

# GE\_GERICHTE ATA/622/2021 vom 15. Juni 2021

GE Cour de justice, 2021-06-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_622\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_622_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATA/622/2021 du 15 juin 2021

IT: GE\_GERICHTE ATA/622/2021 del 15 giugno 2021

## Regeste

Résumé: Rejet du recours contre les décisions de nomination à la direction de deux théâtres à la suite de l'arrêt 2C\_569/2018 du Tribunal fédéral du 27 mai 2019 et de l'ATA/277/2020 du 10 mars 2020. L'autorité intimée était en droit de ne pas autoriser les recourants à consulter les dossiers relatifs aux nominations contestées pour des motifs de confidentialité. Respect du principe de l'autorité de renvoi. Pas de violation des art. 2 al. 7 et 9 LMI. L'autorité intimée a rendu deux décisions attaquables et le principe de transparence n'a pas été violé au vu des notes d'information disponibles détaillant ce qui était attendu des candidats. Pas de discrimination du théâtre classique.

## Erwägungen

### E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA). 2) a. Par analogie avec le domaine des marchés publics, la qualité pour recourir se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/927/2020 du 22 septembre 2020 consid. 2a).

b. En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et

- 13/26 - A/1804/2020 l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; ATA/927/2020 précité consid. 2a). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages-intérêts soient réclamés ou non (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2 ; ATA/970/2019 du 4 juin 2019 consid. 2b).

c. Pour le Tribunal fédéral, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue conserve le droit d'obtenir un jugement en constatation du caractère illicite de l'adjudication qui ouvre la voie de l'action en dommages-intérêts. Or, selon la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts suppose que, sans la conclusion du contrat, la partie recourante ait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication, à défaut de quoi l'illégalité de la décision ne peut

être la cause du dommage. Il faut distinguer à cet effet selon les conclusions et les griefs de la partie recourante : le soumissionnaire classé en quatrième position qui conteste l'adjudication ou réclame l'interruption de la procédure, mais discute seulement la qualification ou le classement du premier, est dénué de la qualité pour recourir parce que ses conclusions ne pourraient être accueillies même si ses critiques étaient fondées et que l'adjudication revenait au soumissionnaire classé deuxième. En revanche, celui qui discute la qualification ou le classement de ses trois devanciers a qualité pour recourir. Il n'est cependant pas question d'accorder l'adjudication à une offre qui ne satisfait pas aux exigences de qualification, raison pour laquelle celui qui a présenté une pareille offre est d'emblée dépourvu d'un intérêt digne de protection à obtenir l'annulation d'adjudication, à moins qu'il ne réclame un nouvel appel d'offres après invalidation de l'ensemble de la procédure, ce qui lui ouvrirait la possibilité de présenter éventuellement une nouvelle offre (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_24/2017 du 14 mai 2018 ; ATA/1019/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2c).

Le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de préciser que cet intérêt existe notamment lorsque le soumissionnaire évincé avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.2 ; 2D\_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1 ; 2C\_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). La jurisprudence a également admis cet intérêt par rapport au soumissionnaire qui, bien que classé en troisième position, était séparé du deuxième classé de quelques points seulement (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1). A en revanche été nié l'intérêt juridique du soumissionnaire placé au

- 14/26 - A/1804/2020 quatrième rang qui exigeait l'exclusion du candidat retenu, dès lors que l'admission de sa conclusion n'aurait pas permis au recourant, en accédant au troisième rang, d'obtenir le marché à la place de l'adjudicataire (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_74/2010 du 31 mai 2011 consid. 1.3), excepté si l'écart relatif tout comme absolu entre l'adjudicataire et le soumissionnaire évincé s'était révélé minime (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 1.3.2). Finalement, le Tribunal fédéral a nié l'intérêt juridique à recourir d'un soumissionnaire placé au cinquième rang sur six offres évaluées et qui n'avait jamais conclu à l'adjudication du marché public en sa faveur (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_203/2014 précité consid. 2.2 à 2.4).

d. En l'occurrence, les directions du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_ ont déjà été nommées et les contrats de subventionnement conclus.

Il n'est pas contesté par les recourants que leur dossier ne figurait pas parmi les trois dossiers de candidature ayant fait l'objet d'une deuxième audition le

## **E. 28**

juin 2017 par la commission de préavis pour le C\_\_\_\_\_. De la même façon, il n'est pas contesté par les recourants que leur candidature n'a pas été retenue par la commission de préavis pour une deuxième audition des trois derniers dossiers le 16 août 2017 pour le F\_\_\_\_\_.

En tant que candidats évincés dont les dossiers ne figuraient pas parmi les trois derniers dossiers sélectionnés par les commissions de préavis pour des secondes auditions, il est douteux que les recourants conservent un intérêt juridique à recourir contre les décisions de nomination, puisqu'ils ne peuvent se prévaloir d'une chance raisonnable, en cas d'admission

de leur recours, d'obtenir des dommages-intérêts pour cause d'illicéité des décisions de nomination.

Toutefois et vu le sort du litige, cette question n'a pas besoin d'être examinée plus avant et souffrira de rester indécise. 3)

La ville conclut à l'irrecevabilité des pièces produites à l'appui de la réplique du 13 novembre 2020, du courrier du 19 novembre 2019 et de sa pièce, ainsi que des motifs et griefs complémentaires qui n'auraient pas été évoqués dans le recours du 22 juin 2020.

a. Selon l'art. 74 LPA, la juridiction peut autoriser une réplique et une duplique si ces écritures sont estimées nécessaires.

b. Selon la doctrine, le mémoire de réplique ne peut toutefois contenir qu'une argumentation de fait et de droit complémentaire, destinée à répondre aux arguments nouveaux développés dans le mémoire de réponse. Il ne peut en principe pas être utilisé afin de présenter de nouvelles conclusions ou de nouveaux griefs qui auraient déjà pu figurer dans l'acte de recours (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_130/2015 du 20 janvier 2016 consid. 2.2 in SJ 2016 I 358 ;

- 15/26 - A/1804/2020 Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, p. 244 n. 927).

c. En l'occurrence et contrairement à ce que soutient la ville, on ne saurait conclure à l'irrecevabilité des allégués, motifs et pièces visés ci-dessus.

En effet, d'une part, les éléments soulevés par les recourants ainsi que les pièces produites à leur appui viennent compléter les arguments déjà soulevés dans le mémoire de recours. À titre d'exemple, le grief relatif à la liberté de l'art et à la diversité artistique et culturelle figure dans l'acte de recours dans le cadre du grief relatif à l'illicéité des adjudications.

D'autre part, les allégués et pièces produites après l'acte de recours par les intéressés, tels que les éléments portant sur les dysfonctionnements procéduraux allégués liés à l'attribution des concessions, viennent répondre aux arguments formulés par la ville dans son mémoire de réponse.

Dès lors, tant les écritures que leur contenu ainsi que les pièces produites à leur appui par les recourants sont recevables et seront pris en considération dans la mesure utile à la résolution du litige. 4)

Les recourants demandent la production de l'intégralité du dossier relatif à l'attribution de chacune des deux concessions litigieuses ainsi que leur comparution personnelle et l'ouverture d'enquêtes.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 137 IV 33 consid. 9.2), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1).

b. La procédure administrative est en principe écrite, toutefois si le règlement et la nature de l'affaire le requièrent, l'autorité peut procéder oralement (art. 18 LPA). Le droit d'être entendu quant à lui ne comprend pas le droit à une audition orale (art. 41 LPA ; ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_51/2018 du 17 janvier 2019 consid. 4.1 ; ATA/1173/2020 du 24 novembre 2020 consid. 3a).

c. En l'espèce, la chambre administrative dispose d'un dossier complet. Au vu des griefs soulevés et des réponses fournies par l'autorité intimée dans ses

- 16/26 - A/1804/2020 écritures, il n'est pas nécessaire, compte tenu de ce qui suit, d'ordonner à la ville la production de l'intégralité du dossier relatif à l'attribution de chacune des deux concessions litigieuses.

Les recourants ont par ailleurs pu s'exprimer à plusieurs reprises devant la chambre de céans. Alors qu'il n'existe, comme précédemment exposé, pas de droit à une audition, ils n'expliquent pas en quoi celle-ci serait indispensable à la résolution du présent litige.

Partant, les demandes d'actes d'instruction correspondantes seront refusées. 5)

Les recourants considèrent que leur droit d'être entendus a été violé par la ville qui ne leur a pas permis d'accéder au dossier de la cause avant qu'elle ne rende les deux décisions contestées. Pour ce motif, ils étaient en outre incapables de pouvoir remettre en cause utilement l'appréciation de l'autorité intimée.

a. Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui n'a pas de portée différente dans ce contexte, est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 135 I 187 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3). Ce moyen doit dès lors être examiné en premier lieu (ATF 137 I 195 consid. 2.2).

Le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves pertinentes quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les arrêts cités).

b. En l'occurrence, la ville a statué, par décisions du 5 juin 2020 sans donner suite à la demande des recourants visant à la transmission du dossier concernant les deux adjudications de direction théâtrale litigieuses.

Comme le relève la doctrine, le droit de consulter le dossier n'est toutefois pas sans limite. L'accès à tout ou partie du dossier peut être restreint si des intérêts publics ou privés prépondérants l'exigent (art. 45 al. 1 LPA ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, 2ème éd., p. 523-524 n. 1545).

Or, outre le fait qu'il ne ressort pas de l'arrêt de la chambre administrative du 20 mars 2020 que la ville devait autoriser les recourants à consulter les dossiers relatifs aux deux concessions de direction du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_ avant

- 17/26 - A/1804/2020 nouvelles décisions, l'accès à ces dossiers pouvait être implicitement refusé pour des motifs de protection d'intérêts privés.

En effet, et dans la mesure où il convenait de fournir un projet culturel et artistique pour le C\_\_\_\_\_ et un projet culturel pour le F\_\_\_\_\_ selon les notes d'information concernant la mise en concours, la chambre de céans considère que les intérêts privés des candidats retenus à la confidentialité des projets proposés priment l'intérêt privé des recourants à y avoir accès.

Dès lors et pour ces motifs, la ville était en droit de ne pas autoriser les recourants à consulter les dossiers relatifs aux nominations théâtrales contestées.

Le grief sera écarté. 6)

Les recourants considèrent que la ville a violé le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi en lien avec l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_569/2018 précité. Par ailleurs et par rapport aux décisions du 15 juillet 2019, l'autorité intimée avait rendu des décisions quasi identiques, rendant impossible leur critique.

a. En application du principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, l'autorité cantonale à laquelle la cause est renvoyée par celui-ci est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle est ainsi liée par ce qui a déjà été définitivement tranché par le Tribunal fédéral et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui ou l'ont été sans succès. La motivation de l'arrêt de renvoi détermine dans quelle mesure la cour cantonale est liée à la première décision, décision de renvoi qui fixe aussi bien le cadre du nouvel état de fait que celui de la nouvelle motivation juridique (arrêt du Tribunal 6B\_904/2020 du 7 septembre 2020 consid. 1.1 et les références citées).

b. En l'occurrence, les décisions attaquées font suite à un premier arrêt de renvoi du Tribunal fédéral 2C\_569/2018 précité demandant au département de rendre des décisions attaquables en lien avec la « nomination » des directions du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_. Elles font également suite à un arrêt de renvoi de la chambre de céans laquelle a considéré que les décisions du 15 juillet 2019 n'étaient pas motivées à satisfaction de droit (ATA/277/2020 précité).

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral a précisé que les décisions devraient constater les règles et les critères suivis lors du processus de nomination des directions du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_ (consid. 7).

En l'occurrence, il ressort des décisions attaquées que les étapes procédurales ayant conduit au choix de la ville et les critères de sélection utilisés sont énoncés. Il s'agit, pour le C\_\_\_\_\_, de la mise au concours le 11 avril 2017, d'une note d'information relative aux dossiers de candidature, de la mise en place d'une commission de préavis indépendante, d'une audition de neuf dossiers de

- 18/26 - A/1804/2020 candidature par ladite commission le 24 juin 2017 et d'une deuxième audition de trois dossiers de candidature le 28 juin 2017. Pour le F\_\_\_\_\_, il s'agit de la mise au concours le 9 juin 2017, d'une note d'information relative aux dossiers de candidature, de la mise en place d'une commission de préavis indépendante, d'une audition de cinq dossiers de candidature par ladite commission le 10 août 2017 et d'une deuxième audition de trois dossiers de candidature le 16 août 2017.

En outre, les critères de sélection que la ville a retenus pour chacune des deux directions théâtrales sont énoncés. Pour le C\_\_\_\_\_, il s'agissait de la conformité par rapport au cahier des charges, la complémentarité avec les autres scènes genevoises et les compétences en

matière de gestion et d'administration. Pour le F\_\_\_\_\_, il s'agissait de la compréhension de la mission générale dudit théâtre, de l'intégration dans un environnement particulier et des compétences en matière de gestion et d'administration.

Au vu de ces éléments et contrairement à ce que soutiennent les recourants, la ville a respecté les injonctions de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral 2C\_569/2018 précité.

La ville a également respecté les consignes de la chambre de céans découlant de son ATA/277/2020 précité, puisque la lecture des décisions du 5 juin 2020 permet de comprendre en quoi le dossier des personnes choisies se distinguait de celui des autres candidats et correspondait mieux aux critères de sélection précisés par la ville dans les décisions litigieuses.

Ainsi, pour le C\_\_\_\_\_, il a été pris en considération l'adéquation du projet artistique présenté au regard de l'histoire dudit théâtre, scène artistique vouée à la valorisation de la scène locale indépendante, son originalité, en particulier la création d'un « Bureau des compagnies », faisant dudit théâtre un outil polyvalent pour les compagnies indépendantes locales permettant d'accompagner et de soutenir leur travail de création et de diffusion, la qualité de la programmation proposée, la diversité des répertoires et l'ouverture à d'autres arts scéniques, considérés comme complémentaires au regard des autres scènes genevoises et de la politique culturelle menée par la ville, la remarquable expérience de Mme D\_\_\_\_\_ en termes d'administration, de production, de diffusion, d'attachée de presse durant seize années au sein d'une compagnie indépendante genevoise ayant acquis une importante renommée internationale, les compétences prouvées de Mme E\_\_\_\_\_ dans l'accompagnement du travail d'artistes, notamment à travers la création d'une association genevoise ayant activement travaillé à l'amélioration des conditions de travail des artistes et leur exemplaire complémentarité, confirmée durant les auditions, pour mener leur projet à bien, en particulier entre d'une part les compétences de gestion d'une structure et, d'autre part, dans l'accompagnement du travail d'artistes.

- 19/26 - A/1804/2020

Quant au F\_\_\_\_\_, ce sont l'adéquation du projet artistique de M. G\_\_\_\_\_ au regard du contexte environnemental du F\_\_\_\_\_ et des collaborations proposées avec le service des espaces verts, l'originalité de son projet au regard des enjeux environnementaux et de la crise climatique, sa volonté de valoriser ce lieu théâtral auprès d'un large public en l'ouvrant de manière ponctuelle à d'autres domaines artistiques et au jeune public, la qualité et l'ouverture de sa programmation, dont la diversité de répertoires, ainsi que le projet artistique dans sa globalité, lesquels avaient été considérés comme complémentaires au regard du positionnement des autres scènes genevoises, de l'offre culturelle genevoise et de la politique culturelle menée par la ville, ses solides compétences en termes de gestion et d'exploitation d'un lieu théâtral compte tenu de son expérience de cinq ans à la direction du I\_\_\_\_\_, institution d'importance régionale et sa capacité, confirmée lors des auditions, de positionner le F\_\_\_\_\_ en tant que partenaire de la saison culturelle estivale à Genève qui ont motivé la ville à nommer M. G\_\_\_\_\_ à la direction dudit théâtre.

Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont amené la ville à sélectionner les dossiers de Mmes D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ pour la direction du C\_\_\_\_\_ et de M. G\_\_\_\_\_ pour celle du F\_\_\_\_\_, le droit à une décision motivée a été respecté. Les recourants auraient d'ailleurs été en mesure de faire valoir leurs griefs quant à l'adéquation de cette motivation avec les critères énoncés.

Le grief sera écarté. 7)

Les recourants soutiennent que les adjudications des directions du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_ sont illicites au sens des art. 2 al. 7 et 9 LMI.

a. Selon l'art. 2 al. 7 LMI, 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.

Les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décision (art. 9 al. 1 LMI).

b. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 2 al. 7 LMI impose deux exigences (découlant du droit des marchés publics) à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal : un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. La mise en place d'un appel d'offres implique certaines obligations procédurales. La collectivité publique doit non seulement organiser une procédure permettant aux personnes (physiques ou morales) privées intéressées par l'exploitation dudit monopole de déposer une offre, mais aussi attribuer la concession par le biais d'une décision contre laquelle des voies de droit doivent être ouvertes (art. 9 al. 1

- 20/26 - A/1804/2020 et 2 LMI ; ATF 143 II 598 consid. 4.1.2 ; 143 II 120 consid. 6.4.1 ; 135 II 49 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_351/2017 du 12 avril 2018 consid. 3.4). Quant à l'interdiction de discriminer, elle s'applique non seulement à la procédure d'appel d'offres stricto sensu, mais aussi à la détermination des critères de sélection et au choix du concessionnaire ; elle impose aussi le respect du principe de transparence, qui est son corollaire (ATF 143 II 120 consid. 6.4.1).

