

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4349/2017-MARPU

ATA/1585/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 11 décembre 2017

sur effet suspensif

dans la cause

Swiss Hospitality Partners SA
représentée par Me Pierre-Yves Gunter, avocat

contre

VILLE DE GENÈVE

Vu l'art. 9 al. 1 du règlement de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 septembre 2017 (ci-après : la chambre administrative) ;

Attendu, en fait, que :

- 1) Swiss Hospitality Partners SA (ci-après : SHP), inscrite depuis 2006 au Registre du commerce du canton de Zoug, est une société anonyme active dans la fourniture de services dans le domaine de l'hôtellerie.
- 2) Dans un communiqué de presse du 15 avril 2016, la Ville de Genève (ci-après : la ville), propriétaire de l'immeuble abritant l'Hôtel Métropole (ci-après : l'hôtel), quai du Général-Guisan 34 à Genève, et l'ancienne société gérant ledit établissement ont annoncé que le contrat de gestion les liant arriverait à échéance le 30 juin 2016 et qu'une autre société gestionnaire avait été mandatée pour une période transitoire de dix-huit mois.
- 3) Au mois d'avril 2017, la ville a fait paraître dans quatre revues spécialisées dans le domaine de l'hôtellerie un appel à candidatures pour la reprise de l'hôtel (« le mandat de gestion du seul Hôtel 5* de la rive gauche de Genève » qui serait renouvelé en janvier 2018), s'adressant à tout acteur du monde hôtelier possédant déjà une solide expérience reconnue dans la gestion d'établissements LifeStyle haut de gamme.
- 4) Le 3 mai 2017, SHP, suite à sa demande du 14 avril 2017 et à l'instar des personnes intéressées par cet appel à candidatures, a reçu de la ville, par son département des finances et du logement (ci-après : département), centrale municipale d'achat et d'impression, le « Document d'appel à candidature – MetropoleGest_A1 » (ci-après : document d'appel à candidature), qui « [décrivait] le cadre et les exigences techniques et commerciales du projet ainsi que les contraintes liées à celui-ci » et « [précisait] les besoins liés à l'exploitation en gérance de [l'hôtel] » (point 1).

La ville, repensant sa stratégie sur le positionnement de cet établissement pour qu'il réponde à des besoins d'une clientèle spécifique, avait décidé de se différencier des concurrents 5* de Genève tout en profitant de son emplacement, de ses contraintes et de son histoire et souhaité à cette fin transformer l'hôtel en hôtel au concept LifeStyle ; ces transformations avaient pour but d'augmenter la fréquentation et la rentabilité de l'établissement. En outre, la ville souhaitait que l'hôtel soit une carte de visite pour elle et qu'il représente son identité et ses valeurs d'ouverture (point 2.2).

Le marché couvrirait les prestations suivantes : exploitation, gestion et direction de tous les aspects de l'hôtel ainsi que définition, conduite et supervision des travaux de rénovation et / ou transformations nécessaires à rendre les locaux

compatibles avec le concept LifeStyle (point 2.4), lequel avait été défini au point 2.3. En plus de l'hôtel, et en option, la ville proposait aussi au prestataire de reprendre l'exploitation en gérance du restaurant du Parc des Eaux-Vives (ci-après : le restaurant ; toujours 2.4).

À teneur du point 7.1 (« planning ») à l'intérieur du chapitre 7 (« modalités de l'offre »), l'offre devait être envoyée dûment datée et signée par le candidat soit au format papier soit au format électronique au plus tard le 31 août 2017. Une première sélection serait alors effectuée par la ville. En novembre 2017, les candidats retenus auraient accès à un « due diligence package » et pourraient demander une visite des établissements. En décembre 2017, des auditions seraient organisées et d'éventuels compléments d'offre demandés ; le contrat de gestion serait également discuté.

En annexes figuraient les plans des établissements, ainsi que le rapport annuel de l'organe de révision de l'hôtel et celui du restaurant (point 8).

- 5) Auparavant, soit le 2 mai 2017, les directeurs de SHP avaient signé un « Engagement ferme de Confidentialité », dont le préambule indiquait ce qui suit : la ville et le partenaire allaient entrer en relation dans le cadre du projet de renouvellement du mandat de gestion de l'hôtel ; la ville allait dans ce contexte donner au partenaire des informations qui étaient confidentielles.
- 6) Le 28 juillet 2017, la ville a transmis aux personnes intéressées des informations supplémentaires et a reporté au 15 septembre 2017 le délai pour déposer leurs offres.
- 7) Par courriel du 14 septembre 2017 auquel étaient annexés des documents dont un dossier aux nombreuses pages, SHP a déposé sa candidature pour la gestion de l'hôtel et du restaurant.
- 8) Par lettre du 18 octobre 2017 signée par la directrice du département, la ville a remercié SHP pour le dépôt de son offre et l'a informée, après une étude attentive de son dossier, que son offre n'avait pas été retenue, le concept présenté dans celle-ci ne correspondant pas complètement à ses attentes et à sa vision de l'hôtel et du restaurant pour le futur.
- 9) Par courrier adressé le 26 octobre 2017 à la ville par son conseil, SHP a sollicité l'accès au dossier de l'« appel d'offres » sur la base de l'art. 44 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) et, par pli du lendemain, a regretté le refus d'accès que le département lui avait opposé.
- 10) Par écrit de la directrice du département du 30 octobre 2017, la ville lui a répondu que sa lettre du 18 octobre précédent ne constituait pas une décision administrative susceptible de faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 4 LPA, de sorte qu'elle n'était pas en mesure de faire droit à sa requête.

- 11) Par acte expédié le 30 octobre 2017 au greffe de la chambre administrative, SHP a formé recours contre la lettre de la ville du 18 octobre 2017, avec suite de « dépens ». Elle a conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif et à l'interdiction faite à la ville, soit pour elle le département, d'organiser un deuxième tour tant que la chambre administrative n'aurait pas statué sur effet suspensif. Elle a conclu au fond, préalablement, à l'accès intégral au dossier et, cela fait, à l'octroi d'un délai supplémentaire pour compléter son recours, principalement, à l'annulation de la décision attaquée, à l'autorisation de participer au deuxième tour de la procédure d'adjudication, subsidiairement, également à l'annulation précitée ainsi qu'au renvoi de la cause à la ville pour nouvelle décision de sélection conforme à la procédure applicable en matière de marchés publics, plus subsidiairement à la constatation du caractère illicite de la décision querellée suivie des conclusions subsidiaires susmentionnées, l'intimée devant être déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

Était tout d'abord invoquée une violation de son droit d'être entendue, vu le refus d'accès au dossier et l'absence de motivation de la décision contestée.

Dans le cadre de la procédure sélective au sens de l'art. 13 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) choisie par la ville, le principe de transparence avait été violé, les éléments exigés au point 7.2 du document d'appel à candidature ne correspondant d'aucune façon à l'ordre général des critères développés tout au long de ce document, aucune indication ne permettant de déterminer la pondération ou l'importance relative des divers critères de sélection.

Sa candidature était conforme à tous les critères d'aptitude requis dans le dossier d'appel d'offres, de sorte que la décision litigieuse était fondée sur des critères étrangers à ces critères. Par conséquent, la ville avait excédé son pouvoir d'appréciation.

- 12) Dans ses observations du 24 novembre 2017 portant, à la demande du juge délégué, sur la demande d'effet suspensif d'une part, sur la soumission du projet au droit des marchés publics et à la question de savoir si le courrier du 18 octobre 2017 valait décision malgré l'absence de désignation comme décision ainsi que de voies de droit d'autre part, la ville a conclu principalement à ce que la chambre administrative constate qu'elle n'était pas compétente pour trancher le litige, refuse d'entrer en matière sur la demande d'octroi de l'effet suspensif formée par SHP, déclare irrecevable le recours, subsidiairement rejette la demande d'octroi de l'effet suspensif, en tout état condamne la recourante en tous les dépens de l'instance et la déboute de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions.

L'intégralité du raisonnement suivi par SHP s'appuyait au fond sur deux prémisses totalement erronées, à savoir que le litige serait soumis aux règles sur les marchés publics d'une part, et que la lettre du 18 octobre 2017 constituerait une décision au sens du droit administratif d'autre part.

À titre subsidiaire, les conditions à remplir pour l'octroi de l'effet suspensif n'étaient pas réalisées ; il était notamment impératif que la procédure de mise au concours puisse se poursuivre avec les candidats qui avaient été retenus à l'issue du premier tour.

