

La nomination de la direction de théâtres publics comme attribution d'une concession de monopole (art. 2 al. 7 LMI)

Auteur : Camilla Jacquemoud

Date : 7 septembre 2019

[TF, 27.05.2019, 2C_569/2018*](#)

La Ville de Genève dispose d'un monopole de fait sur la gestion de l'activité théâtrale des théâtres qui font partie de son patrimoine administratif. Lorsqu'elle nomme des directions à ces théâtres en concluant avec celles-ci des conventions de mise à disposition des locaux et de subventionnement d'une certaine durée, elle concède à ces directions l'exploitation de ce monopole. Partant, elle doit respecter les exigences de l'[art. 2 al. 7 LMI](#), en particulier la mise en place d'une procédure d'appel d'offres sanctionnée par une décision sujette à recours ([art. 9 al. 1 s. LMI](#)).

Faits

En 2017, **la Ville de Genève met** (séparément) **au concours**, pour une durée de trois saisons à partir de l'été 2018, **la direction de deux théâtres** dont elle est propriétaire. Les directions choisies à l'issue de la procédure sont chargées de la programmation, de la gestion artistique et administrative ainsi que de l'animation de chaque théâtre. En outre, la Ville conclut avec chacune des conventions de subventionnement et de mise à disposition des locaux des théâtres.

À l'issue des procédures de nomination, un **candidat écarté** sollicite du Conseiller administratif en charge du dossier une **décision** examinant la conformité au droit et à l'opportunité de ces procédures. Suite au refus du Conseiller administratif de rendre une décision, il recourt à la Cour de justice.

La Cour de justice rejette le recours du candidat malheureux, qui saisit alors le Tribunal fédéral d'un recours en matière de droit public. Le Tribunal fédéral doit déterminer **s'il convient de qualifier d'attribution de concession de monopole au sens de l'[art. 2 al. 7 LMI](#) la nomination de la direction des théâtres en question**. Une telle qualification aurait notamment pour conséquence l'obligation de respecter les exigences d'une procédure d'appel d'offres, en particulier de sanctionner celle-ci par une décision sujette à recours ([art. 9 al. 1 s. LMI](#)).

Droit

À titre préliminaire, le Tribunal fédéral constate que les locaux des théâtres en question font partie du **patrimoine administratif** de la Ville, dont les tâches publiques comptent la promotion de la création artistique et l'activité culturelle (cf. ég. [art. 216 al. 1 et 2 Cst./GE](#)). Les directions nommées ont ainsi d'une part l'usage exclusif de biens appartenant au patrimoine administratif, d'autre part la charge de la gestion des activités théâtrales de ces lieux.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite que l'[art. 2 al. 7 LMI](#) exige que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des privés fasse l'objet d'un **appel d'offres** et **ne discrimine pas les personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse**.

Pour entrer dans le champ d'application de cet article, il faut d'abord être en présence d'un **monopole sur une activité de nature économique**, peu importe qu'il s'agisse d'un monopole de droit ou de fait. Pour le Tribunal fédéral, la notion de **monopole de fait** n'est pas réservée aux biens du domaine public au sens strict ; **la maîtrise du patrimoine administratif**

peut également donner lieu à un monopole de fait. Ce qui caractérise le monopole de fait, c'est la maîtrise sur le bien public visé.

En l'espèce, le Tribunal fédéral estime que la gestion de théâtre est une activité à composante économique. Or, du fait de sa maîtrise exclusive sur les locaux des théâtres en question, **la Ville est dans une situation de monopole de fait par rapport à l'activité de gestion de ces théâtres.** En effet, la question n'est pas de savoir si la Ville a l'exclusivité sur l'exercice de l'activité économique en question sur son territoire, mais la **maîtrise sur le lieu nécessaire à l'exercice d'une telle activité.** Or, en l'espèce, l'activité théâtrale dans les deux théâtres en question dépend uniquement de la Ville. Celle-ci se trouve donc en situation d'exclusivité par rapport à ces théâtres. Pour le Tribunal fédéral, la situation est caractéristique d'un monopole de fait.

Pour que l'[art. 2 al. 7 LMI](#) s'applique, il faut ensuite qu'il y ait **transmission du monopole au secteur privé**, *i.e.* « concession ». Celle-ci se définit comme « un acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à une personne morale ou physique (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un monopole [...] ou entrant dans les tâches de l'État » (c. 6.1.2). Le Tribunal fédéral rappelle que le terme employé pour désigner la transmission n'est pas décisif. Ce qui compte, c'est la réunion sur le fond des caractéristiques précitées.

Pour le Tribunal fédéral, **les conventions conclues avec les directions des théâtres constituent des concessions de monopole.** Elles transmettent en effet aux directions un usage exclusif des locaux pour une durée importante, à charge pour celles-ci d'exercer l'activité de gestion des théâtres.

Il ressort de ce qui précède que **les conditions d'application de l'[art. 2 al. 7 LMI](#) sont remplies.** En conséquence, la transmission de l'exploitation du monopole en question, en l'occurrence la nomination des directions des théâtres, doit respecter les **exigences d'un appel d'offres.** Cela implique que la collectivité publique organise une procédure qui permette aux personnes intéressées de déposer une offre et attribue la concession par le biais d'une **décision sujette à recours** ([art. 9 al. 1 s. LMI](#)). En outre, la collectivité doit respecter l'interdiction de discriminer les personnes ayant leur établissement ou siège en Suisse lorsqu'elle détermine les critères de sélection et choisit le concessionnaire. Enfin, elle est tenue au respect du **principe de la transparence.** Elle dispose toutefois d'une plus grande liberté dans le choix des critères à remplir et des conditions de la concession qu'en matière de marchés publics. En outre, il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession, car la collectivité reste libre d'exercer elle-même l'activité.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral constate que **la Ville n'a pas respecté les exigences posées par l'[art. 2 al. 7 LMI](#),** en particulier celle de conclure la procédure par une décision susceptible de recours ([art. 9 al. 1 s. LMI](#)). Partant, le recours du candidat évincé doit être admis et l'arrêt attaqué annulé. Comme les directions ont déjà été nommées et les conventions de subventionnement conclues, la procédure ne peut cependant plus que concerner l'éventuel caractère illicite de la décision. Le Tribunal fédéral **renvoie donc la cause au département** de la Ville en charge du dossier, afin que celui-ci rende une décision dans laquelle il constatera les règles et les critères suivis lors du processus de nomination.