans doit examiner si la décision dont l'absence est déplorée pourrait faire l'objet d'un recours devant elle si ladite décision était prise (ATA/115/2019 du 5 février 2019 consid. 2 et les références citées) ;

qu'aux termes de l'art. 132 al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6, al. 1, let. a et e, et 57 LPA, les exceptions prévues par la loi étant réservées ;

que la LPA contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par les autorités (art. 1 al. 1 LPA) ; sont réputées autorités au sens de la LPA les autorités administratives ainsi que les juridictions administratives (art. 1 al. 2 LPA) ; les dispositions de procédure du droit fédéral sont réservées (art. 3 LPA) ;

que, selon l'art. 5 LPA, sont réputées autorités administratives au sens de l'art. 1 LPA le Conseil d'État, la chancellerie d'État, les départements, les services de l'administration cantonale, les institutions, corporations et établissements de droit public, les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent ainsi que les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal ;

qu'ainsi, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, seules les décisions rendues par les autorités administratives genevoises sont susceptibles d'un recours devant la chambre de céans ;

que, les intimés n'étant pas une autorité genevoise, il apparaît douteux que la chambre de céans puisse connaître du recours dont elle est saisie ;

que, par ailleurs, si l'on devait retenir que les intimés auraient, dans la présente espèce, dû agir selon les règles applicables aux marchés publics, soit selon les règles de la LMP, il apparaît, de prime abord, que la contestation y relative ressortirait de la compétence du Tribunal administratif fédéral (arrêt du TAF B-7337/2010 du 15 avril 2011 et les références citées) ;

qu'en outre, un marché public se définit comme l'ensemble des contrats (de droit privé) passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services ; il y a donc en principe marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que

« demandeur », acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (ATF 141 II 113 consid. 1.2.1) ;

qu'en l'occurrence, les intimés se proposent de remettre à bail leurs surfaces commerciales, en vue d'en optimiser leur rendement et non de confier l'exécution d'une tâche publique leur incombant à un soumissionnaire ; qu'il n'apparaît ainsi pas, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, que la présente contestation porte sur un marché public ;

que les intimés ne disposent pas d'un monopole sur l'activité économique qui consiste en l'exploitation d'un restaurant ; que, partant, l'art. 2 al. 7 LMI – qui prescrit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse – ne semble, à première vue, pas trouver application ;

que la question de savoir s'il y a lieu de retenir que les intimés exercent, dans les locaux entourant immédiatement la gare de Eaux-Vives, un monopole de fait s'agissant de l'exploitation desdits locaux est plus délicate à trancher ;

qu'il convient cependant de relever, comme l'a retenu le TAF, que les litiges opposant les locataires de surfaces affectées à des entreprises accessoires aux CFF relèvent de la compétence des juridictions civiles (art. 39 al. 4 LCdF) ;

qu'au vu de ce qui précède, soit en particulier du fait que tant la compétence matérielle que fonctionnelle de la chambre de céans ne peuvent d'emblée être retenues, la requête de mesures superprovisionnelles doit être rejetée ;

qu'en effet, la chambre de céans ne saurait ordonner des mesures provisionnelles, alors que sa compétence pour ce faire paraît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, douteuse et nécessite un examen plus approfondi ;

qu'il sera statué sur les frais de la présente décision avec l'arrêt au fond.

## **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette la requête de mesures provisionnelles ;

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

dit que les éventuelles voies de recours contre la présente décision, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par

voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Romain Jordan, avocat des recourants, à Me Delphine Zarb, avocate de Chemins de fer fédéraux SA, ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

La présidente :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

## Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: [http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c173\\_110.html](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/c173_110.html)

### Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

#### Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

#### Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

f. les décisions en matière de marchés publics:

1. si la valeur estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics,
2. si elles ne soulèvent pas une question juridique de principe;

...

#### Art. 89 Qualité pour recourir

<sup>1</sup> A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

#### Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

#### Art. 100 Recours contre une décision

<sup>1</sup> Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

### Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

#### Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

#### Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

#### Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

#### Art. 100 Recours contre une décision

<sup>1</sup> Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

---

### Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

<sup>1</sup> Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

<sup>2</sup> Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

<sup>3</sup> Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.