- 13) Par lettre du 27 novembre 2017, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant, en droit, que :

- 1) En droit des marchés publics, aux termes des art. 17 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05) et 58 al. 1 RMP, le recours n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, en vertu des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, restituer cet effet pour autant que le recours paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

L'examen de la requête suppose une appréciation *prima facie* du bien-fondé du recours ; le but est alors de refuser l'effet suspensif au recours manifestement dépourvu de chances de succès, dont le résultat ne fait aucun doute ; inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire mais suppose de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATA/1557/2017 du 30 novembre 2017 consid. 2 ; ATA/793/2015 du 5 août 2015 consid. 2 ; Benoît BOVAY, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STÖCKLI, *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, pp. 311-341, p. 317 n. 15).

La restitution de l'effet suspensif constitue cependant une exception en matière de marchés publics, et représente une mesure dont les conditions ne peuvent être admises qu'avec restriction (ATA/1557/2017 précité consid. 2 ; ATA/793/2015 précité 2015 consid. 2).

- 2) Pour que l'effet suspensif à un recours soit octroyé ou restitué, que ce soit sur la base des art. 17 al. 2 AIMP et 58 al. 2 RMP en droit des marchés publics ou des art. 66, voire même 21 LPA au titre de normes générales en procédure administrative, la compétence de la chambre de céans pour ordonner de telles mesures doit au préalable exister, à tout le moins paraître vraisemblable.
- 3) a. Ni la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), ni l'Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994 (« Accord GATT/OMC sur les marchés publics » ; AMP - RS 0.632.231.422) ne contiennent une définition du marché public (ATF 125 I 209 consid. 6b).

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. D'après une approche fonctionnelle de la notion de marché public, il est indispensable que la collectivité publique passe avec l'entreprise soumissionnaire un contrat synallagmatique lato sensu (ATF 141 II 113 consid. 1.2.1).

b. Il y a un monopole étatique lorsque l'État – ou une autre collectivité publique – a seul le droit d'exercer une certaine activité économique ou de faire exercer cette activité par des tiers. Cette activité est alors soustraite aux lois du marché et ne bénéficie plus de la liberté économique (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1030).

La doctrine majoritaire admet, dans la ligne de l'ATF 125 I 209, que les concessions qui ne comportent pas la délégation d'une tâche publique (concessions d'usage du domaine public ou de monopole) échappent au droit des marchés publics, car la collectivité publique, au travers d'une telle opération, n'acquiert pas de manière onéreuse une prestation utile à l'accomplissement de ses tâches publiques, mais ne fait que vendre un droit (ATF 135 II 49 consid. 4.3.2, et les références citées). Mais, selon le Tribunal fédéral, il ne faut pas qu'une collectivité publique puisse, par le biais de l'octroi d'une concession, détourner l'application des règles sur les marchés publics (ATF 135 II 49 consid. 4.4), et l'art. 2 al. 7 LMI 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.

c. En vertu de l'art. 8 de la loi sur la gestion administrative et financière de l'État du 4 octobre 2013 (LGAF - D 1 05) – qui est applicable aux seules autorités cantonales (art. 3) mais dont on peut s'inspirer s'agissant de la ville –, le patrimoine administratif est composé des actifs détenus par l'État pour l'accomplissement direct des tâches publiques (al. 1) ; le patrimoine financier est composé des actifs détenus par l'État pour en retirer des revenus ou pour valoriser le capital et qui peuvent être aliénés sans porter préjudice à l'accomplissement des tâches publiques (al. 2).

Relèvent du patrimoine administratif de l'État toutes les choses publiques servant directement, c'est-à-dire par leur utilisation en tant que telle, à remplir une tâche publique. En font partie les immeubles qui abritent les écoles, les hôpitaux, les gares, les musées, les bibliothèques et, de manière générale, les établissements publics et les services administratifs de l'État (ATF 143 I 37 consid. 6.1 ; 138 I 274 consid. 2.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_719/2016 du 24 août 2017 consid. 3.3.1 ; 4A_250/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1 ; 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.3). La gestion du patrimoine administratif a pour but la réalisation de tâches publiques (ATA/1404/2017 du 17 octobre 2017 consid. 3b ; ATA/495/2014 du 24 juin 2014 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral

1C_379/2014 précité). Appartiennent en revanche au patrimoine financier de l'État les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques et pouvant, à ce titre, produire un revenu, voire être réalisés. Les biens appartenant au patrimoine financier sont en principe gérés selon le droit privé (ATF 103 II 227 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.1 ; 5A_78/2011 du 15 juin 2011 consid. 2.3.2). Lorsque l'État gère son patrimoine financier, il agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique (arrêts du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.1 ; 1C_379/2014 précité consid. 5.3).

