

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1006/2019-MARPU

ATA/953/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 mai 2019

dans la cause

GOURMANDISES SICILIENNES DRS Sàrl

et

Monsieur Dario FANTAUZZO

représentés par Me Romain Jordan, avocat

CHEMINS DE FER FÉDÉRAUX SUISSES CFF SA

représentés par Me Delphine Zarb, avocate

EN FAIT

- 1) Les Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA (ci-après : les CFF), société anonyme de droit public, sise à Berne, sont propriétaires de la parcelle n° 3'451 de Genève Eaux-Vives sise dans le périmètre du plan localisé de quartier 29'786 Gare des Eaux-Vives (ci-après : PLQ), adopté le 26 juin 2013 par le Conseil d'État. Les CFF sont au bénéfice d'une autorisation de construire (DD 108'363/1) deux bâtiments attenants à la future gare des Eaux-Vives (bâtiments « O'Centre » et « O'Galerie ») qui accueilleront des commerces, bureaux et logements dans le cadre de la réalisation du PLQ.

Dans ce contexte, ils ont lancé un « appel d'offres pour surfaces commerciales », dénommé projet « O'Vives », concernant les locaux commerciaux sis dans ces bâtiments en mai 2017.

- 2) Gourmandises Siciliennes DRS Sàrl (ci-après : la Sàrl) est une entreprise inscrite au Registre du commerce de Genève, qui a pour but l'importation et la distribution de tous produits alimentaires, plus particulièrement d'origine italienne, ainsi que l'exploitation d'établissements publics ou magasins de vente au détail. Monsieur Dario FANTAUZZO est l'associé gérant, avec signature individuelle, de la Sàrl.

Le 27 octobre 2017, la Sàrl et M. FANTAUZZO (ci-après : les requérants) ont présenté un projet aux CFF pour l'exploitation d'un restaurant dans une arcade sise au rez-de-chaussée du bâtiment D « O'Centre », lors d'une présentation orale.

Un projet de contrat de bail avec les CFF leur a été remis le 30 mai 2018 par Madame Véronique BERCLAZ, « gérante d'immeuble objets de placements » auprès des CFF, lors d'une visite des locaux organisée par les CFF.

Des discussions ont ensuite eu lieu entre les parties concernant le bail et le 18 décembre 2018, Madame Giliane GEISSMANN, « responsable retail & food service région Ouest CFF immobilier », a informé les requérants que l'adjudication leur était retirée et l'arcade attribuée à un tiers. Cette information a été confirmée lors d'un entretien téléphonique le 19 décembre 2018, par Monsieur Philip SCHERBLE, « responsable développement objets de placement Suisse romande » des CFF.

- 3) Le 20 décembre 2018, les requérants ont exigé des CFF la transmission de la dernière version corrigée du bail « pour signature ». En effet, étant tombés d'accord sur tous les points du contrat de bail, ce qui avait été confirmé lors d'un entretien téléphonique avec Mme BERCLAZ, le 23 novembre 2018, le revirement

des CFF laissait supposer des irrégularités dans l'attribution des locaux qui leur avaient été promis.

- 4) Le 30 janvier 2019, les CFF ont fait part de leur position aux requérants. Les pourparlers précontractuels étaient bien avancés et cela, malgré le changement dans le choix de la surface qui aurait potentiellement pu être attribuée puisque la première offre portait sur la surface 4 et la seconde sur la surface 1. Aucune des surfaces concernées ne leur était attribuée, les CFF s'étant décidés pour un autre concept. En revanche et sans reconnaissance aucune d'une quelconque responsabilité, ils proposaient un dédommagement portant sur les inconvénients encourus (dommages-intérêts négatifs).
- 5) Le 31 janvier 2019, les requérants ont répondu aux CFF qu'ils n'avaient jamais renoncé à la moindre surface, l'arcade de 246 m² et un dépôt de 25 m² dans le bâtiment D leur avaient été proposés. De graves irrégularités avaient été commises à l'issue de la procédure d'appel d'offres. Une rencontre devait être organisée à brève échéance, les locaux étant sur le point d'être attribués à un locataire n'ayant satisfait à aucune des conditions fixées dans l'appel d'offres.
- 6) Le 18 février 2019, la Sàrl a déposé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles auprès du Tribunal des baux et loyers (ci-après : TBL) à l'encontre des CFF.

Par ordonnance du même jour, le TBL a rejeté la requête. Il ressortait du dossier que la citée semblait d'ores et déjà avoir conclu un contrat de bail avec un tiers et que la requérante ne rendait pas vraisemblable une urgence particulière justifiant le prononcé des mesures requises.
- 7) Le 5 mars 2019, les requérants ont requis des CFF l'accès à l'intégralité du dossier d'adjudication, se plaignant notamment de l'absence de décision de révocation de l'adjudication.
- 8) Par courrier du 7 mars 2019, les CFF ont refusé de faire droit à la demande des requérants, le litige ne relevant pas d'une contestation de droit public.
- 9) Sommés de produire les documents sollicités par les requérants, de confirmer qu'il ne serait pas procédé à la conclusion d'un contrat jusqu'à droit jugé, voire de confirmer que le courrier du 7 mars 2019 valait décision, les CFF ont maintenu leur position par courrier du 13 mars 2019.
- 10) a. Par acte expédié le 13 mars 2019, les requérants ont interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le TAF), se plaignant d'un déni de justice et subsidiairement de ce que la décision contenue dans le courrier du 7 mars 2019 était contraire aux dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1) et de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02). Ils demandaient le

prononcé de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux, subsidiairement à ce que l'effet suspensif au recours soit octroyé.

b. Par ordonnance du 18 mars 2019, le TAF a relevé que les litiges entre les locataires de surfaces affectées à des entreprises accessoires et l'entreprise ferroviaire relevaient de la juridiction civile, que sa compétence était dès lors douteuse et qu'il apparaissait peu opportun d'ordonner une quelconque mesure sans avoir entendu auparavant l'autorité inférieure.

- 11) a. Le 13 mars 2019 également, les requérants ont déposé un « recours en déni de justice et au fond avec requête en prononcé de mesures superprovisionnelles » auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à titre superprovisionnel à ce qu'il soit fait interdiction aux CFF de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet O'Vives, subsidiairement de constater l'effet suspensif du recours, conclusions reprises à titre provisionnel. Préalablement, la chambre administrative devait ordonner aux CFF la production de l'intégralité du dossier et procéder à l'audition du gérant et, principalement, constater le déni de justice commis par les CFF et renvoyer la cause aux CFF pour qu'ils ouvrent une procédure administrative, produisent l'intégralité du dossier puis rendent une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) quant à la révocation de l'adjudication. Subsidiairement, ils concluaient à ce que la décision contenue dans le courrier des CFF du 7 mars 2019 soit annulée, qu'il soit constaté que la révocation des adjudications en leur faveur était intervenue en violation des dispositions légales applicables et que la cause soit renvoyée aux CFF afin que ceux-ci leur octroient lesdites adjudications.

Lorsqu'une autorité mise en demeure refusait sans droit de statuer ou tardait à se prononcer, son silence était assimilé à une décision. Selon les termes de l'art. 62 al. 6 LPA, une partie pouvait recourir en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié si l'autorité concernée ne donnait pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al. 4 LPA. Le recours était déposé dans les formes prescrites à l'art. 65 LPA et devant l'autorité compétente selon l'art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05).

Les garanties de procédure prévues par la LMI avaient été bafouées de manière crasse, l'adjudication en leur faveur ayant été illicitement révoquée, alors qu'ils avaient pourtant remporté l'appel d'offres, ce qui leur avait été confirmé à plusieurs reprises par l'autorité intimée et qu'un accord existait sur l'intégralité des termes du contrat.

b. Par courrier du même jour, la juge déléguée a rejeté les conclusions prises à titre superprovisionnel par les recourants, les éléments fournis ne rendant pas

vraisemblable, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, le bienfondé des conclusions principales tendant au constat d'un déni justice. En l'absence de décision, le recours ne pouvait déployer d'effet suspensif.

- 12) Le 29 mars 2019, les CFF ont déposé des observations concluant au rejet des conclusions prises à titre provisionnel et subsidiairement au retrait de l'effet suspensif. Le recours était irrecevable, le droit public n'étant pas applicable au litige qui portait sur la conclusion d'un contrat de bail. Ils concluaient également au versement d'une indemnité de procédure.
- 13) Le 3 avril 2019, la présidente de la chambre administrative a rejeté la requête de mesures provisionnelles, la compétence matérielle et fonctionnelle de la chambre administrative ne pouvant d'emblée être retenue.
- 14) Le 10 avril 2019, les recourants ont répliqué, sollicitant la tenue d'une audience publique. Ils avaient remporté l'appel d'offres, ce qui leur avait été confirmé à plusieurs reprises oralement par Mme BERCLAZ. Les CFF avaient proposé un changement d'arcade plus spacieuse et ayant une meilleure visibilité. Aucune divergence ne subsistait entre les parties. Les explications des CFF étaient fantaisistes et non crédibles.

La chambre administrative était compétente, le CEVA étant un projet cantonal qui mêlait la compétence de diverses autorités tant fédérales que cantonales. En outre, l'art. 9 LMI imposait une voie de recours cantonale contre les décisions de restriction à la liberté d'accès au marché. Le litige était de nature publique s'agissant de l'attribution d'infrastructures ferroviaires. La procédure d'adjudication litigieuse relevait de la mission publique pour laquelle les CFF bénéficiaient d'un monopole. La décision d'éviction était illicite sous l'angle du droit des marchés publics également.

- 15) Par décision incidente du 16 avril 2019, le TAF a rejeté la requête des recourants tendant à ce qu'il soit fait interdiction aux CFF de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet O'Vives, subsidiairement à ce qu'il soit octroyé l'effet suspensif à leur recours.
- 16) Le 17 avril 2019, les CFF ont dupliqué persistant dans leurs conclusions d'irrecevabilité du recours en raison de l'incompétence de la chambre administrative.

La liaison ferroviaire Léman Express, anciennement CEVA, était un projet touchant le canton de Vaud, celui de Genève, ainsi que la France. Les CFF, même à supposer qu'ils aient agi en tant qu'autorité et dans le cadre de leur monopole, ce qui était contesté, restaient une entité fédérale. La mise en location de la surface litigieuse en vue de l'exploitation d'un restaurant ne saurait être qualifiée d'entreprise accessoire et même si cela était le cas, cela n'aurait aucune incidence

sur l'application de la LMI. La législation sur les marchés publics ne s'appliquait pas en l'occurrence et si cela devait être le cas, cela ne donnerait pas compétence à la chambre administrative pour examiner le recours.

- 17) Le 29 avril 2019, lors d'une audience de comparution personnelle, les recourants ont présenté des conclusions complémentaires, sollicitant l'appel en cause du canton de Genève ainsi que la production de toute convention le liant aux CFF concernant la gare des Eaux-Vives. Il ressortait d'un communiqué de presse que le canton de Genève et les CFF avaient signé un accord de développement conjoint portant sur l'offre de transports des voyageurs et de marchandises intitulé « perspectives générales Genève ». Il en découlait que le marché litigieux était conjoint entre le canton et les CFF. Il s'agissait peut-être d'un partenariat public privé et dans ce cas, même si les CFF agissaient à titre privé dans l'attribution des commerces, ils devaient respecter les prescriptions en la matière.

Les CFF ont répété que l'objet de la procédure n'était pas du ressort cantonal et se sont opposés à l'appel en cause du canton. Le contrat de bail portant sur l'arcade litigieuse avait été signé avec Monsieur Yves GRANGE le 27 mars 2019 et son contenu ne serait pas porté à la connaissance des recourants. Le litige relevait du droit privé. Ils s'opposaient à l'ensemble des conclusions nouvelles. Pendant les pourparlers en vue de la conclusion du bail, plusieurs personnes étaient intervenues au sein des CFF, de sorte qu'il en avait résulté un manque de coordination. En octobre 2018, il avait été décidé de confier la communication avec les personnes intéressées à une seule personne, à savoir Mme GEISSMANN et de mettre en concurrence les trois locataires potentiels, dont les recourants et M. GRANGE. Après mise à jour des dossiers, celui de M. GRANGE restait le plus favorable. Vu les frais engendrés par la mise au point des dossiers, il avait été prévu de dédommager les deux concurrents malheureux.

Selon les recourants, ces explications ultérieures n'étaient pas crédibles.

Les recourants ont encore sollicité l'audition de Mme BERCLAZ et de M. GRANGE et les CFF s'y sont opposés, la compétence de la chambre administrative devant dans tous les cas être tranchée au préalable.

Les recourants ont précisé qu'aucune autre procédure judiciaire que celles déjà connues n'était en cours.

À l'issue de l'audience, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

- 18) Le 9 mai 2019, les recourants ont déposé une écriture spontanée accompagnée d'une publication intitulée « Perspective générale Genève » éditée conjointement par les CFF et le canton de Genève. Ils persistaient à requérir la

production de toute convention liant l'autorité intimée au canton de Genève en lien avec le projet O'Vives. Un accord avait été signé au mois de novembre 2017 entre le canton de Genève et les CFF portant sur le développement de l'offre de transport de voyageurs et de marchandises, de l'infrastructure et de l'urbanisation autour des gares actuelles et futures de la région. Même à considérer que les CFF agiraient à titre privé, l'on se trouverait en présence d'un partenariat public-privé. La relation pourrait mélanger les deux formes évoquées et impliquer plusieurs domaines de réglementation de droit public, comme ceux de la planification spatiale et des marchés publics.

- 19) Cette écriture a été transmise aux CFF pour information, et il a été rappelé que la cause était gardée à juger, y compris sur les éventuels actes d'instruction complémentaires sollicités.

EN DROIT

- 1) La chambre administrative examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 LPA ; ATA/251/2019 du 12 mars 2019 consid. 4a).
- 2) Le recours concerne le refus des CFF de conclure un bail portant sur des locaux commerciaux sis dans les bâtiments de la nouvelle gare des Eaux-Vives. Il a été déposé principalement pour déni de justice, en l'absence d'une décision formelle qui porterait sur la révocation d'une adjudication en leur faveur. Subsidiairement, le recours est déposé contre un courrier du 7 mars 2019 de l'autorité intimée, lequel contiendrait la décision de révocation de l'adjudication.
- 3) La LPA contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par les autorités administratives et les juridictions administratives (art. 1 LPA). Il s'agit des autorités cantonales ou communales (Stéphane GRODECKI, Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, p. 7 n. 24).

À Genève, la chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 LOJ).

Ainsi, le recours auprès de la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 3, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e et 57 LPA, sauf exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ) ou lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ), ou encore lorsque la saisine est prévue dans des lois particulières (art. 132 al. 6 LOJ).

Sont réputées autorités administratives au sens de l'art. 5 LPA :

- a) le Conseil d'État ;
- b) la chancellerie d'État ;
- c) les départements ;
- d) les services de l'administration cantonale ;
- e) les institutions, corporations et établissements de droit public ;
- f) les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent ;
- g) les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal.

- 4) En l'espèce, l'autorité intimée n'est pas une autorité administrative genevoise au sens de l'art. 5 LPA puisqu'il s'agit d'une société anonyme de droit public instaurée par la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux (LCFF - RS 742.231 ; art. 2 LCFF) dont les actions sont majoritairement détenues par la Confédération (art. 7 al. 3 LCFF).

De surcroît, le pouvoir de décision dont seraient investis les CFF découle, aux dires des recourants, de la LMP. Or, l'art. 27 LMP prévoit que les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du TAF.

- 5) Les recourants tirent argument des droits procéduraux mis en place par la LMI.

Cette loi prévoit que les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours. En outre, le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (art. 9 al. 1 et 2 LMI).

La LMI vise à garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI).

La voie de recours dont se prévalent les recourants ne concerne que les marchés genevois, condition qui n'est pas remplie par un éventuel marché créé par une entité fédérale. L'art. 9 al. 4 LMI prévoit d'ailleurs que pour les décisions rendues par des organes de la Confédération, les dispositions générales de la procédure administrative fédérale sont applicables.

De surcroît, s'agissant du monopole invoqué par les recourants, l'art. 2 al. 7 LMI prévoit 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. Or, si un monopole de fait ou de droit existait en l'occurrence, ce qui n'est pas démontré, il serait fédéral et non cantonal ou communal comme l'exige la disposition précitée pour appliquer la LMI au litige.

6) Les recourants se prévalent encore du fait que dans le cadre de la liaison ferroviaire du CEVA, le canton de Genève et les CFF agiraient conjointement en raison d'une convention ou encore d'un partenariat public-privé, ce qui permettrait de fonder la compétence de la chambre de céans.

a. La brochure « Perspective générale Genève » fait état d'une feuille de route présentant les grandes orientations de la mobilité ferroviaire jusqu'en 2035 (p. 4). Il y est par ailleurs indiqué que les souhaits touchant les infrastructures ferroviaires relevant de la compétence de l'office fédéral des transports, tant sur le plan de la rentabilité que du financement, ils ne pourront se concrétiser qu'avec l'accord préalable de cette instance fédérale (p. 26).

Il appert également que ce sont les CFF, propriétaires de l'immeuble dans lequel l'arcade litigieuse va se situer, qui ont offert les surfaces du projet O'Vives à la location. La brochure susmentionnée précise notamment que s'agissant des développements immobiliers, autour la nouvelle gare des Eaux-Vives, l'investissement des CFF était d'environ CHF 8 millions (p. 14).

Ces éléments ne permettent pas de retenir que le canton participerait à la construction de l'immeuble dans lequel se trouveront les surfaces commerciales litigieuses.

b. Cela étant, même s'il existait une convention entre les CFF et l'État de Genève en vue de l'attribution d'un marché public dans le cadre de la liaison ferroviaire du CEVA portant sur la location des surfaces commerciales de la gare des Eaux-Vives, le litige serait alors de la compétence du TAF.

En effet, cette juridiction s'est déjà déclarée compétente pour examiner les recours contre des décisions d'adjudication ou d'interruption de la procédure d'adjudication ou encore les décisions d'exclusion tombant sous le champ d'application de la LMP dans le cadre d'un marché public du projet CEVA (arrêt du TAF du 15 avril 2011 dans la cause B-7337/2010 consid. 1 à 4). Dans ce même arrêt, le TAF précise que le financement du projet CEVA est majoritairement supporté par les CFF et, de ce fait, dans le cadre des marchés publics, le droit fédéral est applicable bien que le second co-adjudicateur, à savoir le canton de Genève, soit soumis aux droits cantonal et intercantonal sur les marchés publics (arrêt du TAF B-7337/2010 précité consid. 4.1.1. et 4.1.2.).

- 7) Il découle de ce qui précède que la chambre administrative n'est pas compétente pour connaître du litige qui oppose les recourants aux CFF. En conséquence, le recours sera déclaré irrecevable.

Au vu de cette issue, il ne sera pas donné suite aux diverses requêtes des recourants tels que l'appel en cause de l'État de Genève, la production de toute convention liant les CFF au canton de Genève en lien avec le projet O'Vives ainsi que l'audition de Mme BERCLAZ et de M. GRANGE, ces actes d'instruction concernant le fond du litige.

- 8) Le recours adressé à une autorité incompétente est transmis d'office à la juridiction administrative compétente et le recourant en est averti (art. 64 l. 1 LPA). Le litige pourrait éventuellement entrer dans le champ des compétences du TAF, question que devrait trancher ce dernier. Cette juridiction ayant toutefois déjà été saisie simultanément par les recourants, il sera renoncé à la transmission du recours à celle-ci (art. 64 al. 1 LPA). Il n'y a pas lieu non plus à un échange de vue avec le TAF, celui-ci ayant déjà exposé ses réserves quant à sa compétence, non pas en faveur de la chambre de céans, mais des juridictions civiles.

- 9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants (art. 87 al. 1 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux CFF, à la charge conjointe et solidaire des recourants (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours pour déni de justice interjeté le 13 mars 2019 par Gourmandises siciliennes DRS Sàrl et Monsieur Dario FANTAUZZO à l'encontre des Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge conjointe et solidaire de Gourmandises siciliennes DRS Sàrl et Monsieur Dario FANTAUZZO ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- aux Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA, à la charge conjointe et solidaire de Gourmandises siciliennes DRS Sàrl et Monsieur Dario FANTAUZZO ;

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 jointes à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Romain Jordan, avocat des recourants, à Me Delphine Zarb, avocate des Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA, ainsi qu'à la Commission de la concurrence (COMCO).

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

J. Poinot

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :