

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1235/2019-DOMPU

ATA/1006/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 juin 2019

3^{ème} section

dans la cause

ASSOCIATION A_____

représentée par Me Michael Lavergnat, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OCEAU-SLRP

représenté par Me Samuel Brückner, avocat

et

B_____ SÀRL

représentée par Me Vincent Maître, avocat

EN FAIT

1) A_____ (ci-après : A_____) est une association ayant pour but le développement de la planche à rame.

2) Le 15 juin 2017, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a admis le recours (JTAPI/641/2017) que A_____ avait formé contre une décision de la capitainerie cantonale, intégrée depuis lors au département du territoire (ci-après : le département) lui refusant un accès au lac et l'installation d'une buvette sur le site du centre nautique de C_____ (ci-après : le centre nautique).

3) Au vu de ce jugement, le département a dénoncé l'ensemble des permissions et conventions relatives à l'usage du centre nautique pour la fin de l'année 2018.

La gestion du centre nautique devait être remise au concours pour l'été 2019. A_____ était invitée à déposer un dossier dans le cadre de cette procédure.

Cette décision a été communiquée à A_____ le 26 juin 2018.

4) Le 24 août 2018, A_____ a saisi le TAPI d'un recours contre la décision précitée, concluant à ce que le droit d'autorisation d'usage accru du domaine publique sur le site du centre nautique lui soit attribué, ainsi que le prévoyait le jugement du TAPI du 15 juin 2017.

La procédure ouverte suite à ce recours est pendante devant le TAPI, sous le numéro A/2916/2018.

5) Le 15 juin 2018, le département, soit pour lui la capitainerie, a publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) un appel à candidature pour le centre nautique. Il s'agissait d'y développer des activités nautiques pour une période de cinq ans. Les projets devaient prévoir une activité de planche à voile, voire d'autres activités nautiques assimilées de type planche à rame.

A_____ a transmis son dossier à la capitainerie.

6) Le 12 mars 2019, le département a informé A_____ que sa candidature n'était pas retenue. La gestion et l'exploitation du centre nautique seraient confiées à B_____ Sàrl (ci-après : B_____), dont l'offre était la plus complète et la plus conforme aux attentes.

Ce courrier n'indiquait ni de voie ni de délai de recours.

- 7) Le 27 mars 2019, A_____ a saisi le TAPI d'un recours contre le courrier précité. La décision litigieuse était contraire au droit, nulle et de nul effet. Le département devait être condamné à accorder à A_____ une autorisation d'usage accru du domaine public.

Des mesures provisionnelles devaient être ordonnées afin que le résultat du concours soit suspendu et que la permission d'usage accru du domaine public ne soit pas délivrée à B_____ jusqu'à droit jugé dans la procédure.

- 8) Après que B_____ et le département eurent conclu au rejet des mesures provisionnelles sollicitées, et que le département avait lui-même sollicité que des mesures provisionnelles soient prononcées visant à ce qu'une permission d'usage accru du domaine public soit accordée à B_____ uniquement pour la période du 1^{er} avril au 31 octobre 2019 – à laquelle A_____ s'est opposée – le TAPI a, par décision sur mesures provisionnelles du 29 avril 2019, rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée par A_____ et déclaré irrecevable celle du département.

La décision ayant un contenu négatif, le recours ne pouvait avoir d'effet suspensif.

Les mesures provisionnelles sollicitées par A_____ excédaient l'objet du litige. De plus, elles compromettraient gravement la sécurité du droit et équivalaient à accorder à l'association l'entier de ce que cette dernière espérait obtenir au fond. En outre, elles nuiraient à l'intérêt public de la population à pouvoir bénéficier d'activités sportives et nautiques pendant l'été 2019.

Les mesures provisionnelles sollicitées par le département excédaient aussi l'objet du litige. Il pouvait délivrer lui-même la permission d'usage accru du domaine public pour une période limitée à B_____, dès lors que le recours en main du TAPI n'avait pas d'effet suspensif, s'agissant d'une décision à contenu négatif.

- 9) Le 9 mai 2019, A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant à ce qu'elle soit annulée et à ce que le résultat du concours et l'attribution de la permission d'usage accru du domaine public soient suspendus jusqu'à droit jugé sur le fond. B_____ et le département devaient être condamnés aux frais de la procédure, lesquels devaient comprendre une participation aux honoraires de l'avocat.

Contrairement à ce que le TAPI avait retenu, la décision n'avait pas un contenu négatif mais bien positif en ce qu'elle acceptait l'offre de B_____. Par cette décision, A_____, en raison du nombre limité d'emplacements disponibles,

ne pouvait bénéficier d'une permission pour une durée minimum de cinq ans. Le recours déposé avait suspendu de lui-même les effets de la décision litigieuse.

Cas échéant, des mesures provisionnelles, qui ne visaient qu'à préserver les intérêts de la recourante sans créer des droits en sa faveur, devaient être ordonnées.

De plus, le principe de la proportionnalité était violé par les décisions litigieuses.

- 10) Par courrier du 20 mai 2019, le département s'en est rapporté à justice quant à la recevabilité du recours.

Il indiquait avoir accordé à B_____ une permission d'usage accru du domaine public limitée à la saison 2019, ce qui rendait la demande de mesures provisionnelles litigieuse sans objet.

À cette détermination était annexée une permission, datée du 10 mai 2019, accordant à B_____ une permission d'occuper le domaine public sur le site du centre nautique à titre précaire, du 10 mai au 31 octobre 2019.

- 11) Le 21 mai 2019, B_____ a conclu à ce que le recours de A_____ soit déclaré irrecevable et que cette association soit déboutée de toutes ses conclusions. Sur mesures provisionnelles, il devait être ordonné à l'État de délivrer une permission d'usage accru du domaine public pour une durée de cinq ans.

B_____ s'était vu délivrer une autorisation d'usage accru du domaine public à titre précaire par une permission du 10 mai 2019 déclarée exécutoire nonobstant recours.

A_____ n'expliquait pas en quoi la décision du TAPI qu'elle contestait lui créait un préjudice irréparable.

- 12) Le 31 mai 2019, exerçant son droit à la réplique, A_____ a maintenu ses conclusions.

Si le recours qu'elle avait interjeté n'avait pas effet suspensif et que des mesures provisionnelles n'étaient pas ordonnées, la décision d'attribuer à B_____ pour cinq ans la permission d'usage accru du domaine public entrerait en force.

Dès lors, la permission annuelle accordée le 10 mai 2019 ne rendait pas la demande de mesures provisionnelles sans objet.

- 13) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - 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).

2) 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 (art. 66 al. 1 LPA).

Lorsqu'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 (art. 66 al. 3 LPA).

3) a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

4) a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; ATA/1205/2018 du 12 novembre 2018 consid. 7a ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4).

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions

de l'art. 66 al. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/1205/2018 précité consid. 7b).

- 5) À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures 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/87/2013 du 18 février 2013 et les références citées). Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

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).

- 6) a. En l'espèce, le courrier adressé par le département le 12 mars 2019 est, ainsi que l'a, à juste titre, retenu le TAPI, une décision. Cette dernière ne contient pas uniquement l'indication que l'offre de A_____ n'a pas été retenue ; elle contient aussi l'attribution des objets mis au concours à B_____.

Il n'est pas contestable que, concernant l'éviction de A_____, cette décision a un contenu négatif. En revanche, tel n'est pas le cas pour le deuxième aspect, soit l'attribution des éléments mis au concours à B_____. Sur ce point, le dépôt du recours a effet suspensif, dès lors que la décision litigieuse n'a pas été déclarée exécutoire nonobstant recours et que, contrairement à ce qui prévaut dans le cadre des appels d'offres de marchés publics (art. 17 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05), aucune disposition légale ne prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Dès lors, dès le dépôt du recours et aussi longtemps que l'effet suspensif lié à ce dernier n'avait pas été retiré, le département ne pouvait délivrer la permission d'utilisation mise au concours, soit pour une durée de cinq ans, à l'exploitant qu'il avait choisi.

b. Dans cette situation, la demande de mesures provisionnelles, déposée par le département en main du TAPI, visant à accorder à B_____ une permission d'usage accru du domaine public limitée à la saison d'été 2019, aurait dû être déclarée recevable, et tranchée par l'autorité judiciaire de première instance.

- 7) Analysée selon les principes rappelés ci-dessus, le TAPI aurait dû constater que le recours avait effet suspensif, ce qui rendait la demande de mesures provisionnelles de la recourante sans objet.

La demande de mesures provisionnelles déposée par le département en main du TAPI aurait dû être admise. En effet, ainsi que le relève le TAPI dans le considérant 12 de la décision litigieuse, il y a un fort intérêt public à ce que la population genevoise puisse bénéficier d'activités ludiques et sportives au centre nautique durant l'été 2019, les lieux permettant de pratiquer de telles activités étant limités à Genève.

D'autre part, l'intérêt privé de B_____, aussi analysé dans la décision litigieuse, à voir mettre en œuvre, pendant la saison 2019, les mesures (commande de matériel, engagement de personnel, etc.) mises sur pied pour la saison 2019 ont aussi un poids important, qui l'emporte sur l'intérêt privé de A_____, laquelle ne démontre pas avoir d'ores et déjà engagé des moyens aussi importants. D'autre part, si, au terme de la procédure, toute ou partie de l'exploitation du centre nautique devait lui être confiée, elle pourrait en bénéficier pendant les années suivantes.

- 8) Dès lors que les mesures décrites ci-dessus ont déjà été mises en œuvre, le recours sera rejeté par substitution de motifs.

La décision du TAPI du 29 avril 2019 sera confirmée en ce qu'elle rejette la requête de mesures provisionnelles formées par A_____.

L'irrecevabilité de la requête de mesures provisionnelles formée par le département sera confirmée, non pour les motifs retenus par le TAPI, mais parce que, exécutée, la demande est devenue sans objet.

- 9) Vu cette issue, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à B_____, qui a agi par la plume d'un avocat et qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 mars 2019 par l'association A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance, sur mesures provisionnelles, du 29 avril 2019 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à B_____ Sàrl une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'association A_____ ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Michael Lavergnat, avocat de la recourante, à Me Vincent Maître, avocat de B_____ Sàrl, ainsi qu'à Me Samuel Brückner, avocat du département du territoire-océau-slrp.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin, et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :