

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1586/2019-DOMPU

ATA/888/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 14 mai 2019

3^{ème} section

dans la cause

ASSOCIATION COLLONGE-BELLERIVE WAKE SPORT SOCIETY (CBWSS)
représentée par Me Diana Zehnder, avocate

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OCEAU-SLRP

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du
24 avril 2019 (DITAI/194/2019)**

EN FAIT

1. La parcelle n° 1'817 de la commune de Cologny appartient au domaine public cantonal. Elle est située pour l'essentiel dans le lac Léman et inclut une étroite bande de terre au nord de l'avancée de Genève-Plage.

La parcelle n° 2'398 de la commune de Cologny (précédemment parcelle n° 275) appartient au domaine privé cantonal et recouvre l'ensemble de l'avancée de Genève-Plage.

2. Collonge-Bellerive Wake Sport Society (ci-après : CBWSS) est une association au sens du droit civil, créée en 1995, ayant pour but de favoriser la pratique du « wakeboard » et des disciplines assimilées.

Monsieur Philip LÜTOLF en est le président.

3. À compter de 1998, CBWSS s'est vue octroyer une permission d'occupation du domaine public, renouvelable tacitement d'année en année, pour l'exploitation du plan d'eau situé le long du quai de Cologny, entre le Centre véliplanchiste et Port Tunnel, au Centre nautique de Genève-Plage (ci-après : CNGP), réservé à la pratique du ski nautique.

4. Le 3 juin 2015, la capitainerie cantonale (ci-après : la capitainerie), rattachée au département de l'environnement, des transports et de l'agriculture, devenu depuis le 1^{er} juin 2018 le département des infrastructures (ci-après : le DI), a conclu avec CBWSS une convention concernant l'exploitation d'un « wake-câble » sur le site du CNGP, réglant les conditions d'exploitation de cette installation ainsi que la prise en charge de l'entretien du ponton y afférent.

Elle était conclue pour une durée indéterminée, les parties « ayant néanmoins en vue une durée minimale intentionnelle de dix ans correspondant au business plan du CBWSS ». Elle pouvait être résiliée avant et après le terme intentionnel susmentionné, par chacune des parties, moyennant un préavis de six mois pour la fin d'une année civile.

5. Le 23 juin 2017, le DI a rendu CBWSS attentive au fait que les permissions en cours sur le site du CNGP seraient dénoncées en fin d'année et mises au concours.

6. a. Par décision du 14 novembre 2017, la capitainerie a renouvelé la permission d'occupation du domaine public sur le site du CNGP pour CBWSS. L'autorisation était délivrée à titre précaire, pour la période du 1^{er} avril au 31 décembre 2018.

- b. Par décision du même jour, la capitainerie a renouvelé la permission d'occupation du domaine public sur le site du CNGP pour Wake Event Sàrl (ci-après : la Sàrl), société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce depuis 2015, poursuivant comme but statutaire l'exploitation d'établissements publics ainsi que l'organisation d'événements, dont M. LÜTOLF et Monsieur Knut GIERSCH sont associés gérants avec signature individuelle. L'autorisation était délivrée à titre précaire, pour la période du 1^{er} avril au 31 octobre 2018.
7. Par décision du 15 juin 2018, la convention du 15 juin 2015 a été résiliée par le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu depuis le département du territoire (ci-après : le DT) pour le terme du 31 décembre 2018.
8. a. Un recours a été interjeté par CBWSS contre la décision du 15 juin 2018. La procédure est actuellement pendante devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après: le TAPI).
- b. Par décision du 28 novembre 2018, le TAPI a déclaré irrecevable certaines conclusions du recours. Cette décision a été confirmée par arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) du 26 février 2019 (ATA/187/2019), et par arrêt du Tribunal fédéral (cause 2C_329/2019 du 12 avril 2019).
- c. Le Tribunal fédéral a souligné que la recourante remettait en cause la décision du 14 novembre 2017 qui limitait l'autorisation lui permettant d'utiliser le domaine public concerné au 31 décembre 2018. Or, elle n'avait pas attaqué ladite décision et celle-ci était entrée en force. L'objet du litige avait été déterminé par la décision du 15 juin 2018 du DT résiliant la convention du 3 juin 2015 pour le 31 décembre 2018 ; l'objet du litige ne pouvait donc pas inclure l'autorisation susmentionnée d'utilisation du domaine public dont on ne saurait prolonger la validité.
9. En parallèle, le DT a publié dans la feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO), le 15 décembre 2018, un appel à candidature en vue d'attribuer les droits d'usage du domaine public dans le périmètre du CNGP, pour la partie côté Genève, soit des périmètres différents de ceux visés dans les autorisations du 14 novembre 2017.
10. Par courrier du 19 mars 2019, le DT a imparti un délai au 25 avril 2019 à CBWSS pour libérer les lieux et débarrasser l'ensemble du matériel.
11. Le 2 avril 2019, CBWSS et la Sàrl ont sollicité du DT la reconsidération des permissions du 14 novembre 2017, en tant qu'elles étaient limitées à une année. Elles sollicitaient des mesures superprovisionnelles.

La procédure de mise au concours avait été circonscrite à des surfaces indépendantes des emplacements objet des permissions délivrées précédemment à l'association. La mise au concours avait été limitée à l'activité de planche à voile, alors qu'elle aurait dû porter sur l'ensemble du périmètre du CNGP englobant de la sorte l'activité de wakeboard et la surface destinée à l'exploitation du café-restaurant avec terrasse. Il s'agissait d'un fait nouveau et important.

12. Par décision du 12 avril 2019, le DT a refusé d'entrer en matière. Les décisions du 14 novembre 2017 étaient entrées en force. Il n'y avait pas d'intérêt à présenter une demande de reconsidération pour une autorisation dont la période concernée était échue. Il s'agissait de nouvelles demandes. CBWSS avait refusé de libérer les lieux à l'échéance des autorisations, empêchant l'organisation d'un appel à candidatures pour les espaces visés par lesdites autorisations.

13. CBWSS a interjeté recours contre cette décision auprès du TAPI.

À titre superprovisionnel, elle a conclu à ce qu'il soit sursis à son évacuation du CNGP jusqu'à l'issue de la procédure et à ce qu'elle soit autorisée à occuper le domaine public du CNGP et à y exercer ses activités.

Au fond, il devait être ordonné au DT de délivrer les permissions d'occuper le domaine public du CNGP, sur la base de la permission du 14 novembre 2017, jusqu'au 31 décembre 2019.

La Sàrl a aussi interjeté recours.

14. Par décision du 24 avril 2019, le TAPI a rejeté la requête en mesures superprovisionnelles.

La condition de l'extrême urgence n'était pas remplie. CBWSS n'avait pas recouru contre la décision du 14 novembre 2017. Dès cette date, l'intéressée savait qu'elle n'était pas autorisée à poursuivre son activité au-delà du 31 décembre 2018. Elle ne devait en conséquence pas prendre d'engagements pour 2019. La mise au concours effectuée par le DT n'y changeait rien. Admettre les mesures provisionnelles revenait à accorder à la recourante ce qu'elle sollicitait au fond, ce qui n'était pas possible. L'intérêt privé de la recourante devait céder le pas à l'intérêt public à la sécurité du droit.

15. Par acte posté le 3 mai 2019, CBWSS a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative. Elle a conclu à son annulation et a repris ses conclusions sur mesures superprovisionnelles, formulées devant le TAPI.

Refuser les mesures sollicitées permettrait au DT d'exiger son évacuation et, partant, de lui causer un préjudice irréparable.

C'était à tort que le TAPI avait considéré qu'octroyer les mesures superprovisionnelles revenait à lui accorder la permission d'usage du domaine public pour 2019. Elles visaient à maintenir la situation actuelle, à savoir à permettre à l'association de se maintenir physiquement sur le CNGP jusqu'à droit connu sur la demande de reconsidération. Son évacuation lui causerait un préjudice irréparable eu égard aux importantes infrastructures et installations implantées depuis 1998 sur terre ferme et dans le lac. Les travaux d'évacuation impliqueraient le démontage d'infrastructures nautiques d'envergure (ponton, plateforme, wake-câble, notamment) et la démolition de certaines infrastructures. L'évacuation porterait sur cent tonnes de matériel nautique que la recourante ne pourrait stocker ailleurs faute de disposer de locaux suffisamment grands. Un dossier photographique était joint. Cette exigence serait particulièrement sévère, disproportionnée et inique, compte tenu des importants investissements financiers consentis par la recourante. S'ajoutaient des dégâts en termes sociaux et sportifs, d'autant plus incompréhensibles que le DT n'avait pas de projet concret sur les espaces qu'elle occupait. Son intérêt privé devait primer.

16. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, recevable sous ces angles (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).

La recevabilité d'un recours contre une décision de mesures superprovisionnelles souffrira de rester indécise compte tenu de ce qui suit.

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).

Les demandes en reconsidération n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif (art. 48 al. 2 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, la décision du 14 novembre 2017 limitait l'autorisation permettant à la recourante d'utiliser le domaine public concerné au 31 décembre 2018. Cette décision est définitive et exécutoire.

Le fond du présent litige porte sur le bien-fondé du refus du département d'entrer en matière sur la demande de reconsidération de ladite décision. Si la recourante devait obtenir gain de cause dans la présente procédure, le dossier serait renvoyé au département pour qu'il entre en matière sur la demande de reconsidération. Une décision sur reconsidération n'impliquerait pas que l'intéressée obtiendrait ses conclusions.

En application de l'art. 48 al. 2 LPA, la demande en reconsidération n'entraîne pas effet suspensif. De surcroît, la décision de refus d'entrer en matière est négative. Seule peut se poser la question de mesures provisionnelles.

- b. La recourante a pris trois conclusions sur mesures superprovisionnelles : qu'il soit sursis à son évacuation du CNGP, qu'elle soit autorisée à utiliser le domaine public concerné et qu'elle puisse y exercer ses activités jusqu'à droit jugé au fond.

En sollicitant, par le biais de mesures superprovisionnelles, la possibilité de continuer à utiliser le domaine public et à exercer ses activités jusqu'à l'issue de la procédure, elle revendique des droits dont elle ne bénéficie plus depuis quatre mois. Or, elle ne peut se voir accorder par le biais de mesures provisionnelles un régime juridique dont elle ne bénéficie plus depuis plusieurs mois, le maintien d'une situation antérieure illégale n'apparaissant pas comme un intérêt digne d'être protégé et donc prépondérant (ATA/418/2018 du 3 mai 2018 consid. 9 ; ATA/1313/2017 du 21 septembre 2017 ; ATA/967/2014 du 5 décembre 2014).

Ses arguments relatifs aux conséquences de la cessation d'activité, notamment sur le plan financier ou relatif à l'annulation de stages et de compétitions ne sont dès lors pas pertinents dans le cadre du présent litige.

- c. La recourante conclut à ce qu'il soit sursis à son évacuation jusqu'à l'issue de la présente procédure, invoquant que son intérêt privé doit primer. Elle allègue des

difficultés d'entreposage du matériel et la destruction d'une partie de celui-ci en cas de démontage notamment. Cet intérêt est important quand bien même il n'est pour partie qu'allégué.

L'intérêt public consiste dans la sécurité du droit, soit notamment dans l'exécution de la décision, définitive et exécutoire, du 14 novembre 2017. Intervient aussi l'intérêt public à pouvoir mettre au concours, conformément à une décision de justice, l'entier du CNGP, l'autorité intimée indiquant que tel n'est pas le cas actuellement au vu de l'occupation illicite du domaine public par la recourante.

L'intérêt public à la sécurité du droit prime, à première vue et dans le cadre d'une analyse sur mesures superprovisionnelles, l'intérêt privé de la recourante.

c. Par ailleurs les chances de succès du recours n'apparaissent pas, prima facie, justifier d'octroyer les mesures sollicitées ne s'agissant que d'une procédure en reconsidération.

Le recours sera en conséquence rejeté en tant qu'il est recevable.

7. Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette en tant qu'il est recevable le recours interjeté le 17 avril 2019 par l'association Collonge-Bellerive Wake Sport Society (CBWSS) contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 24 avril 2019 ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de l'association Collonge-Bellerive Wake Sport Society (CBWSS) ;

dit qu'il n'est pas 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 Me Diana Zehnder, avocate de la recourante, au département du territoire, soit pour lui l'office cantonal de l'eau ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

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