

A1 13 249

ARRÊT DU 9 AOÛT 2013

**Tribunal cantonal du Valais
Cour de droit public**

Composition : Jean-Pierre Zufferey, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges,

en la cause

PROMOTION SANTÉ VALAIS, recourante

contre

SERVICE DE PROTECTION DES TRAVAILLEURS ET DES RELATIONS DU TRAVAIL (SPT), autorité attaquée

(inscription sur une liste d'adjudicateurs)

recours de droit administratif contre la décision du 25 mars 2013

Faits

A. Le canton du Valais a adhéré à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, modifié le 15 mars 2001 (AIMP), dont le but est d'assurer l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1 al. 1). Ce concordat assujettit aux dispositions des accords internationaux les cantons, les communes de même que les autres collectivités de droit public dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel, voire d'autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales lorsqu'elles adjudgent des marchés publics, singulièrement des projets ou prestations qui sont subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds publics (art. 8 al. 1 let. a et al. 2). La loi d'adhésion du 8 mai 2003 (Lmp ; RS/VS 726.1), reprenant en cela une modalité que connaissait déjà la loi qui la précédait (art. 5 let. c de la loi du 23 juin 1998 – RO/VS 1998 p. 165), dispose que les adjudicateurs au sens de cette loi sont les organismes ou entreprises opérant dans les secteurs de la santé, du social, (...) et qui figurent sur une liste établie par le Service social de protection des travailleurs et des relations du travail (SPT), liste approuvée par le Conseil d'Etat (art. 6 al. 1 let. c Lmp).

Le site internet de l'Etat du Valais recense à sa rubrique « Marchés publics » dans la liste des entités adjudicatrices, pour le domaine Santé-Social, la Ligue valaisanne contre les maladies pulmonaires et pour la prévention, à B_____. Cette inscription remonte à une publication du xxx 2007 (B.O. n° xxx p. xxx), décision que n'a pas contestée cette association alors qu'elle estimait dans une lettre du 26 septembre 2006 ne pas avoir à y figurer parce qu'elle n'était pas assujettie au droit des marchés publics.

B. Cette association de droit privé, qui avait modifié ses statuts le 25 mai 2010 et adopté le nom de Promotion Santé Valais (PSV), a demandé au SPT son retrait de la liste le 24 février 2011 de manière à éviter que toutes ses activités soient soumises à la législation sur les marchés publics, ce qui lui paraissait excessif, ne contestant pas devoir observer ces prescriptions dans celles de ses tâches où elle recevrait 50 % de subventions.

Statuant le 24 août 2011, le SPT a rejeté cette demande au motif que la requérante ne faisait pas valoir de modifications de circonstances depuis qu'avait été prise la décision rendue notoire le 21 décembre 2007 ; au fond, il a confirmé que PSV, qui opérait dans le domaine de la santé, tombait clairement dans le champ d'application de l'article 6 al. 1 let. c Lmp au vu du but d'intérêt général qu'elle poursuivait et des liens étroits que cette corporation entretenait avec l'Etat ; selon lui, l'importance des subventions reçues au sens de la let. e de l'article 6 n'entraîne pas en ligne de compte pour les organismes inscrits au vu de la let. c de cette disposition.

Révoquant cette décision qu'il avait munie de la voie du recours auprès du Conseil d'Etat, le SPT en a porté une de même teneur, le 25 mars 2013, la déclarant susceptible d'un recours auprès du Tribunal cantonal.

C. Le 12 avril 2013, PSV a conclu céans, sous suite de frais et de dépens, principalement à l'annulation de cette décision qui lui avait été communiquée le 8 avril 2013 et au retrait de son nom de la liste tenue par le SPT, subsidiairement au renvoi de la cause à cette autorité pour nouvelle décision. Elle invoque à l'appui de son recours de droit administratif l'absence de notification personnelle en 2007, l'abus du pouvoir d'appréciation consistant à soumettre toutes ses activités aux exigences des marchés publics alors que 80 % de ses ressources sont privées. Elle se plaint encore d'une violation de sa liberté économique, aucun intérêt public n'imposant une pareille intervention dans ses activités, et l'apport des complexités supplémentaires dues au droit des marchés publics dans sa gestion de fonds privés. Admettant l'application de ce droit lors de l'exécution de tâches subventionnées, elle se réserve de produire un mémoire supplémentaire détaillé sur son argumentation juridique.

Le SPT a déposé son dossier le 13 mai 2013 ; il a conclu au rejet du recours en renvoyant aux motifs de sa décision, ajoutant que le principe de la légalité primait sur les griefs exposés et que les circonstances n'avaient pas varié depuis 2007.

Ces observations n'ont pas suscité de remarques de la recourante de sorte que l'instruction s'est close à fin mai 2013.

Considérant en droit

1.1 On peut admettre que la décision d'inscription que porte le SPT en exécution de l'article 6 al. 1 let. c Lmp, même si elle ne ressortit pas aux types prévus en l'article 15 al. 1bis AIMP, peut faire l'objet d'un recours de droit administratif céans, et que ce prononcé est au surplus de dernière instance cantonale au sens de l'article 72 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) puisque le recours hiérarchique ordinaire de l'article 43 LPJA ne saurait s'exercer auprès du Conseil d'Etat qui, en certaines circonstances, approuve les choix du SPT au sujet de la composition de la liste des adjudicateurs. Le mémoire du 12 avril 2013 respecte au surplus les formes voulues par les articles 80 al. 1 let. a-c, 44 al. 1, 46 et 48 LPJA, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

1.2 PSV se plaint que la décision de 2007 ne lui a pas été notifiée personnellement, ce qui la rendrait irrégulière et dépourvue d'effet. La législation topique n'instaure toutefois pas de mécanisme d'inscription ou de mise à l'écart d'une entité sur une liste de sorte que l'on ne voit pas que le principe de la notification d'une décision à chaque intervenant dans le sens de ce que prévoit l'article 29 al. 1 LPJA soit applicable dans le cas où il s'agit d'informer le public et non pas de statuer sur les droits d'un administré. Il est dès lors douteux, par analogie avec ce qui prévaut dans le domaine voisin des inscriptions sur les listes permanentes (cf. art. 7 à 12 de l'ordonnance du 11 juin 2003

– RS/VS 726.101) que l'entité concernée ait droit à une communication personnelle d'inscription de cet acte déclaratoire, même si elle s'est opposée à la solution envisagée durant la consultation préalable.

Au demeurant, l'article 31 LPJA dit qu'une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour une partie, situation qui n'immunise cependant pas la partie contre les conséquences d'une inaction. En effet, l'intéressé doit agir selon les modalités décrites lorsqu'il prend connaissance de l'acte qui le concerne ou du moins agir dans un délai raisonnable (Th. Tanquerel, Manuel de droit administratif, n° 1576). Dans le cas particulier, il est vraisemblable que PSV a eu connaissance de la décision qu'elle critique, et qui était attaquant par un recours, dès qu'elle a été insérée au B.O. ; de plus, au 24 février 2011, elle a sollicité sa radiation et n'a pas contesté son inscription par le biais du recours qu'indique en pied cette liste. Il est donc manifeste qu'à l'heure actuelle PSV n'est plus habilitée à se prévaloir de vices éventuels dans la notification de la décision de 2007.

2. La recourante n'évoque pas le fait que le principal motif de rejet de la demande tient à l'absence de modification de circonstances entre 2007 et 2011, soit que les conditions d'une reconsidération au sens de l'article 33 al. 2 LPJA n'étaient pas remplies. Ceci ne saurait lui nuire, du moment que l'autorité n'a pas tiré de cette analyse un refus d'entrer en matière ou une irrecevabilité, mais un rejet qui confirme sa décision précédente et y ajoute une motivation que ne comportait pas le simple établissement de la liste de décembre 2007. La nouvelle décision de rejet est donc susceptible de recours au fond (P. Moor/E. Poltier, Droit administratif, vol. II, 3^e éd., p. 403 ; P. Zen-Ruffinen, Abrégé de droit administratif, 2^e éd., n° 1473).

3.1 La recourante argue, à cet égard, de ce que son inscription constituerait une entrave excessive à sa liberté économique, la soumission de ses activités aux marchés publics en vertu des lettres d (activités publiques déléguées sans but commercial) et e (activités subventionnées à 50 %) de l'art. 6 al. 1 Lmp suffisant à protéger les intérêts publics voulus par le dispositif applicable aux marchés publics, sans que se justifie l'atteinte, supplémentaire et exagérée, que lui cause le fonctionnement en toutes circonstances, surtout dans ses propres activités relevant du droit privé, des mécanismes prévus par cette législation.

3.2 La liberté économique garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale (RS 101) comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique privée et son libre exercice. Toute association de droit privé n'est cependant pas ipso facto au bénéfice de cette liberté puisque, pour les activités assujetties au droit public, la personne morale qui les exerce ne peut se prévaloir de ce droit fondamental (E. Grisel, Liberté économique, 2006, N 415 ; J.-F. Aubert/P. Mahon, Petit commentaire, N 6 ad art. 27) ; il en va ainsi pour les particuliers délégataires d'une tâche publique (Grisel, op. cit., N 432).

Dans le cas d'espèce, les statuts de l'association de droit privé ne précisent pas que son but premier est la poursuite d'une activité lucrative privée puisque la version de cet

acte daté du 25 mai 2011 déposée en cause indique au contraire le but non lucratif que vise l'association (art. 1 al 1) et la convention passée avec le département compétent dans le domaine de la prévention et de la promotion de la santé (art. 3 al. 1 let. a et al. 3 2^e point) ; ils citent encore dans les ressources de l'association celles qui proviennent du fonds cantonal pour la promotion de la santé et les subventions accordées par les pouvoirs publics (art. 16 let. c et d), outre les cotisations de membres dont font partie d'office divers acteurs publics (art. 4 al. 1) qui ont droit à leur délégué dans le comité (6 sur 9 ; art. 9 al. 4 ; cf. aussi les pages « Historique » et « Comité » du site internet de la Ligue pulmonaire-Valais). On doit inférer de ces éléments et de la teneur des dispositions légales en la matière (art. 95 de la loi du 14 février 2008 sur la santé – RS/VS 800.1, et art. 4 à 11 de l'ordonnance du 4 mars 2009 sur la promotion de la santé et la prévention des maladies et des accidents – RS/VS 801.100), que la qualité de l'association recourante pour bénéficier erga omnes de la liberté invoquée est douteuse. Eu égard à ce qui suit, il n'est toutefois pas nécessaire de trancher présentement cette question.

3.3 PSV admet en effet que des restrictions soient apportées à cette liberté, restrictions soumises aux conditions générales prévues par l'article 36 de la Constitution fédérale soit, en particulier, selon la gravité de l'atteinte, leur inscription dans une base légale (al. 1), une justification par un intérêt public (al. 2), et le respect du principe de proportionnalité de la restriction choisie par rapport au but visé (al. 3 ; Aubert/ Mahon, op. cit., N 13 ss ad art. 27).

3.3.1 S'agissant de la légalité de la restriction, savoir l'inscription sur une liste d'adjudicateurs de toutes les organisations et institutions qui opèrent dans le secteur de la santé, elle ressort de l'article 6 al. 1 let. c Lmp, sans que cette exigence ait suscité de discussion lors des travaux ayant conduit à son adoption (BSGC de mars 2003, p. 288 ss, spéc. p. 303 et 306) ni ait été critiquée par ailleurs (cf. D. Esseiva, Entités adjudicatrices privées, DC 2/1999 p. 49 et J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, p. 77 ; M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, p. 58 ss et N 415 p. 197). La recourante admettant expressément l'existence de cette base légale, il est superflu de discuter la gravité de l'atteinte que porte à PSV en elle-même son inscription d'office sur la liste des adjudicateurs et son obligation subséquente d'appliquer les règles de passation des marchés instaurées par l'AIMP ou la Lmp dans toutes ses mises en soumission.

3.3.2 L'assujettissement à des règles de droit public de passation des marchés est évidemment d'intérêt public pour ceux des marchés de PSV qui découlent de tâches déléguées par la législation sur la santé et pour ceux qui sont subventionnés à hauteur de la limite prévue à l'article 6 al. 1 let. e Lmp. Pour le surplus, on ne voit pas en quoi le fait de soumettre l'exécution d'autres tâches entrant dans le cadre des statuts d'une association sans but lucratif et reconnue d'intérêt public, aux règles de l'AIMP, de la Lmp et de l'Omp sur des aspects tels que la concurrence efficace, l'égalité de traitement, l'impartialité, la transparence et l'utilisation parcimonieuse des fonds (cf. art. 1 al. 3 AIMP ; FF 1994 IV p. 1218) s'écarterait de l'intérêt public que promeut ordinairement l'application de ces règles dans les marchés assujettis par principe à l'AIMP. A tout le moins, la recourante ne cite aucun cas de marché où le fait d'avoir dû suivre les

règles de la Lmp aboutirait à un résultat qui commanderait de reconnaître, pour ceux de ses actes qu'elle souhaiterait ne pas être soumis à ce droit, par analogie avec les besoins des acteurs qui poursuivraient un but commercial ou industriel, une nécessité de lui permettre de s'écarter des obligations que lui impose concrètement la législation sur les marchés publics. Partant, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle prétend que, dans son cas et pour l'essentiel, l'application des règles sur les marchés publics ne poursuivrait aucun but d'intérêt public.

3.3.3 Lorsqu'elle argue que l'atteinte à sa liberté économique est disproportionnée, PSV ne donne à nouveau aucun exemple de situation où les règles sur les marchés publics qu'elle est tenue de suivre dans les tâches déléguées ou subventionnées la conduiraient à empêcher tout gain ou marge lui permettant de disposer des ressources utiles à sa gestion dans la passation de marchés en soi non soumis à la Lmp. On ne saurait dès lors dire sans plus que les incidences admissibles et proportionnées qui découlent de ce droit lorsqu'il règle la passation de marchés soumis à la Lmp se révéleraient ipso facto excessives, abruptes et exagérément contraires à la liberté économique lorsqu'elles visent une part de l'activité que l'association exerce conformément à ses statuts. En l'absence de démonstration tirée de l'un ou l'autre des secteurs publics ou privés dans lesquels exerce l'association, il n'est donc pas possible de dire que la soumission aux règles des marchés publics qui découle de l'inscription sur la liste aurait des effets admissibles, ou au contraire des incidences excessives, selon que la tâche est publique ou privée.

4.1 Il s'ensuit que le seul motif qu'invoque la recourante pour contester le maintien de son nom sur la liste des adjudicateurs cantonaux ne tient pas. Son recours est dès lors rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

4.2 Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge de la recourante (art. 89 al. 1 LPJA).

4.3 Compte tenu des critères d'appréciation et des limites des articles 13 alinéa 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8), l'émolument de justice est fixé à 1000 fr., débours compris (art. 11 LTar).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 1000 fr., sont mis à la charge de Promotion Santé Valais.
3. Le présent arrêt est communiqué à Promotion Santé Valais, et au Service de protection des travailleurs et des relations du travail (SPT).

Sion, le 9 août 2013