c. Le principe de la transparence commande que l'appel d'offres mentionne les critères d'aptitude et d'adjudication. Ces critères ne peuvent en principe être modifiés par la suite. Les critères d'adjudication doivent être indiqués selon leur pondération en pourcent ou au moins dans leur ordre d'importance. L'indication des sous-critères n'est en revanche pas requise d'un point de vue constitutionnel, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux (ATF 143 II 553 consid. 7.7), en étant inhérents à ceux-ci. Ainsi, le principe de transparence n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment des documents d'appel d'offres, du cahier des charges et des conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_31/2018 du 1er février 2019 consid. 5.2 ; ATA/652/2020 du 7 juillet 2020 consid. 3a et l'arrêt cité).

d. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En

particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administrée ou l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 568 p. 203).

e. Conformément à la jurisprudence en matière de marchés publics, les griefs à l'encontre de l'appel d'offres ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 125 I 203 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 ; ATA/1073/2016 du 20 décembre 2016 consid. 5c ; ATA/821/2016 du 4 octobre

- 21/26 - A/1804/2020 2016 consid. 4). Le Tribunal fédéral a en outre déjà jugé qu'il était admissible d'exiger des candidats qu'ils contestent immédiatement les documents d'appels d'offres prétendument incomplets ou entachés d'autres vices de forme lors de la procédure d'appel d'offres déjà et non dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; 129 I 313 consid. 6.2 ; 125 I 203).

f. En l'occurrence et comme analysé supra, la ville a rendu deux décisions au sens de l'art. 9 al. 1 LMI attaquables, de sorte que le grief y relatif ne peut qu'être écarté.

S'agissant du principe de la transparence, les recourants ne contestent pas que les notes d'information relatives à la mise au concours des directions du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_ pouvaient être consultées par les intéressés qui souhaitaient y concourir.

Il ressort de la note concernant le C\_\_\_\_\_ que ce théâtre est destiné à la création indépendante ayant 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). Par ailleurs, la convention de subventionnement précisait que les directeurs s'engageraient à la programmation de six créations par saison au moins ainsi qu'à la remise chaque année d'un budget de fonctionnement équilibré et d'un rapport d'activités et des comptes et bilan de l'exercice annuel écoulé. Concernant les ressources humaines, il est indiqué que l'engagement du personnel administratif et technique serait de la responsabilité de la nouvelle future direction. Enfin, les dossiers de candidature devaient comprendre au moins un projet culturel et artistique et un budget prévisionnel et indicatif.

Selon la note concernant le F\_\_\_\_\_, sa mission consiste à l'accueil durant la période estivale de manifestations artistiques publiques dans le domaine des arts de la scène, intégrant des propositions pour jeune public. Il permet la présentation d'œuvres diverses dans un cadre et des conditions liés à son environnement particulier et, notamment, à la fonction première de l'endroit (serres abritant des plantes en hiver). De la même façon que la note concernant le C\_\_\_\_\_, un point concernant les ressources humaines était prévu. Un projet culturel devait enfin être présenté.

Bien qu'ils ne soient pas textuellement formulés tels quels, les critères retenus dans les décisions attaquées se recoupent avec les éléments contenus dans ces notes. Ainsi et par exemple, le critère relatif aux compétences en matière de gestion et d'administration est illustré dans les notes par les paragraphes portant sur les ressources humaines et les indications budgétaires. Il ressort également de la grille des critères produite par la ville que le premier critère était la conformité par rapport au cahier des charges indiqué dans ces notes.

- 22/26 - A/1804/2020

Il est toutefois vrai que les notes précitées ne contiennent ni la pondération des critères ni la composition de la commission d'évaluation. Néanmoins, conformément au principe de la bonne foi, les recourants ne pouvaient pas attendre l'issue des procédures de sélection pour se plaindre formellement de dysfonctionnements dans le cadre de la procédure de nomination, y compris sur la composition des commissions d'évaluation. Sur ce point, il convient de retenir que ce n'est que le 28 septembre 2017, soit postérieurement aux nominations, que les recourants ont fait part à la ville de leurs critiques. Ils sont ainsi forclos à se plaindre de ces manquements, étant relevé qu'en tout état de cause et selon ce courrier, la composition de la commission d'évaluation pour le C\_\_\_\_\_ avait été révélée par la presse dix jours avant la fin du processus de sélection. Enfin et pour le même motif, ils ne peuvent pas se plaindre d'un manque d'indépendance de ces commissions.

Les griefs portant sur une violation des art. 2 al. 7 et 9 LMI sont mal fondés. 8)

Les recourants considèrent enfin que les décisions attaquées consacrent une discrimination du théâtre classique.

a. L'État promeut la création artistique et l'activité culturelle. Il garantit leur diversité, leur accessibilité et leur enseignement. Il encourage les échanges culturels. À cette fin, il met à disposition des moyens, des espaces et des instruments de travail adéquats (art. 216 al. 1 et 2 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00).

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).

b. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst., ou encore l'interdiction de la non-discrimination, 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. 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,

- 23/26 - A/1804/2020 idéologies et situations du moment (ATF 145 I 73 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_468/2019 du 8 juin 2020 consid. 3.1). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.3 ; 2C\_116/2011 du

## E. 29

août 2011 consid. 7.1). En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/1048/2020 du 27 octobre 2020 consid. 9b et les arrêts cités ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 109 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics in RDAF 2004, p. 241).

c. Dans le cadre de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI, il convient de ne pas perdre de vue la position intrinsèquement différente de l'autorité lors de la passation d'un marché public par rapport à celle exercée lors du transfert d'un monopole. Contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de « consommateur », acquiert auprès d'une entreprise privée, en contre-partie du paiement d'un prix, une prestation dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 141 II 113 consid. 1.2.1 ; 125 I 209 consid. 6b), l'attribution d'une concession de monopole cantonal ou communal implique que l'autorité concédante se trouve dans un rôle « d'offreur » ou de « vendeur », puisqu'elle cède, moyennant une redevance et diverses prestations annexes, le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 135 II 49 consid. 4.2 ; 125 I 209 consid. 6b). Il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession de monopole, car la collectivité publique reste libre d'exercer elle-même l'activité en cause (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 142 I 99 consid. 2.2.1 ; 128 I 3 consid. 3b). Ces différences justifient de laisser à la collectivité publique une plus grande liberté dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole qu'en matière de marchés publics (ATF 143 II 120 consid. 6.3.3 ; 142 I 99 consid. 2.2.1 ; 128 I 3 consid. 3b).

d. En l'espèce, outre le fait que la ville se trouve en position « d'offreur » ou de « vendeur », ce qui lui laisse une plus grande liberté d'appréciation qu'en matière de marchés publics, et qu'il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession de monopole, il ne ressort nullement des missions du C\_\_\_\_\_ et du F\_\_\_\_\_ que ces théâtres devraient se limiter en particulier au répertoire classique.

En effet, concernant le C\_\_\_\_\_, Mmes D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ ont présenté un projet artistique, en particulier la création d'un « Bureau des compagnies »,

- 24/26 - A/1804/2020 faisant dudit théâtre un outil polyvalent pour les compagnies indépendantes locales permettant d'accompagner et de soutenir leur travail de création et de diffusion, ce qui va dans le sens de la mission du C\_\_\_\_\_. En outre, la programmation proposée, la diversité des répertoires et l'ouverture aux autres arts scéniques ont été considérés comme étant complémentaires au regard du positionnement des autres scènes genevoises et de la politique culturelle menée par la ville.

Concernant le F\_\_\_\_\_, M. G\_\_\_\_\_ a présenté un projet artistique qui s'accordait avec le contexte environnemental du lieu et qui se mariait avec les enjeux environnementaux et la crise climatique. En outre et comme pour le C\_\_\_\_\_, la programmation, dont la diversité des répertoires, a été considérée comme complémentaire au regard du positionnement des autres scènes genevoises de l'offre culturelle estivale genevoise et de la politique culturelle menée par la ville.

Enfin, il convient de retenir que la ville subventionne une dizaine de théâtres sur son territoire, de sorte qu'on ne saurait véritablement soutenir que le répertoire classique ne

serait pas proposé dans d'autres théâtres. En tout état, les nominations en cause sont limitées dans le temps, ce qui assure un renouvellement et une variété dans le type d'œuvres proposées par les différentes directions.

Compte tenu de ces considérations et au vu de la grande liberté d'appréciation dont bénéficie la ville dans le choix de direction pour les théâtres qu'elle subventionne, on ne saurait considérer qu'elle a discriminé le théâtre classique dans ses nominations.

Le grief sera écarté.

Les décisions de nomination de la ville étant, en tous points, conformes au droit, le recours sera rejeté. 9)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants pris conjointement et solidairement, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée, pas plus qu'à la ville qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/676/2020 du 21 juillet 2020 consid. 10).

\* \* \* \* \*

- 25/26 - A/1804/2020

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