

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3560/2009-DOMPU

ATA/146/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 mars 2012

dans la cause

Madame Sükran KESICI

représentée par Me Mauro Poggia, avocat

contre

**VILLE DE GENÈVE - SERVICE DE LA SÉCURITÉ ET DE L'ESPACE
PUBLICS**

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
22 septembre 2011 (JTAPI/1015/2011)**

EN FAIT

1. Depuis 1992, Madame Sükran Kesici exploite, de manière saisonnière, un stand de glaces à l'enseigne « Glacier Toscana » sis 15, quai du Mont-Blanc à Genève en étant au bénéfice d'autorisations annuelles d'usage accru du domaine public délivrées par le service de la sécurité et de l'espace publics de la Ville de Genève (ci-après : la ville).
2. En mars 2003, Mme Kesici a également ouvert une gelateria « Coco Bella », sise 4, rond-point de Plainpalais.

En été 2003, elle a sollicité l'installation d'une terrasse sur le trottoir devant cet établissement.

Le 8 août 2003, la ville lui a indiqué être étonnée d'une telle demande puisqu'elle était déjà bénéficiaire d'une permission d'installer un banc de glaces sur le quai du Mont-Blanc qui devait être exploité en personne. Mme Kesici devait fournir des explications et notamment indiquer si l'ouverture de la gelateria signifiait la cessation de ses activités au quai du Mont-Blanc. La ville indiquait également ne pas comprendre que Mme Kesici ait ouvert un commerce de vente de glaces à proximité immédiate du banc de glaces du Rond-Point de Plainpalais. Des explications à ce sujet étaient également attendues. Dans l'attente de ses réponses, la requête était en suspens.

Mme Kesici n'a pas donné suite à ce courrier et a finalement revendu l'établissement « Coco Bella » en décembre 2005.

3. Entre 1997 et 2009, dans un but d'harmonisation esthétique du pourtour de la rade, la ville a élaboré un projet de remplacement des huit stands de glaces et des quatre pavillons de vente de souvenirs, propriété des exploitants, par des pavillons de la ville mis à disposition de ceux-ci.
 - a. Dans ce cadre, le 8 novembre 2004, le conseiller administratif en charge du département des sports et de la sécurité a confirmé à l'Association genevoise des exploitants de stands du lac (ci-après : AGESL), dont Mme Kesici était membre, que le conseil administratif avait « décidé de proposer à la location les nouveaux pavillons en priorité aux titulaires d'une permission octroyée par les services des agents de ville et du domaine public, en fonction de la nature du commerce pratiqué ». La location serait subordonnée à l'acceptation d'un cahier des charges. Parmi les obligations figurerait celle d'exploiter personnellement le pavillon. Il n'y aurait pas de délai d'adaptation, permettant l'amortissement des installations dont disposaient les membres de l'AGESL.

b. Le 1^{er} avril 2005, le service d'aménagement urbain de la ville a informé le président de l'AGESL qu'il était prévu le même nombre d'emplacements que précédemment. Les membres de l'association ne seraient ainsi pas privés de leur activité.

c. Dans un courrier du 20 février 2006, le service des agents de ville et du domaine public a confirmé à la Fédération des artisans et commerçants (ci-après : la fédération) que le nombre de pavillons construits permettrait à chaque exploitant actuel, qui en ferait la demande et qui remplirait les conditions du cahier des charges, d'obtenir un nouveau pavillon. Les baux mobiliers y relatifs seraient proposés en priorité aux exploitants, pour autant que ceux-ci remplissent les conditions du cahier des charges.

d. En 2007, le projet en cours d'élaboration depuis près de dix ans, a été abandonné. La permission d'usage accru du domaine public délivrée le 20 mars 2007 à Mme Kesici pour cette année-là indiquait en préambule que le réaménagement des quais était toujours d'actualité et incluait notamment la disparition des actuelles installations saisonnières au profit de pavillons construits par la ville. Dans l'hypothèse d'une telle réalisation durant la saison 2007, les conditions et la date d'échéance des permissions seraient réexaminées. Comme chaque année, la permission était accordée à titre précaire du 1^{er} mars au 31 octobre. Le titulaire ne pouvait se prévaloir de ses investissements pour se prévaloir dans le futur de droits acquis. Les installations devaient être démontées à la fin de la saison, comme à l'accoutumée. Elles devaient être tenues dans un état de propreté irréprochable pendant l'exploitation.

Ce préambule figurait également dans les permissions 2008 et 2009, datées respectivement des 29 février et 22 décembre 2008.

4. Le 22 juin 2009, le conseil municipal de la ville a adopté à une large majorité une recommandation priant le conseil administratif « d'examiner avec tous les égards dus à leur ancienneté les postulations des exploitants actuels des pavillons de la rade, pour autant que ceux-ci respectent le cahier des charges et les usages y relatifs ».

Cette recommandation était inspirée de l'audition de Monsieur Rémy Pagani, conseiller administratif en charge du département des constructions et de l'aménagement, réalisée dans le cadre de l'examen de la proposition PR 689 « pavillons de la rade et divers équipements installés sur le pourtour de la rade », lequel avait relevé à cette occasion que les « exploitants actuels [auraient] (...) la préférence pour cinq ans ».

5. Un premier crédit de CHF 2'190'000.-, destiné à l'achat des pavillons, a été voté parallèlement (PR 689).

6. Le 24 juillet 2009, la ville a publié dans la Feuille d'avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) et dans l'hebdomadaire Genève Home Informations (ci-après : GHI) une « sollicitation d'offres pour la location de huit pavillons saisonniers amovibles sur le pourtour de la rade de Genève destinés à des glaciers » ainsi qu'une autre sollicitation d'offres pour quatre pavillons de commerces de souvenirs.

Elle proposait de louer aux personnes physiques intéressées, pour cinq saisons consécutives du 1^{er} mars au 31 octobre de chaque année, un pavillon pour un loyer variant entre CHF 30'000.- et CHF 35'000.- par saison, selon la dimension, comprenant la redevance liée à une permission saisonnière de l'usage du domaine public, calculée sur la base d'un tarif de CHF 52.- le m².

Le bail proposé comprenait notamment l'interdiction de sous-location, la ville entendant choisir elle-même l'exploitant des lieux. Une permission annuelle pour l'usage du domaine public serait délivrée et renouvelée annuellement, elle deviendrait caduque en cas de résiliation anticipée du bail et ne serait en aucun cas prolongée au-delà du 31 octobre 2014, sauf si le nombre de candidats retenus pour la période de cinq ans suivante était insuffisant.

Un seul pavillon pouvait être attribué par exploitant et seules des personnes physiques pouvaient postuler. La présence physique du titulaire était requise la moitié des heures effectives d'ouverture.

Les pavillons seraient fournis par la ville au candidat retenu. Elle les installerait à ses frais au début et les déposerait à la fin de chaque saison.

Un délai échéant au 24 août 2009 était imparti pour déposer un dossier de candidature qui devait contenir impérativement copie d'une pièce d'identité, un extrait du registre du commerce si le candidat y était inscrit, une attestation récente de l'office des poursuites et faillites et tout document attestant de la solvabilité du candidat, un certificat de bonne vie et mœurs et un extrait du casier judiciaire, un *curriculum vitae* et un descriptif des activités professionnelles exercées précédemment.

Le cahier des charges précisait sous point 7.3 que les candidats devaient fournir une lettre de motivation décrivant leurs expérience et compétences dans l'exploitation d'un commerce, le concept d'exploitation proposé, un plan financier prévisionnel, leur intention éventuelle de favoriser les produits écologiques et/ou du terroir, l'éventuel intérêt social du projet, l'originalité éventuelle de celui-ci.

Le point 7.4 indiquait que les candidatures ne comportant pas les documents mentionnés ou n'étant pas accompagnées d'une lettre d'intention seraient écartées sans autre formalité.

Le jury de la soumission serait composé de trois personnes émanant respectivement, du département de l'environnement urbain et de la sécurité, du département des constructions et de l'aménagement et de la société des cafetiers, restaurateurs et hôteliers de Genève.

Le choix des candidats retenus interviendrait en fonction des critères suivants énumérés sans ordre d'importance : expérience, compétence, sérieux et respectabilité, nature du projet, originalité du projet, intérêt social, intention éventuelle de favoriser les produits écologiques et/ou du terroir, diversité et complémentarité dans l'attribution des douze pavillons offerts à la location.

Le choix du conseil administratif serait sans appel et ne pourrait faire l'objet d'aucun recours.

7. Le 24 août 2009, Mme Kesici a fait parvenir son dossier de candidature à la ville. Celui-ci contenait un document dans lequel elle indiquait ses nom, prénom, nationalité, date de naissance, n° de passeport et de carte d'identité, n° d'assurée, son adresse et ses numéros de téléphone. Elle a joint les différentes attestations et documents demandés ainsi qu'un *curriculum vitae*, daté et signé, indiquant qu'elle avait commencé comme gérante du banc de glaces de M. Zanino en 1987 dont elle avait repris à son nom l'exploitation depuis 1992. Elle terminait cette lettre en indiquant qu'elle aimerait « pouvoir continuer cette exploitation comme jusqu'à maintenant ». Selon le courrier du mandataire de Mme Kesici qui accompagnait le dossier, celle-ci se tenait à disposition pour exposer en détail son concept et ses conséquences financières. Elle entendait exploiter son banc de glaces de la même manière qu'elle le faisait, à satisfaction de tous, depuis 1992.

8. Le 31 août 2009, Mme Kesici a reçu de la ville un courrier type, adressé à tous les exploitants des pavillons glaciers et pavillons souvenirs.

Le cahier des charges des futurs pavillons était à disposition des intéressés de même que les baux à loyer. Selon les règles usuelles, la procédure avait fait l'objet d'une publication dans la presse et les dossiers retenus feraient l'objet d'une communication individuelle dans le courant du mois de septembre.

Aucune autorisation pour usage accru du domaine public en vue de l'exploitation d'un pavillon pour glaciers ou de souvenirs ne serait délivrée pour la saison 2010 sur le pourtour de la rade. Il n'était dès lors pas nécessaire de formuler une requête pour la saison à venir.

A compter de cette date et pour les saisons à venir, seuls les titulaires des baux à loyer se verraient octroyer une permission pour usage accru du domaine public.

9. Sur les huit exploitants de glaciers déjà installés, plusieurs ont postulé.

Des personnes tierces ont également déposé un dossier de candidature.

10. Le 16 septembre 2009, la ville, sous la plume du chef du service de la sécurité et de l'espace publics, a informé Mme Kesici qu'après examen attentif par un groupe d'experts, le conseil administratif « avait décidé de ne pas retenir son dossier pour la location d'un pavillon glacier ».

Le courrier ne contenait aucune motivation ni voie de recours.

11. Mme Kesici a été la seule, parmi les anciens exploitants en activité ayant postulé, à être évincée de la soumission.

12. Les deux stands non attribués aux exploitants en activité, ont été dévolus l'un à l'association T-Interactions, soutenant des personnes en rupture sociale, et l'autre à Monsieur Frédérick Wong, qui a bénéficié de l'emplacement n° 8, auparavant dévolu à Mme Kesici.

13. Le 21 septembre 2009, l'avocat mandaté par Mme Kesici a mis la ville en demeure de lui communiquer par retour de courrier une décision motivée et comportant des voies de recours.

14. a. Le 1^{er} octobre 2009, Mme Kesici a déposé deux recours avec demande de mesures provisionnelles, auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), contre les courriers de la ville du 31 août 2009 et du 16 septembre 2009. Ils ont été enregistrés respectivement sous cause n° A/3559/2009 et n° A/3560/2009.

b. Par décision du 10 décembre 2009, la commission a joint les deux causes sous n° A/3559/2009 et, sur mesures provisionnelles, a fait obligation à la ville de conserver libre de tout locataire, usager ou occupant à quelque titre que ce soit, l'un des huit pavillons destinés à des glaciers, jusqu'à droit jugé au fond.

c. Dans ses recours, Mme Kesici concluait à l'annulation de la décision refusant l'octroi d'une nouvelle autorisation d'utilisation accrue du domaine public et à l'annulation du cahier des charges publié sous forme de sollicitation d'offres pour la location d'un pavillon ainsi que le projet de bail y annexé. Elle concluait également à la délivrance de l'autorisation d'usage accru du domaine public pour une durée de cinq ans à compter de la saison 2010 aux conditions en vigueur sans qu'elle ne doive prendre à bail un pavillon fourni par la ville. Subsidiairement, elle concluait à la conclusion d'un bail pour cinq ans pour l'usage d'un pavillon saisonnier.

En l'absence d'un intérêt prépondérant s'y opposant et faute pour la ville de pouvoir lui reprocher de ne s'être pas conformée aux prescriptions légales et techniques auxquelles étaient subordonnées les autorisations d'usage accru du

domaine public qui lui avaient été délivrées depuis 1992, elle disposait d'un droit à l'obtention d'une nouvelle autorisation en vue de l'exploitation de son stand de glaces.

