

GE_GERICHTE ATA/497/2018 vom 22. Mai 2018

GE Cour de justice, 2018-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_497_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/497/2018 du 22 mai 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/497/2018 del 22 maggio 2018

Regeste

Résumé: Le recourant se plaint d'absence de décision suite à des actes matériels dans le cadre du processus de nomination de la direction de deux théâtres, faisant partie du patrimoine administratif de l'autorité intimée. En l'absence de monopole, il n'y a pas de droit à une décision en application de l'art. 2 al. 7 LMI. Les nominations concernées ne relèvent ni des règles sur les marchés publics ni de celles sur la fonction publique, ne s'agissant pas de la création de rapports de service. Le recourant n'avait pas de droit, en l'absence de règles spécifiques de droit public, à une décision en application de l'art. 4A LPA en lien avec le processus de nomination. Recours rejeté en tant qu'il est recevable.

Erwägungen

E. 15

juillet 2017, sans décrédibiliser sa propre candidature. Tant les critères d'attribution que les compositions des commissions de sélection étaient opaques. Il n'y avait aucune garantie d'indépendance et d'impartialité desdites commissions. Aucun accès n'avait été donné au contenu des préavis établis à l'attention du magistrat concerné. Les voies de droit étaient refusées aux concurrents, étant précisé que le recourant avait indiqué ne contester que le processus de nomination.

Le constat de la nullité des deux nominations aurait pour effet l'annulation des deux saisons théâtrales.

Le magistrat en charge du DCS favorisait le courant contemporain. Les programmations de spectacles privilégiant les textes de répertoire avaient drastiquement diminué ces dernières années. 18) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT 1)

Le recourant sollicite préalablement que la duplique de l'autorité intimée soit écartée de la procédure au motif que la ville ne serait pas titulaire « du droit à la réplique ».

En application de l'art. 74 LPA, la juridiction peut autoriser une réplique et une duplique si ces écritures sont estimées nécessaires. Tel était le cas en l'espèce. La duplique ne sera en conséquence pas écartée, ce d'autant moins que le recourant a encore pu faire valoir ses arguments après le double échange d'écritures. 2) a. Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision (art. 4 al. 4 LPA).

- 7/13 - A/4879/2017

b. Une partie peut recourir en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié si l'autorité concernée ne donne pas suite rapidement à la mise en demeure prévue à l'art. 4 al.

4 LPA (art. 62 al. 6 LPA).

c. Si la juridiction administrative admet le recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (art. 69 al. 4 LPA). 3) a. L'art. 4A LPA confère à toute personne ayant un intérêt digne de protection le droit d'exiger que l'autorité compétente pour les actes fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et touchant à des droits ou des obligations statue par décision.

b. L'art. 4A LPA a une teneur calquée sur l'art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) qui a été introduit par le législateur fédéral pour garantir l'accès au juge prévu par l'art. 29a Cst. et par l'art. 6 § 1 CEDH. L'art. 25a PA vise toutefois uniquement les actes matériels fondés sur le droit public fédéral, alors que l'art. 4A LPA concerne les actes matériels fondés sur le « droit fédéral, cantonal ou communal ».

c. Le droit d'accès au juge tel que prévu par ces dispositions ne vise pas à créer de nouveaux droits matériels sans fondement légal, mais à accorder une protection procédurale à des droits reconnus (ACEDH H. c. Belgique du 30 novembre 1987, série A no 127-B, § 41 ss cité dans l'exposé des motifs du Conseil d'État à l'appui du PL 10'253, p. 25, MGC [en ligne], séance 42 du 22 mai 2008 à 17h00 ; ATA/225/2014 du 8 avril 2014 consid. 8 ; ATA/164/2011 du 15 mars 2011 consid. 5 et les références citées). 4) a. Au stade de l'examen de la recevabilité, la juridiction saisie doit se demander si la décision dont l'absence est déplorée aurait pu faire l'objet d'un recours devant elle au cas où elle avait été prise et si le tiers recourant disposait de la qualité pour recourir contre celle-ci (ATA/947/2014 du 2 décembre 2014 consid. 7).

b. En tant que condition de recevabilité, la qualité pour recourir définit le cercle des personnes à qui est reconnue la faculté de contester un acte administratif. Selon l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir non seulement les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), mais également toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié (let. b).

c. Constitue un intérêt digne de protection tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Il consiste donc dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que

- 8/13 - A/4879/2017 la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 138 V 292 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1054/2016 du 15 décembre 2017 consid. 2.2). Un intérêt purement théorique à la solution d'un problème est de même insuffisant (ATA/805/2013 du 10 décembre 2013).

d. Cet intérêt doit être direct et concret. Dans le but d'exclure l'action populaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_90/2016 du 2 août 2016 consid. 3.3 et les références citées), un intérêt seulement indirect à l'annulation ou à la modification de l'acte entrepris n'est ainsi pas suffisant (ATF 138 V 292 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1054/2016 précité consid. 2.2). Le recourant doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération et doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés (ATF 138 II 162

consid. 2.1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_90/2016 précité consid. 3.2). La qualité pour recourir d'un tiers, qui n'est pas le destinataire de la décision attaquée, ne peut être admise que de façon très limitée et suppose qu'il soit lui-même atteint de manière particulière par le prononcé litigieux (ATF 139 II 279 consid. 2.2 ; 137 III 67 consid. 3.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_665/2013 du 24 mars 2014 consid. 3.1).

e. Un intérêt digne de protection suppose en outre un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_36/2018 du 27 mars 2018 consid. 2.2 ; ATA/70/2018 du 23 janvier 2018 et les références citées).

Le juge est appelé à trancher des cas concrets, nécessitant que l'administré ait un intérêt actuel et pratique, comme le prévoit l'art. 60 let. b LPA en cas de recours, et son rôle n'est pas de faire de la doctrine ou de trancher des questions de principe (ATA/1259/2015 du 24 novembre 2015 consid. 2d ; ATA/1011/2015 du 29 septembre 2015 consid. 3d ; ATA/297/2014 du 29 avril 2014 consid. 2f).

f. Déterminer si le recourant a la qualité pour recourir souffrira de rester indécis au vu de ce qui suit. 5)

En l'espèce, le recourant se plaint d'absence de décision suite à des actes matériels de l'autorité intimée qu'il convient de circonscrire.

Le recourant n'a pas réagi suite à la lettre du 6 juillet 2017 rejetant sa candidature pour le B_____. Suite au rejet de sa candidature pour le D_____ le 8 septembre 2018, il a réclamé, le 28 septembre 2018, une décision en application de l'art. 4A LPA relative aux processus de nominations. Il faut en déduire que l'intéressé ne réclame pas de décision du fait que sa candidature ait été écartée, mais que sa contestation porte exclusivement sur le processus de nomination, ce qu'il mentionne d'ailleurs expressément notamment à la fin de son pli du 28 septembre 2017.

- 9/13 - A/4879/2017 6)

Pour déterminer si la ville a commis un déni de justice, il convient d'examiner si celle-ci devait rendre une décision sur le processus de nomination ou les dysfonctionnements allégués.

Il s'agit dès lors d'examiner si le recourant peut se prévaloir d'un droit qui aurait été violé par le comportement de la ville dans le processus de mise au concours des deux postes concernés. 7) a. L'art. 35 al. 2 Cst. dispose que quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Cette disposition s'adresse en premiers lieux aux organes de l'ensemble des collectivités publiques, à savoir la Confédération, les cantons et les communes. Ceux-ci doivent ainsi respecter et réaliser les droits fondamentaux lorsque, investis de la puissance publique, ils assument une tâche étatique (Message du 20 novembre 1996 relatif à la Cst., FF 1997 I 194 ; ATF 129 III 35 consid. 5.2 p. 40 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 consid. 3). Cet article est repris à l'art. 41 al. 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00).

b. L'État promeut la création artistique et l'activité culturelle. Il assure leur diversité et leur accessibilité. À cette fin, il met à disposition des moyens, des espaces et des instruments de travail (art. 216 al. 1 et 2 Cst-GE).

c. La loi sur la culture du 16 mai 2013 (LCulture - C 3 05) a pour objet de définir le rôle et les tâches du canton en matière de politique culturelle (art. 2 LCulture).

En concertation avec les villes et les communes, le canton établit une politique culturelle coordonnée notamment par la répartition des compétences entre les collectivités publiques. Sur cette base, le canton fixe les grandes orientations et les priorités de sa politique culturelle ainsi que les mesures de financement y relatives, en début de chaque législature. Il instaure, avec la ville et les autres communes, la consultation des milieux culturels par le biais du conseil consultatif de la culture prévu au chapitre IV (art. 4 al. 1 à 3 LCulture). 8)

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.

a. Le domaine public comprend l'ensemble des biens de l'État 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 (Michel HOTTELIER, La réglementation du domaine public à Genève, in SJ 2002 124 ; ATA/678/2009 du 22 décembre 2009).

- 10/13 - A/4879/2017

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 » (Michel 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'État doit également respecter le contenu des droits fondamentaux garantis par la Cst. dans la gestion du patrimoine financier » (Michel HOTTELIER, op. cit., p. 128 n. 11 et 12).

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 (Michel HOTTELIER, op. cit., 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 ; Michel HOTTELIER, ibidem).

d. En l'espèce, tant le B_____ que celui du D_____ sont propriété de la ville.

À teneur des mises au concours, le B_____ est destiné à la création professionnelle indépendante et a pour mission première la mise en valeur des artistes et des compagnies locales et régionales dans le domaine des arts de la scène (théâtre, danse, arts du récit). Le D_____ accueille durant la période estivale des manifestations artistiques publiques dans le domaine des arts de la scène.

Affectés à une tâche déterminée d'intérêt public, les deux théâtres concernés font partie du patrimoine administratif de la ville. 9)

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 ; Blaise KNAPP, Cours de droit administratif, 1994, p. 266 n. 2928). A contrario, lorsque de telles règles existent, il est gouverné par le droit public. 10) En l'espèce, le recourant fonde son droit à une décision sur les art. 4A LPA et 2 al. 7 LMI.

- 11/13 - A/4879/2017

a. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse.

La transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse (art. 2 al. 7 LMI).

Il y a monopole étatique lorsque l'État a seul le droit d'exercer une certaine activité économique ou de faire exercer cette activité par des tiers. Cette activité est alors soustraite aux lois du marché et ne bénéficie plus de la liberté économique. Les monopoles de fait résultent simplement de la maîtrise que la collectivité a sur certains biens (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 351 n. 1030).

b. Le recourant allègue que la ville détient un monopole de fait sur la création théâtrale professionnelle locale à Genève.

Cet argument ne résiste pas à l'examen. Il existe différentes salles de spectacles sur la ville de Genève, toutes n'étant pas propriété de la commune.

De même, les artistes qui s'y produisent ne sont pas tous bénéficiaires de subventions de la ville. Sur son site internet relatif aux conventions de subventionnement :

<http://www.ville-geneve.ch/administration-municipale/departement-culture-sport/financement-culture-sport/conventions-subventionnement>, consulté le 17 mai 2018, la ville indique qu'elle encourage les autres financeurs à signer également des conventions de subventionnement, en particulier le canton, les villes et communes genevoises et des partenaires privés. Depuis 2006, la ville et lesdites autres collectivités publiques signent des conventions de soutien conjointes au niveau fédéral avec Pro Helvetia. De même en 2012, la première convention de soutien régional avec la ville de Lausanne a été signée.

La ville n'ayant pas la maîtrise sur la création théâtrale professionnelle locale, il n'existe pas de monopole, même de fait.

c. Le recourant se prévaut d'une jurisprudence récente du Tribunal fédéral au sujet de la portée de l'art. 2 al. 7 LMI (ATF 143 II 120). Toutefois, comme il le mentionne lui-même, ledit arrêt traite de l'attribution d'une concession communale.

La concession est l'acte par lequel l'État confère à une personne morale ou physique de droit privé ou de droit public le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un monopole étatique de droit ou de fait ou entrant dans les tâches de l'État (Thierry TANQUEREL, op. cit, p. 351 n. 1029 ss).

- 12/13 - A/4879/2017

La création théâtrale professionnelle locale n'étant pas un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique comme indiqué dans le considérant qui précède, la question de la concession ne se pose pas. L'arrêt précité n'est pas pertinent en l'espèce.

d. En l'absence de monopole, le recourant n'a pas de droit à une décision en application de l'art. 2 al. 7 LMI. 11) À juste titre, le recourant relève que les nominations concernées ne relèvent ni des règles sur les marchés publics ni de celles sur la fonction publique, ne s'agissant pas de la création de rapports de service. 12) En conséquence, c'est à juste titre que la ville n'a pas rendu de décision suite à la correspondance du recourant du 28 septembre 2017, le recourant n'ayant pas de droit, en l'absence de règles spécifiques de droit public, à une décision en application de l'art. 4A LPA en lien avec le processus de nomination.

Au surplus, cette conclusion est conforme au principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., qui exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale.

En effet, ni lors de sa première postulation, ni lors de la seconde, le recourant n'a émis de critiques, voire même de doutes, sur la procédure de nomination, y compris sur la composition du jury. Il ne peut, dans ces circonstances, remettre en cause le processus de nomination une fois qu'il en a été écarté, sans violer le principe de la bonne foi. 13) Le recourant requiert la condamnation de l'autorité intimée à une amende pour téméraire plaideur (art. 88 LPA).

Conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans, les conclusions des parties à cet égard sont irrecevables (ATA/828/2015 du 11 août 2015 ; ATA/636/2015 du 16 juin 2015 et les références citées).

De surcroît, vu le résultat de la procédure, il ne se justifie pas de prononcer d'amende. 14) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

- 13/13 - A/4879/2017

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