Dans un cas particulier, le Tribunal fédéral a considéré que, même si un immeuble en tant que tel devait appartenir au patrimoine administratif de l'État de Genève du fait que les autres parties du bâtiment étaient utilisées par une école, deux locaux litigieux ne servant pas à l'accomplissement de tâches publiques étatiques déterminées par la loi demeuraient soumis au droit privé et pouvaient faire l'objet d'un contrat de bail de droit privé, puisqu'ils. En effet, même si l'association recourante avait un but d'aide sociale, elle n'exerçait pas une tâche publique (arrêt du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.2).

- 4) a. En l'espèce, déjà à ce stade de l'examen, il paraît *prima facie* difficilement concevable d'envisager que l'hôtel et le restaurant servent à l'exécution de tâches publiques, la gestion d'un hôtel et d'un restaurant ne semblant pas faire partie de telles tâches prévues par des dispositions légales ou réglementaires, notamment par des règlements de la ville.
- b. En outre, comme cela ressort notamment de leurs sites internet respectifs (« www.metropole.ch » et « www.parcdeauxvives.ch »), rien ne permet de prime abord pour le public et les clients de distinguer l'hôtel et le restaurant d'autres établissements du même type en mains privées, entre autres quant aux prestations offertes.

Ceci semble *prima facie* exclure un monopole de la ville, dans la mesure notamment où de nombreux autres hôtels et restaurants sur son territoire appartiennent à des privés qui sont libres de les gérer comme bon leur semble.

c. On ne voit en l'état pas ce qui permettrait de mettre en cause les explications de l'intimée selon lesquelles l'hôtel est une « entité autonome » ou « succursale autonome » de celle-ci (Mémoires cités par elle) et qu'il est comptabilisé séparément de ses autres actifs, son bénéfice net d'exploitation étant intégré en tant que revenus dans les comptes de fonctionnement de la ville, dans une des rubriques rattachées à la direction financière, intitulée « Immeubles du patrimoine financier ».

À cet égard, à teneur d'une prise de position de la Cour des comptes du 27 juillet 2015 produite par l'intimée, l'appartenance de l'hôtel au patrimoine financier de la ville ne prête guère à controverse, puisque l'ensemble des groupes

politiques représentés au conseil municipal s'accordent manifestement à considérer que l'exploitation d'un hôtel haut de gamme n'est pas indispensable à l'accomplissement des tâches publiques municipales ; en outre, toujours selon la Cour des comptes, dès lors que la collectivité publique agit sur le même plan qu'un autre acteur économique privé, les contrats de construction, d'achats de fournitures ou de service conclus par elle ne constituent pas des marchés publics et ne sont donc pas couverts par le champ d'application de l'AIMP et du RMP.

d. Sur la base d'un examen sommaire, il semble ainsi que l'hôtel et le restaurant appartiennent au patrimoine financier de l'intimée et ne servent pas à l'exécution de tâches publiques.

Dans ces conditions, on ne voit *prima facie* pas sur quelle base la chambre de céans – devant laquelle sont seules susceptibles d'un recours les décisions au sens de l'art. 57 let. a, b et c LPA qui sont fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal conformément à l'art. 4 al. 1 LPA, plus précisément en droit des marchés publics les décisions énoncées aux art. 15 al. 1 et 1bis AIMP et 55 RMP – pourrait être compétente pour traiter le recours, la cause paraissant relever du droit privé.

5) Vu ce qui précède, même sous l'angle de la recevabilité, les chances de succès du recours apparaissent faibles. Il pourrait au surplus être particulièrement préjudiciable pour l'intimée que la chambre administrative ordonne des mesures alors qu'elle n'en aurait pas la compétence, raison pour laquelle d'ailleurs elle n'a pas interdit à l'intimée d'organiser un deuxième tour tant qu'elle n'aurait pas statué sur effet suspensif.

Partant, et pour autant qu'elle soit recevable, la demande d'octroi de l'effet suspensif sera refusée, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'elle est recevable, la demande d'octroi d'effet suspensif au recours de Swiss Hospitality Partners SA ;

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

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF-RS 173.110), la présente décision peut être portée 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 ;

si elle 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communiquera la présente décision, en copie, à Me Pierre-Yves Gunter, avocat de la recourante, ainsi qu'à la Ville de Genève.

La présidente :

Ch. Junod

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :