

# **BGer 2C\_585/2021 vom 29. November 2022**

Bundesgericht, 2022-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_585\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_585_2021)

FR: TF 2C\_585/2021 du 29 novembre 2022

IT: TF 2C\_585/2021 del 29 novembre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 147 I 89 consid. 1).

#### **E. 1.1**

Le recours, formé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 LTF ), est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public ( art. 82 let. a LTF ). Le litige porte sur des attributions de concession pour la direction de deux théâtres municipaux.

L'exception de l' art. 83 let . f LTF, relative aux marchés publics, n'est pas applicable en matière de concessions ( ATF 144 II 184 consid. 1.2; 143 II 120 consid. 2.2). Par ailleurs, aucune autre exception de l' art. 83 LTF n'entre en l'espèce en considération. La voie du recours en matière de droit public est donc ouverte.

#### **E. 1.2**

Dans son arrêt de renvoi 2C\_569/2018 du 27 mai 2019 (publié in ATF 145 II 303 ), le Tribunal fédéral a retenu qu'une fois les décisions d'octroi de concession rendues par la Ville de Genève, la procédure ne pourrait porter que sur leur éventuel caractère illicite, dès lors que les contrats de subventionnement avaient déjà été conclus (consid. 7, non publié).

Le Tribunal fédéral a ainsi définitivement considéré, compte tenu des circonstances d'espèce, qu'une annulation des décisions ne pourrait pas entrer en ligne de compte, tout en retenant qu'une conclusion en constatation de l'illicéité pourrait être formulée. La conclusion des recourants tendant au constat du caractère illicite des décisions du 5 juin 2020 est conforme à l'arrêt de renvoi. Il est souligné que cet arrêt ne préjuge pas d'autres configurations dans lesquelles la décision d'octroi de la concession peut se révéler nulle (cf. par exemple arrêts 2C\_959/2021 et 2C\_961/2021 du 30 novembre 2022) ou pourrait être annulable.

#### **E. 1.3**

La Ville de Genève conteste la qualité pour recourir des recourants, car leur dossier de candidature avait été classé au-delà de la neuvième place pour le Grütli et de la cinquième place pour l'Orangerie. N'ayant eu aucune chance d'obtenir la direction des théâtres, ils n'auraient pas d'intérêt pratique à faire constater l'illicéité des décisions.

Pour leur part, les recourants estiment remplir les conditions de l' art. 89 al. 1 LTF , car le constat d'illicéité des décisions leur ouvrirait la voie de l'indemnisation.

##### **E. 1.3.1**

Selon l' art. 89 al. 1 LTF , a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

Ces conditions sont cumulatives. Avoir participé à la procédure devant l'autorité précédente - comme c'est le cas des recourants en l'espèce - est une condition nécessaire, mais pas suffisante ( ATF 141 II 14 consid. 4.1). L'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à la partie recourante en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait ( ATF 138 III 537 consid. 1.2.2; arrêt 2C\_1054/2016 du 15 décembre 2017 consid. 2.2, non publié in ATF 144 II 147 ). Le recours ne sert pas à contrôler abstraitement la légalité objective de l'activité étatique, mais à procurer un avantage pratique à la partie recourante. Priver la partie adverse d'un avantage prétendument indu ne suffit pas à conférer la qualité pour recourir au sens de l' art. 89 al. 1 LTF si cet objectif n'est pas rattaché à l'intérêt propre de la partie recourante (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.4 et les références à la jurisprudence rendue dans différents domaines).

### **E. 1.3.2**

En application de ces principes, la jurisprudence rendue en matière de marchés publics retient qu'un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue ne dispose de la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication que s'il avait - ou avait eu dans le cadre d'une demande en constatation d'illicéité ouvrant la voie de l'indemnisation (cf. art. 9 al. 3 LMI notamment) -, une chance réelle d'emporter le marché en cas d'admission de son recours ( ATF 141 II 14 consid. 4.1 et 4.6; 141 II 307 consid. 6.3; arrêt 2C\_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1). L'action en dommages-intérêts suppose que, sans la conclusion du contrat, le recourant aurait eu une chance réelle d'obtenir l'adjudication, car, autrement, l'illégalité de la décision ne peut pas être la cause du dommage ( ATF 141 II 14 consid. 4.6). Selon la jurisprudence, tel est notamment le cas pour le soumissionnaire qui, classé en deuxième position, aurait eu des chances sérieuses de se voir attribuer le marché, ainsi que pour le soumissionnaire, devancé de peu par le deuxième, quand il n'apparaît pas clairement qu'en cas d'admission du recours, le classement serait resté le même (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1). Le candidat classé quatrième qui conclut à l'annulation de la procédure ou à l'adjudication en sa faveur, mais qui critique uniquement l'aptitude ou le classement du premier candidat n'a pas la qualité pour recourir, sauf dans le cas où la différence entre la première et la quatrième place est en termes absolus et relatifs minime (cf. ATF 141 II 14 consid. 4. 1). En effet, même si ses critiques étaient fondées, l'adjudication reviendrait au candidat classé deuxième ( ATF 141 II 14 consid. 4.1 et 4.7). Enfin, le soumissionnaire qui se plaint de vices formels ne dispose d'un intérêt digne de protection que si l'admission de son recours peut améliorer sa situation juridique ( ATF 141 II 307 consid. 6.6).

La jurisprudence qui précède n'est pas fondée sur des particularités du droit des marchés publics, qui ne contient pas de règles spécifiques sur la qualité pour recourir ( ATF 141 II 14 consid. 2.3 sous l'ancien droit; actuellement: art. 55 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 [AIMP 2019] et de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1; ci-après: LMP 2019]), mais directement sur l'exigence d'un intérêt pratique au recours. N'étant pas propre aux marchés publics, elle est pleinement transposable aux recours dirigés contre des décisions concernant l'octroi d'une

concession à la suite d'une procédure d'appel à candidatures. Il s'ensuit que le candidat à la soumission non retenu n'aura pas la qualité pour recourir, sous l'angle de l'intérêt pratique, lorsque, même en cas d'admission de son recours, il apparaît qu'il n'aurait aucune chance réaliste d'obtenir la concession (cf. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, Droit administratif, vol. III, 2e éd. 2018, p. 266 s.; cf. aussi DANIEL KUNZ, Die Konzessionerteilung, in Häner/Waldmann [édit.], Die Konzession, 2011, p. 27 ss, p. 46 s.).

### **E. 1.3.3**

En l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que le dossier de candidature des recourants ne figurait pas parmi les trois dossiers sélectionnés par les commissions de préavis pour une deuxième audition, ni pour la direction du théâtre de l'Orangerie, ni pour celle du théâtre du Grütli. Leur dossier a même été classé au-delà de la neuvième place pour la direction du Grütli, respectivement de la cinquième place pour le théâtre de l'Orangerie. Les recourants n'ont ainsi jamais eu une chance sérieuse d'obtenir la direction du théâtre du Grütli ou du théâtre de l'Orangerie. Dans ces conditions, on ne voit pas qu'ils aient un intérêt pratique au sens de l' art. 89 al. 1 LTF à recourir au Tribunal fédéral contre les décisions d'octroi de concessions pour en faire constater l'illicéité.

### **E. 1.3.4**

Les recourants prétendent que l'intégralité de la procédure était viciée et qu'ils auraient dû pouvoir présenter une nouvelle offre. Cela fonderait selon eux leur qualité pour recourir.

A la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2019, la procédure ne portait plus que sur les décisions d'attribution des directions des théâtres que le Département devait rendre. De nouvelles mises au concours n'entraient pas en considération (consid. 7 non publié in ATF 145 II 303 ). Les recourants n'ont donc aucun intérêt digne de protection à l'examen de leurs griefs.

### **E. 1.3.5**

Enfin, le fait que le Tribunal fédéral ait reconnu la qualité pour recourir au recourant A. \_\_\_\_\_ dans le cadre de la procédure 2C\_569/2018 ayant donné lieu à l'arrêt de renvoi du 27 mai 2019 ne suffit pas, quoi qu'en pensent les recourants, à admettre leur qualité pour recourir dans la présente procédure. En effet, la cause 2C\_569/2018 portait sur le point de savoir si la nomination des directions des théâtres du Grütli et de l'Orangerie constituait un transfert de monopole communal soumis à décision en vertu des art. 2 al. 7 et 9 al. 1 et 2 LMI. En tant que candidat ayant présenté un projet pour chaque théâtre, le recourant A. \_\_\_\_\_ avait un intérêt digne de protection à ce qu'une décision soit rendue. Ce constat ne préjugait en revanche en rien de sa qualité pour recourir contre la décision d'octroi de la concession en elle-même. L'arrêt de renvoi avait au reste explicitement distingué ces questions (consid. 6.5.2 et 7).

### **E. 1.3.6**

Sur le vu de ce qui précède, le présent recours est irrecevable, faute d'intérêt pratique des recourants à faire constater l'illicéité des décisions d'octroi de concession.

## **E. 2**

Les recourants, qui succombent, doivent supporter les frais judiciaires, solidairement entre eux ( art. 66 al. 1 et 5 LTF ). Il n'est pas alloué de dépens ( art. 68 al. 1 et 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.