

---

2P.96/2002/elo

**Arrêt du 9 septembre 2002**  
**Ile Cour de droit public**

---

Composition

Les juges fédéraux Wurzburger, président,  
Yersin et Merkli.  
greffier Addy.

---

Parties

**Entreprise X.**\_\_\_\_\_ SA, recourante, représentée par Me  
Dominique Morard, avocat, rue Rieter 9, case postale 236,  
1630 Bulle,

**contre**

**Entreprise A.**\_\_\_\_\_ SA,  
**Entreprise B.**\_\_\_\_\_ SA,  
**Commune de Massonnens**, 1692 Massonnens,  
**Préfecture du district de La Sarine**, Grand-Rue 51,  
case postale 96, 1702 Fribourg,  
**Tribunal administratif du canton de Fribourg, IIème Cour**  
**administrative**,  
route André-Piller 21 1762 Givisiez.

---

Objet

art. 5 et 9 Cst. (recours tardif en matière de marchés publics),

recours de droit public contre la décision du Tribunal administratif  
du canton de Fribourg, IIème Cour administrative, du 24 avril 2002.

**Faits:**

**A.**

Par publication dans la Feuille officielle du canton de Fribourg du 15 juin 2001, la commune de Massonnens (ci-après citée: la Commune) a mis en soumission des travaux d'adduction d'eau pour la période automne-hiver 2001. Les offres devaient être adressées au bureau d'ingénieurs C.\_\_\_\_\_.

Les travaux ont été adjugés le 4 septembre 2001 aux entreprises A.\_\_\_\_\_ SA et B.\_\_\_\_\_ SA. Par lettre du 6 septembre 2001, le bureau d'ingénieurs désigné pour recevoir les offres a informé l'entreprise X.\_\_\_\_\_ SA, (ci-après citée: l'entreprise évincée), que les soumissions qu'elle lui avait adressées n'avaient pas été retenues par la Commune.

**B.**

Le 17 septembre 2001, l'entreprise évincée a recouru devant le Préfet de la Glâne contre la décision d'adjudication précitée du 4 septembre 2001 dont elle a requis l'annulation, en concluant à titre principal à ce que le marché public litigieux lui soit adjugé et, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à la commune adjudicatrice pour nouvelle décision au sens des considérants. En bref, elle se plaignait de la violation de certaines règles de procédure et soutenait que son offre, économiquement la plus avantageuse, avait été écartée de manière contraire au droit.

Par décision du 18 février 2002, le Préfet du district de la Sarine (ci-après cité: le Préfet), compétent ensuite de la récusation du Préfet du district de la Glâne, a rejeté le recours. Notifiée le jour suivant à l'entreprise évincée, cette décision de rejet portait l'indication qu'elle pouvait être contestée dans un délai de trente jours devant le Tribunal administratif (ch. 4 du dispositif).

**C.**

Saisi d'un recours de la société évincée déposé le 6 mars 2002, le Tribunal administratif du canton de Fribourg (ci-après: le Tribunal administratif) l'a déclaré manifestement irrecevable pour cause de tardiveté, par arrêt du 24 avril 2002. En bref, le tribunal a considéré que le délai pour recourir devant lui était de dix et non de trente jours comme indiqué de manière inexacte par le Préfet et que, assistée d'un avocat, l'entreprise évincée ne pouvait se réclamer du droit à la protection de la bonne foi, car la simple lecture de la loi lui aurait permis de déceler l'erreur commise par ce magistrat.

#### **D.**

Agissant par la voie du recours de droit public, la société évincée demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif et d'octroyer l'effet suspensif à son recours. Elle invoque la violation des principes de la légalité (art. 5 Cst.) et du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.).

Sans se prononcer sur le fond de l'affaire, l'entreprise A\_\_\_\_\_ SA propose de rejeter la requête d'effet suspensif, tandis que l'entreprise B.\_\_\_\_\_ SA ne s'est pas déterminée. De son côté, la Commune conclut au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours. Le Préfet déclare qu'il acquiesce partiellement aux motifs invoqués dans le recours, en relevant que le délai dans lequel les décisions préfectorales peuvent être entreprises dans le canton de Fribourg en matière de marchés publics est "flou". Quant au Tribunal administratif, il conclut au rejet du recours, en renvoyant aux considérants de son arrêt.

Par ordonnance du 31 mai 2002, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a rejeté la demande d'effet suspensif dans la mesure où elle n'était pas devenue sans objet du fait que les contrats avaient déjà été conclus avec les entreprises adjudicataires les 5/7 mars 2002.

#### **Le Tribunal fédéral considère en droit:**

##### **1.**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 13 consid. 1a p. 16, 46 consid. 2a p. 47 et les références).

**1.1** Le recours de droit public exige en principe un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt attaqué, respectivement à l'examen des griefs soulevés, qui fait généralement défaut lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté ou est devenu sans objet (ATF 127 III 41 consid. 2b p. 42). Tel n'est pas le cas en matière de marchés publics, même si le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire déjà exécuté, puisque l'adjudicateur, soit en l'espèce la Commune, pourrait être tenue pour responsable des dommages causés par une décision dont l'illicéité serait constatée par l'instance de recours (cf. art. 3a de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics [ci-après citée: LcMP ou loi cantonale sur les marchés publics]; ATF 125 II 86 consid. 5b p. 97 s.). La recourante possède donc un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt litigieux.

**1.2** Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt rendu en dernière instance cantonale (cf. art. 2 al. 1 LcMP), qui ne peut être attaqué que par la voie du recours de droit public, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ (cf. ATF 125 II 86 consid. 2 à 6 p. 92 ss).

## **2.**

**2.1** Aux termes de l'art. 2 LcMP, les décisions relatives aux marchés publics sont sujettes à recours au Tribunal administratif (al. 1). Les décisions rendues par les communes et les autres organes assumant des tâches communales font l'objet d'un recours préalable au préfet (al. 2).

L'art. 3 LcMP précise que les articles 15 à 18 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, auquel le canton de Fribourg a adhéré le 1er janvier 1996, sont applicables par analogie aux marchés inférieurs aux valeurs seuils fixées par l'accord OMC sur les marchés publics.

**2.2** En l'espèce, les parties s'accordent à dire que le marché public litigieux n'atteint pas les valeurs seuils auxquelles fait référence l'art. 3 LcMP. Le litige porte donc seulement sur la manière d'appliquer par analogie l'accord intercantonal, en particulier son article 15.

Dans sa version telle que publiée dans le Recueil officiel des lois fédérales (AIMPu; RS 172.056.4), cette disposition a la teneur suivante:

*"1 Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale. Celle-ci statue de manière définitive.*

*2 Le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision d'adjudication.*

*3 (...)"*.

Des modifications ont semble-t-il été apportées à cette disposition selon un accord du 15 mars 2001 (cf. la version de l'accord intercantonal publiée dans le recueil systématique du canton de Fribourg; RSF 122.91.2); elles n'entrent cependant pas en ligne de compte, car elles n'ont pas encore été publiées dans le Recueil officiel des lois fédérales (cf. art. 21 al. 2 AIMPu).

## **3.**

Invoquant la violation du principe de la légalité, la recourante fait valoir qu'il ne ressort nullement des textes légaux applicables en matière de marchés publics que le délai pour recourir au Tribunal administratif contre la décision du Préfet serait de dix jours. A ses yeux, l'art. 15 al. 2 AIMPu ne réglerait en effet que la question du délai pour recourir contre la décision de l'adjudicateur, soit en l'occurrence la Commune, mais ne s'appliquerait pas au recours devant le Tribunal administratif où le délai ordinaire de trente jours prévu à l'art. 79 al. 1 du Code fribourgeois de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA) prévaudrait.

Ce faisant, la recourante ne se plaint pas d'une absence de base légale, mais d'une application et d'une interprétation de l'art. 15 al. 2 AIMPu qui seraient contraires au texte de cette disposition. Ses griefs se confondent dès lors avec la violation de l'interdiction de l'arbitraire.

**3.1** Le Tribunal fédéral examine en principe librement l'interprétation et l'application des dispositions concordataires faites par les autorités cantonales (ATF 115 la 212 consid. 2a; 112 la 75 consid. 1b; 109 la 335 consid. 5 p. 339 et les références citées). Son pouvoir d'examen est toutefois restreint à l'arbitraire lorsque ces dispositions sont appliquées, comme en l'occurrence, à titre de droit cantonal supplétif, de même que lorsque des dispositions de droit fédéral sont appliquées à ce titre (cf. ATF 115 lb 206 consid. 2 et 3 p. 207 s.).

Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. De plus, il ne suffit pas que les motifs de l'arrêt attaqué soient insoutenables, encore faut-il que ce dernier soit arbitraire dans son résultat. Il n'y a en outre pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (ATF 127 I 60 consid. 5a p. 70; 125 I 166 consid. 2a p. 168 et la jurisprudence citée). La nouvelle Constitution n'a pas amené de changements à cet égard (cf. art. 8 et 9 Cst.; ATF 126 I 168 consid. 3a p. 170).

**3.2** En l'espèce, il est exact que l'art. 15 AIMPu, qui fixe un délai de recours de dix jours "dès la notification de la décision d'adjudication" (al. 2), ne dit rien, comme tel, du délai de recours devant une seconde instance cantonale. C'est que cette disposition, en prévoyant que l'autorité juridictionnelle cantonale statue de manière définitive (al. 1), invite les cantons à instituer une autorité de recours statuant en instance cantonale unique (comp. avec l'art. 9 al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 [LMI; RS 943.02] qui dispose que le droit cantonal prévoit "au moins une voie de recours" devant une instance cantonale indépendante de l'administration), ceci afin de répondre à l'exigence de rapidité qui doit prévaloir dans le traitement des procédures et des litiges en matière de marchés publics (cf. EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 516).

La question de savoir si la double instance prévue par le droit fribourgeois est conforme à l'accord intercantonal peut toutefois rester ouverte (sur cette

question, cf. EVELYNE CLERC, loc. cit., note 925 p. 517), dès lors qu'en l'espèce, cet accord ne s'applique de toute façon pas directement, mais seulement par analogie, les valeurs seuils fixées par l'accord OMC sur les marchés publics n'étant pas atteintes.

Cela étant, l'interprétation du Tribunal administratif, qui revient à appliquer le délai de dix jours prévu à l'art. 15 al. 2 AIMPu indifféremment aux procédures de recours devant le préfet et devant le Tribunal administratif, n'est pas arbitraire. Elle apparaît au contraire conforme au souci de célérité qui prédomine, de manière générale, la procédure applicable en matière de marchés publics. En outre, elle présente également l'avantage de la simplicité par rapport à la solution préconisée par la recourante qui aurait pour conséquence d'instaurer un délai de recours différencié selon que l'on se trouve devant la première ou la seconde instance cantonale. Enfin, cette interprétation peut d'autant moins être qualifiée d'arbitraire qu'elle correspond à la volonté du législateur fribourgeois qui, par le renvoi au délai de dix jours prévu à l'art. 15 al. 2 AIMPu, avait en vue de régler aussi bien la procédure applicable devant le Tribunal administratif que devant le préfet (cf. Message du 6 janvier 1998 accompagnant le projet de loi sur les marchés publics, p. 4 ad art. 3 et p. 7 in fine; voir aussi le Message no 263 du 16 août 1995 accompagnant le projet de loi d'application de l'accord intercantonal sur les marchés publics, p. 2).

Le grief tiré de la violation de l'interdiction de l'arbitraire est ainsi mal fondé.

#### 4.

La recourante fait également grief au Tribunal administratif d'avoir méconnu le principe de la protection de la bonne foi, en ne protégeant pas la confiance qu'elle pouvait mettre dans l'indication erronée du délai de recours figurant dans la décision du Préfet.

**4.1** Selon un principe général du droit déduit des règles de la bonne foi (formalisé aux art. 107 al. 3 OJ et 38 PA pour la procédure fédérale), une notification irrégulière, notamment le défaut d'indication ou l'indication incomplète ou inexacte des voies de droit, ne doit en principe entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. ATF 124 I 255 consid. 1a/aa p. 258; 119 IV 330 consid. 1c p. 333; 117 la 297 consid. 2 p. 298 et les arrêts cités). Toutefois, le justiciable ne peut invoquer la protection de la bonne foi que s'il n'était pas à même, en faisant preuve d'une attention suffisante, de déceler l'inexactitude de l'indication; en particulier, il ne saurait se prévaloir de son ignorance du droit lorsque l'erreur était reconnaissable par une simple lecture de la loi (ATF 117 la 119 consid. 3a p. 125); il n'est en revanche pas tenu de consulter la doctrine et la jurisprudence (ATF 117 la 297 consid. 2 p. 299; 112 la 305 consid. 3 p. 310, 106 la 13 consid. 3a/3b pp. 16-18). Le justiciable ne doit en outre pas pâtir d'une réglementation légale peu claire ou contradictoire des voies de droit; il est alors dans une situation

comparable à celle du justiciable à qui l'autorité donne, dans sa décision, des indications erronées à ce sujet (ATF 123 II 231 consid. 8b p. 238; 121 II 72 consid. 2a/2b p. 78; 117 Ia 119 consid. 3 p. 124).

**4.2** Représentée par un avocat fribourgeois pratiquant le barreau, la recourante ne saurait se prévaloir d'une quelconque ignorance des dispositions légales qui fixent les voies de droit et les délais pour recourir contre les décisions en matière de marchés publics. Elle ne le prétend d'ailleurs pas, mais argue qu'elle pouvait légitimement se fier à l'indication du délai de recours de trente jours figurant dans la décision du Préfet car, fait-elle valoir, la simple lecture des dispositions applicables ne lui permettait pas d'identifier l'erreur de ce magistrat.

A rigueur de sa lettre, l'art. 15 al. 2 AIMPu, applicable par analogie en vertu du renvoi de l'art. 3 LcMP, règle seulement la question du délai pour recourir contre la "décision d'adjudication" (ou du moins contre une décision de l'adjudicateur; cf. art. 15 al. 1 AIMPu). Cette disposition ne traite en revanche pas de la question du délai de recours lorsque le droit cantonal aménage, comme dans le canton de Fribourg, une double instance de recours. Dès lors, on ne saurait dire que le délai de recours de trente jours mentionné par le Préfet, qui correspond au délai ordinaire pour porter une affaire devant le Tribunal administratif, apparaissait manifestement erroné à la seule lecture de la loi. Ce magistrat a d'ailleurs laissé entendre que ce n'était pas par inadvertance ou par erreur qu'il avait indiqué le délai mis en cause, mais bien parce que celui-ci lui semblait exact, ajoutant que le flou règne en ce qui concerne le délai de recours contre une décision de première instance".

Par ailleurs, l'argument selon lequel le délai de dix jours prévu par l'accord intercantonal sur les marchés publics serait largement connu dans les milieux professionnels concernés (entreprises de construction, études d'avocats...) tombe à faux, puisque le marché litigieux n'était précisément pas soumis à cet accord; or, dans une telle situation, les délais de recours applicables sont ordinairement ceux prévus par les codes de procédure administrative cantonaux, soit trente jours en règle générale (cf. EVELYNE CLERC, loc. cit. p. 521 in fine et sv.). Que certaines des dispositions de l'accord trouvaient en l'espèce à s'appliquer de manière analogique par le jeu du renvoi de l'art. 3 LcMP n'est pas déterminant, vu la relative incertitude, comme on l'a vu, sur la portée exacte de ce renvoi. Enfin, le mandataire de la recourante a formellement contesté avoir eu connaissance, à l'occasion d'affaires antérieures, du fait que le délai de recours était de dix jours pour attaquer les décisions préfectorales, précisant qu'il n'avait agi, en matière de marchés publics, que dans des procédures fondées sur l'art. 2 al. 1 LcMP, soit des recours directs au Tribunal administratif. Il est vrai que les autorités intimées prétendent le contraire, mais sans toutefois l'établir.

Dans ces conditions, on ne saurait dire qu'en ne rectifiant pas d'office l'erreur du Préfet - ou plutôt sa mauvaise compréhension ou interprétation de la législation applicable -, la recourante ou son avocat auraient commis une faute grossière comme l'exige la jurisprudence (cf. ATF 119 IV 330 consid. 1c; 117 la 297 consid. 2, 421 consid. 2a p. 422; 112 la 305 consid. 3 p. 310).

**4.3** En conséquence, le moyen tiré de la violation du principe de la protection de la bonne foi est bien fondé.

**5.**

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre le recours et d'annuler l'arrêt entrepris.

083 210.4