

**LA RESPONSABILITE CIVILE DES COLLECTIVITES PUBLIQUES
EN CAS D'ADJUDICATION CONTRAIRE A LA LOI**

par

Alexis Overney

AVOCAT

Exposé donné lors de la Conférence du 25 avril 2001

du

CERCLE D'ETUDE D'ASSURANCES

sur le thème

LES MARCHES PUBLICS D'ASSURANCES

MENACES OU OPPORTUNITES POUR LES ASSUREURS ?

L'Etude

Gillon • Perritaz • Esseiva • Overney

www.gillon.ch

PLAN

- 1 Introduction
 - 2 Les fondements de la responsabilité
 - 2.1 Remarques générales
 - 2.2 Les fondements
 - a) La responsabilité du pouvoir adjudicateur pour l'acte illicite commis lors de la passation du marché
 - b) La responsabilité de la collectivité publique envers les tiers
 - c) La *culpa in contrahendo*
 - 3 La procédure (survol)
 - 4 Les conditions de la responsabilité
 - 4.1 Remarques générales
 - 4.2 Les conditions
 - a) L'illicéité
 - b) Le préjudice
 - c) Le rapport de causalité
 - 5 La couverture d'assurance
 - 6 Conclusion
-

1 Introduction

La question posée par le thème de l'exposé est vaste. Mon propos tendra à présenter le système, mais aussi et surtout à mettre l'accent sur les (nombreuses) questions soulevées par une législation nouvelle, sur laquelle la jurisprudence n'a pas encore fait toute la lumière, et dont les auteurs eux-mêmes n'ont pas, à l'évidence, apprécié tous les contours et toutes les subtilités.

Avant d'aborder le cœur de l'exposé, il convient, **en premier lieu**, d'en fixer le cadre juridique.

Les **bases légales essentielles** qui gouvernent le droit des marchés publics sont les suivantes:

- 1° L'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 conclu sous l'auspice de l'OMC à Marrakech, abrégé **AMP**;
- 2° La loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, abrégée **LMP**;
- 3° L'ordonnance fédérale sur les marchés publics du 11 décembre 1995, abrégée **OMP**;
- 4° L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, abrégé **AIMP**;
- 5° Cet accord ayant fait l'objet de directives d'exécution élaborées par le groupe de travail de la Conférence suisse des directeurs de travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement et de la Conférence des chefs de départements cantonaux de l'économie publique (ci-après, les **Directives d'exécution**).

En second lieu, il est nécessaire de bien **situer le débat**.

Envisageons l'hypothèse dans laquelle une collectivité publique, par exemple une commune, entend passer un contrat de construction soumis à la législation sur les marchés publics. Elle lance un appel d'offres. Plusieurs entreprises soumissionnent. La commune adjuge les travaux à l'une d'elles. Un entrepreneur évincé recourt contre la décision d'adjudication. Mon propos est de vous entretenir de ce qui se passe à compter de ce moment, ou, plus exactement, de ce qui se passe **une fois que l'autorité de recours a rendu sa décision**.

Trois cas de figure peuvent se présenter:

- 1° L'autorité **rejette le recours**. Le soumissionnaire évincé est définitivement écarté de la procédure d'adjudication.
- 2° L'autorité **admet le recours et annule l'adjudication**. Elle peut alors statuer, en d'autres termes adjuger le marché, ou renvoyer l'affaire à l'adjudicateur avec des instructions impératives. Cette hypothèse est traitée, notamment, aux articles 32 alinéa 1 LMP et 18 alinéa 1 AIMP.

La question à résoudre, dans ce cas de figure, consiste notamment à déterminer les **dépenses** que peut se voir rembourser le soumissionnaire évincé qui a obtenu gain de cause devant l'autorité de recours. Peut-il prétendre à un montant dépassant les dépenses que celle-ci lui aura alloué ?

- 3° L'autorité **admet le recours**. Cependant, entre le moment où il a adjugé les travaux et le jour où l'autorité de recours rend son arrêt, l'adjudicateur peut avoir déjà conclu le contrat avec le soumissionnaire primitivement retenu. En ce cas, la juridiction de recours ne peut annuler l'adjudication; elle doit se limiter à **constater** dans quelle mesure la décision attaquée est **illicite**, dans quelle mesure elle viole le droit fédéral ou le droit cantonal.

Le soumissionnaire évincé qui a obtenu gain de cause perd ainsi tout espoir de se voir adjuger les travaux. **Quelles prétentions** peut-il alors faire valoir à l'encontre de la collectivité adjudicatrice ?

2 Les fondements de la responsabilité

2.1 Remarques générales

L'obligation d'indemniser le soumissionnaire évincé trouve son fondement dans un **concours de normes distinctes mais interdépendantes**: on trouve d'abord les règles spéciales dans la législation sur les marchés publics (cf. infra. ch. 2.1), ensuite le droit de la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (cf. infra, ch. 2.2). Enfin, on peut construire un chef de responsabilité sur la base de la *culpa in contrahendo* (cf. infra., ch. 2.3).

2.2 Les fondements

a) La responsabilité du pouvoir adjudicateur pour l'acte illicite commis lors de la passation du marché

Le droit des marchés publics contient un certain nombre de règles à ce propos.

Ce sont,

- pour l'**AMP**, l'article XX chiffre 7 lettre c;
- pour la **LMP**, les articles 34 et 35;

La LMP constitue une *lex specialis* par rapport à la loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (LRFC). En réalité, elle n'y déroge que pour ce qui tient à l'étendue du préjudice indemnifiable. Pour le surplus, elle y renvoie (art. 34 al. 3 LMP).

Sur le plan cantonal, l'**AIMP** ne contient aucune règle relative à la responsabilité. Le § 34 des Directives d'exécution prescrit cependant que les adjudicateurs sont responsables du dommage qu'ils ont causés. Le canton de Fribourg n'a adopté aucune norme d'application en la matière.

Enfin, il est désormais admis que, sur le plan du **droit fédéral**, la responsabilité de l'adjudicateur relève du **droit public** et non du droit privé. En revanche, pour les **cantons**, on ne peut être aussi affirmatif: **en premier lieu**, certaines voix se sont élevées pour soutenir que la forme de certaines entités, plus proche du droit privé que du droit public (SA dont les actions sont détenues par l'Etat, par exemple), entraînerait l'application du droit privé et non du droit public de la responsabilité. **En second lieu**, on a considéré que si la réglementation cantonale relative aux marchés publics ne contenait aucune norme particulière relative à la responsabilité - ce qui est le cas, notamment, des cantons de Genève et de Fribourg - , l'assujettissement du pouvoir adjudicateur à la responsabilité de droit public dépendrait du champ d'application de la loi cantonale sur la responsabilité. Toute entité, tout établissement qui n'y serait pas soumis relèverait ainsi de la responsabilité de droit privé fédéral applicable à titre subsidiaire selon l'article 61 alinéa 1 CO. **En l'absence d'une disposition spéciale**, adoptée dans une loi au sens formel, la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs de niveau cantonal serait ainsi soumise à un **double régime de responsabilité**: responsabilité de droit public pour les pouvoirs adjudicateurs visés par la loi sur la responsabilité et responsabilité de droit privé pour les autres pouvoirs adjudicateurs¹.

b) La responsabilité de la collectivité publique envers les tiers

La **LMP** contient, on l'a vu, une norme spéciale de responsabilité et renvoie, pour le surplus, à la LRFC (art. 34 al. 3 LMP).

¹ cf. E. Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, page 597.

L'**AIMP** ne contient aucune disposition relative à la responsabilité. Les **Directives d'exécution** précisent - ou plutôt rappellent, à titre didactique - que la loi cantonale sur la responsabilité est applicable à titre subsidiaire (§ 34 al. 3).

La responsabilité de l'Etat - fédéral et cantonal - est **subsidiaire**. Cette subsidiarité s'exprime par la réunion de **deux conditions**:

- 1° Le soumissionnaire évincé doit d'abord **avoir recouru contre la décision d'adjudication** auprès de la juridiction compétente.
- 2° Il doit **avoir obtenu gain de cause dans un jugement constatant l'illicéité de la décision** en cause. Le caractère légal d'une décision entrée en force ne peut **plus** être examiné dans une procédure en dommages-intérêts². La question reste ouverte de savoir si et dans quelle mesure un jugement qui aurait annulé ou modifié l'adjudication sans en constater l'illicéité ouvre encore le droit au soumissionnaire lésé de réclamer la réparation du dommage qu'il aurait subi. Elle est examinée plus avant (cf. infra, ch. 4.2, lettre a).

c) La culpa in contrahendo

Certains ont vu, dans la violation des **obligations précontractuelles**, un des fondements de la réparation du préjudice subi par le soumissionnaire lésé.

Rappelons d'abord la notion.

On appelle **responsabilité précontractuelle** l'obligation d'une partie de réparer le préjudice qu'elle a causé à l'autre par la violation de ses devoirs précontractuels. On parle dans ce cas de *culpa in contrahendo*³. Dans la mesure où la loi ne prévoit pas autre chose (cf. art. 39 al. 1, 101 CO, 411 al. 2 CC), ce type de responsabilité suppose l'existence d'une **faute**⁴. Il s'agit, aux yeux du Tribunal fédéral, d'un **chef de responsabilité autonome**⁵.

Lorsqu'un maître de l'ouvrage, privé ou public, lance une procédure de soumission, il ouvre à l'égard de chacun des soumissionnaires qui y participe une **négociation** en vue de la conclusion d'un contrat. Les devoirs réciproques de diligence et de loyauté incombant aux parties à de telles négociations sont l'expression d'un principe général. Les négociations reposent sur une relation de confiance mutuelle qui oblige les parties à se comporter selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC). Une violation de cette obligation est susceptible d'entraîner une responsabilité au titre de la *culpa in contrahendo*⁶.

² Message, page 141.

³ cf. P.Gauch/W.Schluep/P.Tercier, La partie générale du droit des obligations, Zurich 1982, Tome I, notes 684 et suivantes page 129; P.Gauch/W.Schluep/J.Schmid/H.Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1998, Band I, notes 962a et suivantes, pages 195 et suivantes.

⁴ P. Gauch/W. Schluep/J. Schmid/H. Rey, op. cit., note 966 page 196 et jurisprudence citée.

⁵ ATF 120 II 336.

⁶ P. Gauch, Vergabefahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, in Droit de la construction, 4/96, pages 99 et suivantes; P. Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in Revue de droit suisse, volume 114, 1995 I, pages 334 et suivantes; P. Gauch, Die Submission im Bauwesen - privatrechtliche Aspekte, in

Peut-on dès lors admettre que, la réparation du préjudice fondé sur la *culpa in contrahendo* devant être pleine et entière, elle permettrait d'étendre la réparation du dommage subi par le soumissionnaire lésé au-delà des limites introduites, le cas échéant (cf. infra, chiffre 4.2 lettre b) par la législation en matière de marchés publics ? **La question est ouverte**⁷.

3. La procédure (survol)

Comme la procédure d'indemnisation ne constitue pas le thème principal de l'exposé, on se limitera à un bref survol.

Il faut savoir que la procédure d'indemnisation

- est **distincte** de la procédure de contestation de la décision d'adjudication et
- qu'elle peut devoir être conduite devant une **juridiction différente** de celle qui a eu à trancher de cette dernière contestation.

Pour le reste, l'article 35 LMP est applicable. Sur le plan cantonal, la plupart des cantons connaissent, à l'image de la Confédération, une responsabilité exclusive de l'Etat, excluant la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Quant au juge qui aura à connaître de la demande en dommages-intérêts, il s'agira soit du juge civil, soit du juge administratif, selon le régime choisi par le canton.

4 Les conditions de la responsabilité

4.1 Remarques générales

On traitera principalement des conditions classiques de la responsabilité, sans aborder, sinon sous forme de digression ponctuelle, la question de la *culpa in contrahendo*.

On rappellera également, que tant le droit des marchés publics que la plupart des législations relatives à la responsabilité de l'Etat ont **abandonné l'exigence de la faute**.

L'Homme dans son environnement, Freiburger Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1980, Fribourg 1980, pages 202 et suivantes, cité P. Gauch, Die Submission; P. Gauch, Der Werkvertrag, Zurich 1996, notes 478 et suivantes.

⁷ Pour la **négative**, notamment E. Clerc, op. cit., page 589 et pages 598 à 601 ; E. Poltier, Les marchés publics : premières expériences vaudoises, RDAF 2000 I, page 326; pour l'**affirmative**, P. Gauch, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, ZSR 1995 I, page 335 ; P. Gauch, Die Submission, op. cit., page 203; P. Gauch, Le contrat d'entreprise, Zurich 1999, notes 507 et suivantes; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, note 272 page 88; **laissant la question ouverte**, J.-B. Zufferey, Les marchés publics dans la construction, Journées du droit de la construction 2001, Fribourg 2001, page 34. A noter que, dans un arrêt du 9 juillet 2001, le Tribunal administratif neuchâtelois a opté pour la **négative**, aux motifs (principaux) que, d'une part, la thèse défendue par P. Gauch se rattacherait à l'ancien droit, antérieur à l'adoption de la législation sur les marchés publics et que, d'autre part, le législateur aurait volontairement écarté l'application des règles du Code des obligations et, partant, de la responsabilité fondée sur la culpa in contrahendo (arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois du 9 juillet 2001, référence TA 2000.165, considérant 5).

4.2 Les conditions

a) L'illicéité

La notion est supposée connue. On indiquera donc simplement que, pour qu'un acte soit illicite, il faut, selon le Tribunal fédéral: 1° qu'il viole une règle de droit; 2° que la règle ait pour but de protéger la personne ou les biens du lésé; 3° que, dans certains cas, la violation soit grave; 4° qu'elle porte atteinte aux intérêts juridiquement protégés du lésé⁸. La notion d'illicéité est la même en droit public qu'en droit privé⁹.

On mettra l'accent, en revanche, sur trois questions touchant plus particulièrement au droit des marchés publics.

1° Quid de l'atteinte au patrimoine du lésé?

Il vient d'être relevé que, pour qu'un acte soit considéré comme illicite, il était nécessaire qu'il **viole une règle qui ait pour but de protéger la personne ou les biens du lésé** ou, pour reprendre une distinction classique, **les droits absolus** du lésé (la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, la propriété ou les autres droits réels, la personnalité) **ou son patrimoine**. Il est nécessaire, dans ce dernier cas, que l'acte viole une norme protectrice particulière (« *Schutznorm* »). Il faut donc analyser la norme pour savoir quels intérêts elle protège (« *Schutzzweck* »)¹⁰.

En matière de marchés publics, les droits de la personnalité du soumissionnaire peuvent être touchés. Mais cela reste rare. L'hypothèse la plus souvent réalisée tient dans la **violation du patrimoine du lésé**, autrement dit de ses droits relatifs. Il n'y a donc illicéité que si la norme violée prescrit un devoir dans l'intérêt du lésé ou est destinée à protéger le bien juridique lésé¹¹.

Tel est le cas des règles de la LMP, de l'OMP, de l'AIMP et des dispositions cantonales d'exécution, relatives aux **critères d'aptitude et d'adjudication, à la forme et au contenu de l'offre, ainsi qu'aux délais**. En effet, elles ont pour but de garantir l'égalité de traitement entre les soumissionnaires - cf. les articles 1 alinéa 2 LMP et 1 alinéa 2 lettre b AIMP - et de les protéger de l'arbitraire des pouvoirs adjudicateur¹². Constituent ainsi des actes illicites:

- la violation d'une règle **portant atteinte au droit d'accès au marché ou rompant l'égalité de traitement entre les concurrents**;
- la violation de règles en matière **de critères d'aptitude et d'adjudication**¹³;

⁸ A. Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1982, page 797 et jurisprudence citée, cf. également B. Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1991, notes 2429 et suivantes; P. Moor, Droit administratif, Volume II, Berne 1991, pages 464 et suivantes.

⁹ P. Moor, op. cit., page 466.

¹⁰ P. Moor, op. cit., page 468.

¹¹ ATF 116 Ib 367.

¹² E. Clerc, op. cit., page 608.

¹³ ATF 116 Ib 367.

- **l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation**¹⁴ en particulier pour ce qui tient à **l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse**;
- la violation de principes généraux du droit, notamment le principe de la **bonne foi et celui de l'interdiction de l'abus de droit**¹⁵.

2° La limitation de l'illicéité à certains actes?

Tout acte illicite du pouvoir adjudicateur n'entraîne pas réparation. La décision doit naturellement se rapporter à un marché soumis à la LMP ou à l'AIMP. De plus, elle doit avoir été prise durant la phase de passation du marché. Elle doit, de surcroît, avoir été contestée avec succès devant la juridiction de recours compétente.

Deux remarques à ce sujet:

- 1) Est-il nécessaire que l'autorité de recours **ait constaté l'illicéité** de la décision pour que la responsabilité du pouvoir adjudicateur soit admise ? En d'autres termes, si la juridiction s'est bornée à annuler ou à modifier la décision, le soumissionnaire lésé peut-il prétendre à réparation ? E. Clerc affirme que non, se fondant sur le texte de l'article 34 alinéa 1 LMP et du § 34 alinéa 1 des Directives. La réparation d'un dommage supplémentaire au remboursement des frais de recours - qui font l'objet d'une indemnité de procédure au titre de dépens - serait ainsi exclue. Elle ne saurait non plus, affirme cet auteur, être due en application de la LRCF ou de la loi cantonale sur la responsabilité¹⁶. J.-B. Zufferey relève que le législateur fédéral ne l'a pas prévue, sans doute dans l'idée qu'il y a en principe une nouvelle procédure de soumission et que le recourant n'aura subi de ce fait aucun dommage. Il note néanmoins que les législations cantonales qui transposent l'AIMP sont plus larges et prévoient la responsabilité de l'adjudicateur en lien avec une décision dont le caractère illicite a été constaté lors de la procédure de recours¹⁷.
- 2) Lorsque la responsabilité du pouvoir adjudicateur n'est pas engagée sur la base de la *lex specialis* - LMP ou loi cantonale d'application - peut-on admettre qu'elle pourrait l'être **sur la base du régime général de la responsabilité de l'Etat** ? E. Clerc penche pour le non. Elle va jusqu'à affirmer que cette affirmation vaut également pour les Directives d'exécution, compte tenu du parallélisme des dispositions du § 34 des Directives d'exécution et de l'article 34 LMP¹⁸.

¹⁴ ATF 116 précité, 116 Ib 193, 107 Ib 160, 103 Ib 65.

¹⁵ E. Clerc, op. cit., page 609 et jurisprudence citée.

¹⁶ E. Clerc, op. cit., page 609.

¹⁷ J.-B. Zufferey, op. cit., page 33.

¹⁸ E. Clerc, op. cit., pages 609 et 612.

Nous estimons que cette affirmation est erronée, dans la mesure où les Directives ne valent pas loi au sens formel et que le régime général de la responsabilité du canton reste applicable¹⁹. Il n'en va à notre sens différemment que si le canton a adopté des dispositions formelles d'exécution de l'AIMP y dérogeant.

3° Une illicéité qualifiée?

En matière de responsabilité des collectivités publiques, la conception classique opère une distinction selon, selon que le caractère illicite se rattache à une action matérielle (« *Realakt* ») ou à un acte juridique, par exemple une décision administrative²⁰. S'agissant **des décisions administratives**, le Tribunal fédéral a, dans une jurisprudence constante - et heureuse, car à défaut on bloquerait toute initiative administrative - considéré que la responsabilité de l'Etat n'était pas engagée par le seul fait qu'une décision était illicite, autrement dit contraire au droit ou arbitraire. Il a préconisé l'exigence d'une « *illicéité qualifiée* », aux termes de laquelle, outre son caractère illicite, la décision doit avoir été prise par un agent en **violation d'un devoir essentiel de fonction**. Par exemple, une décision n'entraîne pas la responsabilité de l'Etat au seul motif qu'elle est arbitraire. Encore faut-il que son auteur soit sorti de ses compétences, ait abusé de son pouvoir discrétionnaire ou l'ait excédé, ait utilisé son pouvoir d'appréciation de manière arbitraire, ait mal interprété le droit, ait méconnu une jurisprudence claire, n'ait pas instruit correctement, ait agi avec malveillance, ou ait violé un principe général du droit²¹.

L'exigence d'une telle « *illicéité qualifiée* » s'applique-t-elle au droit des marchés public ? La question reste ouverte. Avec E. Clerc²², nous penchons pour la négative. Le motif essentiel de cette opinion qui emporte à notre sens la conviction, tient au fait que l'interprétation littérale de l'article 34 alinéa 1 LMP commande que toute décision déclarée illégale par l'autorité de recours est *ipso facto* illicite. J.-B. Zufferey relève d'ailleurs à cet égard qu'un régime d'illicéité qualifiée serait de nature à mettre l'Etat largement à l'abri de toute revendication dans le domaine des marchés publics²³.

¹⁹ Dans son arrêt du 9 juillet 2001 (cf. supra, note 19), le Tribunal administratif neuchâtelois a retenu que, dès lors que les Directives d'exécution n'ont pas force juridique contraignante, et faute d'une réglementation spécifique découlant du droit des marchés publics, il y avait lieu d'appliquer la législation cantonale ordinaire sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (arrêt précité, considérant 2) ; cf. également E. Poltier, op. cit., page 325.

²⁰ J. Gross, *Schweizerisches Staatschaftungsrecht*, Bern 1995, page 127; B. Knapp, op. cit., note 3436; P. Moor, op. cit., pages 466 à 471.

²¹ B. Knapp, op. cit., note 2436.

²² E. Clerc, op. cit., page 610 ; cf. également E. Poltier, op. cit., page 327.

²³ J.-B. Zufferey, op. cit., page 34.

Dans un arrêt du 9 juillet 2001²⁴, le Tribunal administratif neuchâtelois a expressément renoncé à exiger une illicéité qualifiée, au motif que l'action en responsabilité dans le domaine des marchés publics constitue la garantie juridictionnelle principale, et même unique, dans les cas où une annulation ou une modification de la décision entreprise n'est plus possible²⁵.

b) Le préjudice

La **notion de préjudice** est identique en droit public de la responsabilité et en droit privé de la responsabilité civile. Elle recoupe le dommage et le tort moral. Le dommage représente la différence entre la valeur actuelle d'un patrimoine et la valeur que celui-ci aurait eue sans l'événement dommageable²⁶. On reviendra pas sur ces notions qui sont sans doute connues.

Reprenant la systématique adoptée par E. Clerc²⁷, on peut distinguer les **postes suivants du dommage** qui pourraient donner lieu à indemnisation :

- 1° la perte éprouvée (*damnum emergens*);
- 2° le gain manqué (*lucrum cessans*);
- 3° la perte d'une chance pour le soumissionnaire évincé d'obtenir le marché;
- 4° le tort moral dû à l'atteinte à sa réputation économique.

1° La perte éprouvée (damnum emergens)

consiste en ceci que le patrimoine est positivement réduit par rapport à ce qu'il était avant l'événement considéré. Le soumissionnaire doit être remis en l'état patrimonial qui aurait été le sien s'il n'était pas entré dans la procédure de soumission lancée par le pouvoir adjudicateur. Il s'agit principalement

- des frais d'élaboration de l'offre;
- des autres frais résultant d'un éventuel transport sur place;
- de l'envoi de l'offre ou du déplacement pour assister à la séance d'ouverture des offres;
- des frais de recours;
- de la perte du gain que le soumissionnaire aurait pu retirer d'un autre contrat auquel il a renoncé du fait qu'il pensait disposer d'une chance réelle dans le cadre de la passation du marché²⁸.

Quatre séries de remarques s'imposent.

En **premier lieu**, il convient de distinguer le **régime de la LMP des solutions adoptées par l'AIMP et ses Directives d'exécution**.

²⁴ cf. supra, notes 19 et 31.

²⁵ arrêt précité, considérant 4 lettre b.

²⁶ ATF 107 Ib 160.

²⁷ E. Clerc, op. cit., pages 611 et suivantes.

²⁸ E. Clerc, op. cit., page 611.

L'article 34 alinéa 2 LMP dispose que la responsabilité du pouvoir adjudicateur se limite « *aux dépenses nécessaires engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours* ». Ce mode de réparation **ne couvre même pas l'intérêt négatif** dans son ensemble, car il est impossible de faire valoir, notamment, la perte du gain que le soumissionnaire aurait pu retirer d'autres affaires qu'il a manquées en raison de sa participation à la procédure de soumission.

Quant à l'**AIMP**, il ne contient aucune disposition limitant la responsabilité. Seul le § 34 alinéa 2 des Directives d'exécution y fait allusion en reprenant, presque mot à mot, la formule de l'article 34 alinéa 2 LMP. Pour E. Clerc, une telle limitation s'inscrirait ainsi dans l'ordre juridique cantonal²⁹. D. Esseiva objecte que le § 34 alinéa 2 des Directives d'exécution n'est pas une base légale suffisante car il constitue une simple recommandation qui ne lie pas les cantons. Seule une loi au sens formel pourrait modifier le régime prévu par la loi cantonale sur la responsabilité qui, dans le cas d'espèce, prévoyait une pleine indemnisation du lésé³⁰. Outre le législateur fédéral, la plupart des cantons disposent d'une telle base légale (ainsi les cantons de Berne, Zurich, Valais) mais non les cantons de Fribourg, de Vaud et du Tessin³¹. Il s'ensuit que, dès le moment où le législateur cantonal n'a pas adopté une norme expresse limitant la responsabilité, la réparation doit couvrir le dommage **négatif (intégral) et positif**. Cet avis a été partagé par le Tribunal administratif vaudois dans un arrêt du 24 janvier 2001. Les juges se sont exprimés ainsi : « (...) *l'action en responsabilité ouverte aux concurrents évincés dans l'hypothèse d'une adjudication illicite n'est vraisemblablement pas limitée, en droit vaudois, à la réparation du préjudice lié à la préparation d'une offre. Faute de dispositions particulières dans le cadre de la loi vaudoise sur les marchés publics, force est en effet d'appliquer les règles ordinaires de la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents; or, ce texte ne comporte pas de dispositions limitatives, restreignant le dommage susceptible d'être réparé. En d'autres termes, le recourant (...) pourrait - en théorie tout au moins - ouvrir action en réclamant le paiement du gain manqué, soit du bénéfice qu'il aurait pu réaliser dans le cadre du mandat litigieux* »³². E. Poltier relève, quant à lui, que « *rien ne s'oppose, en droit vaudois, à ce que le juge admette la réparation d'un préjudice qui s'étendrait à la perte éprouvée au sens large (ou *damnum emergens*, comprenant par exemple la perte de gain que le soumissionnaire aurait pu retirer d'un autre contrat auquel il a renoncé en relation avec le marché public convoité) respectivement le gain manqué (*lucrum cessans*).* »³³

²⁹ E. Clerc, op. cit., page 613.

³⁰ Dans l'ATF 125 II 99, le Tribunal fédéral admet que, si elles expliquent comment comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints, les Directives d'exécution n'ont pas force juridique contraignante. Dans son arrêt du 9 juillet 2001 (cf. supra, notes 19 et 31), le Tribunal administratif neuchâtelois en a déduit que, faute d'une réglementation spécifique découlant du droit des marchés publics, il y avait lieu d'appliquer la législation cantonale ordinaire sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (arrêt précité, considérant 2). Cette thèse ouvre ainsi la voie à une indemnisation plus généreuse du lésé

³¹ D. Esseiva, note relative à l'arrêt du Tribunal administratif fribourgeois du 3.2.1999, in BR/DC 2/99, page 60.

³² Arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 24.1.2001 dans la cause X et SIA c/ Etat de Vaud, pages 9 et 10.

³³ E. Poltier, op. cit., pages 327 et 328.

En **deuxième lieu**, si l'on adopte la thèse de P. Gauch, selon laquelle la responsabilité du pouvoir adjudicateur fondée sur le droit des marchés publics **ne devrait pas priver le soumissionnaire lésé de se prévaloir d'une responsabilité fondée sur la culpa in contrahendo** (cf. supra, chiffre 2.2. lettre c, note 19), le recourant ayant obtenu gain de cause pourrait faire valoir des dommages-intérêts négatifs et positifs. La perte de gain serait alors également indemnisée, mais, précise P. Gauch, uniquement dans l'hypothèse où, en vertu des règles régissant la soumission, le pouvoir adjudicateur s'était engagé à contracter avec le soumissionnaire dont l'offre répond au plus près aux conditions arrêtées par l'organisateur de la procédure de soumission, autrement dit seulement en cas de véritable engagement du pouvoir adjudicateur de contracter³⁴.

Abordons, **en troisième lieu**, la question particulière des **frais relatifs à la procédure de recours**, soit la différence entre les frais effectifs encourus à ce titre et ceux couverts par les dépens. La couverture de tels frais est exigée par l'article XX chiffre 7 lettre c AMP. Une telle exigence va au-delà de la réparation prévue par les lois sur la responsabilité, car il est admis, en droit suisse, qu'un tel dommage est en principe indemnisable sur la base des dispositions de procédure administrative et d'organisation judiciaire relatives aux **dépens** et non en application de la LRCF, y compris pour les démarches avant procès et les frais d'expertise³⁵. Le recours à la *culpa in contrahendo* pourrait être d'un certain recours secours, la situation n'étant pas dans les procès civils³⁶.

En **quatrième et dernier lieu**, on rappellera qu'il y a controverse sur le point de savoir si et dans quelle mesure un jugement qui aurait annulé une adjudication **sans en constater l'illicéité** ouvre le droit au soumissionnaire évincé de réclamer la réparation de son dommage (cf. supra, chiffre 4.2 lettre a).

2° **Le gain manqué (lucrum cessans)**

consiste dans la perte d'un gain futur ou d'une possibilité de gain. La fortune nette n'est pas augmentée, alors qu'elle l'aurait été sans le fait considéré. Le soumissionnaire doit recouvrer le gain qu'il aurait réalisé s'il avait obtenu l'adjudication du marché.

La compensation de ce poste du dommage vient d'être évoquée à l'occasion des développements consacrés à la perte éprouvée.

³⁴ P. Gauch, Die Submission, op. cit., page 230.

³⁵ ATF 112 Ib 353; JAAC 1992, numéro 2; 1993, numéro 16.

³⁶ ATF 117 II 394; P. Tercier, L'indemnisation des frais d'avocat et l'assurance de protection juridique, Journées du droit de la circulation routière 1994, page 11

3° La perte d'une chance d'obtenir le marché

Ni la LMP, ni l'AIMP, ni les Directives d'exécution ne font allusion au préjudice consistant dans la perte d'une chance d'obtenir le marché, intermédiaire entre la perte éprouvée et le gain manqué. Certains Etats européens la connaissent; F. Werro admet qu'il s'agit d'un type de préjudice³⁷. La question de savoir s'il est indemnisable au chapitre du droit des marchés publics est ouverte.

4° Le tort moral (atteinte à la réputation économique)

Pour E. Clerc, il y aurait **silence qualifié de la loi** pour exclure toute réparation d'une atteinte illicite à la personnalité du soumissionnaire (atteinte au crédit, à la réputation ou au secret des affaires)³⁸. Les remarquées développées il y a quelques instants en relation avec l'exigence d'une base légale formelle et avec l'application concurrente de la *culpa in contrahendo* valent pour cette question également.

c) Le rapport de causalité

Il doit naturellement exister une relation de causalité adéquate entre l'acte illicite et le préjudice subi par le soumissionnaire lésé. La notion de causalité adéquate est **identique en droit public et en droit privé** de la responsabilité. Un événement est la cause adéquate d'un dommage lorsque, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, il est par lui-même de nature à causer un préjudice tel que celui qui est survenu ou est de nature à favoriser de telles conséquences préjudiciables³⁹.

De façon générale, la concrétisation de cette exigence en droit des marchés publics tient au fait que le soumissionnaire évincé doit, condition nécessaire et souvent suffisante, **démontrer qu'il avait une chance réelle d'obtenir l'adjudication**. Pour être précis, il convient de distinguer, néanmoins, les différents postes du dommage.

En principe, tout soumissionnaire ayant obtenu une décision constatant l'illicéité de la procédure d'adjudication peut obtenir la réparation de ses **frais de recours**, sans avoir à démontrer qu'il avait une chance réelle d'obtenir l'adjudication.

Il en va différemment des **frais d'élaboration de l'offre**. L'exigence de la chance réelle trouve ici application, de sorte qu'il appartiendra au soumissionnaire de démontrer qu'il remplissait les critères d'aptitude et que son offre correspondait aux exigences de forme et de fond résultant de l'appel d'offres.

La réparation du **gain manqué**, pour autant que le principe en soit admis, suppose que le soumissionnaire évincé prouve qu'il aurait été l'adjudicataire.

³⁷ F. Werro, Le mandat et ses effets, Fribourg 1993, notes 1013 à 1028.

³⁸ E. Clerc, op. cit., pages 613 et 614.

³⁹ ATF 115 V 403.

Enfin, pour autant qu'on l'accepte sur le principe, la réparation du **gain perdu du fait que le soumissionnaire a, par sa participation à la procédure en cause, manqué une autre affaire**, nécessite que le soumissionnaire démontre qu'il disposait effectivement d'une telle opportunité de gain⁴⁰.

5 La couverture d'assurance

Il ne nous appartient pas de développer cette question en détail aujourd'hui, compte tenu de son ampleur et de la diversité des contrats liant les compagnies aux collectivités publiques.

Nous limiterons nos propos à **deux remarques**.

Le préjudice subi par le soumissionnaire évincé est de **nature purement économique**. Or, pour avoir eu l'occasion d'examiner plusieurs polices d'assurance RC de collectivités publiques, nous avons pu constater que le préjudice de fortune faisait l'objet d'une exclusion générale, respectivement de conditions particulières ou de conditions générales complémentaires.

Par ailleurs, dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fribourgeois a expressément mentionné dans ses considérant que l'affaire traitée allait « *beaucoup plus loin que la simple erreur d'application de la loi dès lors que le dol [n'était] pas exclu* »⁴¹. Il n'est nul besoin d'insister sur les conséquences que la compagnie d'assurance qui couvre la collectivité publique en cause pourra tirer de cette petite phrase en relation avec l'exclusion de toute réparation d'un dommage causé intentionnellement par son auteur.

6 Conclusions

A première vue, le système d'indemnisation du préjudice prévu par la législation sur les marchés publics apparaît fort simple. La LMP a adopté un régime extrêmement limitatif. La plupart des législations cantonales s'en sont inspirées. Il reste cependant un nombre important de questions ouvertes, parmi lesquelles on peut citer:

- la faculté, pour le soumissionnaire, de faire valoir, à côté de la législation sur les marchés publics, les règles du droit commun sur la responsabilité, respectivement le régime de la *culpa in contrahendo*, pour obtenir une indemnisation pleine et entière;
- la question de savoir si l'autorité de recours doit avoir constaté l'illicéité de la décision pour que la responsabilité du pouvoir adjudicateur soit admise ou si le soumissionnaire peut l'invoquer dans les cas où la juridiction de recours s'est bornée à annuler ou à modifier la décision;
- la question de savoir si l'illicéité constatée doit être « *qualifiée* »;

⁴⁰ E. Clerc, op. cit., pages 618 à 620.

⁴¹ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Fribourg du 13.3.2001 dans la cause D. SA et S. SA c/ Bureau des autoroutes du canton de Fribourg, page 6.

- la question de savoir si, pour le cas où une législation cantonale n'a pas adopté de norme formelle limitant la responsabilité du pouvoir adjudicateur, une réparation intégrale sur la base de la loi sur la responsabilité est possible;
- la question de savoir si les frais de procédure de recours sont intégralement couverts par l'allocation de dépens;
- enfin, ce qu'on appellera le « *degré d'intensité* » de la relation de causalité adéquate qui doit être atteint pour entraîner la réparation de certains postes du dommage.

A ces questions, délicates, qui font l'objet de controverses doctrinales, il appartiendra à la jurisprudence de répondre.
