

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1197/2019-MARPU

ATA/877/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2019

dans la cause

ASSOCIATION SPORTS D'O

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE – OCEau

représenté par Me Nicolas Wisard et Me Samuel Brückner, avocats

et

TROPICAL CORNER SÀRL

représentée par Me Vincent Maitre, avocat

Attendu, en fait :

que par lettre du 12 mars 2019 concernant l'« appel à candidatures pour la gestion et l'exploitation du Centre Nautique de Genève-Plage » (ci-après : le Centre Nautique), le département du territoire (ci-après : DT ou département), par l'office cantonal de l'eau (ci-après : OCEau), service du lac, de la renaturation des cours d'eau et de la pêche (ci-après : SLRP), capitainerie cantonale, a informé l'Association Sports d'O (ci-après : association) que, malgré la qualité de son dossier et l'intérêt que représentait son entreprise, il n'était pas en mesure de retenir sa candidature, et que l'offre de Tropical Corner Sàrl (ci-après : Tropical), qui était la plus complète et la plus conforme aux attentes, avait été retenue ;

que par acte déposé le 25 mars 2019 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), l'association a formé recours contre cette lettre qu'elle qualifiait de décision rendue en violation des règles applicables en matière de marchés publics, subsidiairement de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), prenant des conclusions sur effet suspensif et concluant pour l'essentiel, au fond, à la nullité, subsidiairement à la contrariété au droit de l'attribution de la gestion et de l'exploitation du Centre Nautique à Tropical, et, cela fait, à ladite attribution à elle-même, « avec suite de frais et dépens » ;

que par déterminations des 9 et 16 avril 2019, Tropical a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, en raison de l'incompétence ratione materiae de la chambre administrative, « avec suite de frais et dépens » ;

que par ses observations du 16 avril 2019, le DT a conclu, à la forme, à la constatation que le recours relevait de la compétence du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) et à sa transmission à celui-ci ;

que par courrier du 17 avril 2019, l'association a persisté à considérer que les règles sur les marchés publics étaient applicables et que la chambre administrative était compétente ;

que par écriture du 2 mai 2019, l'association, outre son absence d'opposition à ce que Tropical puisse être mise au bénéfice d'une permission d'usage accru du domaine public sur le site du Centre Nautique pour la période du 1^{er} avril 2019 au 31 octobre 2019, a, « par économie de procédure », indiqué ne pas s'opposer à ce que son recours soit transmis au TAPI pour traitement, persistant pour le surplus dans les conclusions de son recours ;

que par courrier du 7 mai 2019 se référant à cette dernière écriture, Tropical a maintenu sa position ;

considérant, en droit :

que les parties sont désormais d'accord quant à l'incompétence ratione materiae de la chambre administrative ;

que cet accord est conforme au droit (art. 11 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), pour les motifs qui suivent ;

que le Centre Nautique a, par publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 15 novembre 2018, fait l'objet d'un appel à candidatures pour une permission d'usage du domaine public ;

que selon la doctrine et la jurisprudence, le fait que 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 dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques est caractéristique d'un marché public – pour lequel la chambre de céans serait compétente en première instance judiciaire (art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 56 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 - RMP - L 6 05.01) – ; qu'en revanche, le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics ; qu'en effet, dans une telle situation, la collectivité ne charge pas l'entreprise privée d'exercer une activité, pas plus qu'elle ne se procure un bien, mais se limite à ordonner ou réguler une activité privée ; qu'il en va en principe de même lorsque l'État octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public ; que par cet acte, l'État n'obtient rien, mais se limite à accorder un droit à une entreprise privée et (en principe) à percevoir une contre-prestation ; que selon la jurisprudence, il en va toutefois différemment lorsque la concession octroyée est indissociablement liée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire l'objet d'un marché public (ATF 144 II 184 consid. 2.2, et les arrêts cités) ;

que l'art. 2 al. 7 LMI impose deux exigences découlant du droit des marchés publics à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal, à savoir un appel d'offres dont la mise en place implique certaines obligations procédurales ainsi que l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse (ATF 143 II 120 consid. 6.41), mais n'implique pas nécessairement que ledit « appel d'offres » entre dans le champ d'application du droit des marchés publics ;

qu'en l'occurrence, à la différence du système de vélos en libre-service accessible à tous ayant fait l'objet de l'ATF 144 II 184, le développement d'activités nautiques et l'utilisation d'une terrasse, en particulier par l'exploitation

d'une petite buvette (appel à candidatures précité), ne relèvent pas d'une tâche publique ;

que l'objet dudit appel à candidatures entre bien plutôt dans le champ d'application de la loi sur l'occupation des eaux publiques du 19 septembre 2008 (LOEP - L 2 10), qui régit l'occupation des eaux publiques cantonales et communales, de leur lit et de leurs rives publiques (art. 1 al. 1) et en vertu de laquelle toute occupation excédant l'usage commun des eaux publiques, de leur lit et de leurs rives – notamment l'exercice d'activités commerciales ou sportives dans ou en bordure des eaux publiques (art. 5 let. b) – fait l'objet d'une permission ou d'une concession (art. 4), les permissions étant octroyées par l'autorité cantonale ou communale qui administre le domaine public (art. 6 al. 1) ;

que l'appel à candidatures dont le résultat est litigieux apparaît relever de la LOEP ;

que, partant, conformément à l'art. 33 LOEP, le recours formé contre l'attribution de permission d'usage du domaine public dont la recourante a été informée par lettre du département du 12 mars 2019 est de la compétence du TAPI ;

qu'en conséquence, la chambre administrative, en l'absence de compétence pour traiter le recours, le déclarera irrecevable et le transmettra au TAPI pour raison de compétence, conformément à l'art. 11 al. 3 LPA ;

que vu notamment l'absence de voies de droit indiquées dans la lettre du DT attaquée, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure allouée à Tropical, la question des frais devant être tranchée avec le fond du litige (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 25 mars 2019 par l'Association Sports d'O contre la lettre du département du territoire – office cantonal de l'eau du 12 mars 2019 ;

le transmet au Tribunal administratif de première instance pour raison de compétence ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à l'Association Sports d'O, à Me Nicolas Wisard et Me Samuel Brückner, avocats du département du territoire – OCEau, et à Me Vincent Maitre, avocat de Tropical Corner Sàrl.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, MM. Pagan et Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

D. Werffeli Bastianelli

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :