

NE_GERICHTE TA.2000.165 vom 9. Juli 2001

NE Tribunal cantonal, 2001-07-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2000.165

FR: NE_GERICHTE TA.2000.165 du 9 juillet 2001

IT: NE_GERICHTE TA.2000.165 del 9 luglio 2001

Erwägungen

E. 1

Le présent jugement sur moyen séparé a pour but de déterminer si la demande doit être, dans son principe, admise ou non.

E. 2

a) Comme l'a spécifié le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 novembre 1998 (ATF 125 II 91 cons.1d), le marché litigieux est régi par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; entré en vigueur pour le canton de Neuchâtel le 24.12.1996, v. RO 1996, p.3258 et loi du 26.06.1996 portant adhésion à l'AIMP, RSN 601.70). La loi cantonale du 23 mars 1999 sur les marchés publics (LCMP; RSN 601.72) n'entre en effet pas en considération dans la mesure où elle s'applique à toutes les procédures pour lesquelles l'appel d'offres a été effectué après le 1er octobre 1999 (art.48 al.1 LCMP). Or, l'appel d'offre a en l'espèce été publié au mois de mars 1997 (D.2/1). b) L'AIMP ne contient pas de règles relatives aux prétentions que peut faire valoir contre le pouvoir adjudicateur un soumissionnaire illicitement évincé. Le § 34 des Directives pour l'exécution de l'AIMP (ci-après : Directives) stipule certes que les adjudicateurs sont responsables des dommages qu'ils ont causés par une décision dont l'illégalité a été constatée par les instances de recours (al.1), responsabilité régie par le droit cantonal (al.3) et qui se limite aux dépenses subies en relation avec la procédure d'adjudication et de recours (al.2). Toutefois, tant la Cour de céans (ATA du 20.02.1998, cons.4b) que le Tribunal fédéral (ATF 125 II 99 cons.7a) ont retenu que les Directives n'ont pas de force juridiquement contraignante dans le canton de Neuchâtel. La doctrine considère par ailleurs que la responsabilité des entités adjudicatrices pour les actes illicites commis durant la passation d'un marché relève du droit public et non du droit privé (Clerc , L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, 1997, p.588-596). Dès lors, faute d'une réglementation spécifique découlant du droit des marchés publics, il y a lieu d'appliquer la législation cantonale ordinaire sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp, RSN 150.10). Cette solution correspond au demeurant aux avis exprimés sur ce sujet par la doctrine (Clerc , op.cit., p.603-604, Esseiva , in DC 2/99, p.60, Poltier , Les marchés publics : premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I, p.325).

E. 3

Selon l'article 5 al.2 LResp, la collectivité publique n'a pas à répondre des dommages résultant de décisions ou de jugements ayant acquis force de chose jugée. On ne saurait suivre la défenderesse lorsqu'elle s'appuie sur cette disposition pour se soustraire à toute obligation d'indemnisation, au motif que le Tribunal fédéral s'est limité à constater l'illicéité de la décision d'adjudication du 8 décembre 1997, sans annuler cette dernière, laquelle serait donc entrée en force. Il est exact que l'arrêt du 20 novembre 1998 était dépourvu

d'effet cassatoire (ATF 125 II 96 cons.5a et 103 cons.8). Cette particularité découle du fait qu'en matière de marchés publics, les tribunaux saisis d'éventuels recours dirigés contre la décision d'adjudication ne se prononcent en général qu'après la conclusion - voire l'exécution - du contrat entre l'adjudicateur et l'entreprise qu'il a choisie. En conséquence, une annulation de la décision litigieuse ne permettrait pas de rétablir le droit du concurrent qui a obtenu gain de cause à emporter et à exécuter le marché objet de la soumission. C'est pourquoi l'article 18 al.2 AIMP dispose que si le contrat est déjà conclu et que le recours est jugé bien fondé, l'autorité ne peut se limiter qu'à constater le caractère illicite de la décision. Dans un tel contexte, le recours ne peut donc avoir qu'un effet constatatoire. Or, appelé à se prononcer sur la portée de l'article 12 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF; RS 170.32) – dont le contenu est similaire à celui de l'article 5 al.2 LResp -, le Tribunal fédéral a admis que cette disposition est inapplicable lorsqu'une décision est signifiée oralement seulement et sans indications des voies de droit et qu'elle est en outre exécutée immédiatement, de telle sorte qu'une procédure de recours ne permettrait plus d'y apporter une correction (ATF 119 Ib 208 cons.3c, 100 Ib 8 cons.2b). De la même manière, la Haute Cour a estimé que l'entrée en force de décisions attaquées déjà exécutées ou dont l'effet ne peut plus être redressé ne peut pas être opposée à la personne atteinte dans une procédure en dommages-intérêts (ATF 126 I 148 cons.2b et les références citées). On doit en l'espèce s'inspirer de cette jurisprudence pour ce qui concerne l'application de l'article 5 al.2 LResp. Cette disposition vise en effet à éviter que des décisions ou des jugements passés en force soient remis en cause dans une procédure subséquente en responsabilité (BGC 155 I [1989] p.128). Or, le soumissionnaire évincé ne cherche pas à provoquer un nouvel examen du bien-fondé de l'adjudication lorsqu'il dépose une demande en dommages-intérêts puisque, selon la systématique de la législation sur les marchés publics, il doit avoir à ce moment-là déjà fait constater le caractère illicite de la décision, en agissant par la voie du recours (Clerc , op.cit., p.605-606). Admettre la thèse exposée par la défenderesse reviendrait en l'occurrence à priver le demandeur de toute possibilité d'obtenir la réparation du préjudice qu'il a subi alors même qu'une autorité judiciaire a reconnu que la passation du marché litigieux s'est faite en violation des règles contenues dans l'AIMP. Une telle solution rendrait illusoire les principes de protection juridique effective que tend à consacrer la législation sur les marchés publics et viderait en définitive cette dernière de l'essentiel de sa substance, motifs pour lesquels elle doit être écartée.

E. 4

Les conditions pour que soit engagée la responsabilité de la défenderesse au sens de la LResp sont réunies. a) Tout d'abord, la Ville de La Chaux-de-Fonds est une collectivité publique soumise à la LResp (art.1 al.2) et il ne fait pas de doute qu'elle est intervenue dans l'exercice d'une tâche publique (Clerc , op.cit., p.590-591), puisque les travaux mis en soumission avaient pour objet l'assainissement et l'extension de la station d'épuration communale. b) En matière de marchés publics, l'illicéité ne peut être retenue que si la disposition légale violée prescrit un devoir dans l'intérêt du lésé ou est destinée à protéger le bien juridique lésé (ATF 116 I 374-375 cons.5b). Selon la doctrine, la plupart des règles de l'AIMP, en particulier celles relatives aux critères d'aptitude et d'adjudication, à la forme et au contenu de l'offre ainsi qu'aux délais ont pour but notamment de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de les protéger de l'arbitraire des pouvoirs adjudicateurs. Dès lors que la violation d'une des règles sur les marchés publics porte atteinte au droit d'accès au marché du lésé ou rompt l'égalité de traitement entre les

concurrents, elle constitue un acte illicite au détriment du soumissionnaire ou de la personne empêchée de participer au marché (Clerc , op.cit., p.607-608). En l'espèce, le Tribunal fédéral a retenu que la défenderesse, en tant qu'elle n'avait pas fait figurer les critères d'adjudication par ordre d'importance dans le cahier des charges ni n'avait indiqué par avance les pondérations respectives qu'elle entendait attribuer à ces critères, avait contrevenu à l'article 13 litt.f AIMP (ATF 125 II 102 cons.7c). Cette disposition protège clairement les intérêts des soumissionnaires puisqu'elle vise à garantir les principes de transparence des procédures de passation et d'impartialité de l'adjudication, tels que consacrés par l'article 1 al.2 litt.b et c AIMP (ATF 125 II 100-101 cons.7c). Sa violation doit donc être considérée comme illicite, de sorte que le chef de responsabilité prévu par la LResp est vérifié. Le caractère illicite de l'attribution a d'ailleurs été reconnu à l'issue de la procédure de recours, condition préalable à l'introduction d'une demande d'indemnisation (Clerc , op.cit., p.609). L'action en responsabilité dans le domaine des marchés publics constituant la garantie juridictionnelle principale, et même unique, dans les cas où une annulation ou une modification de la décision entreprise n'est plus possible, il ne se justifie pas d'exiger une "illicéité qualifiée", c'est-à-dire une grave violation des devoirs de fonction de la part d'un agent de la collectivité publique concernée, pour que la responsabilité de cette dernière soit engagée (Clerc , op.cit., p.610). Pour ces mêmes raisons, on ne saurait admettre une exclusion de la responsabilité de la défenderesse en application de l'article 5 al.3 LResp. c) Il ne fait pas de doute que l'éviction injustifiée du groupement a entraîné un préjudice pour ce dernier. La détermination du dommage, son étendue et sa nature - et par voie de conséquence l'existence d'un lien de causalité adéquate avec les irrégularités constatées dans la procédure d'adjudication (Clerc , op.cit., p.618 ss) - n'ont cependant pas à être examinées dans le cadre du présent jugement sur moyen séparé.

E. 5

Le demandeur soutient que la responsabilité de la défenderesse est également engagée à titre pré-contractuel (*culpa in contrahendo*), en concours avec la responsabilité découlant du droit public. La doctrine est divisée quant à savoir si le pouvoir adjudicateur peut aussi être appelé à répondre du dommage du chef de la *culpa in contrahendo* dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public. Gauch (*Werkvertrag*, 1996, p.143-145; *Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes*, in RDS 1995, p.334 ss) estime que oui car selon lui, lors d'une soumission, le pouvoir adjudicateur entre dans un rapport de négociation de contrat avec chacun des soumissionnaires. Ce rapport ressortit au droit privé et oblige les parties à agir selon les règles de la bonne foi (art.2 CC). Son éventuelle violation peut engager la responsabilité du fautif conformément aux règles applicables à la *culpa in contrahendo*. Clerc (op.cit., p.598-601) est d'un avis contraire : pour elle, la phase de passation du marché est une procédure administrative où les droits et obligations des "parties" sont régis exclusivement par les règles de droit public, qu'il s'agisse des réglementations sur les marchés publics ou des principes généraux de l'activité administrative, tels le principe de la bonne foi. De plus, la responsabilité de droit public couvre aussi bien la violation des règles spécifiques de droit public que celle desdits principes généraux. En d'autres termes, la responsabilité spéciale de droit public englobe aussi bien une responsabilité délictuelle de droit public qu'une éventuelle "*culpa de droit public*" découlant de la violation du principe de la bonne foi. Poltier (op.cit., p.297 ss) abonde dans ce sens et souligne que la thèse défendue par Gauch se rattache à l'ancien droit dans lequel le régime des marchés publics relevait du droit privé et où l'adjudication constituait une manifestation de volonté d'une collectivité publique, simple préalable à la

conclusion d'une convention privée. Désormais, la procédure de passation des marchés publics est régie par un corps de règles, fort étoffé au demeurant, relevant du droit public. En outre, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter dans ce cadre les principes généraux du droit public, à savoir notamment celui de la bonne foi, ce qui rend très largement superflu le recours à la notion de droit privé de culpa in contrahendo. Aux yeux de la Cour de céans, il convient de se rallier à cette dernière opinion et retenir qu'en l'espèce la responsabilité de la défenderesse est entièrement régie par le droit public, ce qui exclut tout recours direct à la notion de culpa in contrahendo existant en droit privé pour fonder le principe de la responsabilité. En effet, lorsqu'elle rend une décision d'adjudication, et par analogie lorsqu'elle conduit une procédure de passation d'un marché public, l'autorité agit en vertu de sa puissance publique, ainsi que l'a pour la première fois admis le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 novembre 1998 (ATF 125 II 95 cons.3b). Or, la LResp a été conçue de telle façon que lorsque l'exercice du pouvoir de puissance publique est en cause, la responsabilité de la collectivité publique ne peut être réglée que par le droit public (BGC 155 [1989] I p.119). Cette solution paraît d'autant plus fondée que lors des débats parlementaires relatifs à l'article 34 al.2 de la loi fédérale sur les marchés publics – dont le contenu est similaire au paragraphe 34 al.2 des Directives – une proposition tendant à soumettre le régime de la responsabilité du pouvoir adjudicateur aux règles du code des obligations, et plus particulièrement au principe de la culpa in contrahendo, a été clairement écartée au profit de la réglementation découlant du droit public (BO CN 1994, p.2304-2306). Dès lors, l'argumentation défendue sur ce point par le demandeur doit être rejetée.

E. 6

Du point de vue formel, la LResp stipule que la demande d'indemnisation doit être adressée par écrit à l'organe exécutif de la collectivité publique concernée, dans l'année à compter du jour où le lésé a eu connaissance du dommage et de la collectivité publique qui en est responsable (art.10, 11 al.1 LResp). Si cette dernière conteste les prétentions, le lésé doit introduire action dans un délai de six mois sous peine de péremption (art.11 al.2 LResp). En l'espèce, le dies a quo du délai annal doit être fixé au moment où le demandeur s'est vu notifier l'arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 1998. Jusqu'à cette date, aucune instance n'avait encore constaté le caractère illicite de la décision d'adjudication, acte qui permet de fonder le titre de responsabilité du pouvoir adjudicateur. Soumise au Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds le 7 septembre 1999 (D.2/21), la demande d'indemnisation est donc intervenue dans le délai prévu à l'article 10 LResp. La prise de position de la défenderesse datant du 17 novembre 1999 (D.2/22), le groupement a saisi la Cour de céans par action de droit administratif du 5 mai 2000 (D.1), conformément aux articles 21 al.1 LResp et 58 ss LPJA, de sorte que celle-ci doit être déclarée recevable.

E. 17

novembre 1999 (D.2/22), le groupement a saisi la Cour de céans par action de droit administratif du 5 mai 2000 (D.1), conformément aux articles 21 al.1 LResp et 58 ss LPJA, de sorte que celle-ci doit être déclarée recevable.

Par ces motifs, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

1. Admet dans son principe l'action de droit administratif, au sens des considérants.
2. Ordonne la reprise de la procédure pour ce qui concerne la détermination du dommage indemnisable.

3. Dit que les frais et dépens du présent jugement sur moyen séparé suivront les frais de la cause.

Neuchâtel, le 9 juillet 2001

AU NOM DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Le greffier

Le président

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