

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/367/2008-CE

ATA/396/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 25 août 2009

dans la cause

CONSEIL D'ÉTAT

contre

SOCIÉTÉ DES MOUETTES GENEVOISES NAVIGATION S.A.
représentée par Me Pierre de Preux, avocat

EN FAIT

1. a. La Société des Mouettes Genevoises Navigation S.A. (ci-après : SMGN) est une société anonyme qui a pour but l'exploitation d'un service de bateaux à moteur dans la rade de Genève, le petit lac et d'une manière générale sur le lac Léman, le Rhône et autres eaux, le cas échéant, selon les concessions octroyées par la Confédération.

b. Les actions de la société sont détenues par Monsieur Roland Charrière et par son fils, Monsieur Joël Charrière. M. R. Charrière exerce la fonction de directeur, M. J. Charrière celle de directeur-adjoint. Le président du conseil d'administration est Monsieur Antoine Böhler.
2. Depuis le 2 juin 2008, M. J. Charrière est également directeur de "SwissBoat Joël Charrière" exploitée sous la forme d'une entreprise individuelle et dont le but est le commerce et la location de bateaux, les excursions nautiques et l'exploitation d'un chantier naval. Ces activités étaient précédemment exercées par M. R. Charrière, en raison individuelle, sous l'enseigne "Swissboat". "
3. Le 27 décembre 2000, l'office fédéral des transports (ci-après : OFT) a accordé à la SMGN une nouvelle concession pour une durée de 25 ans qui porte sur le Rhône, entre le pont de la Machine et le barrage de Verbois, et sur le petit lac, jusqu'au creux de Genthod et Bellerive.
4. Depuis 2001, la SMGN est membre, avec les CFF et les TPG, de la société simple "Unireso" qui forme la communauté tarifaire de transports publics en offrant une billetterie unique pour les transports dans les trois entreprises.
5. a. Le 1^{er} juin 2001, la République et canton de Genève, représentée par le département de justice et police et des transports, selon la terminologie alors en vigueur, et la SMGN ont conclu un contrat de prestations pluriannuel 2001-2004 relatif à la desserte lacustre des lignes régulières de transport sur le bas lac, soit les lignes M1, M2 et M3 (ci-après : contrat 2001-2004), valable du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2004.

Par ce contrat, les parties désiraient préserver et développer les prestations de transport offertes entre les deux rives du lac et assurer cette prestation au moindre coût, tant pour l'usager qui bénéficiait des avantages de la communauté tarifaire que pour le département qui versait une contribution complémentaire à l'exploitant. A cette fin, la SMGN s'engageait à assurer auprès des usagers la desserte lacustre des lignes M1, M2 et M3 entre mars et octobre selon les horaires et conditions convenus (art. 2 du contrat 2001-2004). En échange, le département versait une contribution forfaitaire de CHF 531'000.- pour l'année 2001, de

CHF 559'000.- pour l'année 2002, de CHF 605'000.- pour l'année 2003 et de CHF 653'000.- pour l'année 2004. Les art. 35 ss de la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève du 7 octobre 1993 (LGAF - D 1 05), applicable aux organismes subventionnés étaient réservés (art. 8 al. 1 du contrat 2001-2004).

Le contrat spécifiait que la contribution financière était fixée pour chaque année sur la base d'une part des recettes de la communauté tarifaire de 0,66 %, s'élevant au minimum à CHF 541'000.- par année. Si le montant des recettes de la communauté tarifaire accordé à la SMGN excédait CHF 541'000.-, la contribution du canton était réduite d'autant (art. 8 al. 2 du contrat 2001-2004). Les contributions financières annuelles avaient par ailleurs été définies en prenant en considération les recettes nécessaires à la SMGN ainsi que les coûts d'investissement prévus à l'annexe 3 du contrat (art. 8 al. 3 du contrat 2001-2004). Dès le second exercice annuel, la contribution forfaitaire était indexée à l'augmentation du coût de la vie (art. 8 al. 4 du contrat 2001-2004).

L'art. 8 al. 6 du contrat 2001-2004 prévoyait encore que, sous réserve des al. 1 et 2, la SMGN était responsable de ses résultats financiers. Elle conservait les excédents des produits et supportait les excédents de charges.

Enfin, la SMGN remettait au département son rapport d'activité comprenant les états financiers, le rapport de révision y relatif, le procès-verbal de l'assemblée générale approuvant les comptes, ainsi que des statistiques d'exploitation détaillées et dûment complétées, selon le modèle ATG au plus tard le 30 juin qui suivait l'exercice budgétaire (art. 12 du contrat 2001-2004).

b. Ce contrat succédait à une convention financière pluriannuelle, signée le 9 avril 1998 et valable du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2000, dont la fonction essentielle était de couvrir les déficits d'exploitation des deux seules lignes lacustres alors intégrées au réseau des transports publics.

6. Durant l'année 2004, l'offre en transports lacustres a été annualisée et une nouvelle ligne M4 entre Genève-Plage et la Perle du lac a été créée. Ces nouvelles prestations ont été formalisées dans un courrier adressé le 24 mars 2004 par le département de l'intérieur, de l'agriculture et de l'environnement (ci-après : DIAE) à la SMGN.

Ainsi, pour 2004, les heures d'exploitation, initialement convenues à 6'900 heures/an dans le contrat 2001-2004, passaient à 19'080 heures/an. La contribution forfaitaire était fixée à CHF 1'885'592.- pour l'année 2004. Ce montant prenait en compte la part des recettes accordée à la SMGN par la communauté tarifaire intégrale Unireso et des produits liés aux indemnités et compléments tarifaires, ainsi que les éventuels revenus publicitaires escomptés, soit un montant de

CHF 702'712.-. L'art. 8 al. 2 du contrat 2001-2004 n'était pas applicable car les recettes susmentionnées faisaient foi.

7. Un nouveau contrat de prestations a été conclu pour les années 2005-2006 entre la République et canton de Genève, représentée alors par le DIAE, et la SMGN (ci-après : contrat 2005-2006).

Selon l'art. 11 al. 1 de ce dernier, la contribution financière de l'Etat était de CHF 1'818'692.- pour 2005 et de CHF 1'870'407.- pour 2006.

Les montants de la contribution cantonale prenaient en compte, comme suit, la part de recettes attribuée à la SMGN par la communauté tarifaire intégrale Unireso, sous réserve de décisions ultérieures éventuelles en matière de tarification :

Produits planifiés	2005	2006
Recettes nettes Unireso	CHF 745'859.-	CHF 771'804.-
Contribution du canton	CHF 1'818'692.-	CHF 1'870'407.-

L'Etat garantissait le montant des recettes, net de frais de fonctionnement Unireso, mentionnées ci-dessus (art. 11 al. 3 du contrat 2005-2006).

La SMGN était responsable de ses résultats financiers sous réserve des al. 1 et 2. Elle conservait les excédents des produits et supportait les excédents de charges (art. 11 al. 5).

8. a. De septembre 2005 à juillet 2006, l'inspection cantonale des finances (ci-après : ICF) a procédé au contrôle des comptes 2004 et 2005 de la SMGN.
- b. Le 21 août 2006, l'ICF, suspectant l'existence de délits, a rendu un pré-projet de rapport au département du territoire (ci-après : DT). Ce dernier a alors déposé une dénonciation pénale le 5 septembre 2006 auprès du Procureur général qui, sur la base de la décision de soit-communicé du Juge d'instruction du 28 septembre 2006, a classé le dossier le 5 octobre 2006.
- c. Le 12 janvier 2007, l'ICF a rendu son rapport portant sur les exercices 2004 et 2005. Celui-ci faisait état d'un certain nombre de problèmes dus à l'imbrication des activités subventionnées, des activités privées de la SMGN et de celles de Swissboat. En l'absence de pièces comptables, la vérification de la ventilation correcte des charges salariales entre la SMGN et Swissboat n'avait pas été possible. Toutefois, selon certains témoignages, la subvention accordée à la SMGN avait servi à payer des salaires relatifs à l'activité de Swissboat des dépenses salariales qui ne la concernaient pas. De même, des revenus générés par

les croisières privées de la SMGN n'avaient vraisemblablement pas été intégralement enregistrés dans les comptes. Il existait également un risque que des factures concernant Swissboat aient été payées par la SMGN.

Par ailleurs, la direction de la SMGN avait présenté des budgets inexacts. Selon l'ICF, il y avait eu une sur-budgétisation de CHF 490'000.- en 2004, dont près de CHF 220'000.- constituaient des erreurs qui auraient dû être relevées lors de l'établissement du budget, et de CHF 227'000.- pour l'exercice 2005. Ces erreurs avaient permis à la société de bénéficier d'une subvention trop élevée et, en conséquence, de conserver des bénéfices qui n'étaient pas liés à la qualité de sa gestion. Les résultats des exercices 2004 et 2005 de la SMGN étaient encore faussés par l'existence de charges injustifiées à hauteur d'environ CHF 170'000.- pour 2004 et CHF 167'000.- pour 2005. Ces charges étaient constituées de provisions injustifiées et du versement à Swissboat d'un montant de CHF 50'000.- pour des travaux qui n'avaient pas été réalisés en tout ou partie. En donnant une image erronée de la situation financière de la SMGN, la comptabilisation de charges injustifiées aboutissait à la surestimation des besoins financiers de la SMGN et biaisait le mécanisme des négociations de l'aide financière entre l'Etat et la société.

La SMGN n'avait également pas restitué spontanément des montants dus à l'Etat en vertu des dispositions contractuelles et le département n'avait pas assumé sa mission de contrôle. Le montant de la rémunération du conseil d'administration de la SMGN était, de l'avis de l'ICF, trop élevé. Les états financiers révisés de la SMGN n'étaient pas présentés de manière claire et intelligible. Leur lecture était peu aisée et ne permettait pas de vérifier l'adéquation de l'utilisation de la subvention versée par l'Etat en faveur des lignes subventionnées. Enfin, les chiffres communiqués à l'office cantonal de la mobilité (ci-après : OCM) concernant le nombre de passagers transportés sur les lignes subventionnées étaient surestimés.

Le rapport concluait à la nécessité de mettre en place un système de gestion permettant de garantir que la subvention versée par l'Etat soit utilisée de manière économe et à bon escient. Pour corriger les erreurs budgétaires et comptables constatées durant les exercices 2004 et 2005, l'ICF recommandait au département de réclamer la restitution d'une partie de l'enveloppe budgétaire, à la SMGN de demander à Swissboat le remboursement de la partie de l'avance des CHF 50'000.- qui n'avait pas été dépensée, d'une part, et à la SMGN de retraiter ses comptes à la lumière des observations faites sur les provisions injustifiées, d'autre part.

9. Le contrat de prestations 2005-2006 a été prolongé par deux avenants, signés respectivement les 22 décembre 2006 et 28 mars 2007. Un troisième avenant a étendu la durée de validité du contrat de prestations au 31 décembre 2007 et a modifié certaines clauses du contrat.

10. a. Le 21 mars 2007, le Conseil d'Etat a chargé l'OCM, en collaboration avec le département des finances (ci-après : DF), de recalculer le montant des subventions indûment versé à la SMGN pour les exercices 2004 et 2005 par l'Etat de Genève.
- b. L'OCM a étendu son investigation à l'année 2006. Il a procédé à des analyses des comptes et budgets des années considérées et vérifié les questions salariales et autres prestations sociales des employés avec le département de la solidarité et de l'emploi.

Selon son rapport rendu le 25 juin 2007, pour 2004, 2005 et 2006, les charges salariales relatives à l'activité de transport public comptabilisées étaient chaque année inférieures au montant budgétisé. L'écart entre les montants prévus et ceux résultant des comptes correspondait à CHF 231'014.- pour 2004, CHF 147'982.- pour 2005 et CHF 269'074.- pour 2006. Il correspondait en partie à la sous-budgétisation des charges salariales relatives à l'activité de transport privé. Quant aux amortissements, il s'agissait de charges calculées selon des règles précises qui, sauf investissement imprévu en cours d'exercice, pouvaient être en principe déterminées avec certitude lors de l'élaboration budgétaire. En l'occurrence, les amortissements avaient été sur-budgétés pour ce qui était des bateaux et sous-estimés pour les autres types d'amortissements. Globalement, il y avait ainsi eu une sur-budgétisation qui s'élevait à CHF 45'342.-. Enfin, Swissboat avait effectué des travaux pour un montant de CHF 49'711,20, attestés par une facture du 29 novembre 2006. Une somme résiduelle de CHF 288,80 devait être restituée à la SMGN qui avait avancé un montant de CHF 50'000.-.

Le montant des subventions indûment versées à la SMGN par l'Etat s'élevait donc à CHF 693'412.- pour les années 2004, 2005 et 2006.

11. Le 5 juillet 2007, la SMGN s'est déterminée sur ce rapport. Le contrat 2005-2006 ne réservait pas de mécanisme d'ajustement de la contribution forfaitaire de l'Etat. Ce dernier ne disposait dès lors d'aucune base légale ou contractuelle pour réclamer la restitution de montants versés en application de ce contrat.
12. Le 12 juillet 2007, le département a contesté les arguments développés par la SMGN.

Le mécanisme de restitution concernait la situation où les recettes étaient supérieures à celles prévues dans le cadre du contrat de prestations. En l'occurrence, les montants réclamés résultaient d'erreurs substantielles dans l'élaboration des budgets 2004, 2005 et 2006 et d'un usage inadéquat des contributions publiques pour assurer la rémunération des collaborateurs effectuant des prestations en lien avec l'activité touristique privée de la SMGN.

La SMGN ne pouvait remettre en question son engagement à rembourser les montants dus alors qu'elle s'était déclarée prête à le faire de manière répétée et dans des circonstances diverses.

13. Le 23 juillet 2007, l'OCM a envoyé une facture de CHF 693'412.- à la SMGN.
14. Lors d'une réunion le 25 juillet 2007 à laquelle assistaient MM. Charrière et des représentants du DT, M. Böhler a expliqué que la SMGN ne disposait pas des liquidités nécessaires pour payer le montant réclamé et que ce remboursement n'était pas conforme au contrat de prestations. Si la facture devait être maintenue, la société serait alors dans l'obligation de déposer le bilan car les bateaux ne valaient plus rien en l'absence de contrat de prestations et les actifs ne couvriraient donc plus les dettes sociales.
15. Un échange de courriers a eu lieu entre le département et la SMGN, chacun campant sur ses positions.
16. Le 1^{er} puis le 25 octobre 2007, l'OCM a adressé deux rappels à la SMGN.
17. Par acte daté du 3, mais reçu le 7 février 2008, le Conseil d'Etat de la République du canton de Genève, soit pour lui le DT, auquel est rattaché l'OCM, a déposé une demande en paiement auprès du Tribunal administratif contre la SMGN à laquelle il réclame le paiement de CHF 693'412.- avec intérêts à 5 % l'an dès le 23 juillet 2007.

Les subventions accordées en 2004 et en 2005 à la SMGN étaient soumises à la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève du 7 octobre 1993 (LGAF - D 1 05) dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 2006 (ci-après : aLGAF). En application de l'art. 36 al. 4 aLGAF une entité subventionnée n'avait pas le droit de thésauriser les montants qui n'avaient pas été dépensés dans l'exécution de son activité subventionnée. Elle n'avait dès lors, à plus forte raison, pas le droit de disposer librement de ces montants non dépensés, et encore moins de les utiliser à des fins privées dans le cadre d'activités commerciales qui n'étaient pas comprises dans les prestations subventionnées. Ni le contrat 2001-2004, ni le contrat 2005-2006 ne prévoyaient la possibilité pour la SMGN de thésauriser les montants non dépensés. Le département n'aurait d'ailleurs pas pu valablement s'engager à laisser à la libre disposition de la SMGN les montants des subventions annuelles qu'elle avait reçus en trop du fait de calculs budgétaires erronés. En l'espèce, des erreurs dans l'établissement des budgets qui avaient déterminé les montants des subventions avaient engendré des écarts très nets entre les montants alloués à la SMGN pour les exercices 2004 et 2005 et les montants effectivement dépensés par cette société pour exécuter ses prestations de transport public. Les montants correspondant à ces écarts devaient donc être restitués à l'Etat, soit un montant total de CHF 421'193.- pour les années 2004 et 2005.

Le même raisonnement s'appliquait à la subvention 2006 qui était soumise aux dispositions de la loi sur les indemnités et les aides financières du 15 décembre 2005 (LIAF - D 1 11) par renvoi de l'art. 35 al. 2 LGAF. La subvention versée à la SMGN répondait à la définition d'indemnités au sens de l'art. 2 al. 2 LIAF et aucune des exceptions mentionnées à l'art. 4 LIAF n'était réalisée. En particulier, l'exception prévue à l'art. 4 let. b LIAF devait être interprétée de manière restrictive et ne pouvait s'appliquer que dans le cadre de contrats de droit privé. En l'occurrence, les sommes reçues par la SMGN l'étaient sur la base de contrat de droit public. Quant à l'exception prévue à l'art. 4 let. i LIAF, elle ne s'appliquait pas, car la SMGN ne percevait aucun montant fondé sur la loi fédérale sur les transports publics du 4 octobre 1985 (LTP - RS 742.40). Les prestations fournies par la SMGN découlaient du contrat de prestations et n'étaient pas des prestations supplémentaires au sens de l'art. 8 LTP. Quant aux sommes versées en application de l'art. 11 LTP pour permettre des facilités tarifaires, elles n'étaient pas versées à la SMGN mais à la communauté tarifaire Unireso. La subvention accordée à la SMGN pouvait d'ailleurs être qualifiée d'aide financière au sens de l'art. 2 al. 1 LIAF. De toute manière, qu'il s'agisse d'une aide financière ou d'une indemnité, il convenait d'appliquer l'art. 17 LIAF qui avait, en substance, la même portée que l'art. 36 al. 4 aLGAF. Dans le cas d'espèce, il existait un écart de CHF 272'219.-, entre le montant de la subvention alloué à la SMGN pour l'année 2006 et le montant effectivement dépensé cette année-là pour exécuter à satisfaction les prestations de transport public, qui devait être restitué à l'Etat.

Si, par impossible, le Tribunal administratif devait considérer que les dispositions de droit public précitées n'étaient pas applicables, il convenait de se référer aux dispositions de la loi fédérale, du 30 mars 1911, complétant le code civil suisse (CO - RS 220) relatives à l'enrichissement illégitime. Il avait été démontré que des erreurs de calcul des budgets, identifiées tardivement par les services de l'Etat, avaient amené les parties aux contrats 2001-2004 et 2005-2006 à surestimer les montants des subventions nécessaires à la fourniture des prestations. Ces erreurs de calcul n'infirmait pas la validité des contrats mais devaient être corrigées. Partant, le trop-perçu des subventions 2004 à 2006 avait été encaissé par la SMGN sans cause valable et devait donc être restitué à l'Etat. Ce dernier avait déterminé le montant dû le 25 juin 2007, date du rapport interdépartemental. Il avait ainsi agi à temps eu égard à la prescription annale de l'art. 67 CO.

18. La SMGN s'est déterminée le 31 mars 2008. Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande en paiement, subsidiairement à son rejet.

La demande était intentée par le Conseil d'Etat et non par la République et canton de Genève. Le Conseil d'Etat n'était qu'un pouvoir et ne possédait pas la capacité d'être partie, faute d'existence juridique propre. Il affirmait agir par le biais du DT sans produire d'explication ou de preuve quant à cette délégation de

compétences. Si une telle délégation de compétences devait exister, le département pourrait éventuellement agir au nom de la République et canton de Genève, pour autant que celle-ci ait décidé d'ouvrir action en paiement contre la défenderesse. Or, rien ne permettait de considérer que tel était le cas. La demande était donc irrecevable pour ces trois raisons.

L'irrecevabilité de la demande devait également être prononcée car les conclusions prises ne spécifiaient pas en faveur de qui le paiement devrait intervenir.

Sur le fond, la SMGN exerçait son activité en application de la LTP et elle était au bénéfice d'une concession fédérale. En vertu de l'art. 8 al. 2 LTP qui imposait aux collectivités publiques d'indemniser complètement les entreprises, elle avait conclu avec la République et le canton de Genève des contrats de prestations. Selon la doctrine, dans le cas d'une concession de service public, le concessionnaire exerçait l'activité concédée à ses propres risques et profits.

En l'espèce, les contrats de prestations 2001-2004 et 2005-2006 prévoyaient explicitement l'octroi par l'Etat d'une certaine somme pour fournir les prestations convenues. De son côté, la société était responsable de ses résultats financiers. Elle conservait les excédents des produits et supportait les excédents de charges.

Il ressortait des textes des deux contrats que le montant de la prestation étatique était fixe et immuable. Aucun remboursement d'un montant susceptible d'être thésaurisé n'avait été envisagé contractuellement. D'ailleurs, l'Etat n'avait jamais rien réclamé à ce titre avant l'introduction de la présente demande. De plus, les résultats comptables pour les exercices 2004 et 2005 affichaient un profit global de CHF 148'258,58 et une perte pour les activités touristiques de CHF 24'257.-. Il s'ensuivait que le bénéfice réel réalisé suite à des erreurs de calcul des budgets avait été affecté à couvrir les pertes des activités touristiques à concurrence de ce montant. Le demandeur devait donc être débouté de ses prétentions en restitution du trop-perçu pour les années 2004 et 2005, sauf à considérer que l'Etat de Genève pouvait signer des contrats de prestations puis librement recalculer le prix qu'il entendait payer pour celles-ci après que le prestataire de services ait complètement exécuté ses obligations.

S'agissant de l'année 2006, la LIAF n'était pas applicable, le contrat 2005-2006 ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de cette loi. Par ailleurs, contrairement aux allégués de la demanderesse, la SGMN était au bénéfice des exceptions prévues à l'art. 4 let. b et i LIAF. En commandant des prestations de transport à la SMGN, l'Etat de Genève devait en payer le prix et, selon la terminologie tant fédérale que cantonale, il s'agissait bien d'indemnités et non pas d'aides financières au sens de l'art. 2 al. 1 LIAF, ce d'autant que la SMGN agissait sur la base d'une concession de transport octroyée par la Confédération. Si l'art. 17 al. 1 LIAF devait s'appliquer, ce serait au Conseil d'Etat de lui fixer un

délai pour la restitution des montants non dépensés et non au département concerné. Or, le Conseil d'Etat n'avait jamais rendu de décision dans ce sens. Enfin, le texte même des contrats de prestations stipulait que la SMGN était seule responsable de ses résultats financiers car elle conservait les excédents des produits et supportait les excédents de charges.

Le CO n'était pas plus applicable. Les montants avaient été versés par l'Etat de Genève en exécution de contrats signés et exécutés ponctuellement par les deux parties. Ces contrats n'avaient jamais été invalidés pour cause d'erreur essentielle ou pour un autre vice de la volonté. En ayant encaissé les montants qui lui revenaient au titre de ces contrats, la défenderesse ne s'était nullement enrichie au sens de l'art. 62 CO et l'Etat de Genève n'avait pas volontairement payé ce qu'il ne devait pas au sens de l'art. 63 CO. Par ailleurs, l'Etat de Genève n'avait pas invalidé lesdits contrats dans le délai d'un an fixé par l'art. 31 CO de sorte que ceux-ci étaient tenus pour ratifiés.

19. Une audience de comparution personnelle des parties a eu lieu le 18 avril 2008. A cette occasion, le DT a déclaré qu'il n'y avait plus matière à discussion et que le litige devait être tranché. Il a reconnu que, s'agissant des prestations de transports, la SMGN avait exécuté correctement ses obligations. Pour 2008, le contrat de prestations était appliqué mais devait encore être ratifié par le Grand Conseil.

La SMGN était, de son côté, prête à discuter même si, juridiquement, elle considérait ne pas devoir les montants réclamés. Si la demande était acceptée en totalité, elle se trouverait en état de faillite.

20. Le Conseil d'Etat a répliqué le 12 juin 2008. Il a maintenu sa position et a repris son argumentation.

Aux termes de l'art. 101 de la Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847 (Cst-GE ; RS A 2 00), il détenait le pouvoir exécutif et l'administration générale du canton. Il lui appartenait donc de procéder au recouvrement de la créance litigieuse. Par ailleurs, la LGAF prévoyait que chaque département, par délégation du Conseil d'Etat, était compétent pour la défense adéquate de ses droits en matière pécuniaire à l'égard de tiers. L'art. 2 al. 1 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 (LECO - B 1 15) ne prescrivait pas la forme que devaient revêtir les délégations de compétence. En l'occurrence, le DT était en charge des questions de mobilité en application de l'art. 7 al. 1 let. f du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 18 juin 2008 (ROAC - B 4 05.10). Il bénéficiait donc déjà, par cette seule disposition réglementaire, d'une délégation de compétences pour traiter des dossiers en matière de mobilité. Le département, qui était en charge du dossier et dans l'obligation légale de défendre ses droits en matière pécuniaire, n'avait dès lors

pas formellement besoin d'une décision pour ouvrir action en paiement contre la SMGN. Enfin, il apparaissait évident que le département réclamait pour le compte du Conseil d'Etat et donc de la République et canton de Genève la restitution des montants indûment versés.

Il convenait de ne pas confondre la régie des transports de voyageurs et les concessions délivrées par la Confédération et la volonté d'un canton de financer une entité tierce pour effectuer une tâche revêtant un caractère d'utilité publique. Plus précisément, le financement des prestations de transport relevait, pour le trafic régional, de la compétence commune de la Confédération et des cantons. La compétence était toutefois exclusivement cantonale pour le financement du trafic local et d'excursion. Le trafic assuré par la SMGN étant local, le financement de celui-ci relevait d'une compétence cantonale exclusive. Ainsi, seuls le droit public cantonal et le contrat de prestations régissaient la question du financement de l'offre de base des prestations publiques de la SMGN.

Une dérogation au principe de non-thésaurisation devait poursuivre un but en rapport direct avec la finalité de la subvention comme l'un ou l'autre des buts énumérés à l'art. 36 al. 4 aLGAF. L'art. 36 al. 2 aLGAF corroborait cette interprétation, l'une des conditions d'octroi d'une subvention étant que les objectifs visés correspondent à des buts d'utilité publique. S'il était vrai que les art. 8 al. 6 du contrat 2001-2004 et 11 al. 5 du contrat 2005-2006 prévoyaient que la SMGN était responsable de ses résultats financiers et qu'elle conservait les excédents des produits et supportait les excédents de charge, il n'en demeurait pas moins que l'on ne se trouvait pas en présence de l'un ou l'autre des buts énumérés par la dernière phrase de l'art. 36 al. 4 aLGAF, ni même d'un but similaire en rapport direct avec la finalité de la subvention. La disposition contractuelle commune aux deux contrats ne prévoyait ainsi pas de déroger au principe de non-thésaurisation. Au contraire, le contrat 2001-2004 envisageait l'application de cette disposition sous réserve des art. 35 ss LGAF et non pas l'inverse. Les excédents des produits dont il était question ne concernaient donc pas les montants de subventions perçus en trop par la SMGN.

La SMGN ne pouvait pas se prévaloir du fait que les bénéfices n'étaient pas suffisants pour rembourser les sommes dues à l'Etat et qu'il n'y avait plus de montants non dépensés, du moment où ils avaient été affectés à des fins étrangères à tout objectif d'utilité publique, en violation des contrats 2001-2004 et 2005-2006 et des normes de droit public en matière de subventions. Par ailleurs, il n'était pas nécessaire de prévoir à l'avance les modalités de restitution du trop-perçu. Il n'était également pas nécessaire de prévoir dans le contrat la restitution des montants non dépensés par l'entité subventionnée puisqu'il s'agissait d'une disposition de droit public.

Si le tribunal de céans devait refuser d'appliquer l'art. 36 aLGAF et la LIAF, il convenait de se référer par analogie aux art. 24 al. 3 et 62 CO. Vu l'intérêt

public au bon usage des deniers publics, les erreurs dans le calcul des budgets devaient être corrigées et le trop-perçu des subventions restitué.

21. La SMGN a dupliqué le 15 septembre 2008. Elle s'est référée à ses arguments déjà développés et a persisté intégralement dans ses précédentes conclusions.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat ne pouvait agir qu'au nom et pour le compte de la République et canton de Genève. Or, il avait introduit la demande en paiement en son nom et pour son compte exclusivement, ce qui rendait celle-ci irrecevable. Le DT pouvait effectivement introduire une action contre la SMGN mais il devait le faire au nom et pour le compte de l'Etat. L'informalité par laquelle le Conseil d'Etat avait initié une procédure sans être formellement titulaire de la créance invoquée et/ou sans l'avoir fait pour la collectivité publique, était irréparable. La désignation des parties, l'exposé des faits et la prise de conclusions faisaient partie des éléments devant figurer, sous peine d'irrecevabilité, dans une requête présentée devant une autorité judiciaire. Il s'agissait d'un formalisme minimal. En l'occurrence, il ne s'agissait pas de corriger une simple erreur de calcul ou une lacune grossière dans les conclusions, mais l'identité d'une partie à la procédure. Par conséquent, il n'y avait pas de formalisme excessif, les conditions minimales n'ayant pas été remplies.

Selon un avis donné sur sa demande par l'OFT, le transport régulier de voyageurs était soumis à la LTP, ce qui signifiait que l'art. 8 al. 2 LTP s'appliquait aux coûts non couverts des prestations définies à l'al. 1 de cette même disposition. Les dispositions cantonales ne pouvaient pas contourner la législation fédérale en imposant des règles plus défavorables aux entreprises prestataires de transport. D'un point de vue juridique et économique, la SMGN n'était donc pas tenue par le principe de non-thésaurisation invoqué par le Conseil d'Etat.

Les deux contrats de prestations consacraient expressément le principe de la responsabilité unique de la SMGN s'agissant de ses profits et de ses charges. Il s'agissait d'un cas d'application de l'activité exercée aux risques et périls du seul concessionnaire. La clause d'ajustement de la subvention étatique en fonction de la recette d'Unireso prévue dans le contrat 2001-2004 avait été abrogée dès l'exercice 2004. A la suite du rapport de l'ICF, le DT avait adressé à la SMGN une facture de CHF 60'205,43 afin de régulariser le montant des contributions perçues pendant les années 2001 à 2003. Cette question avait ainsi été réglée. Le montant de la participation étatique était fixe et immuable pour les années 2004, 2005 et 2006.

En recalculant a posteriori le montant des contributions, le Conseil d'Etat n'avait pas pris en compte les résultats financiers réels de la SMGN qui révélaient des bénéfices largement inférieurs aux montants réclamés.

22. Le 3 avril 2009, le juge délégué a requis l'apport de la procédure pénale (P/13925/2006).

23. Le 30 juin 2009, la SMGN s'est déterminée après avoir pris connaissance de la procédure pénale.

L'instruction pénale avait démontré qu'elle n'avait jamais cherché à tromper les représentants de l'Etat ni tenté de dissimuler la moindre information lors des discussions entourant la fixation de la contribution étatique. Le calcul des subventions s'était fait sur la base de négociations entre deux parties, libres de conclure ou de refuser les termes d'un accord. L'Etat était entouré de spécialistes. Aucune des parties n'avait été en mesure de détecter les erreurs commises par le réviseur externe de la SMGN qui avait reconnu s'être trompé. L'Etat avait souhaité, dans l'urgence, une augmentation considérable des prestations en même temps qu'il exigeait de la SMGN qu'elle supporte seule les pertes en cas de déficit. Il lui appartenait donc de se montrer d'autant plus vigilant dans le cadre des négociations.

La SMGN s'était déclarée prête à restituer un montant à l'Etat sans reconnaissance d'une responsabilité découlant d'une obligation légale ou contractuelle. La somme maximale qu'elle était ainsi disposée à verser ne pouvait correspondre qu'aux bénéfices réalisés lors des exercices 2004, 2005 et 2006, sauf à exiger qu'elle prenne à sa charge des pertes pour des prestations fournies à satisfaction et fondées sur un contrat librement négocié et conclu en toute bonne foi. Faute de s'appuyer sur une base juridique valable, le Conseil d'Etat ne pouvait pas modifier les termes de conventions signées et exécutées, en recalculant rétroactivement, selon sa seule appréciation, le montant de ses subventions.

24. Le Conseil d'Etat n'a pas transmis d'observations.

25. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

26. a. La procédure pénale a fait apparaître les éléments suivants résultants des auditions de :

i. Monsieur Fabrice Etienne, ingénieur à l'OCM, a expliqué que, dans les rapports avec la SMGN, l'Etat était représenté par le DT qui gérait le dossier. Lui-même avait la charge de celui-ci.

Avant d'être soumis au Conseil d'Etat pour signature, les contrats de prestations étaient remis au DF qui examinait les incidences financières de ceux-ci. Le contrat de transition pour l'année 2004 n'avait pas été analysé par le DF car le développement de l'offre de la SMGN résultait d'une décision du DT. Au sein de ce dernier, les aspects financiers du mandat 2004 et du contrat 2005-2006 avaient été examinés par un économiste.

Les subsides alloués à la SMGN tenaient compte à la fois des recettes versées par Unireso et des charges liées à l'exploitation des lignes exploitées. La conclusion de chacune des conventions ou mandat, soit en 2001, 2004 et 2005, avait été précédée de négociations entre le département et la SMGN au terme desquelles les montants des subsides annuels avaient été arrêtés. Comme les recettes n'étaient pas maîtrisées, les négociations portaient sur les charges. Les montants des subventions alloués à la SMGN pour les années 2001 à 2003 avaient été convenus sur la base d'une étude menée par le bureau Team+. Ils avaient été fixés définitivement lors d'une séance du 14 décembre 2000.

Aucun contrôle de la conformité de ces comptes aux budgets présentés n'avait été effectué lorsque le DT avait reçu les états financiers de la SMGN.

ii. Monsieur Alain Decosterd, économiste au DF, était intervenu dans le dossier de la SMGN lors de l'élaboration des budgets 2005 et 2006. Le DF agissait en tant que département d'appui pour les aspects financiers. Il prenait connaissance des budgets et des états financiers de la SMGN pour vérifier la fiabilité des chiffres présentés au budget. La négociation portait sur les chiffres contenus dans les budgets prévisionnels, car le montant de la subvention annuelle de la SMGN était arrêté en fonction de ces budgets. Avant 2005, le dossier avait été traité par un de ses collègues qui avait mentionné un problème relatif à la durée de la période d'amortissement des bateaux. Les montants d'amortissement proposés étaient calqués davantage sur la durée pendant laquelle le crédit devait être remboursé que sur celle d'utilité du bien acquis, ce qui pouvait avoir tendance à gonfler le budget.

Dans le cadre de la négociation du contrat 2005-2006, il avait requis les comptes prévisionnels 2004 mais n'avait pas pu les obtenir car la SMGN ne voulait pas les communiquer, arguant la particularité de cette année-là. Lorsque la subvention 2005-2006 avait été négociée, les résultats 2004 n'étaient pas connus. Il avait examiné les budgets et émis un certain nombre de remarques. Les charges salariales étaient quasiment invérifiables, vu le changement de périmètre des activités de la SMGN subventionnées avec l'augmentation des lignes et l'annualisation de cette activité.

iii. Monsieur Christophe Genoud avait pris ses fonctions comme secrétaire adjoint au DT en septembre 2004. Il n'était pas intervenu directement dans les discussions entre celui-ci et la SMGN, sauf lors d'une discussion fixant le montant de la subvention 2005. La subvention était négociée en fonction des budgets présentés. Depuis qu'il suivait le dossier, la question de la ventilation des charges de la société entre les activités de la SMGN et de Swissboat s'était posée. La SMGN était une entreprise à caractère familial avec une gestion du personnel paternaliste et une gestion financière artisanale. Lors des discussions sur la subvention 2005-2006, le DT savait que l'ICF allait procéder à un audit des

comptes de l'exercice 2004 et pensait utiliser le résultat de cet audit lors des discussions relatives au contrat de prestations 2007-2010.

Le DT ne disposait pas du personnel nécessaire pour contrôler les aspects financiers et la gestion des entreprises subventionnées. Cette tâche était donc effectuée par l'ICF.

iv. Madame Christine Robin, expert-comptable, a procédé à la révision externe de la SMGN depuis 1999 ou 2000. La SMGN utilisait le "modèle ATAG" préconisé par l'Etat qui permettait de ventiler les charges entre les activités subventionnées et non.

En 2004, lorsque le contrat de prestations avait été modifié, les calculs avaient été effectués sur la base d'un nombre d'heures annuel prévisible. Ce travail avait été réalisé en fonction d'une réalité que la SMGN ne maîtrisait pas. Lors de l'établissement du coût horaire, elle-même avait commis une erreur car elle avait pensé qu'il y avait une indemnisation pour les dimanches et jours fériés. La SMGN avait rencontré de gros problèmes pour engager le personnel supplémentaire requis. C'était la raison pour laquelle la masse salariale 2004 avait été inférieure à celle budgétée. Divers employés de la SMGN, rémunérés au mois, avaient dû piloter des bateaux alors que ce n'était pas leur fonction. Il en était résulté une économie de personnel et une diminution du coût horaire moyen. Par ailleurs, elle avait effectué des calculs selon lesquels le coût horaire moyen de CHF 27.- était trop bas et aurait dû être de CHF 28,72.-. Pour l'année 2005, le coût moyen effectif passait à CHF 30,94.

S'agissant de la sur-budgétisation liée à des amortissements indus relevée par l'ICF, elle avait effectivement commis une erreur et un montant de CHF 84'000.- avait été budgété deux fois. Cette erreur avait été prise en considération dans le cadre des négociations puisque le montant final des amortissements admis par l'Etat avait été réduit.

b. Pour le surplus, les investigations et constatations effectuées par le juge d'instruction seront reprises, en tant que de besoin, dans la partie "en droit" du présent arrêt.

EN DROIT

1. Le 18 septembre 2008, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05). Avec l'entrée en vigueur le 1er janvier 2009 de cette nouvelle, l'action pécuniaire est devenue une action contractuelle réservée aux prétentions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public.

2. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui surviennent depuis son entrée en vigueur. En particulier, en l'absence de dispositions transitoires, les nouvelles règles de nature procédurale doivent s'appliquer immédiatement à toutes les affaires pendantes (ATF 130 V 560, 562 ; 111 V 46, 47 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5714/2007 du 18 mars 2008, consid. 3.4 et les réf. citées ; ATA/356/2008 du 24 juin 2008 ; voir aussi U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich, 2006, p. 66, no 327a ; P. MOOR, *Droit administratif*, vol. I, Berne, 1994, p. 171), sous réserve de deux exceptions. Premièrement, si une autorité compétente selon l'ancien droit a été saisie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et n'a pas été abolie par ce dernier, elle reste compétente pour connaître de l'affaire en cause (ATF 130 V 90, 93). Deuxièmement, les nouvelles règles de procédure ne peuvent être appliquées immédiatement que si elles restent dans une certaine continuité avec le système antérieur, sans en bouleverser les fondements (ATF 112 V 356, 360 ; U. HAEFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *op. cit.*, p. 66, n° 327a). Une règle nouvelle qui modifie la procédure à suivre devant l'autorité dont la décision est entreprise ne saurait être appliquée par l'autorité de recours. Une telle application conférerait un effet rétroactif à la règle de procédure (B. KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle, 1991, p. 123, n° 594).
3. En l'espèce, la modification de la LOJ est intervenue alors que la procédure était pendante et aucune disposition ne traite du droit applicable à l'action pécuniaire déposée avant l'entrée de la modification législative. Le tribunal de céans, conformément aux principes généraux arrêtés par le Tribunal fédéral, fera application du nouvel art. 56G LOJ, étant précisé que, contrairement aux décisions relatives au statut et aux rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat (cf ATA/178/2009 du 7 avril 2009), la procédure pour les prétentions fondées sur un contrat de droit public est restée similaire à celle prévue auparavant.
4.
 - a. Le Tribunal administratif connaît en instance unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 56A al. 2 LOJ et qui découlent d'un contrat de droit public (art. 56G LOJ).
 - b. Conformément à la jurisprudence développée pour l'action pécuniaire, sous réserve de la prescription ou de la péremption du droit invoqué, l'action n'est subordonnée à aucun délai. Les règles de la procédure administrative concernant les recours sont applicables par analogie (ATA/685/2004 du 31 août 2004).

En l'espèce, le Conseil d'Etat réclame à la SMGN le remboursement d'un trop-perçu de subventions pour les années 2004, 2005 et 2006 versé sur la base de contrats de droit public conclus entre les parties. Partant, l'action contractuelle intentée devant le tribunal de céans est, de ce point de vue, recevable.

5. La SMGN prétend que la demande est irrecevable car ni le Conseil d'Etat, ni le DT n'ont la qualité pour agir.
6. a. Aux termes de la Cst-GE, le Conseil d'Etat détient le pouvoir exécutif et l'administration générale du canton (art. 101 Cst-GE). Il est chargé de l'exécution des lois et prend à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires (art. 116 Cst-GE). Il rend compte, chaque année, au Grand Conseil de l'administration et des finances (art. 117 Cst-GE).

b. Le Conseil d'Etat prend les décisions de sa compétence (art. 1 LECO). Il règle les attributions des départements, en constituant des offices ou des services et en leur déléguant les compétences nécessaires (art. 2 al. 1 LECO).

Lorsque des attributions leur ont été conférées directement par la loi, les départements, les offices ou les services les exercent sous l'autorité du Conseil d'Etat (art. 2 al. 2 LECO).

c. Le DT comprend la direction générale de la mobilité, composée de la direction de la planification et des offres de mobilité ainsi que de la direction de l'organisation et de l'exploitation du réseau routier (art. 7 ROAC).

d. La LGAF et la LIAF prévoient que l'autorité compétente au niveau du département concerné s'assure que le bénéficiaire exécute la tâche conformément aux dispositions en la matière et que les conditions légales sont bien remplies. Le Conseil d'Etat et le Grand Conseil peuvent en tout temps faire procéder à des vérifications et des contrôles de gestion (art. 38 LGAF ; 22 LIAF).

Par ailleurs, chaque département, par délégation du Conseil d'Etat, est compétent pour la défense adéquate de ses droits, en matière pécuniaire, à l'égard de tiers (art. 70 al. 1 let. b LGAF).

7. La capacité pour ester en justice appartient aux personnes morales, non pas aux subdivisions qui les composent. Une autorité ne peut recourir en son nom propre. Toutefois, la législation spéciale peut accorder directement la capacité d'ester en justice à des entités dépourvues de la personnalité morale. Elle peut aussi, dans certains domaines, conférer à des autorités qualité pour recourir, laquelle implique la capacité d'ester en justice dans le domaine en cause : c'est en réalité une compétence donnée pour agir au nom de la collectivité dont elle relève. Il peut arriver qu'une autorité se présente dans une procédure sous son propre nom, mais agisse manifestement pour la collectivité. Le vice est dans la désignation de la partie véritable : la pratique admet sa rectification (P. MOOR, Droit administratif, 2ème éd., Berne, 2002, p. 60).

8. En l'espèce, les contrats de prestations ont été conclus entre la SMGN et la République et canton de Genève, représentée alors par le DJPT puis par le DIAE, devenu depuis lors le DT, suite au rattachement de l'office des transports et de la

circulation à ce département. La demande, quant à elle, a été déposée par le Conseil d'Etat, soit pour lui par le DT. Toutefois, la demande est introduite pour le compte de l'Etat et, au vu des lois précitées, il convient de reconnaître au Conseil d'Etat et au DT la compétence de réclamer le versement du montant litigieux. La qualité pour agir du Conseil d'Etat dans la présente procédure sera dès lors admise.

9. La SMGN se prévaut encore de l'irrecevabilité de la demande en raison de l'absence de conclusions susceptibles d'exécution du fait d'un doute quant à l'identité du créancier de la somme réclamée.
10. a. Selon l'art. 65 al. 1 LPA, l'acte de recours contient sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant.

b. Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, il convient en particulier de ne pas se montrer trop strict sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Le fait que ces dernières ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est d'ailleurs pas, en soi, un motif d'irrecevabilité, pourvu que le tribunal et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/242/2007 du 15 mai 2007 et les références citées). Une requête en annulation d'une décision doit par exemple être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a de manière suffisante manifesté son désaccord avec la décision, ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (P. MOOR, Droit administratif, Vol. II, Berne 2002, 2ème éd., p. 674 n. 5.7.1.4).

En l'espèce, il ressort clairement de la demande que le Conseil d'Etat, soit pour lui le DT, défend les intérêts de la collectivité et réclame la restitution des montants à l'Etat. Les exigences de 65 LPA sont dès lors satisfaites.

En conséquence, la présente action sera déclarée recevable.

11. Le demandeur soutient que la défenderesse ne pouvait pas thésauriser des montants non dépensés dans l'exécution de son activité subventionnée et les utiliser dans le cadre de son activité privée.
12. a. Le 1er janvier 2006 sont entrées en vigueur la LIAF ainsi que les nouveaux art. 35 ss LGAF relatifs aux subventions.

Aux termes de son art. 34 al. 1, la LIAF s'applique à l'ensemble des indemnités et des aides financières cantonales existantes. Les demandes d'indemnités et d'aides financières en cours lors de son entrée en vigueur sont soumises au nouveau droit (art. 35 al. 1 LIAF). Les contrats conclus et les décisions prises avant l'entrée en vigueur du nouveau droit doivent être adaptés pour autant et dès que les règles qui les régissent le permettent (art. 35 al. 2 LIAF).

b. En vertu du principe de la non-rétroactivité, le nouveau droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur (P. MOOR, op. cit., p. 170 ; B. KNAPP, op. cit., p. 116). Le droit nouveau ne peut avoir un effet rétroactif que si la rétroactivité est prévue par la loi, est limitée dans le temps, ne conduit pas à des inégalités choquantes, est motivée par des intérêts publics pertinents et ne porte pas atteinte à des droits acquis (B. KNAPP, op. cit., p. 118).

c. En l'espèce, les contributions financières accordées en 2004 et 2005 sont antérieures à l'entrée en vigueur de la LIAF et ne sont donc pas soumises à cette loi. Elles seront donc examinées au regard de l'aLGAF.

En revanche, bien que découlant d'un contrat conclu avant le 1^{er} janvier 2006, la contribution cantonale 2006 était due lorsque la LIAF était en vigueur (art. 34 al. 1 LIAF). Le montant versé par le demandeur est une indemnité au sens de l'art. 2 al. 2 LIAF et aucune des exceptions prévues à l'art. 4 LIAF n'est réalisée. En particulier, l'art. 4 let. i LIAF n'est pas applicable car les prestations de transport en cause qui relèvent du trafic local, soit de la compétence exclusive des cantons, ne font pas l'objet d'une indemnité fixée de manière impérative par le droit fédéral, soustraite du champ d'application de la LIAF (art. 3 du règlement d'application de la loi sur les indemnités et les aides financières du 31 mai 2006 - RIAF - D 1 11.01). Il convient dès lors d'appliquer la LIAF à l'aide financière octroyée en 2006.

13. a. Selon l'art. 36 al. 4 aLGAF, les montants non dépensés après détermination du résultat comptable établi selon les normes fixées à l'art. 1 ne peuvent pas être thésaurisés par l'entité. Ils sont restituables à l'Etat selon des modalités à définir. Restent réservées des dispositions du droit cantonal ou un accord spécifique (contrat de prestations ou analogue) visant notamment à encourager la recherche de fonds privés, une répartition du résultat entre l'entité et l'Etat, la constitution d'une réserve pour déficits futurs.

b. L'art. 17 LIAF reprend les termes de l'art. 36 al. 4 aLGAF.

14. a. L'art. 8 al. 1 du contrat 2001-2004 fixe le montant de la contribution forfaitaire due, chaque année, par l'Etat et réserve l'application des art. 35 ss aLGDAF.

La contribution financière prend en considération les recettes nécessaires à la SMGN ainsi que les coûts d'investissement tel que prévus à l'annexe 3 du contrat (art. 8 al. 3 du contrat 2001-2004). Elle est déterminée sur la base d'une part aux recettes de la communauté tarifaire de 0,66 %, mais au minimum à CHF 541'000.- par année. Si les recettes provenant de la communauté tarifaire sont supérieures à ce montant, la contribution du canton est réduite d'autant (art. 8 al. 2 du contrat 2001-2004).

Cependant, selon l'art. 8 al. 6 du contrat 2001-2004, sous réserve des al. 1 et 2, la SMGN est responsable de ses résultats financiers. Elle conserve les excédents des produits et supporte les excédents de charges.

b. En 2004, le contrat a été modifié. Aux termes du courrier du 24 mars 2004, l'art. 8 al. 2 du contrat 2001-2004 n'est plus applicable car la contribution financière 2004 est arrêtée sur la part de recettes dues à la SMGN par la communauté tarifaire intégrale, soit CHF 633'861.- et des produits liés aux indemnités et compléments tarifaires, soit CHF 68'851.- ainsi que les éventuels revenus publicitaires escomptés.

c. Le contrat 2005-2006 fixe le montant de la contribution forfaitaire en prenant en compte la participation de la SMGN aux recettes de la communauté tarifaire intégrale Unireso de CHF 745'859.- pour 2005 et de CHF 771'804.- pour 2006 (art. 11 al. 1 et 2 du contrat 2005-2006). La SMGN reste responsable de ses résultats financiers (art. 11 al. 5 contrat 2005-2006). Aucun mécanisme de restitution n'est prévu.

15. En principe, le contrat de droit administratif devrait s'interpréter selon la volonté des parties lors de sa conclusion comme un contrat de droit privé. Toutefois, il convient de présumer que l'autorité, en concluant un contrat de droit administratif, a entendu respecter son devoir d'appliquer la loi et d'agir dans l'intérêt public. On peut aussi penser que l'administré n'a pas eu l'intention de violer la loi ou de porter atteinte à l'intérêt public et qu'il devait connaître le devoir de l'autorité. Il en résulte que le contrat de droit administratif doit être interprété de façon qu'il soit conforme à la loi. Entre deux interprétations répondant à ce premier test, on choisira celle qui correspond le mieux à l'intérêt public (B. KNAPP, op. cit., p. 323 n° 1533ss).

16. En l'espèce, les contrats de prestations prévoient que la défenderesse s'engage à assurer la desserte des lignes lacustres et que le demandeur verse une contribution forfaitaire annuelle. La défenderesse est responsable de ses résultats financiers, c'est-à-dire qu'elle conserve les excédents des produits et supporte les excédents de charges. Excepté la clause de restitution prévue à l'art. 8 al. 2 du contrat 2001-2004, abandonnée dès 2004, aucune rétrocession ni versement complémentaire de l'aide financière n'est prévu. L'idée sous-jacente de ce mécanisme est de responsabiliser le subventionné et de l'inciter à améliorer la qualité de sa gestion afin de permettre à celui-ci de dégager des bénéfices qu'il pourra conserver et, à l'Etat, de diminuer le montant de l'aide apportée (cf à ce sujet : note de travail de l'ICF, procédure pénale, p. 200'665 ; C. STUCKI, "Le contrat de prestations des transports publics genevois" in "les contrats de prestations", 2002, p. 95). Il ressort ainsi des clauses contractuelles que l'aide financière annuelle du canton est acquise.