A l'appui de ses conclusions, elle faisait valoir le critère de l'ancienneté, le principe de la protection de la bonne foi ainsi que celui de confiance.

Elle avait dû abandonner l'exploitation de la gelateria « Coco Bella » en raison du fait que la ville lui refusait l'installation d'une terrasse ainsi que l'exploitation simultanée des deux établissements.

En 2008, elle avait dû changer son pavillon de glaces en raison de sa vétusté qui avait été relevée notamment par le directeur de l'hôtel d'Angleterre situé à proximité. Le stand ne pouvait plus être remonté une nouvelle fois. Elle en avait acquis un nouveau en investissant près de CHF 200'000.- pour pouvoir continuer l'exploitation de son stand. C'est pourquoi, elle privilégiait la possibilité de garder l'emplacement de son stand à la location d'un pavillon de la ville.

15. En réponse aux recours, la ville a exposé qu'aucun des deux courriers contre lesquels Mme Kesici avait recouru ne pouvait être qualifié de décision. Les recours étaient dès lors irrecevables.

Plusieurs lettres, dont elle produisait des tirages, adressées à d'autres personnes que Mme Kesici, avaient été reçues par les exploitants des bancs de glaces et stands divers indiquant qu'ils se devaient d'exploiter eux-mêmes leur stand et devaient y consacrer le nombre d'heures correspondant aux normes usuelles. L'autorisation était destinée à satisfaire les besoins de personnes n'ayant pas d'autre activité lucrative commerciale.

Toutes les permissions accordées étaient contresignées pour accord par les requérants et contenaient la mention « le titulaire de la présente permission a pris note du fait qu'il ne saurait se prévaloir de l'investissement effectué pour prétendre à un droit acquis pour les années à venir ».

Le cahier des charges précisait clairement que le choix du conseil administratif ne pourrait faire l'objet d'aucun recours.

En conséquence, Mme Kesici n'avait aucun droit acquis au renouvellement de sa permission et elle ne pouvait contester *a posteriori* la procédure d'attribution des nouveaux pavillons à laquelle elle avait participé.

16. Dans un courrier du 20 novembre 2009 adressé à la commission, la ville a précisé que la décision de ne pas attribuer la location d'un pavillon à Mme Kesici n'était aucunement lié à un manquement de sa part dans l'exploitation de son stand.

17. Le 22 juillet 2010, après avoir joint les causes, la commission a déclaré irrecevable le recours interjeté contre le courrier de la ville du 16 septembre 2009 refusant d'attribuer à Mme Kesici l'un des pavillons mis en location. Elle a rejeté celui dirigé contre la lettre de la ville du 31 août 2009 adressée à tous les exploitants et indiquant qu'aucune autorisation pour usage accru du domaine public en vue de l'exploitation d'un pavillon pour glaciers ou de souvenirs ne serait délivrée pour les saisons 2010 et suivantes en dehors des cas visés par l'attribution des pavillons. Ce courrier répondait à la définition d'une décision mais ni le principe de la bonne foi, ni celui de la confiance, ni la liberté économique n'avaient été violés par la ville.

L'acquisition par Mme Kesici d'un nouveau pavillon au début de l'année 2008 constituait une décision téméraire, le projet de réaménagement de la rade étant dans sa phase finale. L'intérêt public à cet aménagement l'emportait sur celui de la recourante à pouvoir maintenir un pavillon lui appartenant personnellement. Un régime transitoire spécialement adapté à Mme Kesici aurait eu pour effet de rompre l'harmonie recherchée par la ville dans ses aménagements et n'était pas nécessaire pour garantir le respect du principe de proportionnalité. En outre tous les exploitants de stands de glaces sur le pourtour de la rade avaient été traités de la même façon.

La décision de refus d'attribution d'un nouveau pavillon par courrier du 16 septembre 2009, ressemblait à une procédure d'ouverture d'un marché public pour la fourniture de services. La commission n'était dès lors pas compétente pour connaître de ce contentieux. La procédure était transmise au Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

18. Le 25 août 2010, Mme Kesici a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision du 22 juillet 2010 de la commission. Principalement, elle concluait à l'annulation de la décision de la commission, du cahier des charges publié par la ville, des décisions de la ville des 31 août 2009 et 16 septembre 2009 ainsi qu'à l'octroi d'une autorisation d'usage accru du domaine public pour une durée de cinq ans à compter de la saison 2010 aux conditions ayant prévalu jusqu'à la saison 2009. Elle concluait également à ce que la chambre administrative constate qu'elle peut continuer d'exploiter, à l'emplacement qui lui avait été attribué depuis de nombreuses années, son propre stand de glaces, sans devoir prendre à bail un pavillon fourni par la ville.

Subsidiairement, Mme Kesici demandait qu'il soit ordonné à la ville de conclure un bail lui cédant l'usage d'un pavillon pendant une durée de cinq ans à l'emplacement où se trouvait auparavant son stand de glaces.

La commission était compétente pour connaître des deux décisions rendues par la ville en application du droit sur l'utilisation du domaine public. Il n'y avait pas de marchés publics en la matière.

Son droit d'être entendue avait été violé car elle n'avait pu faire témoigner les personnes susceptibles de prouver que la ville l'avait poussée à abandonner l'exploitation de son glacier au rond point de Plainpalais, que son pavillon présentait à fin 2007 un état d'usure tel qu'il n'était objectivement pas possible de le remonter pour la saison suivante et que la ville avait agi de manière contradictoire en émettant continuellement et de manière chicanière des exigences quant à la tenue de son précédent pavillon.

Elle avait un droit acquis à l'obtention d'une autorisation d'usage accru du domaine public, la ville n'ayant aucun intérêt public prépondérant à s'opposer à ce qu'elle déploie son activité sur la rade puisque son emplacement avait été attribué à un tiers et qu'elle s'était toujours conformée aux prescriptions légales et techniques.

Le critère de l'ancienneté avait été considéré par le Tribunal fédéral comme objectivement soutenable pour l'octroi d'autorisation d'usage accru du domaine public. En outre, le traitement qui lui avait été réservé était constitutif d'une inégalité de traitement manifeste par rapport aux huit autres membres de l'AGESL, exploitants de stands de glaces et de souvenirs qui s'étaient vu octroyer par la ville, conformément aux promesses qu'elle avait formulées, un droit d'exploiter un pavillon saisonnier pour cinq ans.

Les principes de la bonne foi et de la confiance avaient été violés par la ville qui avait contredit les assurances claires et réitérées données à l'AGESL, à la fédération ou encore au conseil municipal.

En application du principe de la proportionnalité et pour rendre la restriction moins grave, il y aurait lieu par exemple de prévoir la possibilité d'accorder des autorisations exceptionnelles ou de conférer un pouvoir d'appréciation pour tenir compte de situations particulières et d'instaurer un régime transitoire. La décision de la ville lui avait causé un grave préjudice puisqu'elle se trouvait abruptement privée de la possibilité d'exercer l'activité professionnelle qui était la sienne depuis dix-sept ans. Cette violation était d'autant plus choquante que la ville l'avait empêchée de développer une activité en parallèle de son stand de glaces sur les quais.

Le principe de la légalité avait également été violé. Ni la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 05) ni son règlement d'application ne faisaient état du système mis en place par l'intimée, pas plus qu'il ne prévoyait la possibilité d'établir des charges pour l'obtention des permissions pour usage accru du

domaine public. La procédure mise en place n'avait pas de base légale, s'agissant du cahier des charges et du régime de droit privé appliqué à la conclusion du bail.

Sa liberté économique avait été violée par les deux décisions. La ville avait maintenu et réattribué la totalité des douze emplacements qui existaient déjà. Cela démontrait qu'elle ne pouvait invoquer aucun intérêt public prépondérant pour refuser une nouvelle autorisation d'usage accru du domaine public.

La Compagnie générale de navigation (ci-après : CGN) avait été autorisée à conserver son ancien pavillon pour l'exploitation de sa billetterie, malgré l'acquisition d'un nouvel édicule. Un recours était d'ailleurs pendant devant la commission. Il en allait de même pour les Mouettes genevoises. Le même régime transitoire pouvait être appliqué aux stands de glaces. Il n'y avait aucune nécessité que la totalité des pavillons existants soient simultanément remplacée au début de la saison 2010.

19. Le 15 octobre 2010, la ville a conclu au rejet du recours.

Le cahier des charges établi dans le cadre de la sollicitation d'offres pour l'obtention d'un contrat de bail mobilier prévoyait le dépôt d'un dossier non seulement documenté en pièces de forme mais proposant également un projet et le concept d'exploitation, permettant ainsi au jury de retenir les meilleurs dossiers. Mme Kesici s'était bornée à déposer un dossier contenant les pièces requises mais sans lettre de motivation et sans exposer son projet.

Mme Kesici ne l'avait pas interpellée avant l'acquisition de son nouveau pavillon et des mises en garde répétées avaient été adressées aux exploitants de ne pas prendre de tels engagements. En outre, le pavillon était déjà vraisemblablement amorti en deux ans d'utilisation. Mme Kesici avait fait notifier un commandement de payer à la ville pour un manque à gagner concernant 2010 à hauteur de CHF 350'000.-.

La procédure de sollicitation d'offres visait à choisir les candidats à même d'offrir les meilleures prestations à la clientèle. L'échec de la candidature de Mme Kesici résultait exclusivement de sa négligence car elle n'avait pas motivé sa demande et ne répondait pas au point 7.3 du cahier des charges.

Il ne s'agissait pas d'une procédure soumise au droit des marchés publics. De même qu'un postulant non retenu suite à une offre d'emploi, Mme Kesici n'avait pas un droit de recours contre son éviction dans l'attribution des pavillons.

20. Le 17 janvier 2011, Mme Kesici a répliqué en reprenant l'argumentation déjà développée dans ses précédentes écritures.

Elle ajoutait que la ville avait motivé pour la première fois sa décision dans ses écritures responsives en exposant que sa candidature n'avait pas été retenue en

raison du dossier incomplet. Ce faisant, la ville admettait qu'elle n'avait aucune autre raison de lui refuser la location du pavillon glacier. L'obligation de motiver était d'autant plus stricte lorsque, par son objet, la décision reposait sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité et portait gravement atteinte à un droit constitutionnel.

Elle avait exploité depuis 1992 un stand de glaces sur la rade. La ville connaissait donc parfaitement son style d'exploitation et il fallait considérer que son dossier était complet.

Elle n'avait pas accepté tacitement les « règles du jeu » en postulant dans le cadre de la sollicitation d'offres, mais n'avait eu d'autres choix que de s'y plier.

21. Par décision sur mesures provisionnelles du 3 février 2011, la chambre administrative a autorisé la recourante à exploiter, à compter du 1^{er} mars 2011, à l'emplacement qui était le sien, son propre pavillon glacier (ATA/71/2011 du 3 février 2011).
22. Le 16 février 2011, la ville a informé spontanément la chambre administrative qu'elle n'était pas en mesure d'exécuter les mesures provisionnelles ordonnées le 3 février 2011. Suite aux mesures provisionnelles décidées par la commission, elle n'avait attribué que sept des huit pavillons installés. Celui se trouvant à l'ancien emplacement de Mme Kesici avait été attribué à un tiers, qui bénéficiait désormais d'un bail. Chaque emplacement accueillant un nouvel édicule avait fait l'objet d'une demande d'autorisation de construire et elle ne pouvait sans autre modifier ces emplacements. Les anciens raccordements utilisés avaient été supprimés et Mme Kesici ne disposait pas d'une autorisation de construire. Elle restait à disposition pour trouver un autre emplacement en ville de Genève susceptible d'accueillir, jusqu'à droit jugé au fond, l'ancien stand de Mme Kesici.
23. Le 28 février 2011, Mme Kesici s'est déterminée sur ce courrier. Il lui était tout à fait possible d'installer son stand à proximité de son ancien emplacement, la totalité des raccordements n'ayant pas été supprimée comme le prouvaient les photos produites. Il suffisait de procéder à l'enlèvement du pavillon amovible, de la même façon qu'il avait été enlevé à la fin de la saison 2010. Le pavillon, laissé libre suite aux mesures provisionnelles prises par la commission, pouvait être attribué à l'occupant de son emplacement.
24. Par arrêt du 3 mars 2011, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours de la ville contre la décision sur mesures provisionnelles de la chambre administrative du 3 février 2011 (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_196/2011).
25. Le 28 février 2011, la ville a dupliqué. Si des mesures d'instruction étaient ordonnées, elle sollicitait l'audition de divers témoins.

L'idée d'exiger une décision motivée s'agissant du résultat d'une mise au concours était incongrue. La soumission concernait la conclusion d'un contrat de droit privé, au sujet duquel les candidats ne disposaient d'aucun droit.

Les lacunes du dossier de Mme Kesici auraient permis d'écarter d'emblée sa candidature. Or, malgré celles-ci, son dossier avait été soumis au groupe d'experts constitué. Le choix était intervenu dans le cadre d'une mise au concours publique visant à retenir les meilleurs candidats désireux d'exploiter, moyennant un bail régi par le droit privé, un objet dont elle était propriétaire. Il n'aurait pas été conforme au principe de l'égalité de traitement de permettre à Mme Kesici de compléter son dossier, ce dernier ayant été remis le dernier jour du délai.

La ville n'avait jamais été interpellée par la recourante avant l'achat de son glacier. Or, elle avait mis en garde de façon réitérée les exploitants sur le changement de système à venir et attiré leur attention sur le fait qu'ils ne seraient pas indemnisés suite aux nouvelles mesures.

Elle demandait la production des documents comptables portant sur l'amortissement du nouvel édicule de Mme Kesici.

26. Par arrêt du 5 avril 2011, la chambre administrative a disjoint les causes A/3559/2009 et A/3560/2009. Elle a suspendu la première (recours contre le courrier de la ville du 31 août 2009 indiquant qu'elle refuserait, à l'avenir, à tout requérant non titulaire d'un bail, une permission pour usage accru du domaine public). Elle a admis partiellement le recours portant sur le refus d'attribuer à Mme Kesici l'un des pavillons mis en location (décision du 16 septembre 2009) et a renvoyé la cause à la commission pour examen au fond (cause A/3560/2009).

Le TAPI aurait dû déclarer recevable le recours interjeté contre la décision du 16 septembre 2009 rejetant la candidature de Mme Kesici, car celle-là ne relevait pas des règles sur les marchés publics mais de la LDPu et de la loi sur les routes, du 28 avril 1967 (LRoutes - L 1 10). Partant, cette juridiction était compétente pour statuer.

Enfin, les mesures provisionnelles ordonnées par la chambre administrative le 3 février 2011 (faisant obligation à la ville d'autoriser la recourante à exploiter son propre pavillon glacier à l'emplacement qui était le sien, à compter du 1^{er} mars 2011) étaient maintenues.

27. Par courrier du 11 avril 2011 adressé à la ville, la recourante a pris acte de ce que celle-ci prétendait ne pas pouvoir exécuter les mesures provisionnelles ordonnées.

Sans emplacement depuis le 1^{er} mars 2011, elle ne souhaitait pas accroître son préjudice et n'avait d'autre choix que d'accepter la proposition qui lui était

faite d'installer son glacier au bord du quai du Mt-Blanc, à côté de l'hôtel Kempinski.

28. Par jugement du 22 septembre 2011, le TAPI a rejeté le recours interjeté par Mme Kesici contre la décision du 16 septembre 2009.

La délivrance, à titre précaire, de permissions annuelles pendant dix-sept ans n'avait pas fait naître de droits acquis en faveur de la recourante. Ce principe avait encore récemment été rappelé par le Tribunal fédéral s'agissant de l'attribution de places de stand.

L'idée sous-jacente était que personne ne pouvait prétendre à un droit préférentiel à un usage accru du domaine public, ce dernier appartenant à la collectivité. Il revenait à l'autorité d'assurer, dans la mesure du possible, une rotation entre personnes présentant des qualités semblables.

Le projet de la recourante était particulièrement lacunaire ; il ne contenait ni lettre de motivation, ni de description quelconque permettant de comprendre quels seraient les atouts de son exploitation. La recourante était la seule à ne pas avoir ainsi satisfait au cahier des charges du concours lancé par la ville. Il n'y avait pas eu dès lors, d'atteinte au principe de l'égalité de traitement. Le fait que ses compétences, son expérience et son savoir-faire étaient bien connus de l'autorité intimée ne permettait pas à celle-là de se soustraire à des exigences visant à assurer une égalité entre tous les candidats et ne présentant pas de difficulté particulière.

Il était douteux que la décision entreprise, qui n'imposait pas à la recourante de conclure un bail, mais se bornait à le lui refuser, puisse porter atteinte à sa liberté économique.

Le principe de la confiance n'était pas violé, dès lors que la ville ne s'était engagée à l'égard des exploitants en activité qu'à la condition que ceux-ci remplissent le cahier des charges, ce qui n'avait pas été le cas de la recourante.

Enfin, en tant que propriétaire des installations faisant l'objet du bail, la ville agissait comme un propriétaire privé. Elle demeurait, en cette qualité, libre de conclure ou non un bail, sans qu'il puisse en résulter une atteinte à la liberté économique du candidat.

29. Par acte du 2 novembre 2011, Mme Kesici a recouru auprès de la chambre administrative contre ce jugement. Elle conclut préalablement à la reprise de la procédure A/3559/2009, à ce que cette cause soit à nouveau jointe à la A/3560/2009 et à ce que la chambre dise que les mesures provisionnelles continuent à produire leur effet jusqu'à droit jugé. A titre principal, elle conclut à l'annulation du jugement attaqué, à ce qu'il soit constaté qu'elle dispose d'un droit

à louer un pavillon glacier sur la rade dès l'année 2010, à l'emplacement qui était le sien en 2009, ainsi qu'à l'octroi d'une équitable indemnité de procédure.

Elle reprenait brièvement ses précédents arguments.

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, les cantons et les communes pouvaient certes réglementer l'usage qui était fait de leur domaine public par les particuliers, mais les autorités ne pouvaient refuser une autorisation que dans le respect des droits fondamentaux, soit principalement de l'égalité de traitement, de la liberté économique et de l'égalité entre concurrents économiques. La décision violait ces garanties et l'interdiction de l'arbitraire.

Elle avait investi CHF 200'000.- dans l'achat d'un glacier en raison de l'abandon du premier projet intervenu après des années de discussion, alors que son pavillon tombait en ruine, qu'il n'était plus remontable et que le directeur de l'hôtel d'Angleterre se plaignait de la mauvaise image que donnait sa vétusté à l'environnement de l'hôtel.

L'attribution du pavillon à M. Wong relevait d'un acte de favoritisme. Ce dernier entretenait des relations personnelles étroites avec des personnalités politiques du canton. Il avait été chef de projet pour la société New Event Production S.A. dont l'administrateur unique était Monsieur Frédéric Hohl, député radical au Grand Conseil, dont le père travaillait également sur le stand de glaces. Il avait été chargé également de l'accueil VIP à l'occasion de l'Eurofoot 2008, manifestation dont le coordinateur avait été M. Hohl. Ce dernier était issu du même parti que Monsieur Pierre Maudet, chef du département de l'environnement urbain et de la sécurité à la ville. En août 2009, soit avant toute décision d'attribution, M. Wang s'était rendu sur le stand de Mme Kesici pour y prendre des mesures. Il avait alors justifié celles-ci par le fait qu'il disposerait de cet emplacement en 2010. Ce dernier était le meilleur et le plus prisé.

30. Le 16 décembre 2011, la ville a conclu au rejet du recours.

Le refus d'accorder un pavillon à Mme Kesici avait été dû à l'absence de lettre de motivation figurant dans son dossier et non à un acte de favoritisme à l'égard de M. Wong.

Les intérêts de la collectivité à ce que la procédure soit régulièrement suivie devait l'emporter sur ceux des anciens exploitants à maintenir le système préexistant.

En outre, elle contestait avoir donné une assurance quelconque aux anciens exploitants sur la pérennité de leur exploitation. Si telle avait été son intention, elle n'aurait pas sollicité d'offres.

31. La recourante a répliqué le 26 janvier 2012 en persistant dans ses conclusions.

Tous les pavillons avaient été loués et la décision sur mesures provisionnelles de la chambre du 3 février 2011 n'avait jamais été exécutée.

Elle avait été contrainte d'installer son glacier au bord du quai du Mont-Blanc, à la hauteur de l'hôtel Kempinski, jusqu'à droit jugé. Cet endroit était moins prisé que son ancien emplacement, qui se trouvait, depuis 2009, directement au bord de l'eau. En effet, la ville avait rapproché du lac les emplacements des huit glaciers de la rade depuis cette date.

Tous les anciens exploitants ayant postulé pour l'année 2010 s'étaient vu octroyer l'emplacement qui avait été le leur en 2009. Par égalité de traitement, elle aurait dû pouvoir également conserver le sien, raison pour laquelle elle concluait à l'attribution de ce dernier.

32. Par lettre du 8 février 2012, la ville a précisé que sept baux à loyer avaient été conclus s'agissant des glaciers et qu'un emplacement, ainsi qu'un pavillon destiné à être installé sur les quais demeuraient disponibles. Il était impossible d'attribuer à Mme Kesici son ancien emplacement, qui avait été loué pour cinq ans à M. Wong.

33. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
2. Vu l'incompatibilité des conclusions prises par la recourante dans les procédures A/3559/2009 (octroi d'une permission pour usage accru du domaine public avec installation de son propre glacier) et A/3560/2009 (attribution d'un pavillon), ces deux causes ne seront pas jointes. Il sera statué en premier sur la deuxième, qui apparaît prédominante. En effet, l'octroi d'une permission d'usage accru du domaine public indépendante de l'attribution d'un pavillon ne pourrait, cas échéant, intervenir que de manière subsidiaire, par rapport à l'attribution d'un pavillon de la ville, vu le nouveau système adopté par celle-ci, qui a conduit à l'abandon forcé, par tous les anciens exploitants, de leur propre glacier.

3. La question examinée ne porte donc, en l'espèce, que sur le refus de la ville d'attribuer à la recourante un de ses pavillons glacier (décision du 16 septembre 2009 ; cause A/3560/2009)
4. Selon la recourante, cette décision porterait atteinte à ses droits fondamentaux.

A teneur de l'art. 35 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1) et quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de les respecter et de contribuer à leur réalisation (al. 2). Il convient de trancher la question de savoir si, dans l'attribution des pavillons litigieux, la ville assume « une tâche de l'Etat » au sens de cette disposition, car si tel est le cas, la ville est liée par les principes généraux du droit public dans la gestion de ces édicules (droits fondamentaux, interdiction de l'arbitraire, principes d'égalité de traitement et de la proportionnalité, etc.). Dans le cas contraire, cette attribution relèverait du seul droit privé.

a. Jusqu'à la fin de la saison 2009, la ville octroyait des permissions annuelles aux exploitants des huit glaciers de la rade alors en activité, sur la base des art. 56 LRoutes et 13 LDPu. Ceux-ci étaient admis à déposer sur le domaine public des pavillons leur appartenant, qu'ils montaient et démontaient en début et en fin de saison.

Intervenant en qualité d'autorité administrative chargée de la gestion du domaine public, la ville assumait "une tâche de l'Etat" et devait respecter les droits fondamentaux.

b. Dès le printemps 2010, la ville a changé de système. Elle a acheté huit édicules et les a mis en location - en sa qualité de propriétaire privé - contre un loyer incluant notamment l'usage du pavillon, son montage et son démontage en début et en fin de saison, ainsi que son entretien.

Les biens d'une collectivité publique regroupent, conformément à une classification bien établie, trois types distincts de biens : le domaine public, le patrimoine administratif et le patrimoine financier.

b.a. Le domaine public comprend l'ensemble des biens de l'Etat qui présentent la particularité de ne pas être affectés à une finalité particulière, mais au contraire générale, et d'être en conséquence ouverts à tous, d'une manière en principe libre, égale et gratuite (M. HOTTELIER, La réglementation du domaine public à Genève, in SJ 2002 124 ; ATA/678/2009 du 22 décembre 2009).

b.b. La doctrine définit le patrimoine financier comme étant « l'ensemble des biens réservés à l'usage privé des pouvoirs publics et dont ceux-ci peuvent disposer comme le ferait n'importe quel propriétaire » (M. HOTTELIER,

op. cit. p. 128). D'après cet auteur, d'une part, « ces biens ne sont pas, en tant que tels, directement affectés à une fin d'intérêt public par leur valeur d'usage. Ils le sont tout au plus indirectement, par leur valeur en capital, par le produit de leur aliénation ou les rendements qu'ils procurent. D'autre part, et corrélativement, le statut des biens qui entrent dans le patrimoine financier obéit en principe au droit privé, et non au droit public. De nos jours, il paraît toutefois admis que l'Etat doit également respecter le contenu des droits fondamentaux garantis par la Cst. dans la gestion du patrimoine financier » (*op. cit.* p. 128, ch. 11 et 12).

b.c. Le patrimoine administratif se distingue du domaine public et du patrimoine financier par le fait que les biens qui le composent sont affectés à une tâche déterminée (M. HOTTELIER, *idem*, p. 126). Il regroupe notamment les écoles, les établissements d'enseignement secondaire, supérieur, universitaire ou technique, les hôpitaux, les musées, les casernes, les terrains de sport, certaines salles de spectacles ou encore l'ensemble des infrastructures destinées à permettre notamment à des institutions de droit public d'exercer les diverses missions qui leur sont imparties (ATA/321/2010 du 11 mai 2010 ; M. HOTTELIER, *ibidem* ; P. MOOR, *Le droit administratif*, vol. 3, Berne 1992, p. 321 ; A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, p. 525, U. HÄFELIN/G. MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrecht*, Zürich 2010, p. 461 ; T. JAAG, *Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen in ZBl*, p. 147).

5. En l'espèce, les édicules concernés sont propriété de la ville. Ils sont destinés à mettre à disposition des passants, pendant la saison estivale, un nombre déterminé de glaciers, de petite restauration et de boissons sur les quais, qui constituent un lieu de promenade particulièrement touristique et fréquenté. La revalorisation de la rade, qui était au cœur des préoccupations des auteurs du projet des pavillons glaciers, a été qualifiée par le conseil municipal lui-même d'intérêt public prépondérant.

Affectés à une tâche déterminée d'intérêt public, les pavillons glaciers loués par la ville font dès lors partie du patrimoine administratif de celle-ci.

6. Selon la doctrine et la jurisprudence, en l'absence de règles spécifiques de droit public, le patrimoine administratif est régi par le droit privé (ATA/321/2010 du 11 mai 2010 ; B. KNAPP, *Cours de droit administratif*, Bâle 1994, p. 266, n. 2928). *A contrario*, lorsque de telles règles existent, il est gouverné par le droit public.

En l'espèce, bien que le bail y afférent relève du droit privé, la location des édicules est doublée d'une permission d'usage accru du domaine public (ATA/147/2012 du 20 mars 2012) pour l'usage d'une terrasse située sur le domaine public, qui concrétise les droits accordés par les art. 12 et 13 LDPu, 1^{er} al. 2 du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RUDP - L 1 10.12), ainsi que 56 et ss LRoutes, selon lesquels les

particuliers disposent d'un droit à l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun lorsqu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose.

Dans l'attribution desdits pavillons et de la terrasse qui leur est attenante, la ville intervient principalement comme gestionnaire du domaine public. Les règles de droit public précitées constituent ainsi le cadre principal dans lequel s'exerce cette attribution. Dans l'exercice de cette fonction, la ville est tenue de respecter par les principes généraux du droit public, soit ceux de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de la bonne foi, mais aussi de la liberté économique (ATF du 18 février 1991, publié dans RUDH 1991, p. 239 consid. 3 ; P. MOOR, *op. cit.*, p. 373). La liberté d'appréciation dont la Ville dispose dans la procédure d'attribution, bien qu'elle soit importante, n'est ainsi pas illimitée. Il en va de même de l'autonomie communale, qui ne peut s'exercer que dans les limites de la loi (art. 50 Cst.).

7. Selon la jurisprudence, celui qui, pour l'exercice d'une activité économique, doit faire usage du domaine public peut invoquer la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. Il a dans cette mesure, un « droit conditionnel » à l'octroi d'une autorisation pour un usage commun accru du domaine public (ATF 121 I 279 consid. 2a p. 282 ; 119 Ia 445 consid. 1a/bb p. 447 et consid. 2a p. 449 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.107/2002 du 28 octobre 2002). Le refus d'une telle autorisation peut constituer une atteinte à la liberté économique (ATF 119 Ia 445 consid. 2a p. 447) et il est soumis à conditions : il doit être justifié par un intérêt public prépondérant - des motifs de police n'entrent assurément pas seuls en considération - reposer sur des motifs objectifs et respecter le principe de la proportionnalité. La pratique administrative en matière d'autorisation ne doit pas vider de leur substance les droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité de traitement (art. 8 Cst.).

Cette jurisprudence - applicable au régime des autorisations (ou des « permissions ») - s'applique, *mutatis mutandis*, à la procédure d'attribution des édifices litigieux, une telle attribution étant désormais le seul moyen, pour le tenancier d'un glacier souhaitant s'installer sur le pourtour de la rade, de faire valoir son « droit conditionnel » à un usage accru du domaine public fondé sur l'art. 27 Cst.

8. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions,

idéologies et situations du moment (ATF 136 I 1 consid. 4.1 et les arrêts cités ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss).

9. Par ailleurs, une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 135 II consid. 1.3 ; 134 II 124 consid. 4.1 ; ATA/381/2008 du 29 juillet 2008 consid. 4a).
10. Enfin, la jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 Cst., et de l'obligation d'agir de bonne foi à l'égard des justiciables (art. 5 et 9 Cst.), le principe de l'interdiction du déni de justice formel qui comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Un tel formalisme existe notamment lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection et devient une fin en soi (Arrêts du Tribunal fédéral 2C.26/2010 du 16 août 2010 consid. 5.1 ; 1C.549/2009 du 1^{er} mars 2010 consid. 3.2.1 ; ATA/862/2010 du 7 décembre 2010 consid. 4 ; ATA/617/2008 du 9 décembre 2008 consid. 2). L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 132 I 249 consid. 5 p. 253 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183 ; 128 II 139 consid. 2a p. 142 et les arrêts cités). Ainsi en va-t-il lorsque la violation d'une règle de forme de peu d'importance entraîne une conséquence grave et disproportionnée (Arrêts du Tribunal fédéral 2C.86/2010 du 4 octobre 2010 consid. 3.3 ; 1C.293/2010 du 21 juin 2010 consid. 2 ; ATA/768/2010 du 9 novembre 2010 consid. 4 et jurisprudence citée ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, p. 230 ss n. 2.2.4.6 et les références citées).
11. En l'espèce, la ville a écarté l'offre de Mme Kesici au seul motif que son dossier ne contenait pas de lettre de motivation. Elle allègue ne pas avoir écarté son offre d'emblée, comme le lui aurait permis le point 7.4 du cahier des charges, mais ne l'avoir fait qu'au stade de l'évaluation de l'offre. Lors de celle-ci, l'absence de lettre de motivation aurait été déterminante, car il n'aurait pas été possible de connaître le projet de la recourante, dont l'offre n'était plus concurrentielle par rapport aux offres motivées des autres candidats. Enfin, l'égalité de traitement commandait de ne pas traiter Mme Kesici avec plus d'égards que les autres candidats dans la procédure de soumission, raison pour laquelle il ne lui avait pas été demandé de compléter son offre.

Selon le point 7.3 du cahier des charges, les candidats doivent fournir une lettre de motivation mentionnant leur adresse postale et électronique, leur numéro de téléphone et de fax et décrivant leur expérience et compétence dans l'exploitation d'un commerce du type de celui exploité dans le pavillon, le concept

d'exploitation proposé, un plan financier prévisionnel, leur intention éventuelle de favoriser les produits écologiques et/ou du terroir, l'éventuel intérêt social du projet et son éventuelle originalité. Les candidatures non accompagnées de cette lettre seront écartées sans autres formalités (point 7.4).

La recourante a fourni dans son dossier tous les éléments mentionnés en première partie du point 7.3. Concernant son expérience dans le domaine considéré, elle a rappelé qu'elle exploitait son glacier depuis dix-sept ans sur la rade. Pour le reste, elle a exposé qu'elle « souhaitait pouvoir continuer [son] exploitation comme jusqu'à maintenant ». Dans la lettre accompagnant son dossier, elle a encore indiqué qu'elle entendait exploiter son banc de glace « de la même manière qu'elle le [faisait] à la satisfaction de tous depuis 1992 » et qu'elle se tenait à disposition de la ville pour lui exposer en détail son concept et ses conséquences financières si besoin.

Il est ainsi faux, d'une part, de considérer que le dossier ne contenait aucune lettre de motivation. D'autre part, la portée de l'exigence de motivation figurant dans le cahier des charges doit être interprétée dans son contexte. En effet, celle-ci ne saurait être semblable pour les exploitants nouveaux et pour les anciens dont le concept d'exploitation était connu de l'autorité depuis de nombreuses années. Ceux-ci étaient fondés à s'y référer, s'ils indiquaient expressément, comme la recourante l'a fait, vouloir continuer de la même manière qu'auparavant.

Par ailleurs, les assurances données lors des nombreuses discussions survenues entre la ville et les membres de l'AGESL, dont la recourante faisait partie, doivent également être prises en considération dans la portée qu'il convient de donner à cette exigence. En effet, dans son courrier du 8 novembre 2004, la ville a affirmé aux exploitants que le conseil administratif avait décidé de proposer à la location les nouveaux pavillons en priorité aux titulaires d'une permission. Le 1^{er} avril 2005, elle a confirmé que le nombre d'emplacements mis en location correspondrait au nombre d'exploitants en activité afin que les membres de l'association ne soient pas privés de leur activité. Par lettre du 20 février 2006, la ville s'est adressée en ces termes à la fédération : « comme déjà dit à plusieurs reprises, les différents baux mobiliers relatifs aux pavillons seront proposés en priorité aux exploitants pour autant que ceux-ci remplissent le cahier des charges ». « Le nombre de pavillons construits permettra à chaque exploitant actuel qui en fera la demande et qui remplira les conditions du cahier des charges de bénéficier d'une attribution ». S'est ensuivie toute la procédure de validation, devant le conseil municipal, du nouveau système proposé, pendant laquelle il a été maintes fois et clairement exprimé que l'idée n'était pas de se séparer des exploitants actuels mais de basculer progressivement dans le nouveau système, qui prévoyait de faire « *tabula rasa* » tous les cinq ans avec l'instauration d'un tournus permettant d'assurer l'égalité de traitement entre les intéressés potentiels,

les premiers baux étant toutefois destinés à être délivrés en priorité aux exploitants actuels pour leur laisser le temps « de se retourner ».

La subordination de l'attribution d'un pavillon au respect « du cahier des charges » ne pouvait se référer, sans violer l'interdiction du formalisme excessif, au contenu insuffisant de la lettre de motivation visée au point 7.3. Cette condition doit être interprétée comme une clause attirant l'attention des intéressés, lors des pourparlers, sur le fait que le nouveau système ne créerait pas un droit automatique à l'attribution desdits pavillons et que des insuffisances ou des manquements dans le type d'exploitation proposé pourrait conduire à un refus d'octroi des édicules concernés. Elle n'impliquait pas que l'offre d'un ancien exploitant, dont le concept d'exploitation est connu depuis de nombreuses années par l'autorité et appliqué à la pleine satisfaction de celle-ci, soit écartée au seul motif que sa lettre de motivation se borne à se référer au type d'activité exercé jusqu'alors.

En application du principe de la proportionnalité, la ville aurait dû, si elle considérait l'offre de l'intéressée comme incomplète, entendre cette dernière ou la prier de compléter son offre, ce d'autant que la sanction appliquée (ici l'éviction définitive de la soumission), entraînait de graves conséquences sur sa situation. En effet, la décision entreprise prive la recourante de sa seule source de revenu, après dix-sept ans d'activité. Ce résultat est arbitraire et disproportionné, au regard du manquement de nature formelle qui lui est reproché.

12. En outre, Mme Kesici est la seule, parmi les anciens exploitants, à avoir été écartée de la soumission, alors qu'elle se trouvait dans une situation identique à la leur.

En dehors de l'absence de lettre de motivation, la ville n'allègue aucun motif qui permettrait de justifier cette différence considérable de traitement.

Elle ne soutient pas, en particulier, que le concept d'exploitation de la recourante est moins adéquat que les autres, insatisfaisant à un titre quelconque ou que des qualités personnelles font défaut à l'exploitante. Elle n'allègue pas non plus que celle-ci n'aurait pas respecté son cahier des charges ou mécontenté la ville d'une autre manière.

Cette absence totale de motif objectif justifiant l'inégalité constatée viole si gravement le principe d'égalité de traitement qu'il ne se justifie pas d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante, notamment l'atteinte à sa liberté économique.

13. Si Mme Kesici disposait d'un droit à se voir attribuer un pavillon au même titre que les six autres anciens exploitants ayant déposé leur candidature, la ville n'était pas été tenue de lui allouer celui déposé à l'emplacement qui lui a été

attribué année après année, au moyen d'une autorisation délivrée à titre précaire. En effet, la ville aurait pu, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation, lui attribuer l'un ou l'autre desdits pavillons - qui ont tous été placés à des endroits stratégiques - sans excéder ou abuser de son pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 2 LPA).

14. Le recours de Mme Kesici sera ainsi admis. Celle-ci dispose d'un droit à se voir allouer le huitième pavillon glacier non attribué, pour lequel un emplacement sur la rade a été réservé, aux mêmes conditions que les autres personnes dont la candidature a été retenue dans la procédure de soumission.
15. Vu l'art. 87 LPA, aucun émolument ne sera mis à la charge de la ville. Une indemnité de CHF 2'500.- sera allouée à Mme Kesici, qui a recouru aux services d'un avocat, à la charge de la ville (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 novembre 2011 par Madame Sükran Kesici contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 septembre 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 septembre 2011 ;

dit que la ville doit attribuer un pavillon glacier à Madame Sükran Kesici, aux mêmes conditions que les exploitants dont la candidature a été admise lors de la soumission de juillet 2009 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à Madame Sükran Kesici, à la charge de la Ville de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui

suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Mauro Poggia, avocat de la recourante, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à la Ville de Genève - service de la sécurité et de l'espace publics.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Hurni et Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

le président ségeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :