



Arrêt du 24 mars 2021

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Kathrin Dietrich, Ronald Flury, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

1. **X. _____ Sàrl,**
2. **Y. _____,**
tous deux représentés par Maître Romain Jordan, avocat,
recourants,

contre

Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA,
CFF Immobilier, Droit, Compliance et acquisitions,
Place de la Gare 1, Case postale 345, 1000 Lausanne,
représentée par Maître Delphine Zarb, avocate,
autorité inférieure.

Objet

Attribution de surfaces commerciales,
projet "[...]" (Bâtiment A. _____, lot n° 1).

Faits :**A.**

En mai 2017, les Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA (ci-après : autorité inférieure ou CFF) ont lancé un appel d'offres en vue de mettre en location les surfaces commerciales du bâtiment A. _____ ainsi que les galeries du bâtiment B. _____, tous deux attenants à la future gare C. _____ à Genève, dans le cadre du projet « [...] ». Le bâtiment A. _____ comportait quatre lots (ci-après : lots ou arcades n^{os} 1, 3, 4 et 5) et le bâtiment B. _____ en comportait treize.

B.**B.a**

X. _____ Sàrl (ci-après : recourante 1), dont Y. _____ (ci-après : recourant 2) est l'associé gérant (ci-après collectivement : recourants), a déposé un dossier portant sur les lots n^{os} 4 et 5.

B.b En date du 24 août 2018, après discussion avec l'autorité inférieure, le choix des recourants s'est porté sur le lot n^o 1.

B.c Le 18 décembre 2018, l'autorité inférieure a informé les recourants que la surface commerciale portant sur le lot n^o 1 ne leur serait finalement pas attribuée.

B.d Le 17 février 2019, les recourants ont appris, par voie de presse, que les lots n^{os} 1, 4 et 5 avaient été attribués à un tiers et que les contrats seraient signés à la mi-mars 2019.

C.

Le 18 février 2019, les recourants ont déposé une requête de mesures superprovisionnelles urgentes et de mesures provisionnelles au Tribunal des baux et loyers du canton de Genève.

D.

D.a Par courrier du 5 mars 2019, les recourants, se fondant sur la loi fédérale sur le marché intérieur et la loi fédérale sur les marchés publics, ont notamment saisi l'autorité inférieure d'une requête de mesures superprovisionnelles.

D.b Par lettre du 7 mars 2019, l'autorité inférieure a indiqué que les deux lois précitées n'avaient pas vocation à s'appliquer, de sorte que les

recourants ne pouvaient en déduire un quelconque droit et que, partant, l'adjudication opérée à un tiers était licite.

E.

Par écritures du 13 mars 2019, les recourants ont saisi la Chambre administrative de la cour de justice de Genève d'un « recours en déni de justice et au fond avec requête en prononcé de mesures superprovisionnelles ».

F.

Le même jour, les recourants ont exercé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à ce qu'un déni de justice soit constaté et, partant, la cause renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle ouvre une procédure administrative, produise l'intégralité du dossier et rende une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative quant à la révocation de l'adjudication en leur faveur. Subsidiairement, ils concluent à ce que la « décision » contenue dans le courrier de l'autorité inférieure du 7 mars 2019 soit annulée et la cause renvoyée à celle-là afin qu'elle leur octroie ladite adjudication. A titre préliminaire, ils requièrent l'octroi de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité inférieure de conclure tout contrat portant sur les locaux commerciaux du projet « [...] », subsidiairement à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours.

Les recourants font valoir en substance que l'autorité inférieure bénéficie d'un monopole de fait sur l'exploitation des gares et, par conséquent, sur les commerces destinés aux voyageurs intégrés à celles-ci. En outre, dès lors que l'exploitation de ces commerces est en lien direct avec le secteur des transports, dite activité s'inscrit dans le cadre de la mission de droit public de l'autorité inférieure et doit donc également être soumise aux dispositions sur les marchés publics.

Ce faisant, les recourants reprochent à l'autorité inférieure d'avoir violé les garanties de procédure prévues par la loi fédérale sur le marché intérieur, respectivement la loi fédérale sur les marchés publics, dès lors que l'adjudication du lot n° 1 en leur faveur a été révoquée de manière illicite. Invitée à rendre une décision formelle quant à la révocation de ladite adjudication, l'autorité inférieure a refusé de s'exécuter, violant ainsi l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative et, partant, se rendant coupable de déni de justice.

G.

Par ordonnance du 18 mars 2019, le juge instructeur a renoncé à prononcer des mesures superprovisionnelles pour le motif que la compétence du Tribunal administratif fédéral apparaissait *prima facie* douteuse.

H.

Par décision incidente du 16 avril 2019, le juge instructeur a, après avoir entendu les parties, rejeté la requête de mesures provisionnelles des recourants dès lors que la compétence matérielle du tribunal de céans ne semblait à première vue pas donnée et qu'il n'était donc pas opportun de prendre une quelconque mesure portant sur le lot n° 1.

I.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son irrecevabilité, subsidiairement à son rejet, par écritures responsives du 7 juin 2019.

Contestant l'application du droit public au cas d'espèce, l'autorité inférieure nie la compétence du tribunal de céans pour connaître du litige. Elle estime en effet que, dès lors que celui-ci porte sur l'existence d'un contrat de bail entre les parties – et non sur la tâche publique de transport professionnel de personnes fournie par les CFF – il relève du droit privé et, partant, des juridictions civiles. Ceci ressort par ailleurs expressément de l'art. 39 al. 4 de la loi fédérale sur les chemins de fer qui prévoit qu'un litige entre les CFF et l'un de ses locataires relève de la juridiction civile. Dans son activité de promotion de locaux commerciaux, l'autorité inférieure intervient en tant qu'entité privée. Ceci étant, n'agissant pas dans le cadre de ses tâches publiques, elle n'était aucunement tenue de statuer par voie de décision. En outre, il ne peut être soutenu qu'elle dispose d'un monopole sur la location de surfaces commerciales dès lors qu'il ne s'agit pas d'infrastructures ferroviaires. En l'absence de monopole (de surcroît cantonal) de droit ou de fait des CFF, la loi fédérale sur le marché intérieur n'est pas applicable. Enfin, la location de surfaces commerciales par les CFF n'ayant aucune relation directe avec le secteur des transports, elle n'est pas davantage soumise à la réglementation sur les marchés publics pour tout ce qui concerne cette problématique. De plus, la situation litigieuse ne constitue aucunement un marché public au sens de la définition admise par la jurisprudence.

J.

Invités à répliquer, les recourants ont, par écritures du 31 juillet 2019, relevé que le marché litigieux était issu d'un partenariat entre l'autorité inférieure, la ville de Genève et le canton de Genève visant le développement économique des commerces situés à proximité de la gare C._____. Celui-ci a fait l'objet d'une convention de répartition des terrains et des droits à bâtir du périmètre de la gare C._____ (dans le cadre de la réalisation de la liaison ferroviaire du CEVA) et c'est dans ce cadre que la parcelle en cause a été transférée à l'autorité inférieure. La location des arcades commerciales litigieuses vise ainsi avant tout un intérêt public et, contrairement à ce qu'elle prétend, l'autorité inférieure détient un monopole de fait sur celles-ci, découlant de la maîtrise du domaine public. L'attribution desdites arcades relève ainsi d'une concession, si bien que la loi fédérale sur le marché intérieur s'applique au présent litige et ce, indépendamment de la nature du monopole en cause. Cette mission, relevant de la tâche publique, a, pour le surplus, un lien direct et manifeste avec le secteur des transports, si bien que la loi sur les marchés publics trouve également application au cas d'espèce. Ils précisent enfin que le fait que les litiges subséquents à la conclusion du contrat de bail soient le cas échéant régis par le droit civil n'y change rien, dès lors que la théorie de l'acte détachable impose une temporalité en deux temps et implique deux actes juridiques distincts, dont le premier – soit la conclusion du contrat par l'autorité – est fondé sur le droit public.

Le contrat avec l'autorité inférieure étant ainsi fondé sur le droit public, la compétence du tribunal de céans pour connaître du présent recours est de ce fait donnée.

Enfin, dès lors que, dans la procédure d'appel d'offres litigieuse, l'autorité inférieure agissait non pas à titre privé mais dans le cadre du monopole dont elle bénéficie, elle était notamment soumise aux garanties prévues par la loi fédérale sur le marché intérieur et, partant, tenue de rendre une décision au sens de l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative.

K.

Invitée à dupliquer, l'autorité inférieure a, par écritures du 16 septembre 2019, rétorqué il n'y avait pas de convention entre les CFF et l'Etat de Genève en vue de l'attribution d'un marché public dans le cadre de la liaison ferroviaire du CEVA portant sur la location des surfaces commerciales du bâtiment A._____. Le développement urbain du quartier de la gare C._____ a fait l'objet de conventions de répartition

des terrains et des droits à bâtir. Les terrains du périmètre ont ainsi été répartis entre leurs différents propriétaires, à savoir la Ville, l'Etat de Genève et les CFF. Ensuite de cette répartition, chaque partie a géré ses immeubles comme elle doit le faire. Une fois la répartition des terrains et droits à bâtir du périmètre de la gare achevée, que le terrain ait appartenu initialement à la ville de Genève, au canton de Genève ou aux CFF n'a aucune incidence. Par ailleurs, la convention de répartition envisage clairement la cession des terrains à des tiers. Ainsi, les CFF auraient pu céder le terrain à un tiers promoteur privé qui aurait agi librement dans la commercialisation de son immeuble.

L.

Disposant de la possibilité de déposer d'éventuelles remarques, les recourants ont, par courrier du 18 octobre 2019, répété que le terrain en question avait été cédé à l'autorité inférieure dans le cadre d'une convention visant un aménagement coordonné du périmètre de la gare C._____, les surfaces commerciales litigieuses devant pour le surplus répondre à des exigences d'intérêt public. L'autorité inférieure ne saurait donc soutenir qu'elle est libre de disposer du terrain comme elle l'entend, celui-ci lui ayant été précisément cédé en vue de l'accomplissement d'une tâche publique. En outre, il ressort du texte clair de la convention de répartition qu'une éventuelle cession supposerait la reprise des engagements découlant de la convention. Le terrain demeure par ailleurs soumis, en tant qu'il ressort du domaine public, aux prescriptions applicables en la matière. L'autorité inférieure dispose ainsi, à tout le moins, d'un monopole de fait sur les arcades litigieuses.

Les recourants ont enfin attiré l'attention du juge instructeur sur des procédures pendantes devant le Tribunal fédéral et la Chambre administrative de la cour de justice du canton de Genève, relatives au litige porté devant le tribunal de céans.

M.

Par décision incidente du 13 novembre 2019, le juge instructeur a suspendu la procédure de recours jusqu'à droit connu dans les procédures en révision engagées par les recourants contre d'une part, l'arrêt d'irrecevabilité rendu le 28 mai 2019 par la Chambre administrative de la cour de justice du canton de Genève et, d'autre part, l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2019 rejetant le recours déposé contre l'arrêt précité de la chambre administrative.

N.

A la suite de la levée de la suspension de la procédure, par ordonnance du 17 décembre 2020, et de la possibilité offerte aux parties de déposer d'ultimes remarques, les recourants ont, par courrier du 18 janvier 2021, indiqué qu'il résultait desdites procédures dont l'issue était attendue que la compétence du tribunal de céans était acquise. Saisie des mêmes questions litigieuses que celles portées devant le tribunal de céans, la Chambre administrative de la cour de justice du canton de Genève s'est déclarée incompétente pour le motif notamment que l'autorité inférieure était une autorité fédérale et qu'à considérer qu'un monopole de fait ou de droit existait en l'occurrence, il serait fédéral et non cantonal ou communal. Elle relève à cet égard que, si le tribunal de céans devait toutefois maintenir un doute quant à sa compétence pour trancher le cas d'espèce, il lui reviendrait alors d'ordonner un échange de vues avec la Chambre administrative de la cour de justice du canton de Genève.

O.

Sur invitation du juge instructeur, les parties ont enfin produit, en date du 1^{er} février 2021, les décisions rendues par le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève à la suite de sa saisine par les recourants le 18 février 2019 et, en particulier, l'ordonnance du 15 mai 2019 dans laquelle celui-ci s'estime compétent, vu la nature du litige et la situation géographique de l'immeuble, pour statuer sur la requête de mesures provisionnelles des recourants.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :**1.**

1.1 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, sous réserve de dispositions contraires de la LTAF (cf. art. 37 LTAF).

1.2 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 al. 1 PA ; cf. consid. 1.3 ci-dessous) ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61 ; cf. consid. 1.4 ci-dessous).

1.3

1.3.1 Selon l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre des décisions au sens de l'art. 5 PA.

1.3.1.1 Selon l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet soit de créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations (let. a), soit de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de tels droits ou obligations (let. b), soit encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à un tel but (let. c). Les décisions sont notifiées par écrit aux parties (cf. art. 34 al. 1 PA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA). Même si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées et indiquent les voies de droit (cf. art. 35 al. 1 PA). Cela étant, lorsqu'il s'agit de qualifier un acte de décision, il importe peu que celle-ci soit désignée comme telle ou qu'elle en remplisse les conditions formelles fixées par la loi (cf. ATF 133 II 450 consid. 2.1 ; ATAF 2008/15 consid. 2). Est bien plutôt déterminant le fait qu'elle revête les caractéristiques matérielles d'une décision (cf. ATAF 2009/43 consid. 1.1.4 ss ; arrêt du TAF A-1672/2016 du 25 octobre 2016 consid. 1.2.1 ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd. 2013, n° 2.14). Il doit ainsi s'agir d'un acte de souveraineté unilatéral fondé sur le droit public fédéral par lequel une autorité règle, dans un cas individuel et concret, un rapport de droit de manière contraignante (cf. ATF 139 V 72 consid. 2.2.1).

Par ailleurs, l'art. 25a al. 1 PA permet à toute personne qui a un intérêt digne de protection d'exiger de l'autorité compétente, pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations, qu'elle s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque (let. a) ; élimine les conséquences d'actes illicites (let. b) ; constate l'illicéité de tels actes (let. c.). L'autorité statue par décision (al. 2).

1.3.1.2 Ceci étant, il y a lieu d'examiner si une décision au sens de l'art. 5 PA a, en l'espèce, été prononcée dans le litige opposant les recourants à l'autorité inférieure.

1.3.1.2.1 Il ressort du dossier que l'autorité inférieure a informé les recourants le 18 décembre 2018 que la surface commerciale portant sur le lot n° 1 ne leur serait finalement pas attribuée. Ceux-ci ont par la suite appris, par voie de presse, que les lots n^{os} 1, 4 et 5 avaient été adjugés à un tiers et que les contrats seraient signés à la mi-mars 2019. Aucune décision n'a été rendue pour l'un ou l'autre de ces prononcés.

1.3.1.2.2 Faisant valoir que la procédure d'adjudication ne respectait en l'occurrence notamment pas les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) relatives en particulier à la transparence et au caractère équitable de la procédure d'appel d'offres, les recourants ont requis de l'autorité inférieure, par courrier du 5 mars 2019, l'accès à l'intégralité du dossier de la procédure et à ce qu'il leur soit confirmé, à titre superprovisionnel, qu'il ne sera procédé à aucune conclusion de contrat jusqu'à droit jugé définitivement.

Au surplus, les recourants ont fait savoir qu'ils entendaient contester toutes les décisions, en l'état non notifiées, rendues par l'autorité inférieure et mettaient celle-ci en demeure de procéder au respect de leurs droits procéduraux au sens des art. 4A ss de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE) et des art. 2 al. 7, 5 et 9 LMI.

1.3.1.2.2.1 L'autorité inférieure a répondu par courrier du 7 mars 2019, en exposant qu'en l'absence de monopole de droit ou de fait en sa faveur, les recourants n'avaient pas de droit d'accès au dossier ni à d'autres droits fondés sur la LPA. Ils ne pouvaient davantage tirer de droits de la législation sur les marchés publics, non-applicable en l'espèce. Corollairement, l'autorité inférieure n'avait pas de devoir particulier lié à la procédure d'appel d'offres, laquelle était une procédure purement privée. L'adjudication opérée était ainsi licite.

1.3.1.2.3 Par courrier du 12 mars 2019, les recourants ont imparti un délai jusqu'au lendemain 12h00 à l'autorité inférieure pour produire les documents sollicités dans son précédant courrier et pour confirmer qu'il ne serait procédé à aucune conclusion de contrat jusqu'à droit connu sur l'issue du litige ou, le cas échéant, confirmer que son courrier du 7 mars 2019 – qui n'indiquait pas de voie de recours – valait décision.

1.3.1.2.4 L'autorité inférieure a répondu, par lettre du 13 mars 2019, que sa position demeurait inchangée.

1.3.1.2.5 Dans sa réponse au recours, l'autorité inférieure a indiqué qu'il n'était en l'espèce pas contesté qu'elle n'avait rendu aucune décision au sens de l'art. 5 PA et avait refusé d'en rendre une lorsqu'elle a été sollicitée par les recourants. Elle indique qu'elle n'avait en effet pas à en rendre au sens de l'art. 25a PA puisqu'elle agissait en l'espèce non pas dans le cadre de ses tâches publiques mais, à titre privé, dans le cadre de la mise en

location de surfaces commerciales ; elle n'était donc soumise à aucune obligation de statuer.

1.3.1.3 Il résulte de la volonté clairement exprimée de l'autorité inférieure que son courrier du 7 mars 2019 ne saurait être considéré comme une décision (cf. arrêt du TF 2C_245/2007 du 10 octobre 2007 consid. 3.1 ; arrêts du TAF A-2317/2014 du 28 octobre 2014 consid. 3.1 et A-6471/2009 du 2 mars 2010 consid. 1.3).

Il n'existe donc en l'espèce pas de décision sujette à recours dans le litige opposant les recourants à l'autorité inférieure.

1.3.2 Selon l'art. 46a PA, un recours peut également être introduit lorsque, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (dénier de justice formel). Le recours pour déni de justice est par conséquent adressé à l'autorité qui aurait été compétente pour connaître du recours si la décision attaquant avait été rendue conformément au droit applicable (cf. arrêt du TAF B-5740/2017 du 30 octobre 2018 consid. 2 ; Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale [FF 2001 4000 p. 4206] ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 5.18 et réf. cit.).

1.3.3 En vertu de l'art. 33 let. e LTAF, les décisions rendues par les CFF sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif fédéral (cf. arrêts du TAF A-423/2017 du 13 avril 2017 consid. 1.1 et A-653/2019 du 3 juillet 2019 consid. 1.3).

1.3.4 Aucune des exceptions mentionnées à l'art. 32 LTAF n'est par ailleurs réalisée en l'espèce, étant précisé que le recours porte sur un déni de justice et ne vise pas à trancher un litige ressortant, le cas échéant, d'une concession d'infrastructures ferroviaires au sens de la let. f, comme soulevé par l'autorité inférieure.

Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours pour déni de justice.

1.4

1.4.1 Celui-ci est par ailleurs formé en temps utiles (cf. art. 50 al. 2 PA ; cf. arrêt du TAF A-2317/2014 précité consid. 2.3 et réf. cit.), conformément aux formes prescrites (cf. art. 52 al. 1 PA) et l'avance sur les frais de procédure dûment acquittée (cf. art. 63 al. 4 PA).

1.4.2 Pour être recevable, un recours pour déni de justice doit porter sur l'absence d'une décision à laquelle le justiciable a droit (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 5.18). Cela suppose que le recourant ait préalablement requis de l'autorité qu'elle rende une décision et qu'il ait un droit à se voir notifier une telle décision. Un tel droit existe lorsque d'une part, l'autorité est tenue, de par le droit applicable, d'agir en rendant une décision et, d'autre part, lorsque l'intéressé qui s'en prévaut a qualité de partie au sens de l'art. 6 PA en lien avec l'art. 48 al. 1 PA (cf. ATF 135 II 60 consid. 3.1.2 ; ATAF 2010/29 consid. 1.2.2 ; arrêt du TAF A-2317/2014 précité consid. 2.2 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 5.20 ; MARKUS MÜLLER, in : Auer/Müller/Schindler [Ed.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 46a n° 7 ss). L'existence d'un intérêt matériel n'a cependant pas à être établie, seule devant être remplie l'exigence d'un intérêt actuel (cf. arrêt du TAF B-4825/2010 du 22 février 2011 consid. 1.2). L'acte que l'autorité s'abstient ou tarde à prononcer doit en principe être une décision au sens de l'art. 5 PA, qui plus est, susceptible de recours devant l'autorité saisie (cf. arrêt du TAF A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 1.2 ; message du CF précité, FF 2001 4000 p. 4206).

Si une autorité considère qu'elle n'est pas compétente pour rendre une décision ou si elle nie la qualité de partie de la personne concernée, elle ne peut pas non plus s'abstenir de statuer mais doit en principe rendre une décision de non-entrée en matière (cf. ATF 130 II 521 consid. 2.5 ; ATAF 2009/1 consid. 3, 2008/15 consid. 3.2 ; arrêts du TAF A-2317/2014 précité consid. 2.2, A-4862/2014 du 3 juin 2015 et A-653/2019 précité consid. 2.1 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3^e éd. 2013, ch. 1306 et réf. cit.).

1.4.3 Comme susmentionné (cf. consid. 1.3.1.2.2), les recourants ont, par courrier du 5 mars 2019, mis en demeure l'autorité inférieure de procéder au respect de leurs droits procéduraux au sens notamment des art. 4A ss LPA/GE. Dite disposition, qui a pour titre « Droit à un acte attaquant », est analogue, au niveau fédéral, à l'art. 25a PA (cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, n° 701 ; cf. consid. 1.3.1.1 ci-dessus). Les recourants ont de ce fait mis en demeure l'autorité inférieure de prononcer à leur égard une décision sujette à recours, ce que celle-là reconnaît par ailleurs (cf. consid. 1.3.1.2.4 ci-dessus).

Indépendamment du point de savoir si les recourants pouvaient matériellement prétendre à une décision, ceux-ci avaient le droit de se voir communiquer le point de vue de l'autorité inférieure dans une décision

attaquable, dès lors que celle-là considérait qu'il n'y avait pas lieu d'entrer en matière sur leur demande. Les recourants se voient, en effet, en l'occurrence privés de la possibilité de faire examiner le bien-fondé de dite appréciation par une autorité de recours et, partant, le cas échéant, de faire valoir leurs prétentions dans le cadre d'une procédure administrative formelle (cf. arrêt du TAF A-653/2019 précité consid. 2.9).

Le présent recours pour déni de justice est ainsi recevable.

2.

L'autorité inférieure a en l'espèce refusé de statuer sur la requête des recourants (cf. consid. 1.3.1.2.2.1 et 1.3.1.2.4 ss ci-dessus). Or, comme susmentionné, elle était, pour le moins, tenue de rendre une décision formelle de non-entrée en matière si elle s'estimait *in casu* matériellement incompétente pour statuer (cf. consid. 1.4.2). En refusant de rendre une décision, l'autorité inférieure a dès lors commis un déni de justice formel.

3.

L'admission d'un recours pour déni de justice conduit en principe au renvoi de l'affaire devant l'autorité inférieure avec instruction de statuer sur celle-là (cf. art. 61 al. 1 PA ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, op. cit., n° 1312). Les voies de droit en faveur du recourant sont ainsi sauvegardées, attendu qu'un nouveau recours contre la décision de l'autorité inférieure peut être interjeté (cf. arrêt du TAF B-4825/2010 précité consid. 1.3 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 5.25). Néanmoins, dans certains cas, pour des motifs d'économie de procédure, l'autorité de recours peut renoncer au renvoi et statuer elle-même (cf. ATAF 2009/1 consid. 4.2 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-8639/2010 du 2 septembre 2011 consid. 3.3 ; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, 2^e éd. 2016, art. 46a n° 39).

En l'espèce, l'autorité inférieure a indiqué dans sa réponse au recours que, dès lors que le présent litige portait sur l'existence d'un contrat de bail entre les parties – et non sur la tâche publique de transport professionnel de personnes fournie par les CFF – il relevait du droit privé. Dans son activité de commercialisation de locaux commerciaux, elle intervenait en effet en tant qu'entité privée, raison pour laquelle elle n'avait pas à rendre une décision au sens de l'art. 25a PA. Ceci étant, un renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure pour notification d'une décision formelle n'apparaît pas opportun au regard de l'économie de la procédure. Un renvoi entraînerait en effet une impasse procédurale qui, compte tenu de la durée de la

procédure à ce jour, ne semble pas justifiable d'un point de vue constitutionnel (cf. art. 29 al. 1 Cst.).

Cela étant, il convient d'examiner ci-après si l'autorité inférieure est compétente pour prononcer une décision au sens de l'art. 5 PA quant à la révocation de l'adjudication du lot n° 1 en faveur des recourants, comme ceux-ci le requièrent.

4.

Pour ce faire, il y a lieu de clarifier la nature juridique du présent litige. Les recourants estiment que l'attribution des surfaces commerciales par l'autorité inférieure relève du droit public alors que celle-ci considère qu'il s'agit d'un acte de droit privé ressortant des juridictions civiles.

4.1 Aussi, il s'agit d'examiner en premier lieu si l'attribution de la surface commerciale litigieuse portant sur le lot n° 1 est ou non soumise à la législation sur les marchés publics et, en particulier, aux dispositions de la loi sur les marchés publics. Dès lors que l'appel d'offres en cause a été lancé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 63 LMP), ce sont les dispositions de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP ; RO 1996 508), ainsi que celles de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP, RO 1996 518) qui seront citées ci-après (cf. art. 62 LMP).

4.1.1 Les recourants font valoir que l'activité de l'autorité inférieure – à savoir l'exploitation de commerces intégrés à une gare – est en lien direct avec le secteur des transports, étant précisé que l'exploitation des gares par l'autorité inférieure relève de la tâche publique. Partant, l'administration de la nouvelle gare C._____, ainsi que l'exploitation des commerces destinés aux voyageurs s'inscrivent dans le cadre de sa mission de droit public et doivent donc être soumis aux dispositions sur les marchés publics.

Selon l'autorité inférieure, la commercialisation d'immeubles n'a aucun lien avec le secteur des transports, si bien qu'elle n'est *in casu* pas soumise à la réglementation sur les marchés publics. En outre, la mise en location de surfaces commerciales ne rentre absolument pas dans les tâches publiques des CFF qui sont d'offrir des prestations de transports publics. Dès lors, l'on ne saurait prétendre que le locataire d'une surface commerciale appartenant aux CFF exerce un service public pour le compte de l'autorité concédante.

4.1.2 L'aLMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422). Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 aLMP), si le type de marché adjugé est visé par celle-ci (art. 5 aLMP), si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 aLMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 aLMP.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2002, des Accords bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord Suisse-CE, RS 0.172.052.68), les opérateurs ferroviaires sont soumis aux règles sur les marchés publics (cf. art. 3 al. 2 let. d et al. 3 de l'Accord Suisse-CE et Annexe II B). Dans le secteur du rail (construction ou exploitation d'installations ferroviaires), les CFF, les entreprises dont ils détiennent la majorité, ainsi que d'autres opérateurs ferroviaires sous l'influence dominante de la Confédération, sont soumis en qualité d'adjudicateur à l'aLMP (cf. arrêt du TAF B-6350/2015 du 22 février 2016 consid. 3.1). Sont exemptées, toutes les activités de ces entreprises n'ayant pas de relation directe avec le secteur des transports (cf. art. 2 al. 2 aLMP en relation avec l'art. 2a al. 2 let. b aOMP) ; l'existence de cette relation ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop élevées (cf. arrêt de TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5 et réf. cit.).

4.1.3 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de marché public porte avant tout sur l'acquisition, par l'entité adjudicatrice, de fournitures, de constructions ou de services dans le but de remplir ses tâches publiques (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.2 et 125 I 209 consid. 6b). Si, en revanche, l'autorité octroie une concession pour l'utilisation spéciale du domaine public ou pour l'exercice d'une activité monopolisée, il ne s'agit pas d'un marché public, dès lors qu'elle n'agit pas en tant qu'acquéreur de fournitures, de constructions ou de services mais accorde au contraire à un tiers un droit portant sur une utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée. Par conséquent, l'octroi de concessions n'est pas soumis au droit des marchés publics (cf. ATF 143 II 120 consid. 2.2.1, 135 II 48 consid. 4.3 et 5.1, 128 I 136 consid. 4.1 et 125 I 209 consid. 6b). La situation peut toutefois être différente si, par exemple, l'octroi d'une concession est indissociablement lié à l'acquisition de prestations d'une certaine importance qui font habituellement l'objet de marchés publics. En effet, l'autorité ne doit pas pouvoir contourner l'application du droit des marchés publics au moyen de concessions (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.4 et 5.2).

Une telle constellation n'est pas réalisée en l'espèce. Il ne ressort en effet pas du dossier que l'attribution du lot n° 1 soit liée à l'acquisition de prestations devant faire l'objet de marchés publics.

Il s'ensuit que l'aLMP n'est pas applicable *in casu*.

4.2 Il convient ensuite d'examiner si l'attribution de surfaces commerciales par l'autorité inférieure relève d'une concession portant sur l'utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée.

4.2.1 En l'occurrence, les recourants estiment que l'autorité inférieure bénéficie d'un monopole de fait sur l'exploitation des gares et, par conséquent, sur les commerces destinés aux voyageurs intégrés à celles-ci.

Ils font également valoir que le marché litigieux est issu d'un partenariat entre la ville de Genève, le canton de Genève et l'autorité inférieure en lien avec le développement économique des commerces situés dans le périmètre de la gare C._____ et que c'est dans le cadre d'une convention de répartition desdits terrains et des droits à bâtir (CEVA) que la parcelle en cause a été transférée à l'autorité inférieure. Le plan directeur de quartier précise à cet égard que les commerces doivent répondre aux besoins locaux, le but étant de créer une nouvelle centralité avec l'ensemble des arcades situées à proximité de la gare. Cette mission relèverait donc de la tâche publique.

La location de la surface commerciale en cause viserait ainsi avant tout un intérêt public et son attribution procéderait d'une concession. Le présent litige tomberait dès lors dans le champ d'application de la LMI.

4.2.2 L'autorité inférieure soutient quant à elle que le litige relève uniquement du droit privé. Elle fonde son raisonnement sur deux argumentations : d'une part, le litige porte sur l'existence d'un contrat de bail et non sur la tâche publique de transport professionnel de personnes fournie par les CFF. En tant que bailleresse de locaux commerciaux, elle n'agit pas en tant qu'autorité publique. Il n'existe en effet pas de rapport de subordination entre les parties. Dans leur activité de promotion de locaux commerciaux, les CFF interviennent en tant qu'entité privée. Par ailleurs, l'art. 39 al. 4 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101) prévoit que les litiges entre les locataires de surfaces affectées à des entreprises accessoires et l'entreprise ferroviaire ressortent exclusivement de la juridiction civile. D'autre part, il n'existe pas d'utilisation

spéciale du domaine public ou d'activité monopolisée, l'Etat ne détenant pas de monopole sur la gestion des surfaces commerciales, lesquelles ne ressortent pas du domaine public. Les locaux litigieux ne sont en effet ni compris dans le cadre de la liaison ferroviaire du CEVA ni ne font partie de la gare C._____. Les CFF sont au bénéfice d'un monopole fédéral limité d'une part, à la construction et à l'exploitation des infrastructures ferroviaires et, d'autre part, au transport professionnel de personnes. Ensuite de la répartition des terrains et droits à bâtir du périmètre de la gare C._____, la parcelle en cause appartient désormais aux seuls CFF et les surfaces litigieuses sont développées dans le cadre de leur activité immobilière, activité non monopolisée.

4.2.3 Il s'agit dès lors de déterminer si l'attribution de la surface commerciale correspondant au lot n° 1 relève du droit privé ou du droit public fédéral.

4.2.3.1 Afin de délimiter ces deux domaines du droit, le Tribunal fédéral s'appuie sur diverses théories : la théorie des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés, notamment dans ce dernier cas en réduisant les inégalités entre cocontractants par une protection accrue de la partie la plus faible ; la théorie dite fonctionnelle, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique ; la théorie de la subordination, qui assujettit au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit, et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue ; et enfin, la théorie dite modale qui attribue une norme à l'un ou à l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucune de ces théories ne l'emporte *a priori* sur les autres (cf. ATF 137 II 399 consid. 1.1).

4.2.3.2 En l'occurrence, l'autorité inférieure est une société anonyme de droit public (cf. art. 2 al. 1 de la loi du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF, RS 742.31]). Elle offre essentiellement des prestations de transports publics, notamment dans le domaine de l'infrastructure, du trafic voyageurs régional ou à grande distance et du trafic marchandises et les secteurs annexes (cf. art. 3 al. 1 LCFF). Elle peut accomplir tous les actes juridiques qui sont directement ou indirectement liés au but de l'entreprise ou qui sont propres à le promouvoir. Elle peut notamment fonder des

sociétés, prendre des participations ou coopérer d'une autre manière avec des tiers. Elle peut acquérir, gérer et aliéner des immeubles et des installations (cf. art. 3 al. 2 LCFF). Sauf disposition contraire, la législation ferroviaire s'applique aussi aux CFF (cf. art. 22 al. 2 LCFF).

4.2.3.3 Font notamment partie des infrastructures les gares (cf. art. 62 al. 2 LCdF), dans la mesure où elles sont directement consacrées à la réalisation de prestations de transport public (cf. décision incidente du TAF B-6872/2017 du 16 mai 2018 consid. 2.3.1). Leur gestion ressort ainsi du droit public, pour autant que celle-ci concerne la réalisation de telles prestations. En revanche, l'autorité inférieure conclut des contrats de droit privé, par exemple, dans ses relations avec ses clients. De même, en louant des surfaces commerciales dans le périmètre des gares, l'autorité inférieure poursuit avant tout un intérêt privé ; il en va de même de ses partenaires commerciaux. Il convient en particulier de noter que ceux-ci peuvent utiliser des surfaces de remplacement dans le périmètre des gares, de sorte qu'il existe un véritable marché de la location de surfaces commerciales ; aucun monopole de fait n'est dès lors à craindre (cf. arrêt du TAF A-4862/2014 précité consid. 6.4). Enfin, l'installation d'entreprises accessoires à but commercial dans le périmètre des gares est autorisée par la loi (cf. art. 39 al. 1 LCdF), les litiges entre les locataires de surfaces affectées à des entreprises accessoires et l'entreprise ferroviaire relevant de la juridiction civile (cf. art. 39 al. 4 LCdF).

4.2.3.4 Il suit de là que l'autorité inférieure ne bénéficie pas d'un monopole sur l'exploitation des surfaces commerciales attenantes à la gare C._____. De même, celles-ci ne relèvent pas du domaine public. Comme l'indique en effet l'autorité inférieure, une fois la répartition des terrains et droits à bâtir du périmètre de la gare achevée, que le terrain ait appartenu initialement à la ville de Genève, au canton de Genève ou aux CFF n'a aucune incidence. Ce terrain appartient désormais aux seuls CFF, qu'ils gèrent dans le cadre de leur activité immobilière, activité non monopolistique.

4.2.4 L'attribution de surfaces commerciales par l'autorité inférieure ne relève ainsi pas d'une concession portant sur l'utilisation spéciale du domaine public ou sur l'exercice d'une activité monopolisée.

En l'absence de monopole (de surcroît cantonal) de droit ou de fait des CFF, la LMI n'est pas applicable.

5.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le présent litige ne relève pas du droit public fédéral.

L'autorité inférieure n'est de ce fait pas compétente pour prononcer une décision fondée sur le droit public fédéral portant sur les droits et/ou obligations des recourants dans la procédure d'attribution de la surface commerciale portant sur le lot n° 1 du bâtiment A._____. Ceci étant, il n'y a pas lieu de lui renvoyer l'affaire, comme le requièrent les recourants. Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

Il n'y a pas davantage lieu de procéder à un échange de vues au sens de l'art. 8 al. 2 PA, tel que requis par les recourants, afin de déterminer la juridiction compétente pour trancher le cas d'espèce.

En effet, le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève s'est, à raison, estimé compétent, dans son ordonnance du 15 mai 2019, pour connaître de la cause, eu égard notamment à la nature privée de celle-ci (cf. let. O ci-dessus). En outre, l'obligation de procéder à un échange de vues, de même que celle de transmettre l'affaire à l'autorité compétente (cf. art. 8 al. 1 PA) ne s'étend pas aux autorités judiciaires cantonales civiles et pénales (cf. arrêt du TAF A-5658/2013 du 18 août 2014 consid. 3.2.3.1 et réf. cit.).

6.

En définitive, il y a lieu d'admettre le recours pour déni de justice, en tant que l'autorité inférieure aurait dû se prononcer formellement sur son incompétence matérielle à statuer dans le litige l'opposant aux recourants (cf. consid. 1.4.3 ci-dessus). Le recours est rejeté pour le surplus.

7.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits (cf. art. 63 al. 1 2^e phrase PA). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA).

En l'espèce, les recourants obtiennent gain de cause en tant que l'autorité inférieure a commis un déni de justice en ne prononçant pas une décision de non-entrée en matière sur leur requête. Ils succombent en revanche dans leurs autres conclusions. Partant, les frais de procédure, qui comprennent également ceux relatifs à la décision incidente du 16 avril 2019 rejetant la requête de mesures provisionnelles des recourants, doivent être réduits à 3'000 francs au total et mis à la charge de ceux-ci. Ils sont imputés sur les deux avances de frais, de 2'500 francs chacune, versées le 5 avril 2019 respectivement par la recourante 1 et le recourant 2. Le solde de 2'000 francs leur sera restitué, à raison de 1'000 francs chacun, dès l'entrée en force du présent arrêt.

8.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (cf. art. 7 al. 2 FITAF). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (cf. art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (cf. art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (cf. art. 14 FITAF).

En l'occurrence, les recourants, qui obtiennent partiellement gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui sont représentés par un avocat, dûment légitimé par procuration, ont droit à des dépens. L'intervention de celui-ci – qui n'a produit aucune note de frais et honoraires – a impliqué le dépôt d'un recours de 20 pages, de déterminations sur les mesures provisionnelles de 5 pages, d'une réplique de 20 pages, de remarques de 5 pages et d'ultimes remarques de 4 pages. Compte tenu de l'ampleur et de la complexité du dossier à examiner, une indemnité équitable de dépens de 8'000 francs leur aurait été allouée au regard du barème précité. Or, dès lors que les recourants n'obtiennent *in casu* que partiellement gain de cause, il convient de réduire l'indemnité qui leur est due à 3'200 francs et de mettre celle-ci à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 64 al. 2 PA).

Bien qu'ayant obtenu gain de cause au terme de la décision incidente du 16 avril 2019 et étant représentée par une avocate, l'autorité inférieure n'a pas droit à des dépens dès lors que, dans le cadre de la procédure de recours, elle est intervenue dans l'exercice d'une tâche de droit public, le litige ayant trait à la détermination de sa compétence (cf. art. 7 al. 3 FITAF ; cf. également art. 68 al. 3 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours pour déni de justice est admis en tant que les Chemins de fer fédéraux suisses CFF SA n'ont pas prononcé de décision formelle de non-entrée en matière. Le recours est rejeté pour le surplus.

2.

Les frais de procédure, d'un montant total de 3'000 francs, sont mis à la charge des recourants. Ils sont imputés sur l'avance de frais de 5'000 francs déjà perçue. Le solde de 2'000 francs sera restitué aux recourants 1 et 2, à raison de 1'000 francs chacun, dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Une indemnité de 3'200 francs est allouée aux recourants à titre de dépens et mise à la charge de l'autorité inférieure.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (acte judiciaire ; formulaire « Adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 24 mars 2021