Tribunale federale
Tribunal federal

2A.48/2004/LGE/elo
{T 0/2}

Arrêt du 31 août 2004
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Wurzburger, Président, Hungerbühler, Müller, Yersin et Merkli.
Greffier: M. Langone.

Parties
X._____ et Y._____, demanderesses,
toutes les deux représentées par Me Alain Schweingruber, avocat,

contre

Etat de Fribourg,représenté par Me Christoph J. Joller, avocat,

Objet
Action en responsabilité; procès direct.

Faits:
A.
Le 18 décembre 1998, le Bureau des autoroutes du canton de Fribourg, rattaché à la Direction des travaux publics, a fait paraître dans la Feuille officielle cantonale un appel d'offres portant sur la fourniture de l'installation de signalisation pour un tronçon de la route nationale A1. Dans le cadre de cette procédure sélective, trois entreprises ont été retenues. Chacune d'entre elles a déposé une offre. Chargées par le Bureau des autoroutes d'analyser les différentes soumissions, les Entreprises Electriques Fribourgeoises ont déposé le 18 novembre 1999 un rapport d'adjudication, indiquant notamment qu'elles avaient procédé unilatéralement à une correction des offres et à une réduction du prix correspondant à la suite d'une modification du projet. Elles ont recommandé l'adjudication à l'entreprise ayant déposé l'offre la plus avantageuse, à savoir Z._____ SA. Par lettre du 29 novembre 1999, le Bureau des autoroutes a informé les entreprises concernées d'une modification de l'appel d'offres due à un changement important du projet, en précisant que la fourniture de certains éléments allait être remise en soumission et qu'un nouveau dossier d'offres leur serait ultérieurement communiqué.
Le 7 décembre 1999, suivant la proposition de la Direction des travaux publics du 24 novembre 1999, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a adjugé les travaux publics à Z._____ SA. Soumissionnaires évincées, les entreprises X._____ SA et Y._____ SA (formant une association) ont contesté cette décision d'adjudication auprès du Tribunal administratif du canton de Fribourg qui, par arrêt du 7 avril 2000, a admis le recours et annulé la procédure d'adjudication litigieuse. La juridiction cantonale a constaté une violation du principe de la transparence, sans toutefois indiquer la marche à suivre pour la suite de la procédure d'adjudication.
B.
Le 30 juin 2000, le Bureau des autoroutes a fait paraître dans la Feuille officielle un appel d'offres - modifié - portant sur la fourniture de l'installation de signalisation pour le même tronçon de la route nationale A1 dans le cadre d'une procédure ouverte. Les documents d'appel d'offres faisaient état d'un nouveau critère d'aptitude pour l'entreprise pilote, soit l'exigence d'un capital social supérieur à un million de francs.
Le 10 juillet 2000, X._____ SA et Y._____ SA ont recouru contre ces documents d'appel d'offres auprès du Tribunal administratif. Elles soutenaient que le pouvoir adjudicateur aurait dû reprendre la procédure d'adjudication au stade de la présélection des trois soumissionnaires et se prononcer sur leur offre respective, en ajoutant que le montant de leur offre était désormais connu des entreprises intéressées à la nouvelle soumis-

sion, si bien que le jeu de la concurrence était faussé. Dans ses observations du 16 août 2000, le Bureau des autoroutes a contesté cette argumentation. Durant la procédure de recours, le Conseil d'Etat a adjugé le marché en cause à Z._____ SA par arrêté du 5 septembre 2000, sur proposition de la Direction des travaux publics. Le Bureau des autoroutes a été chargé d'établir le contrat d'entreprise, qui a été signé le 26 septembre 2000.
Par arrêt du 13 mars 2001, le Tribunal administratif a qualifié d'illégal le (nouveau) critère d'aptitude en cause. Selon lui, la seule justification de l'exigence posée par le Bureau des autoroutes était de faire obstacle à la participation des sociétés X._____ SA et Y._____ SA qui ne possèdent pas un capital social d'un million de francs. On ne pouvait tolérer qu'un service de l'Etat manipule à sa guise les règles fondamentales de concurrence protégées par la législation sur les marchés publics. Ce critère était d'autant plus choquant que le capital-actions de l'entreprise adjudicataire était de 100'000 fr. La juridiction cantonale a donc admis le recours du 10 juillet 2000 et, comme le contrat d'entreprise avait déjà été conclu, elle a constaté que l'appel d'offres et la procédure d'adjudication étaient illicites.
C.
Le 20 avril 2001, X._____ SA et Y._____ SA ont déposé devant le Conseil d'Etat une demande préalable de dommages-intérêts en se fondant sur les arrêts du Tribunal administratif du 7 avril 2000 et surtout du 13 mars 2001. Le 11 septembre 2001, le Conseil d'Etat a rejeté leurs prétentions et renvoyé les requérantes à agir devant le Tribunal administratif.

Le 21 janvier 2002, les sociétés X._____ SA et Y._____ SA ont ouvert action en responsabilité auprès du Tribunal administratif à l'encontre de l'Etat de Fribourg.
D.
Par décision du 20 janvier 2004, le Tribunal administratif n'est pas entré en matière sur cette action. Après avoir constaté que les décisions d'adjudication à l'origine du litige avaient été prises par le Conseil d'Etat, il a considéré qu'il n'était pas compétent pour connaître d'une telle affaire, dans la mesure où le prétendu préjudice aurait été causé par les membres du Conseil d'Etat. Or, selon l'art. 17 al. 2 de la loi cantonale fribourgeoise du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (ci-après: LResp./FR), sont portées devant le Tribunal fédéral les actions de tiers contre l'Etat lorsque le préjudice est causé par un membre du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, du Tribunal cantonal ou du Tribunal administratif, ainsi que les actions de l'Etat contre les membres de ces autorités.
E.
Par acte du 21 janvier 2004, le Tribunal administratif a transmis le dossier de la cause au Tribunal fédéral comme objet de sa compétence.
Par lettre du 12 février 2004 adressée aux parties, le Président de la IIe Cour de droit public a exprimé ses doutes sur la compétence du Tribunal fédéral pour connaître de cette affaire et proposé de statuer à titre préjudiciel sur cette question de compétence, sans fixer d'audience de débats préparatoires ni d'audience publique de jugement et de délibération.
F.
Par ordonnance présidentielle du 23 mars 2004, le Président a décidé, avec l'accord des parties, que la question de la compétence du Tribunal fédéral serait instruite séparément et ferait l'objet d'un jugement partiel; il a pris acte de la renonciation des parties à toute audience sur la question préjudicielle, en leur fixant un délai pour se déterminer à ce sujet.
G. Les demanderesses ont conclu, sous suite de frais et dépens, à l'incompétence du Tribunal fédéral et au renvoi du dossier de la cause au Tribunal administratif comme objet de sa compétence. Le défendeur s'en remet à justice.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité de l'action et de tous les actes de procédure (art. 3 al. 1 PCF).
1.1 La possibilité pour le Tribunal fédéral de juger, à certaines conditions, en instance unique les contestations de droit civil au sens large entre un particulier d'une part et le canton d'autre part reposait sur l'ancien art. 42 OJ, qui a été abrogé le 1er janvier 2001 par la novelle du 23 juin 2000 (RO 2000 p. 2719 ss). La présente demande de dommages-intérêts ayant été déposée après le 1er janvier 2001, cette voie de droit est ici d'emblée

exclue.
1.2 Selon l'art. 17 de la loi cantonale fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (LResp./FR), le Tribunal administratif est compétent pour juger les actions fondées sur la loi en cause (al. 1); sont toutefois portées devant le Tribunal fédéral les actions de tiers contre l'Etat lorsque le préjudice est causé par un membre du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, du Tribunal cantonal ou du Tribunal administratif, ainsi que les actions de l'Etat contre les membres de ces autorités (al. 2).
La compétence du Tribunal fédéral pour connaître en instance unique des différends de droit administratif cantonal découle de l'art. 190 al. 2 Cst. (qui correspond à l'art. 114bis al. 4 aCst.). D'après cette disposition constitutionnelle, les cantons peuvent, avec l'approbation de l'Assemblée fédérale, placer sous la juridiction du Tribunal fédéral des différends qui relèvent du droit administratif cantonal. L'art. 17 al. 2 LResp./FR a été approuvé le 3 mars 1988 par l'Assemblée fédérale (FF 1988 I 1391).
A noter que la possibilité offerte aux cantons de porter directement devant le Tribunal fédéral des contentieux de droit administratif cantonal a été supprimée (sur les motifs de cette révision, cf. Message du 20 novembre 1996 du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, in: FF 1997 I p. 1 ss, plus spéc. 506 s.). L'art. 190 Cst. a été abrogé et remplacé par un nouvel article 190 Cst. selon l'arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, accepté par le peuple et les cantons le 12 mars 2000. L'Assemblée fédérale n'ayant pas encore fixé la date de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition, l'art. 190 al. 2 Cst. (dans sa version initiale) demeure donc applicable (RO 2002 p. 3149 s).
2.
Selon la décision attaquée, le Tribunal administratif n'est pas entré en matière sur l'action en responsabilité introduite devant lui au motif que le dommage invoqué aurait été causé par le Conseil d'Etat, qui avait rendu les décisions d'adjudication litigieuses, et il a transmis la cause au Tribunal fédéral en application de l'art. 17 al. 2 LResp./FR. Pour déterminer si la compétence du Tribunal fédéral est donnée dans le cas d'espèce, il convient d'interpréter cette disposition légale notamment à la lumière de l'art. 114bis al. 4 aCst., respectivement de l'art. 190 al. 2 Cst.
3.
Dans son Message du 6 mai 1987 concernant une attribution de compétence au Tribunal fédéral par le canton de Fribourg, le Conseil fédéral relève que l'art. 114bis al. 4 aCst. doit, compte tenu de son caractère exceptionnel, être interprété avec retenue. L'attribution de compétence doit répondre à un besoin véritable; c'est la raison pour laquelle elle doit être approuvée par l'Assemblée fédérale. Elle peut notamment se justifier lorsque des raisons particulières s'opposent à l'attribution de certaines contestations à une autre autorité cantonale, par exemple, lorsque des magistrats sont impliqués dans le litige et que l'autorité cantonale serait donc, en quelque sorte, juge et partie. Est considéré comme suffisant pour justifier une application de l'art. 114bis al. 4 aCst. le besoin d'attribuer au Tribunal fédéral la compétence de connaître de toutes les contestations en matière de responsabilité dans lesquelles les autorités cantonales supérieures et leurs membres sont impliqués. Cette attribution de compétence au Tribunal fédéral vise à empêcher que la Cour cantonale supérieure ne soit à la fois juge et partie ou encore qu'elle statue sur des actions en réparation du dommage ou des actions récursoires dirigées contre ses membres
(FF 1987 II 845 ss, spéc. p. 848).

L'art. 114bis al. 4 aCst. avait été introduit surtout pour donner aux plus petits cantons, qui ne pouvaient se doter d'une juridiction administrative complète, la possibilité de faire juger les différends administratifs de leur ressort par une autorité judiciaire. En exigeant l'approbation de l'Assemblée fédérale, on a voulu prévenir une mise à contribution excessive du Tribunal fédéral par les cantons pour des affaires que ces derniers sont mieux à même de liquider. Les cantons n'ont pas un droit à l'octroi de l'approbation. La mise à contribution du Tribunal fédéral doit répondre à un besoin suffisant et l'attribution de compétence doit apparaître justifiée au regard de la nature des différends de droit administratif en question et de l'organisation de la juridiction administrative dans le canton concerné. Les requêtes des cantons qui disposent déjà d'une juridiction administrative bien développée sont examinées avec plus de circonspection. L'attribution de compétence au Tribunal fédéral a tout son sens lorsque des motifs spéciaux s'opposent à ce qu'un tribunal cantonal se prononce sur l'affaire, par exemple lorsque des magistrats cantonaux, tels les Conseillers d'Etat, sont impliqués dans le différend (cf. Walter Haller,
Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Etat juin 1988, n. 111

à 114 ad art. 114bis aCst.; Christina Kiss/Heinrich Koller, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich 2002, n. 6 à 8 ad art. 190 Cst.). Le justiciable pourrait en effet y voir une certaine apparence de prévention de la part des juges cantonaux en raison de relations pouvant exister entre eux et les membres de l'autorité cantonale supérieure impliqués dans le litige.

4.

4.1 Selon l'art. 17 al. 1 en relation avec l'art. 1er al. 1 lettre a LResp./FR, le Tribunal administratif a la compétence générale de juger les actions en responsabilité à l'encontre des collectivités publiques pour le préjudice que leurs agents causent de manière illicite dans l'exercice de leurs fonctions à autrui. Une dérogation à cette compétence ordinaire est prévue par l'art. 17 al. 2 LResp./FR, qui n'attribue au Tribunal fédéral la compétence de connaître des actions de tiers dirigées contre l'Etat que lorsque le préjudice est causé par un membre du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, du Tribunal cantonal ou du Tribunal administratif. Doit donc être effectivement mis en cause le comportement d'un ou de plusieurs membres d'une de ces autorités (cf. Tobias Jaag, Staats-und Beamtenhaftung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Organisationsrecht, Bâle 1996, n. 74, p. 27).

Compte tenu de son caractère exceptionnel, cette norme légale doit être interprétée de manière restrictive: elle n'entre en ligne de compte que lorsqu'un ou plusieurs membres d'une autorité cantonale supérieure sont directement et personnellement mis en cause par l'action en responsabilité intentée contre l'Etat à raison de leur activité officielle ou que, sans l'être directement et personnellement, ils ont violé un devoir de fonction; encore faut-il qu'ils aient agi de telle manière que le justiciable pourrait avoir des doutes quant à l'apparence de neutralité et l'impartialité que doivent revêtir les juges cantonaux, en raison d'éventuelles pressions exercées à leur encontre surtout dans les affaires politiquement sensibles. Lorsque l'on a affaire à une décision d'un magistrat ou d'un fonctionnaire, la responsabilité de l'Etat pour actes illicites n'est pas engagée du seul fait que celle-ci se révèle après coup dénuée de fondement, illégale, voire arbitraire. Encore faut-il que le magistrat, le fonctionnaire ou le membre d'une autorité ait violé un devoir essentiel de sa fonction (ATF 120 Ib 248 consid. 2b; 118 Ib 163 consid. 2 et les références citées). Pour ce qui est de la responsabilité de l'Etat dans le domaine des marchés

publics, la seule illégalité d'une décision d'adjudication constatée par une instance de recours peut cependant déjà, en vertu des règles spéciales en la matière, fonder la responsabilité de la collectivité publique adjudicatrice concernée (cf. art. 3a de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics). Point n'est besoin d'examiner plus avant cette question. Il suffit de constater que l'attribution de compétence au Tribunal fédéral prévue par l'art. 17 al. 2 LResp./FR ne peut avoir lieu que lorsque l'action en responsabilité se fonde sur une faute personnelle qualifiée d'un magistrat cantonal.

4.2 En l'occurrence, les conditions de l'art. 17 al. 2 LResp./FR ne sont pas réunies, quand bien même les actes qui sont à l'origine de la présente action en responsabilité sont des décisions d'adjudication qui, formellement, ont été prises par le Conseil d'Etat. Force est en effet de constater que le comportement illicite incriminé n'est pas directement imputable à un ou à plusieurs membres du Conseil d'Etat, mais aux agents du Bureau des autoroutes, soit un service hiérarchiquement subordonné à la Direction des travaux publics, respectivement au Conseil d'Etat. C'est le Bureau des autoroutes qui, disposant des connaissances techniques nécessaires, a été chargé par la Direction des travaux publics, de préparer et de conduire les procédures d'adjudication ayant abouti aux décisions d'adjudication litigieuses. Dans son arrêt du 13 mars 2001 constatant l'illicéité de la seconde procédure d'adjudication, le Tribunal administratif ne reproche d'ailleurs pas à l'un ou l'autre membre du Conseil d'Etat de manquement (caractérisé) à ses devoirs dans l'exercice de sa fonction, mais critique uniquement l'activité du service de l'Etat, soit le Bureau des autoroutes, qui aurait manipulé à sa guise les règles fondamentales de concurrence

prévues par la législation sur les marchés publics. A noter du reste que les demanderesses n'ont jamais prétendu - à juste titre - qu'un membre du Conseil d'Etat était directement et personnellement impliqué dans le présent litige, mais ont fondé leur action en responsabilité exclusivement sur les agissements illicites du Bureau des autoroutes.

Par ailleurs, il n'apparaît pas qu'un membre du Conseil d'Etat ait violé un devoir primordial de sa fonction en prenant formellement les décisions incriminées, quand bien même celles-ci ont été par la suite jugées illégales par le Tribunal administratif. Il n'existe en tout cas ici aucun élément de nature à éveiller des soupçons quant à une éventuelle prévention des juges cantonaux et à rendre ainsi préférable le règlement du présent litige directement par le Tribunal fédéral.

4.3 Compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne voit pas quels motifs spéciaux s'opposeraient à ce que le Tribunal administratif - qui est une autorité judiciaire indépendante du pouvoir exécutif - tranche le présent litige. L'attribution de compétence au Tribunal fédéral ne répond en tout cas à aucun besoin véritable.
4.4 A cela s'ajoute une particularité au domaine des marchés publics: le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours devant une autorité judiciaire compétente pour statuer définitivement (sous réserve d'un recours de droit public au Tribunal fédéral) sur les décisions d'adjudication (communales et cantonales) et, le cas échéant, pour constater dans quelle mesure celles-ci sont illicites lorsque le contrat a déjà été conclu (art. 9 al. 2 et 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]). Or, en l'espèce, le caractère illicite (qui est l'une des conditions nécessaires pour que la responsabilité de l'Etat soit admise) des procédures d'adjudication a déjà été constaté par le Tribunal administratif, indépendamment de l'art. 17 LResp./FR. Pour des motifs d'économie de procédure également, il paraît ainsi opportun que le Tribunal administratif se prononce sur l'ensemble du litige, soit sur les autres conditions propres à engager la responsabilité de l'Etat. Une scission de la voie de droit n'aurait pas de sens. En d'autres termes, le Tribunal administratif est le mieux à même de trancher la présente affaire, compte tenu notamment du lien de connexité étroit entre la question de l'illicéité
des procédures d'adjudication et le procès en responsabilité qui en découle.
D'ailleurs, au plan fédéral, c'est la même autorité judiciaire, soit la Commission de recours en matière de marchés publics, qui est compétente pour constater l'illicéité d'une décision d'adjudication et pour statuer définitivement sur les demandes de dommages-intérêts résultant d'une décision illicite lorsque le contrat a déjà été conclu entre l'adjudicateur et l'adjudicataire (cf. art. 32 et 34 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics; RS 172.056.1).
4.5 En résumé, il y a lieu d'interpréter l'art. 17 al. 2 LResp./FR de manière restrictive: l'action en responsabilité n'est soumise directement au Tribunal fédéral que dans les cas limités où le ou les membres d'une autorité supérieure cantonale sont directement mis en cause ou lorsque, sans l'être directement, ils ont commis un manquement caractérisé à leur devoirs essentiels de fonction de nature à faire craindre une certaine apparence de partialité de la part du Tribunal administratif, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.
5.
Vu ce qui précède, l'action doit être déclarée irrecevable et la cause retournée au Tribunal administratif du canton de Fribourg comme objet de sa compétence.

Compte tenu des circonstances particulières du cas, il se justifie de statuer sans frais et sans dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
La demande est irrecevable et la cause est transmise au Tribunal administratif du canton de Fribourg comme objet de sa compétence.
2.
Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire, ni alloué de dépens.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, ainsi qu'au Tribunal administratif du canton de Fribourg, Ière Cour administrative.
Lausanne, le 31 août 2004
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: