RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4192/2013-MARPU **ATA/54/2014**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 février 2014

dans la cause

Monsieur Christoph SCHMIDT-GINZKEY

contre

DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DU LOGEMENT ET DE L'ÉNERGIE

EN FAIT

1) Par publication dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 9 juillet 2013, l'Etat de Genève a mis au concours des projets d'architecture à un degré en procédure ouverte portant sur l'« Opération les Vernets », soit la réaffectation du terrain actuellement dévolu à la place d'armes de Genève (description du projet : réalisation d'environ 32'500 m^2 de surface brute de plancher de logements – ou 320 logements – ainsi que de commerces, activités et équipements de proximité).

Sous la rubrique 1 « Pouvoir adjudicateur », il était indiqué : « 1.1 Nom officiel et adresse du pouvoir adjudicateur : Service d'achat / Entité adjudicatrice : Etat de Genève – Office de l'Urbanisme (OU), direction des missions opérationnelles (DMO) ; Service organisateur / Entité organisatrice : Fischer + Montavon architectes-urbanistes SA, à l'attention de Alain Brique, Ruelle Vautier 10, CP 567, 1401 Yverdon-les-Bains, Suisse, E-mail : vernets@fischer-montavon.ch ».

Malgré la mention de cette adresse électronique, rien de particulier n'était mentionné quant à un mode de communication par voie électronique.

Le délai pour déposer les projets était fixé au 28 octobre 2013.

2) Monsieur Christoph Schmidt-Ginzkey, qui exploite un bureau d'architectes à Genève et à Vienne (Autriche) sous le nom Arch.C, a soumis un projet en date du 28 octobre 2013.

3) Le 5 décembre 2013 à 14h25, l'étude de notaires Gampert & Demierre, à Genève, a envoyé à l'adresse électronique professionnelle de M. Schmidt-Ginzkey un courriel depuis l'adresse électronique info@gampertdemierre.ch, intitulé « Opération Les Vernets / décision de sélection – projet exclu du jugement », et dont la teneur était la suivante : « Dans le cadre du premier degré du concours cité en titre, le jury a procédé à l'examen des projets au regard des éléments définis dans le programme du concours du 9 juillet 2013. A l'issue d'une première étape d'analyse de la conformité des projets reçus, nous sommes au regret de vous informer que votre projet n'a pas été admis au jugement. En effet, votre projet ne présente aucune information sur les quantités des surfaces, élément exigé dans le cahier des charges et important pour l'appréciation des projets. Par conséquent votre projet a été exclu du jugement par le jury. Nous vous remercions pour votre participation à cette procédure et vous prions de croire (…) à l'expression de nos sentiments distingués. Françoise Demierre Morand, notaire ».

4) Suite à un échange de courriels avec l'étude de notaires précitée, et par acte posté le 23 décembre 2013, M. Schmidt-Ginzkey a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le courriel du 5 décembre 2013, sans prendre de conclusion formelle mais en manifestant son opposition à celui-ci. Il avait livré son projet avec trois documents de calcul, à savoir un quantitatif des volumes, une brochure A4 de neuf pages « calcul des surfaces et volumes » et une brochure A4 de neuf pages « calcul des surfaces (SBP) des nouvelles fonctions ».

5) Par plis recommandé et simple envoyés le 3 janvier 2014, la chambre administrative a demandé à M. Schmidt-Ginzkey de verser une avance de frais de CHF 1'000.- dans un délai fixé au 13 janvier 2014, faute de quoi son recours serait déclaré irrecevable.

6) Par courriel du 13 janvier 2014 adressé au greffe de la chambre administrative, M. Schmidt-Ginzkey a expliqué n'avoir reçu la demande d'avance de frais que le 10 janvier 2014. Il demandait un délai au 17 janvier 2014 pour le paiement de celle-ci.

7) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) L'exigence de l'avance de frais et les conséquences juridiques en cas de non-paiement relèvent du droit de procédure cantonal. Par conséquent, les cantons restent libres, dans le respect des garanties constitutionnelles, d'organiser cette matière à leur guise (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1022/2012 du 25 mars 2013 consid. 5.1).

La procédure administrative genevoise prévoit que la juridiction saisie invite le recourant à payer une avance de frais destinée à couvrir les frais et émoluments de procédure présumables. A cette fin, elle lui fixe un délai raisonnable (art. 86 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA – E 5 10). Si l'avance de frais n'est pas faite dans le délai imparti, la juridiction déclare le recours irrecevable (art. 86 al. 2 LPA).

Les juridictions administratives disposent ainsi d'une grande liberté d'organiser la mise en pratique de cette disposition. Elles peuvent choisir d'envoyer la demande d'avance de frais d'entrée de cause par pli recommandé (ATA/280/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 ; ATA/594/2009 du 17 novembre 2009).

2) Le formalisme excessif (au sens de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de

protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 134 II 244 consid. 2.4.2 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 ; 128 II 139 consid. 2a ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_734/2012 du 25 mars 2013 consid. 3.1 ; 2C_133/2009 du 24 juillet 2009 consid. 2.1 = SJ 2010 I 25). Il n'y a pas de rigueur excessive à ne pas entrer en matière sur un recours lorsque, conformément au droit de procédure applicable, la recevabilité de celui-ci est subordonnée au versement d'une avance de frais dans un délai déterminé ; il faut cependant que son auteur ait été averti de façon appropriée du montant à verser, du délai imparti pour le paiement et des conséquences de l'inobservation de ce délai (ATF 104 Ia 105 consid. 5 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_734/2012 précité consid. 3.1 ; 2C_645/2008 du 24 juin 2009 consid. 2.2 ; 2C_250/2009 du 2 juin 2009 consid. 5.1 ; 9C_831/2007 du 19 août 2008). La gravité des conséquences d'un retard dans le paiement de l'avance sur la situation du recourant n'est du reste pas pertinente (Arrêts du Tribunal fédéral 2C_703/2009 du 21 septembre 2010 consid. 4.4.2 ; 2C_645/2008 du 24 juin 2009 consid. 2.2 ; 2C_450/2008 du 1er juillet 2008 consid. 2.3.4).

3) a. Les délais fixés par la loi sont des dispositions de droit public qui présentent un caractère impératif. A ce titre, ils ne sont pas susceptibles d'être prolongés, restitués ou suspendus, sauf par le législateur lui-même (art. 21 al. 1 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 - LPFisc - D 3 17 et 16 al. 1, 1ère phr. LPA ; ATA/785/2004 du 19 octobre 2004, consid. 3 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 378). De fait, celui qui n'agit pas dans le délai prescrit est forclos et la décision en cause acquiert force obligatoire (ATA/15/2004 du 6 janvier 2004 ; ATA/266/2000 du 18 avril 2000 consid. 2a et les références citées).

b. S'agissant d'un acte soumis à réception, telle une décision ou une communication de procédure, la notification est réputée faite au moment où l'envoi entre dans la sphère de pouvoir de son destinataire (P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, Droit administratif, pp. 302-303 n. 2.2.8.3). Il suffit que celui-ci puisse en prendre connaissance (ATF 118 II 42 consid. 3b p. 44 ; 115 Ia 12 consid. 3b p. 17 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2P.259/2006 du 18 avril 2007 consid. 3.1 ; 2A.54/2000 du 23 juin 2000 consid. 2a, et les références citées). Celui qui, pendant une procédure, omet de prendre les dispositions nécessaires pour que les envois postaux lui soient transmis ne peut se prévaloir de son absence lors de la tentative de notification d'une communication officielle à son adresse habituelle s'il devait s'attendre, avec une certaine vraisemblance, à recevoir une telle communication (ATF 130 III 396 consid. 1.2.3 p. 399 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_549/2009 du 1er mars 2010 consid. 3.2.1 et les références citées). Un envoi est réputé notifié à la date à laquelle son destinataire le reçoit effectivement.

c. Les cas de force majeure sont réservés, conformément à l'art. 16 al. 1, 2ème phr. LPA. Tombent sous cette notion, les événements extraordinaires et imprévisibles qui surviennent en dehors de la sphère d'activité de l'intéressé et qui s'imposent à lui de façon irrésistible (SJ 1999 I, p. 119 ; RDAF 1991, p. 45 ; ATA/536/2010 du 5 août 2010 ; ATA/515/2009 du 13 octobre 2009).

4) En l'espèce, l'avance de frais demandée par pli recommandé par la chancellerie de la chambre administrative n'a pas été versée dans le délai. La demande d'avance de frais mentionnait du reste clairement le montant à verser, le délai pour ce faire et l'irrecevabilité du recours comme conséquence du non-paiement dans les délais.

Le retard dans la réception du courrier de la chambre administrative du fait de la résidence actuelle à Vienne du recourant ne saurait par ailleurs constituer un cas de force majeure au sens de la jurisprudence précitée.

Dès lors, son recours doit être déclaré irrecevable, sans complément d'instruction, conformément aux art. 86 al. 2 et 72 LPA.

5) Cela étant, il est des cas où les vices affectant une décision sont si graves et si évidents qu'ils empêchent celle-ci d'avoir une existence - et donc des effets - quelconques. La décision nulle est censée n'avoir jamais existé. L'écoulement des délais de recours non utilisés n'a aucun effet guérisseur. Une décision nulle n'a que l'apparence de la décision. La nullité renverse ainsi la présomption de validité des décisions formellement en force. La possibilité de la nullité d'une décision crée une grande insécurité juridique. La nullité ne peut être admise qu'exceptionnellement. Elle n'est reconnue que si le vice dont la décision est entachée est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable, et si en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Ces conditions sont cumulatives et elles ont pour conséquence que la nullité n'est que très rarement admise. Par ailleurs, des vices de fond n'entraînent que très exceptionnellement la nullité d'une décision alors que de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée, fonctionnelle ou matérielle, de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 132 II 21 consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_270/2011 du 29 août 2011 consid. 5.1 ; ATA/107/2013 du 19 février 2013 consid. 7 ; ATA/773/2011 du 20 décembre 2011 consid. 2 et les références citées ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 908 ss). Enfin, la nullité d'une décision peut être constatée en tout temps et d'office par n'importe quelle autorité, y compris en instance de recours (ATF 136 II 415 consid. 1.2 ; 132 II 342 consid. 2.1). En cas de constat de nullité, le recours n'a pas ou plus d'objet, ce qui conduit en principe à son irrecevabilité (ATF 136 II 415 consid. 1.2).

6) Les décisions sont des mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal et communal (art. 4 al. 1 LPA).

Elles sont notifiées aux parties, le cas échéant à leur domicile élu auprès de leur mandataire, par écrit et avec indication des voies de recours (art. 46 al. 2 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

7) En l'espèce, la « décision » d'exclure le recourant du concours n'émane pas du pouvoir adjudicateur, ni même du cabinet d'architectes mentionné dans l'appel d'offres comme « entité organisatrice », mais d'une étude de notaires qui n'a même pas indiqué à quel titre elle agissait. Dès lors qu'elle n'a pas été prise par l'autorité, il ne s'agit pas d'une décision au sens de la LPA. En outre, elle a été notifiée non pas en la forme écrite, qui présuppose en principe la signature olographe (ATA/9/2014 du 7 janvier 2014 consid. 3a), mais par courrier électronique, qui plus est sans indication des voies de recours, dont le recourant a dû expressément s'enquérir.

Elle apparaît ainsi si profondément viciée que sa nullité ne peut qu'être constatée par la chambre de céans. Le fait que le recours soit par ailleurs irrecevable à un autre titre n'y change rien.

8) Au vu de ce qui précède, la nullité de la décision d'exclusion du concours sera constatée, et le recours sera déclaré irrecevable.

9) Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA), ni alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

constate la nullité de la décision d'exclusion du concours d'architecture « Opération Les Vernets » signifiée le 5 décembre 2013 à Monsieur Christoph Schmidt-Ginzkey par courrier électronique de l'étude de notaires Gampert & Demierre ;

déclare irrecevable le recours interjeté le 23 décembre 2013 par Monsieur Christoph Schmidt-Ginzkey ;

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 :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas 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 ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

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 Monsieur Christoph Schmidt-Ginzkey, au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, ainsi qu'à la commission de la concurrence.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, MM. Dumartheray, Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
S. Hüsler Enz	Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :