

II^e Cour de droit public
Arrêt du 7 février 2024

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Léonard Bruchez, Adjudications de gré à gré : qualité pour recourir des associations professionnelles, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_196/2023, Newsletter immodroit.ch avril 2024

Marchés publics ;
question juridique de
principe ; qualité pour
recourir des associations
professionnelles contre
des décisions
d'adjudication de gré à
gré

Art. 83 let. F ch. 1, 89 al. 1,
111 al. 1 LTF ; 56 al. 5 AIMP
2019 et 56 al. 4 LMP

Adjudications de gré à gré : qualité pour recourir des associations professionnelles

Léonard Bruchez

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt commenté traite des conditions auxquelles une association professionnelle bénéficie de la qualité pour recourir contre l'adjudication d'un marché public à l'issue d'une procédure de gré à gré. Il tranche une question juridique de principe mettant ainsi fin à une incertitude juridique caractérisée et établissant une interprétation uniforme du droit fédéral sur ce sujet.

II. Résumé de l'arrêt

A. Faits

Le 27 août 2020, la Direction générale des immeubles et du patrimoine (ci-après : « la DGIP » ou « l'Entité adjudicatrice ») a publié sur la plate-forme « simap » un concours de projets, en procédure ouverte, soumis aux accords internationaux et ayant pour objet la « *recherche d'un système constructif en bois d'un caractère prototypique appliqué dans un premier temps au Gymnase du Chablais et destiné par la suite à plusieurs établissements d'enseignement postobligatoire.* » A une date indéterminée, les lauréats du concours ont été désignés.

Le 19 décembre 2022, la DGIP a rendu cinq décisions d'adjudication distinctes aux entreprises C. Sàrl, D. SA, E. SA, F. SA et G. SA (ci-après : « les adjudicataires »), en procédure de gré à gré exceptionnelle, en lien avec la réalisation d'un autre gymnase à Echallens portant sur les prestations suivantes :

- Prestations d'architecte pour les phases SIA 4.32 à 4.53 selon le règlement SIA 102, dernière édition pour un prix total de CHF 4'736'400.00 avec 7.7% de TVA ;
- Prestations d'ingénieurs E et AEAI pour les phases SIA 4.32 à 4.53 selon le règlement SIA 108, dernière édition pour un prix total de CHF 738'800.00 avec 7.7% de TVA ;

- Prestations d'ingénieurs CVCS-MCR-Sméo pour les phases SIA 4.32 à 4.53 selon le règlement SIA 108, dernière édition pour un prix total de CHF 1'186'500.00 avec 7.7% de TVA ;
- Prestations d'ingénieur civil pour les phases SIA 4.32 à 4.53 selon le règlement SIA 103, dernière édition pour un prix total de CHF 1'051'500.00 avec 7.7% de TVA ; et
- Prestations d'ingénieur Bois pour les phases SIA 4.32 à 4.53 selon le règlement SIA 103, dernière édition pour un prix total de CHF 883'100.00 avec 7.7% de TVA.

Les différentes publications de ces adjudications expliquaient que chacun des cinq adjudicataires était le lauréat du concours du gymnase du Chablais qui avait rendu le dossier de projet de l'ouvrage de ce gymnase en décembre 2022. A la même période, ces mêmes adjudicataires avaient rendu le dossier d'avant-projet du gymnase d'Echallens, reposant sur un cahier des charges, des exigences, des contraintes, un programme, une organisation et un concept structurel et technique, identiques au premier gymnase cité. Les offres d'honoraires formulées pour le gymnase d'Echallens étaient ainsi basées sur les conditions contractuelles négociées du projet du Gymnase du Chablais, ainsi que les synergies identifiées entre les deux projets analogues (programme, organisation, structure et technique) et une réduction substantielle des heures à prestations égales. Selon l'entité adjudicatrice, l'interchangeabilité entre les deux projets, assurée par les mêmes mandataires, renforçait la probabilité de livrer en temps et en heure l'un ou l'autre des gymnases en fonction des oppositions rencontrées.

Le 19 janvier 2023, l'Association Patronale A. et l'Association B. – section Vaud (ci-après : « les recourantes »), représentées par un mandataire commun, ont déposé un acte de recours contre les cinq décisions d'adjudication précitées auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois en concluant préliminairement à l'octroi de l'effet suspensif – qui leur a été accordé, et au fond à leur annulation et au renvoi de la cause à l'Etat de Vaud, respectivement aux services concernés en vue de la mise en place de procédures conformes à la législation sur les marchés publics. Par arrêt du 24 février 2023, le Tribunal cantonal a déclaré le recours irrecevable motif tiré du défaut de qualité pour agir des associations contestataires des adjudications.

Par acte du 29 mars 2023, les recourantes ont déposé, dans la même écriture, un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt d'irrecevabilité du Tribunal cantonal du 24 février 2023. Les conclusions visaient préliminairement à accorder l'effet suspensif aux recours et à interdire à l'entité adjudicatrice de conclure les contrats ; au fond, à annuler l'arrêt attaqué et à renvoyer la cause à la Cour cantonale pour examen sur le fond du recours formé contre les cinq décisions adjudications de gré à gré exceptionnelles rendues par la DGIP.

L'effet suspensif a été rejeté par ordonnance du 21 avril 2023.

Les 2 et 11 août 2023, les sociétés adjudicataires et l'entité adjudicatrice ont informé la II^e Cour de droit public du Tribunal fédéral de la conclusion des contrats résultant des adjudications contestées.

Le Tribunal cantonal, l'entité adjudicatrice et les adjudicataires ont conclu à l'irrecevabilité du recours en matière de droit public et au rejet du recours constitutionnel subsidiaire.

B. Droit

Le Tribunal fédéral examine d'office et avec une libre cognition sa compétence pour statuer sur les recours qui lui sont soumis (art. 29 al. 1 LTF). Le recours constitutionnel subsidiaire n'est potentiellement recevable que si un recours ordinaire, en l'occurrence en matière de droit public, au vu du domaine des marchés publics concerné, est exclu (**consid. 1.1**). Puisque les valeurs seuils déterminantes sont ici atteintes par les prestations de service en cause (art. 83 let. f ch. 2 LTF), la recevabilité du recours en matière de droit public déposé par les recourantes dépend du respect de la condition cumulative de l'existence d'une question juridique de principe (art. 83 let. f. ch. 1) (**consid. 1.2**). Le Tribunal fédéral s'attache ainsi à identifier une telle question (**consid. 1.3**), après qu'il rappelle la manière propre de le faire (**consid. 1.3.1**).

En l'occurrence, jusqu'à l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral s'était uniquement penché sur des recours d'associations professionnelles s'en prenant à des actes normatifs cantonaux (*cf.* p. ex. arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021, consid. 1.4.1). Toutefois, il n'avait encore jamais eu à juger de la possibilité ou non des associations professionnelles de recourir contre l'adjudication de gré à gré de marchés publics. Les tribunaux cantonaux, y compris celui du canton de Vaud ayant admis dans la décision attaquée avoir adopté par le passé une pratique différente, n'ont pas de position uniforme sur le sujet, tout comme la doctrine évoquant, à cet égard, une situation d'insécurité juridique. Le Tribunal fédéral y discerne un risque pour l'interprétation uniforme du droit suisse et admet l'existence d'une question juridique de principe portant sur la qualité pour agir des associations professionnelles contre les décisions d'adjudication de gré à gré (**consid. 1.3.2**).

Les autres conditions (générales) de recevabilité du recours sont remplies. Même si les contrats subséquents ont déjà été conclus, les recourantes conservent l'intérêt de faire constater l'illicéité des adjudications.

Par conséquent, le Tribunal fédéral déclare le recours en matière de droit public recevable et, corrélativement, le recours constitutionnel parallèle, irrecevable (*cf.* art. 113 LTF *a contrario*) (**consid. 1.4 et 1.5**).

L'écueil de la recevabilité passé, le deuxième considérant rappelle les limites du pouvoir de cognition du Tribunal fédéral en fait et en droit ; le troisième expose les raisons pour lesquels le Tribunal cantonal a déclaré irrecevable le recours déposé.

Celui-ci était parvenu à ce résultat en panachant, d'une part, la règle suivant laquelle une association ne peut agir par un recours dit « corporatif égoïste » contre une décision, dans l'intérêt de ses membres, que si, entre autres conditions, un grand nombre de ceux-ci ont, eux-mêmes, la qualité pour agir et, d'autre part, celle suivant laquelle une entreprise ne peut se plaindre d'une adjudication de gré à gré que pour autant qu'elle soit apte à déposer une offre pour le marché en question et qu'elle envisage véritablement d'offrir ses services en cas d'admission du recours. Les recourantes n'ayant ni allégué, ni démontré que la majorité de leurs membres pouvaient et voulaient participer au marché si un appel d'offres avait été lancé, l'autorité en conclut qu'elles n'avaient pas la qualité pour recourir (**consid. 3**).

Les recourantes s'en prennent à ce raisonnement en prétendant, d'abord, qu'il consacrerait une privation de leur qualité pour recourir contraire à l'art. 89 al. 1 LTF en lien avec l'art. 111 al. 1 LTF et à la jurisprudence développée à leur appui (**consid. 4**) ; ensuite, qu'il violerait leur

droit au juge garanti à l'art. 29a Cst. (**consid. 5**) et, enfin, qu'il ferait fi de leur droit d'être entendues consacré par l'art. 29 al. 2 Cst. (**consid. 6**).

Ces griefs ne convainquent pas le Tribunal fédéral et conduisent, pour plusieurs raisons, au rejet du recours :

S'agissant de la qualité pour agir, le Tribunal fédéral rappelle que la qualité de partie devant toute autorité cantonale précédente ne doit pas être établie de façon plus restrictive que devant le Tribunal fédéral ; la possibilité des cantons d'admettre cette qualité de façon plus large restant, en revanche, ouverte (ATF 144 I 43, consid. 2.1 ; 138 II 162, consid. 2.1.1). Il cite ensuite l'art. 89 al. 1 LTF dont ressort qu'à la qualité pour recourir en matière de droit public devant lui celui qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), ce lui qui est particulièrement atteint par la décision attaquée (let. b) et celui qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). La partie recourante doit ainsi se trouver dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération avec l'objet de la contestation. Elle doit en outre retirer un avantage pratique de l'annulation ou de la modification de la décision contestée qui permette d'admettre qu'elle est touchée dans un intérêt personnel se distinguant nettement de l'intérêt général, de manière à exclure l'action populaire (cf. ATF 144 I 43, consid. 2.1 ; 137 II 30, consid. 2.2.3 et 2.3 ; 133 II 249, consid. 1.3.1) (**consid. 4.1**).

Ces principes ont donné lieu à une abondante jurisprudence dans le domaine des marchés publics que le Tribunal fédéral rappelle à son considérant 4.2, évoquant parmi d'autres l'arrêt dit « Microsoft » (ATF 137 II 313, consid. 3.3.2), ayant posé la règle suivant laquelle lors d'une adjudication de gré à gré, « *la qualité pour recourir n'appartient en règle générale qu'aux entreprises qui démontrent être des soumissionnaires potentiels pour le marché public en question, en rendant plausible non seulement qu'elles auraient la capacité réelle de réaliser les prestations demandées par le pouvoir adjudicateur, mais aussi qu'elles auraient déposé une offre si un appel d'offres avait été publié en procédure ordinaire* » confirmé sur point par l'arrêt 2C_50/2022 du 6 novembre 2023. D'ailleurs, cette pratique est désormais codifiée par l'art. 56 al. 5 AIMP-2019, voire 56 al. 4 LMP, lesquelles ne sont pas directement applicables au cas d'espèce puisqu'elles sont entrées en vigueur pour le canton de Vaud après les décisions d'adjudications attaquées (art. 64 al. 1 AIMP-2019) (**consid. 4.2**).

Le Tribunal fédéral poursuit son raisonnement en observant que les associations professionnelles recourantes n'ont pas pour objectif de déposer des offres pour elles-mêmes dans le cadre de procédure de soumission. Elles n'entendent pas non plus recourir pour leur propre compte. Aussi, la question précise à trancher est celle de savoir si l'autorité intimée devait leur reconnaître une qualité pour recourir particulière « dans l'intérêt de leurs membres » qui seraient, selon elles, forcément aptes à fournir les prestations demandées aux adjudicataires et seraient, ainsi, des soumissionnaires potentiels (**consid. 4.3**).

Cette question étant posée, le Tribunal fédéral rappelle les conditions générales de recevabilité d'un recours dit « corporatif égoïste », telles qu'elles ont été fixées par la jurisprudence « désormais ancienne » (ATF 28 I 235, consid. 1) confirmée récemment (ATF 145 V 128, consid. 2.2). Il faut ainsi que l'association recourante « *ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel.* » (**consid. 4.4**).

Les associations professionnelles sont soumises aux mêmes règles lorsqu'elles souhaitent recourir contre une décision d'adjudication, notamment dans l'éventualité où le marché a été attribué de gré à gré. A cet égard, le Tribunal fédéral rappelle qu'au moment de la procédure de consultation portant sur la révision de la LMI, l'Union suisse des arts et métiers (USAM), l'Union suisse des professions libérales (USPL) et la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) avaient proposé d'introduire un droit de recours légal en faveur des organisations professionnelles contre des décisions restreignant illégalement l'accès au marché. Cette proposition n'avait pas été retenue, au profit du recours corporatif égoïste dont les conditions devaient être remplies pour établir la qualité pour recourir. Seule la Commission fédérale de la concurrence (COMCO), qui peut donc faire constater qu'une décision (cantonale ou communale) relevant le cas échéant des marchés publics, restreint indûment l'accès au marché s'était vu attribuer un tel droit (cf. art. 9 al. 2^{bis} LMI ; Message LMI 2005, FF 2005 421, p. 445) (**consid. 4.5**).

Le Tribunal fédéral tire de l'application combinée des règles fondant la qualité pour agir des associations professionnelles en matière de marché public (cf. consid. 4.2 et 4.4) et du refus du législateur d'introduire un droit inconditionnel légal de recours des associations professionnelles (cf. consid. 4.5) – qu'il incombait aux recourantes d'établir, à tout le moins de rendre vraisemblable, qu'une majorité ou une grande proportion de leurs membres auraient été concrètement intéressés par les marchés publics adjugés. Puisqu'elles ne l'ont pas fait, alors qu'il leur incombait d'alléguer les faits propres à fonder leur qualité pour agir. Faute de l'avoir fait, le Tribunal cantonal n'a pas violé le droit en leur déniaient la qualité pour agir (**consid. 4.6**).

D'autre part, le Tribunal fédéral stigmatise encore l'allégation insuffisante des recourantes suivant laquelle leurs membres tous architectes, ingénieurs ou ingénieurs spécialisés diplômés seraient forcément tous capables de déposer un dossier en vue de la réalisation des prestations confiées de gré à gré dans la situation rencontrée. Il leur incombait d'alléguer et *a fortiori* de rendre plausibles que la majorité de leurs membres auraient concrètement été aptes et prêts à participer auxdits marchés en déposant une soumission au cas où des appels d'offres avaient été publiés. Le Tribunal fédéral reconnaît que ces conditions peuvent être « assez difficiles à remplir ». Cela ne justifie toutefois pas de déroger aux conditions habituelles de recevabilité du recours corporatif et du recours contre les décisions d'adjudications de gré à gré désormais codifiées par la loi (cf. l'art. 56 al. 5 AIMP-2019 et 56 al. 4 LMP). A cette rigueur, le Tribunal fédéral propose quelques palliatifs, comme la possibilité conservée pour les membres des recourantes de recourir individuellement, c'est-à-dire hors l'égide des associations recourantes. A cet égard, le Tribunal fédéral écarte l'argument des recourantes dénonçant le risque de perdre toute chance d'obtenir le marché en incommodant l'entité adjudicatrice par un recours. En effet, le recours corporatif égoïste n'a pas pour but de préserver l'anonymat des recourantes. D'autre part, les associations et leurs membres pouvaient saisir la Commission de la concurrence pouvant elle faire usage de son droit de recours autonome prévu par l'art. 9 al. 2bis LMI. Enfin le Tribunal fédéral tance les recourantes en leur rappelant que leur rôle consiste moins à s'en prendre à des décisions individuelles, qu'à contester en amont les éventuelles normes légales susceptibles de porter atteinte aux intérêts de ses membres. D'ailleurs les conditions du recours abstrait contre une norme légale est soumis à des exigences de recevabilité moins strictes, y compris lorsqu'il est question de norme cantonale relevant du domaine des marchés publics (p. ex. arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021, consid.1.4.1) (**consid. 4.7**).

Le Tribunal fédéral en conclut que la décision attaquée ne prive pas indûment les recourantes de leur qualité pour recourir de façon contraire à l'art. 89 al. 1 LTF, en lien avec l'art. 111 al. 1 LTF et à la jurisprudence développée à leur appui. Puisque les recourantes n'ont pas taxé d'arbitraire ce résultat en se prévalant d'une application non-moins arbitraire de l'art. 75 LPA-VD – qui se serait montré plus généreuse s'agissant de la qualité pour recourir des associations professionnelles suivant le Tribunal fédéral – celui-ci n'examine pas ce grief.

Le deuxième grief invoqué par les recourantes lié à la violation du droit au juge garanti par l'art. 29a Cst. supposément violé du fait que les conditions de recevabilité du recours corporatif égoïste contre les décisions d'adjudication de gré à gré seraient « impossibles à remplir » ne trouve pas non plus d'écho favorable auprès du Tribunal fédéral (**consid. 5**).

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord les principes jurisprudentiels établissant le droit au juge à toutes les matières résultant de l'art. 29a Cst., ce qui le distingue de l'art. 6 CEDH qui le limite aux contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil et aux accusations en matière pénale. Le droit au juge n'existe que si le litige est en rapport avec une position juridique individuelle digne de protection, cela pour éviter les recours populaires. Le droit au juge n'existe que si les règles de procédure en vigueur – dont les règles de recevabilité – sont respectées. Seule l'entrave excessive à l'accès au juge est prohibée (**consid. 5.1**).

Tel n'est pas le cas dans la situation en cause où le Tribunal cantonal vaudois a déclaré le recours irrecevable par une « juste application des règles ordinaires de recevabilité des recours dirigés contre des décisions relevant du droit public ». En tout état, « *le droit au juge de l'art. 29a Cst. ne vise pas à protéger les associations professionnelles déclarant interjeter un recours dans l'intérêt de la majorité, voire seulement d'un grand nombre de leurs membres, mais qui s'avèrent en pratique être incapables de le démontrer, voire seulement de le rendre plausible* » (**consid. 5.2**).

Le droit au juge de l'art. 29a Cst. n'a donc pas été violé (**consid. 5.3**).

Le dernier grief de la violation d'être entendues des recourantes, déduit de l'art. 29 al. 2 Cst., est enfin écarté par le Tribunal fédéral.

Les recourantes plaidaient que le Tribunal cantonal aurait précédemment toujours admis la qualité pour recourir des associations professionnelles s'en prenant aux décisions d'adjudication de gré à gré. Il aurait ainsi fallu spécifiquement les interpellé à ce sujet avant de rendre la décision attaquée (**consid. 6**).

Le Tribunal fédéral écarte ce grief en observant que le droit d'être entendu sur une question juridique n'existe que si l'autorité entend se fonder sur une norme légale dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsque l'autorité jouit d'un pouvoir d'appréciation particulièrement large (ATF 145 I 167, consid. 4.1 et les réf.).

Tel n'est pas le cas ici puisque l'irrecevabilité du recours procède de la combinaison de jurisprudence du tribunal fédéral largement connues et publiées (*cf. supra* consid. 4.2 et 4.4). Implicitement, il ne s'agit donc pas d'une situation imprévisible pour les recourantes, cela d'autant plus qu'elles ont spécifiquement été interpellées par le juge instructeur de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois évoquant des doutes sur leur

qualité pour agir. Elles ont donc été mises en mesure de s'exprimer sur ce problème (**consid. 6.2**).

Le Tribunal fédéral en tire que le droit d'être entendues des recourantes n'a pas été violé. Cela étant si les recourantes voulaient se plaindre d'un changement de jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois, elles se devaient d'aborder ce thème sous l'angle de la protection de la bonne foi, ce qu'elles n'ont pas fait et que le Tribunal fédéral n'a donc pas à examiner d'office (**consid. 6.2 i.f.**).

Le caractère infondé des trois griefs des recourantes amène au rejet de leur recours en matière de droit public, respectivement à l'irrecevabilité de leur recours constitutionnel subsidiaire (**consid. 7**), le tout avec suites de frais et dépens (**consid. 8**).

III. Analyse

L'arrêt commenté établit les conditions relatives la qualité pour recourir à remplir, par une association professionnelle, pour pouvoir s'en prendre à une décision d'adjudication rendue en procédure de gré à gré, après que le Tribunal fédéral identifie une question juridique de principe sur ce sujet¹.

Le soumissionnaire évincé ayant une chance d'obtenir le marché en procédure ouverte ou sélective et le pollicitant potentiel « crédible » laissé pour compte lors d'une adjudication de gré à gré bénéficient de la qualité pour recourir en matière de marché public². Une association, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, ni pouvoir se prévaloir d'un droit de recours légal, ne peut être admise à recourir que pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel³. Elle ne peut en revanche pas prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou un petit nombre d'entre eux à défaut de quoi elle tombe dans l'action populaire⁴.

Si ces principes jurisprudentiels sont solidement ancrés dans la pratique, le Tribunal fédéral n'en avait pas encore réalisé l'application combinée pour résoudre la question posée par l'arrêt. On trouvait ainsi des pratiques cantonales et du Tribunal administratif fédéral variables⁵.

Ne sont désormais admises à agir contre les décisions d'adjudications par la voie du recours en matière de droit public – pour autant que les autres conditions de recevabilité de cette voie

¹ Sur la notion de « question juridique de principe », voir notamment : AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *in* Commentaire de la LTF, 3^e éd. Berne, 2022, no 91 ss ad art. 83 LTF ; POLTIER ETIENNE, *Droit des marchés publics*, 2^e éd., Berne 2023, no 909 ss ; ATF 146 II 276, consid. 1.2.1 ; 2C_222/2023 du 19 janvier 2024, c. 1.3.

² Cf. parmi d'autres : ATF 141 II 14, consid. 4.1 ; arrêt 2D_1/2024 du 1^{er} mars 2024, consid. 1.2. Spécifiquement en matière de procédure de gré à gré : ATF 137 II 313, consid. 3.3.2 ; arrêt du TF 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, consid. 5.3.

³ Parmi d'autres, sur le recours corporatif « égoïste » : ATF 146 I 62, consid. 2.3.

⁴ ATF 142 II 80, consid. 1.4.2 ; 137 II 40, consid. 2.6.4 et les arrêts cités.

⁵ Pour un panorama des décisions des tribunaux cantonaux : JAQUIER MANUEL, *Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics. Etude de droit suisse et européen*, thèse Fribourg, Genève, etc. 2018, no 814. Plus récemment, arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 22 69 du 3 août 2022, résumé in RVJ/ZWR 2023, p. 22 ss ; arrêt de l'*Appellationsgericht* du Canton de Bâle-Ville VD.2017.121 du 24 septembre 2017. Pour un cas soumis au Tribunal administratif fédéral : arrêt B-3595/2021 du 3 janvier 2022, annoté in SJZ/RSJ 9/2022, p. 455.

de droit soient remplies – que les associations rendant plausibles que la majorité ou un grand nombre de leurs membres sont aptes et disposés à soumissionner pour le marché public concerné.

Le Tribunal fédéral est bien conscient du caractère « assez difficiles à remplir » (consid. 4.7), pour ne pas dire « hors de portée » – comme l’avait anticipé la doctrine⁶ – de ces conditions désormais fixées par l’arrêt analysé.

La Haute Cour n’y voit pourtant que la consécration des travaux parlementaires ayant voulu réserver un droit de recours autonome à la Commission fédérale de la concurrence et en priver les autres collectivités.

A l’heure d’écrire ces lignes, dans l’affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l’homme a constaté une violation de l’article 6 § 1 CEDH, par la Suisse, liées aux difficultés d’accès au tribunal d’une association agissant, contre les menaces liées au changement climatique, pour le compte de ses membres⁷. Ceux-ci ne remplissaient pas la qualité de victime aux fins de l’art. 34 CEDH, ce que l’association n’était pas elle-même tenue d’établir.

La Cour EDH a ainsi rappelé les critères propres à permettre à une telle association d’accéder au Tribunal sans tomber dans l’*actio popularis* devant demeurer irrecevable⁸ :

- avoir été légalement constituée dans le pays concerné ou avoir la qualité pour agir dans ce pays ;
- être en mesure de démontrer qu’elle poursuivait un but spécifique, conforme à ses objectifs statutaires, dans la défense des droits fondamentaux de ses adhérents ou d’autres individus touchés dans le pays concerné, en se limitant ou non à l’action collective pour la protection de ces droits contre les menaces liées au changement climatique ; et
- être en mesure de démontrer qu’elle pouvait être considérée comme véritablement représentative et habilitée à agir pour le compte d’adhérents ou d’autres individus touchés dans le pays concerné dont la vie, la santé ou le bien-être, tels que protégés par la Convention, se trouvaient exposés à des menaces ou conséquences néfastes spécifiques liées au changement climatique.

Rapporté à l’invocation de l’art. 6 § 1 CEDH, une association de défense de l’environnement qui se fonde sur cette disposition doit démontrer que le litige où le grief, relevant des droits fondamentaux, soulevé par elle a un lien suffisant avec un droit particulier de caractère civil dont elle peut elle-même se prévaloir au regard de sa législation interne. Eu égard à la dimension collective de la protection de l’environnement et au rôle important des associations à cet égard, la Cour EDH a considéré que l’association recourante pouvait se plaindre d’un défaut de mise en œuvre des mesures d’atténuation du changement climatique prévues par le droit interne. Faute de telles mesures, elle en a conclu à une violation par la

⁶ POLTIER ETIENNE, op. cit., no 840 ; JAQUIER MANUEL, op. cit., no 814.

⁷ Arrêt de Grande Chambre de la Cour EDH dans l’affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* (requête n° 53600/20).

⁸ Puisque les personnes physiques recourantes avaient la qualité pour recourir en vertu de l’art. 89 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si l’association pouvait recourir en tant que telle (arrêt du TF 1C_37/2015, consid. 1, non reproduit in ATF 146 I 145).

Suisse de ses obligations conventionnelles liées à l'art. 6 § 1 CEDH n'examinant pas la question de l'accès aux tribunaux de l'association.

Ces considérants ne paraissent pas s'appliquer à une association professionnelle susceptible de se plaindre de la violation de la garantie de l'accès au juge de l'art. 6 CEDH dans le cadre d'une procédure de marchés publics⁹.

Le droit des marchés publics vise principalement à l'utilisation économique des deniers publics, sauf à dire qu'il y intègre désormais (de manière toujours plus importante) des critères écologiques et sociaux dans une perspective de durabilité de l'acquisition de travaux, de fourniture ou de services publics par la collectivité.

De façon générale, les réflexions développées par la Cour EDH dans l'arrêt évoqué ci-dessus semblent propres au domaine de la protection de l'environnement en tant que valeur d'intérêt général mettant en jeu des questions de vie, de santé et de bien-être général. Comme établi ci-dessus, les buts visés par le droit des marchés publics n'ont (principalement) pas trait à des biens de cette nature, de sorte que les principes spécifiques au droit de l'environnement ne peuvent pas être transposés « sans autre » au domaine des marchés publics. Il ne paraît pas non plus qu'une association professionnelle ait principalement pour vocation de préserver l'environnement.

Il paraît ainsi que le régime ordinaire de la recevabilité du recours d'une association professionnelle aux conditions fixées par le Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté continuera de s'appliquer. Ainsi, une telle association ne sera fondée à se plaindre d'une violation de l'art. 6 § 1 CEDH que dans les litiges portant sur leurs propres droits de caractère civil, en d'autres termes si l'issue de la procédure est directement déterminante pour elle-même au regard de la législation interne.

Le caractère civil des litiges de marchés publics est clairement rempli suivant la jurisprudence de la CEDH¹⁰. La jurisprudence du Tribunal fédéral a également admis que le respect du droit des marchés publics était de nature à constituer un intérêt juridiquement protégé¹¹. A titre d'exemple, il a ainsi jugé que l'art. 6 § 1 CEDH était applicable aux procès en responsabilité civile contre l'Etat pour refus d'adjudication des travaux¹², soit pour les adjudications « illicites ».

En revanche, la condition de l'issue de la procédure « directement déterminante » au regard de la législation interne pour une association professionnelle exigée par la jurisprudence de la Cour EDH ne paraît pas plus large que la démonstration de l'aptitude et de la disposition de la majorité ou d'un grand nombre de membres à soumissionner pour le marché concerné exigée par la jurisprudence fédérale. Il est rappelé que la garantie de l'art. 29 al. 2 Cst. n'existe que si le litige est en rapport avec une position individuelle digne de protection.

⁹ Sur l'applicabilité de l'art. 6 CEDH aux contentieux des marchés publics : ZIEGLER ANDREAS R., L'importance de l'article 6 CEDH dans la procédure de recours dans le cadre des marchés publics en Suisse, *in* AJP/PJA 3/2011, p. 339 ss.

¹⁰ POLTIER ETIENNE, *op. cit.*, no 752.

¹¹ ATF 125 II 86, c. 4 ; pour un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour EDH appliquant l'art. 6 CEDH à une question ressortant du droit des marchés publics : affaire Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni, 10 juillet 1998, § 72, Recueil 1998-IV).

¹² ATF 126 I 144.

L'arrêt rendu dans l'affaire *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* ne devrait ainsi pas amener, dans un avenir proche, à un revirement de jurisprudence sur les principes fixés dans l'affaire 2C_196/2023 commenté.

L'association professionnelle avisée veillera ainsi à privilégier les mécanismes proposés par le Tribunal fédéral, pour atténuer la rigueur des règles jurisprudentielles ainsi fixées, à savoir la dénonciation de la situation à la Commission de la concurrence pour qu'elle recoure pour faire constater l'illégalité des adjudications, l'action contre un acte normatif ¹³ ou encore l'invocation de l'application arbitraire du droit cantonal ou du droit à la protection de la bonne foi mise à mal par un changement de pratique en fonction des régimes des droits cantonaux concernés.

¹³ Pour un exemple, arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice du Canton de Genève ACST/3/2023 du 16 février 2023, consid. 2