Ce système n'est pas contraire aux art. 36 al. 4 aLGAF et 17 LIAF qui mentionnent expressément la possibilité de déroger à l'obligation de restitution par un accord spécifique, tel un contrat de prestations. Les buts permettant de s'écarter du principe de non-thésaurisation énumérés par ces articles ne sont pas exhaustifs, comme l'atteste l'utilisation du terme "notamment". En rendant la défenderesse responsable de ses résultats financiers, les contrats de prestations poursuivent un but d'intérêt public, soit la diminution de la participation financière de la collectivité. Les contrats 2001-2004 et 2005-2006 sont donc des accords spécifiques qui dérogent au principe posé aux art. 36 al. 4 aLGDAF et 17 al. 1 LIAF.

Cette interprétation est corroborée par l'exposé des motifs relatif au projet de loi accordant une indemnité de CHF 2'075'150.- et de CHF 2'153'117.- à la SMGN pour les années 2009 et 2010 selon lequel la défenderesse est une entreprise privée assumant les risques propres liés à son activité. Jusqu'en 2007, celle-ci assumait seule les pertes et les profits résultant de son activité. Depuis 2008, conformément aux dispositions de la LIAF et à l'arrêté du Conseil d'Etat du 30 janvier 2008 relatif à la politique de l'Etat en matière de thésaurisation des subventions, la société doit, en cas de bénéfice, restituer en principe 75% du montant du bénéfice à l'Etat (MGC [En ligne], Séance 1 du 13 novembre 2008 à 17h00, Disponible sur:http://www.geneve.ch/grandconseil/memorial/data/560401/1/560401_1_partie14.asp [consulté le 15 juillet 2009]).

C'est donc à tort que le demandeur se prévaut des art. 36 al. 4 aLGDAF et 17 al. 1 LIAF pour solliciter le remboursement du montant non dépensé des subventions 2004, 2005 et 2006.

17. Reste à déterminer si le demandeur peut invoquer des erreurs de calcul des budgets qui ont servi de base au calcul des subventions.
18. La doctrine et la jurisprudence considèrent que le droit d'obtenir la restitution de ce qui a été payé indûment est une institution générale du droit qui doit trouver application en droit public, même en l'absence d'une disposition légale formelle (P.MOOR, Droit administratif, vol. II, 2002, p. 147). Un versement ne pourra être répété s'il a eu lieu en raison d'un acte législatif ou d'une décision, même illégaux, entrés en force, que si ces actes sont nuls. Dans les autres cas, le paiement a une cause, puisque l'acte ou la décision sur lesquels ils se fondent sont réputés valables tant qu'ils n'ont pas été révoqués. En matière de subventions et autres aides financières, la restitution doit être exigée lorsque la décision allouant la subvention est révoquée en raison des vices qu'elle comporte car elle perd sa cause juridique (B. KNAPP, op. cit., p. 166-167, n° 756ss).
19. Il ressort des contrats que les montants des contributions financières 2004, 2005 et 2006 ont été calculés en fonction, non pas des recettes effectives, mais de budgets de fonctionnement. Les fonctionnaires du DT et du DF, entendus par le

juge d'instruction, ont expliqué que les budgets avaient été négociés et contrôlés par le DT avec l'appui du DF. Aucun contrôle de la conformité des comptes aux budgets présentés n'avait été effectué lors de la réception des états financiers de la défenderesse. Lors de la négociation du contrat 2005-2006, le DT, qui avait connaissance du prochain audit de la défenderesse par l'ICF, pensait utiliser les résultats de celui-ci dans le cadre du contrat de prestations 2007-2010. L'ordonnance de soit-communicé du 28 septembre 2006 relève que les montants des contributions retenus dans le contrat 2001-2004 ont été définis sur la base d'un rapport de Team+ d'octobre 2000 et ont été arrêtés lors d'une réunion entre les parties le 14 décembre 2000. En 2004, le mandat de la défenderesse a été étendu et le montant de la contribution augmenté. Cette contribution, fixée initialement à CHF 653'000.- dans le contrat 2001-2004, a passé à CHF 1'885'592.-. Le budget 2004 a fait l'objet de plusieurs projets et d'une nouvelle analyse tenant compte de l'augmentation de l'offre projetée. Les charges salariales ont été calculées selon un coût horaire moyen de CHF 41,72/heure dont les différents postes ont été détaillés dans un tableau fourni par la défenderesse. Le poste des amortissements a été discuté à partir des chiffres prévisionnels contenus dans un tableau préparé par le réviseur de la société et a été revu à la baisse. Quant aux montants de la contribution de l'Etat retenus dans le contrat 2005-2006, ils résultent des chiffres contenus dans deux projets de budgets définitifs présentés par la défenderesse et annexés au contrat. Un coût horaire moyen de CHF 41,72 a été pris comme référence pour les charges salariales et le poste amortissement budgétisé à CHF 236'000.- a été réduit à CHF 191'000.- pour 2005.

Ainsi, en arrêtant le montant de la subvention en fonction d'un budget, les parties aux contrats ont accepté une part d'incertitude. Celle-ci était d'autant plus grande qu'en 2004, la défenderesse a étendu ses prestations et que le montant de la contribution a presque triplé. Dans ces circonstances, comme l'a relevé le juge d'instruction, il ne pouvait pas échapper aux représentants de l'Etat que le montant de la subvention pouvait ultérieurement se révéler inexact. En l'absence d'éléments permettant de considérer que la défenderesse a dissimulé des faits ou qu'il y a eu tromperie de sa part, le demandeur ne peut pas, ultérieurement, faire valoir des erreurs dans l'établissement des budgets alors que ceux-ci ont fait l'objet de négociations, que les collaborateurs du DT, aidés par ceux du DF, pouvaient solliciter des compléments d'informations et qu'aucun contrôle n'a été effectué lorsque les comptes ont été remis. Les contrats ont arrêté les montants des contributions financières sans prévoir de clauses de réajustement ou de restitution. Le demandeur a accepté de verser une subvention sur la base d'estimations susceptibles d'imprécision sans se prémunir contre une éventuelle surestimation du budget. Dans ces circonstances, le demandeur ne peut pas invoquer d'erreur dans l'établissement des budgets et les montants versés reposent sur une cause valable. Le grief tiré de l'enrichissement illégitime sera dès lors écarté.

20. Mal fondée, la demande sera rejetée. Un émolument de CHF 3'000.- sera mis à la charge du demandeur, qui succombe. Une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée à la défenderesse, à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable l'action contractuelle interjetée le 3 mais reçue le 7 février 2008 par le Conseil d'Etat contre la société des Mouettes genevoises navigation S.A. ;

au fond :

la rejette ;

met à la charge du Conseil d'Etat un émolument de CHF 3'000.- ;

alloue à la société des Mouettes genevoises navigation S.A. une indemnité de procédure de CHF 3'000.- à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 et 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 au Conseil d'Etat ainsi qu'à Me Pierre de Preux, avocat de la société des Mouettes genevoises navigation S.A.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Mme Hurni, juges, MM. Bonard et Grodecki, juges suppléants.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice- président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :