

Question juridique de principe en matière de marchés public

Journée de formation continue à Neuchâtel, le 12 septembre 2023

Chambre des avocats spécialistes FSA
en droit de la construction et de l'immobilier

Dr. Stefan Scherler
Ulrich Keusen

1

1

Table des matières

1. Introduction, Remarques préliminaires
2. Point de départ
3. Pour mémoire
4. La formule du TF: décomposée en ses éléments
5. Obligation d' exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée
6. Cas d'application
7. Conclusion



Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

2

2

Introduction, Remarques préliminaires

Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

3

3

Point de départ – restrictions à l'accès

Restrictions légales à l'accès au Tribunal fédéral selon le Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale :

La réforme de la justice prévoit les innovations suivantes: (...) Trois sortes d'exceptions pourront être prévues: il sera possible de prévoir

- **une valeur litigieuse**
- sous réserve des **questions juridique de principe**,
- **d'exclure des domaines déterminés** de la compétence du Trib. fédéral
- et de prévoir une **procédure simplifiée** pour liquider les recours manifestement infondés.

Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

4

4

Point de départ – restrictions à l'accès

Les exceptions s'appliquent quel que soit le droit applicable.

Qu'une décision ait été rendue sur la base du **droit public fédéral** ou du **droit public cantonal**, elle est exclue du recours au Tribunal fédéral dès qu'elle tombe sous le coup d'une des exceptions.

(FF 2001 4119)

5

Pour mémoire

Où les questions juridiques de principe existent-elles encore dans la LTF ?

- | | |
|-------------------------------------|---|
| – Art. 20 Composition | à cinq juges |
| – Art. 42 Mémoires | il faut exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée |
| – Art. 74 Recours en matière civile | valeur litigieuse non atteinte «... recours est recevable, si ...»
[non cumulatif] |
| – Art. 83 lit. m | sursis de paiement de taux |
| – Art. 83 lit. w | droit d'électricité |
| – Art. 83 lit. x | contributions de solidarité au sens des mesures de coercition
à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux |
| – Art. 84a | matière d'assistance administrative internationale en matière
fiscale |
| – Art. 85 | contestations pécuniaires de droit public |
| – Art. 109 | Le refus d'entrer en matière sur les recours à trois juges |

6

Pour mémoire

Art. 83 Exceptions (1.1.2007 **jusqu'à fin 2020**)

Le recours est irrecevable contre: (...)

f. les décisions en matière de marchés publics:

1. si la valeur estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics,
2. si elles ne soulèvent pas une **question juridique de principe**;

Pour mémoire

Art. 83 Exceptions (**à partir de 2021**)

Le recours est irrecevable contre: (...)

f. les décisions en matière de marchés publics:

1. si elles ne soulèvent pas de **question juridique de principe**; sont réservés les recours concernant des marchés du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal fédéral des brevets, du Ministère public de la Confédération et des autorités judiciaires supérieures des cantons, ou
2. si la valeur estimée du marché à adjuger est inférieure à la valeur seuil déterminante visée à l'art. 52, al. 1, et fixée à l'annexe 4, ch. 2, de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics;

Pour mémoire

Révision de l'art. 83, let. f, en raison de la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) (FF 2017 1695)

- Maintien de la validité cumulative des deux conditions
- Pas de changement dans la notion de "questions juridiques de principe".

→ En même temps révision totale de l'AIMP

« La formule » du Tribunal fédéral

Selon la jurisprudence, la présence d'une question juridique de principe suppose que la décision en cause **soit importante pour la pratique**; cette condition est en particulier réalisée lorsque les instances inférieures doivent traiter de **nombreuses causes analogues** ou lorsqu'il est nécessaire de trancher une question juridique **qui se pose pour la première fois** et qui donne lieu à une **incertitude caractérisée**, laquelle appelle de **manière pressante un éclaircissement** de la part du Tribunal fédéral. Une question juridique de principe peut également se poser lorsque le Tribunal administratif fédéral **s'écarte de la jurisprudence** du Tribunal fédéral suivie jusque-là. Il faut en tous les cas qu'il s'agisse d'une question juridique d'une **portée certaine pour la pratique**. Comme le Tribunal fédéral n'a pas pour fonction de trancher des questions abstraites, il faut, pour que le recours soit recevable (...), que la question soulevée par la partie recourante **soit déterminante pour l'issue du litige**.

La formule du TF: décomposée I

(...) question juridique (...) le domaine des marchés publics (...)

- question juridique – non pas une question de fait
- domaine des marchés publics – confédération ou canton

La formule du TF: décomposée II

(...) soit importante pour la pratique; cette condition est en particulier réalisée lorsque les instances inférieures doivent traiter de **nombreuses causes analogues**

La formule du TF: décomposée III

(...) ou lorsqu'il est nécessaire de trancher une question juridique qui **se pose pour la première fois** et qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral

La formule du TF: décomposée IV

(...) le Tribunal fédéral n'a pas pour fonction de trancher des questions abstraites (...) il faut, que la question soulevée par la partie recourante soit **déterminante** pour l'issue du litige

– Il ne suffit pas que la question puisse être soulevée à partir du contexte ou qu'un obiter dictum soit ainsi avisé

Obligation d' exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée



Art. 42 Mémoires

² Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que lorsqu'il soulève une **question juridique de principe** ou qu'il porte sur un cas particulièrement important pour d'autres motifs, **il faut exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée.**

Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

15

15

Obligation d' exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée



Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions, qui sont cumulatives. En matière de marchés publics cantonaux, un recours constitutionnel subsidiaire peut toujours être déposé si les conditions de l'art. 83 let. f LTF ne sont pas réunies.

La recourante ne prétend pas que son recours soulèverait une question juridique de principe et une telle question n'apparaît pas d'emblée clairement. C'est par conséquent à juste titre qu'elle a choisi la voie du recours constitutionnel subsidiaire.

Cons. 1.1. de l'Arret du 30 août 2021 (2D_12/2021)

Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

16

16



Obligation d' exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée

(...) qu'il appartient à la partie recourante de démontrer (cf. art. 42 al. 2 LTF; [ATF 141 II 113](#) consid. 1.2), à moins que celles-ci ne s'imposent avec évidence (...)

- Obligation juridique pas seulement devoir de diligence
- Attention : toujours garder à l'esprit l'effet suspensif

Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

17

17



Appel incident – « stand still »

Pas de "stand still" après le jugement de la dernière instance cantonale ou tribunal administratif fédéral, donc :

- agir immédiatement (sans délai !)
- dénonciation à l' adjudicateur
- En plus du recours (TF 2C_1080/2017 !) demander des mesures provisionnelles, faire interdire la conclusion du contrat à titre superprovisionnel
- la simple annonce et/ou la réserve d'une motivation à fournir ne suffisent pas
- Pas de vacances judiciaires ! Même pour les procédures introduites selon "l'ancien droit" (TF 2C_654/2022)

Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

18

18

Cas d'application - Jurisprudence du TF

Une petite statistique¹ (en langue français ; depuis 2019 ; sans garantie)

Procédures d'adjudication relevant du droit fédéral (LMP, OMP):

- 0 procédures :

Procédures d'adjudication régies par le droit cantonal (AIMP):

- 18 procédures: 13 non-entrées en matière

dont 8 traitées comme recours constitutionnels subsidiaires

2 entrées en matière

3 cas spéciales, concessions / gestion d'un hôtel

(¹site du TF, recherche:"marché public" Art. 83 let. f LTF)

Cas d'application - Jurisprudence du TF

Conclusions



Exposé Stefan Scherler et Ulrich Keusen, Neuchâtel, 13 septembre 2023

21