

L'annulation d'un contrat de marché public par le soumissionnaire évincé : quel équilibre entre légalité et sécurité juridique ?

Auteur : Degeest, Christophe

Promoteur(s) : Durviaux, Ann-Lawrence

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2015-2016

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/1150>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative" (BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

FACULTE DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET DE CRIMINOLOGIE
Département de Droit

L'annulation d'un contrat de marché public par le soumissionnaire évincé : quel équilibre entre légalité et sécurité juridique ?

Christophe DEGEEST

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2015-2016

Recherche menée sous la direction de :
Madame Ann-Lawrence DURVIAUX
Professeur ordinaire

Résumé

L'annulation d'un contrat de marché public comporte deux problématiques majeures.

D'une part, le contentieux est divisé entre le Conseil d'Etat et le juge judicaire et d'autre part, le demandeur de l'annulation du contrat est le soumissionnaire évincé, tiers au contrat qui ne dispose pas d'un recours contre le contrat.

Lors de la création du Conseil d'Etat, la théorie de l'acte détachable est adoptée afin de permettre au tiers d'avoir un recours contre la décision d'attribution de l'autorité administrative. Celle-ci est fictivement dissociée du consentement du contrat.

Cependant, le recours en annulation n'est pas efficace quand le contrat est déjà conclu. L'arrêt d'annulation n'a pas d'incidence sur ce contrat. De même, le recours en suspension est inefficace car la condition du préjudice grave et difficilement réparable est appréciée restrictivement. Seul, des dommages et intérêts sont possibles pour le soumissionnaire évincé.

Sous l'impulsion du droit de l'Union, le droit belge est réformé. Il reste cependant dans une optique de séparation du contentieux entre juridictions administratives et judiciaires.

Un délai d'attente et des sanctions spécifiques sont instaurés en cas de violation de ce délai, notamment la déclaration d'absence d'effets, qui est à mon sens, une annulation du contrat aménagée pour les contrats de marchés publics.

Le délai d'attente rend le recours en suspension plus efficace. L'autorité adjudicatrice peut régulariser l'acte suspendu. L'annulation du contrat perd ainsi beaucoup de son sens.

Lorsque le marché est soumis à un délai d'attente, l'annulation du contrat n'est permise que dans l'hypothèse de la déclaration d'absence d'effets.

En ce qui concerne, les marchés non soumis au délai d'attente, la Cour de cassation a rendu deux arrêts dans le contentieux de l'annulation du contrat.

Dans le premier, la Cour estime que l'arrêt d'annulation a un effet direct sur le contrat, dans le second, elle considère la législation sur les marchés d'ordre public. La théorie de l'acte détachable n'a alors plus lieu d'être. Ces deux arrêts sont critiquables.

Le Conseil d'Etat a une jurisprudence opposée sur ces deux questions ; il applique toujours la théorie de l'acte détachable. Cette thèse doit toujours défendue.

Dans les cas où la nullité n'est pas possible, deux recours en dommages et intérêts s'offrent au tiers, la responsabilité civile qui est de la compétence des juges judiciaires et l'indemnité réparatrice de la compétence du Conseil d'Etat.

Remerciement

Pour son aide et ses conseils dans la réalisation de la présente contribution, je tiens à remercier le professeur Ann Lawrence DURVIAUX.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	4
I.- LES RECOURS DU SOUMISSIONNAIRE EVINCE AVANT LA REFORME DE 2009.....	5
A.- LA DUALITE JURIDICTIONNELLE	5
B.- LA RESPONSABILITE EXTRACONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATION	6
C.- LES RECOURS DU SOUMISSIONNAIRE EVINCE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT.	6
1) <i>La compétence du Conseil d'Etat et la théorie de l'acte détachable.</i>	6
2) <i>La notion d'acte détachable</i>	6
3) <i>Impasse du recours en excès de pouvoir</i>	7
4) <i>Impasse du recours en suspension</i>	8
D.- L'IMPOSSIBILITE DE L'ANNULATION DU CONTRAT PAR LE JUGE JUDICIAIRE.	9
E.- LE CONTEXTE EUROPEEN	9
II.- LES RECOURS DU SOUMISSIONNAIRE EVINCE APRES LA REFORME DE 2009.	10
A.- LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE MAINTENUE.....	10
1) <i>La possible centralisation du contentieux</i>	10
2) <i>Confirmation de la dualité juridictionnelle</i>	11
3) <i>Appréciation de la dualité juridictionnelle</i>	11
B.- UNE PHASE PREVENTIVE AU RECOURS DU SOUMISSIONNAIRE	13
1) <i>Principe et origine du délai d'attente</i>	13
2) <i>Effet du délai d'attente</i>	13
3) <i>Champ d'application du délai d'attente</i>	13
4) <i>La différence du système de recours en fonction des seuils est-elle justifiée ?</i>	14
C.- LE RECOURS EN SUSPENSION ET LES MESURES PROVISOIRES	15
1) <i>Principe</i>	15
2) <i>Suppression de la condition de préjudice grave difficilement réparable et balance des intérêts dans le cadre du recours en suspension devant le Conseil d'Etat</i>	15
3) <i>Effet du recours en suspension sur l'exécution du contrat pour les marchés soumis au délai d'attente</i>	16
4) <i>Effet d'un arrêt de suspension sur l'exécution du contrat pour les marchés non-soumis au délai d'attente</i>	16
D.- LA DECLARATION D'ABSENCE D'EFFETS.....	20
1) <i>Principe</i>	20
2) <i>La portée de la procédure d'avis ex ante</i>	20
3) <i>Rapport entre déclaration d'absence d'effets et annulation de droit commun.</i>	21
E.- LE RECOURS EN ANNULATION	24
1) <i>Principe</i>	24
2) <i>Les effets de l'annulation d'un acte détachable lorsque le contrat est conclu.</i>	25
a) Position du problème.....	25
b) Thèse de l'absence de consentement	26
c) Thèse de la cause illicite.....	28
d) Thèse du caractère d'ordre public.....	28

e)	Le principe de légalité impose-t-il à l'autorité administrative de demander lui-même la nullité ?	31
f)	Critique de ces thèses	31
g)	Influence du de la C.J.U.E.	32
h)	Application de la déclaration d'absence d'effets par l'intermédiaire du droit commun ?	33
i)	Droit comparé : la France abandonne la théorie de l'acte détachable.	34
F.-	LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AUTORITE ADJUDICATRICE.	35
1)	<i>La faute</i>	35
2)	<i>Le dommage</i>	36
a)	Possibilité de réparation en nature du dommage	36
b)	Réparation par équivalent.....	37
3)	<i>Lien causal</i>	38
4)	<i>Mécanisme de l'indemnité réparatrice introduit par la réforme du Conseil d'Etat</i>	39
a)	L'indemnité réparatrice est-elle applicable au contentieux des marchés publics ?	39
b)	Responsabilité objective ?	40
c)	Réparation intégrale ?.....	40
d)	Le lien causal.....	41
5)	<i>Appréciation de la responsabilité civile</i>	41
	CONCLUSION	42

INTRODUCTION

Dans le cadre de ce travail, je vais tenter de proposer une analyse du contentieux de l'annulation d'un contrat de marché public.

D'une part, la Belgique connaissant d'un système juridictionnel dual quant aux voies de recours contre l'autorité adjudicatrice. Les juridictions administratives et les juridictions judiciaires seront toutes les deux amenées à connaître du contentieux. La première difficulté réside dans l'articulation entre les juges administratifs et les juges de l'ordre judiciaire

D'autre part, le droit civil est supplétif au droit des marchés publics. En conséquence, à défaut de règles spécifiques prévues par le droit des marchés publics ; c'est le droit civil qui s'applique. Ainsi, en l'absence de mécanisme spécifique, c'est la théorie des nullités prévue par le droit civil qu'il convient d'appliquer. La particularité de cette problématique en marché public réside dans le fait que le plus souvent, la partie souhaitant obtenir l'annulation du contrat sera le soumissionnaire évincé, un tiers au contrat. Or, selon cette théorie, ce dernier ne peut introduire un recours qu'en présence d'une cause de nullité absolue. La seconde difficulté réside dans la possibilité pour le tiers d'obtenir réparation de son préjudice dans la phase de passation.

Pour l'analyse de ces problématiques, dans un premier temps, j'évoquerai la situation avant la réforme du système des recours en 2009¹. Je commencerai par développer la dualité juridictionnelle. Puis, j'examinerai la théorie des actes détachables qui permet un recours du tiers devant le Conseil d'Etat. Ensuite, j'expliquerai l'impasse des recours en annulation et en suspension. Après cela, j'aborderai le contexte européen précédant la réforme de 2009 et notamment la directive 2007/66/CE² sur les recours en matière de marché public ayant amené cette réforme.

Dans un second, j'examinerai la situation après la réforme de 2009 et sa modification partielle en 2013³ en observant le fonctionnement de la dualité juridictionnelle, du délai d'attente et des différents recours. J'analyserai l'articulation des différents recours entre eux et plus longuement la question de l'annulation du contrat lorsque le marché n'est pas soumis à un délai d'attente.

¹ Loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, abrégé loi du 23 décembre 2009.

² Directive 2007/66 du 11 décembre 2007 du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, abrégé directive 2007/66/CE

³ Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, abrégé loi du 17 juin 2013.

I.- LES RECOURS DU SOUMISSIONNAIRE EVINCE AVANT LA REFORME DE 2009.

A.- LA DUALITE JURIDICTIONNELLE

Le droit belge comprend une pluralité d'ordre juridictionnel, la Constitution a mis en place un système mixte où des tribunaux ordinaires et administratifs se partage la compétence des litiges nés du comportement de l'administration⁴.

Il faut dès lors répartir les compétences par une clause générale afin d'éviter tout blocage. Cette clause est inscrite aux articles 144 et 145 de la Constitution belge. Ceux-ci témoignent de la « *rare confiance*⁵ » accordée par le constituant au juge judiciaire et ont amené ce dernier à avoir un grand rôle dans le contentieux administratif. Cela aura pour conséquence que des concepts de droit privé seront appliqués au contentieux administratif. Par exemple, la responsabilité des pouvoirs publics est soumise à l'article 1382 du code civil.

L'article 144 attribue exclusivement les contestations qui ont pour objectif des droits civils aux juges judiciaires alors que l'article 145 permet d'attribuer à d'autres juridictions les droits politiques. Ce système a pour conséquence comme l'écrit P.Lewalle que « *tout litige ayant pour objet un droit subjectif relève par principe de la compétence judiciaire*⁶ ».

L'article 159 de la Constitution permet au juge judiciaire de contrôler la légalité des actes administratifs unilatéraux dans certaines conditions⁷. En conséquence, la Belgique connaît d'un système de contrôle concurrent des actes administratifs unilatéraux.

L'article 158 de la constitution instaure la Cour de cassation comme juge des conflits de répartition de compétence.

Il ressort des propos ci-dessus que le juge judiciaire est le juge du contrat de marché public, le tiers n'a en principe pas de recours contre le contrat.

⁴ P.LEWALLE et L.DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2008, p.341 et s.

⁵ Pour reprendre l'expression M.Ganshof van der Meersh, Concl. précédent Cass., 21 décembre 1956, Pas., 1957, I, p.445

⁶ P.LEWALLE et L.DONNAY, *Op. cit.*, p.352

⁷Ibid, p.362

B.- LA RESPONSABILITE EXTRACONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATION

En 1920, la Cour de cassation consacre la responsabilité civile de l'administration. Le soumissionnaire peut alors réclamer des dommages et intérêts lorsque son éviction est constitutive d'une faute.

C.- LES RE COURS DU SOUMISSIONNAIRE EVINCE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT.

1) La compétence du Conseil d'Etat et la théorie de l'acte détachable.

Dès sa création, en 1948, le Conseil d'Etat belge transposa la théorie française des actes détachables⁸.

Afin de pallier l'absence de recours des tiers contre le contrat, le Conseil d'Etat français a créé cette théorie⁹. Celle-ci effectue, par le biais d'une fiction juridique, une distinction entre la validité de la décision administrative de conclure le contrat et la validité du consentement au contrat afin de rendre la décision administrative susceptible d'un recours en excès de pouvoir.

2) La notion d'acte détachable

L'acte détachable est un acte administratif unilatéral préalable à la formation du contrat¹⁰.

Le Conseil d'Etat a notamment considéré que la décision de conclure ou de ne pas conclure un contrat était un acte détachable¹¹. Néanmoins, l'étendue de cette notion évolue toujours¹².

Une controverse¹³ a eu lieu au sein du Conseil d'Etat pour déterminer si les actes préparatoires étaient susceptibles de faire l'objet d'un recours. Dans un premier temps, une

⁸ C.E., 24 octobre 1949, Grisar, n°137 ; C.E., 10 aout 1951, S.A. cobesma

⁹ C.E. fr., 11 décembre 1903, Commune de Gorre ; C.E. fr., 4 aout 1905, Martin

¹⁰ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », *A.T.P.*, 1998, p.57

¹¹ C.E., 3 juillet 2007, S.A. CODITEL BRABANT, n°173.079

¹² Pour des exemples, voir P. GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat : l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *A.T.P.*, 2009, p.201

¹³ C. DE KONINCK et V. DOR, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 84 ; B. LOMBAERT, F. VANDENDRIESSCHE et S. DEVOS, « Divergence de jurisprudence entre les chambres de langue française et de langue néerlandophone du Conseil d'Etat ; Y-a-t'il deux Conseils d'Etat en Belgique ? » in *Chronique de marchés publics 2009-2010*, EBP, 2010, p.368-373.

partie de la jurisprudence du Conseil estima que le soumissionnaire ne pouvait pas agir contre ces actes, notamment contre le cahier des charges¹⁴.

Sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union Européenne¹⁵ qui considérait que de tels actes pouvaient faire l'objet d'un recours¹⁶, le Conseil d'Etat a modifié sa jurisprudence en autorisant un recours en suspension contre un cahier des charges¹⁷.

A l'origine, une frontière nette fondée sur l'article 144 de la Constitution était tracée entre les actes préalables à la formation du contrat et les actes postérieurs à celui-ci, la doctrine¹⁸ a plaidé pour moins d'étanchéité entre les deux catégories d'actes. Le Conseil d'Etat l'a suivi pour des actes en cours d'exécution du contrat mais qui sont issus de son pouvoir de décision unilatéral, c'est-à-dire des actes, qui révèlent une nouvelle manifestation de volonté de contracter¹⁹. Le Conseil d'Etat a également considéré que la décision de modifier substantiellement les conditions du contrat est un acte détachable²⁰. La détermination de ce que représente une modification substantielle n'est jamais évidente.

La théorie des actes détachables n'est cependant pas applicable à la décision de résilier un contrat²¹.

Suite à ces évolutions jurisprudentielles, la notion d'acte détachable a tendance à s'accroître. En conséquence, le soumissionnaire évincé dispose de plus de possibilité d'intenter un recours.

La loi du 23 décembre 2009 consacre la théorie des actes détachables dans le contentieux des marchés publics par une distinction entre l'attribution du marché qui correspond à la décision d'attribution²² et sa conclusion qui correspond à la conclusion du contrat²³

3) *Impasse du recours en excès de pouvoir*

Le Conseil d'Etat a la compétence d'annuler un acte administratif en exerçant un contrôle de légalité sur cet acte. L'acte annulé est censé ne jamais avoir existé en raison de l'effet rétroactif et « *erga omnes* » de l'annulation.

Néanmoins, dans les deux pays, il a été établi que l'annulation d'un acte détachable du contrat n'aurait pas d'effet sur l'existence du contrat, seul le juge judiciaire auquel n'a pas accès le tiers est alors compétent pour l'annulation du contrat.

¹⁴ C.E., 29 juin 1990, n°35.350, *Entr. et dr.*, 1991, p. 249

¹⁵ Abrégée C.J.U.E pour la suite de l'exposé.

¹⁶ C.J.U.E., 18 mars 2004, *Siemens*, C.314/01.

¹⁷ C.E., 2 décembre 2005, n° 152.173.

¹⁸ Voir les auteurs cités par P. GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat : l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale » *op.cit.*, pp.202-203

¹⁹ C.E., 25 septembre 2007, n°174.964, relatif à la résiliation d'une concession domaniale

²⁰ C.E., 12 avril 2005, n° 142.998.

²¹ C.E. (8e ch.), 16 décembre 2010, n° 209.843.

²² Art. 2.10 de la loi du 23 décembre 2009

²³ Art. 2.11 de la loi du 23 décembre 2009

Cette position a conduit sur ce que certains²⁴ appelle la politique du fait accompli ; le commissaire du Gouvernement Romieu remarquait que « *l'annulation pour excès de pouvoir dans cette catégorie de litiges n'aura parfois qu'un caractère platonique*²⁵ ».

En effet, si l'arrêt d'annulation intervient après la conclusion du contrat, le Conseil d'Etat ne peut agir sur le contrat. Le soumissionnaire évincé ne dispose qu'un de recours en dommages et intérêts ; il ne peut pas obtenir l'annulation du contrat. Etant donné le temps nécessaire à l'obtention d'un arrêt d'annulation ; le plus souvent, le contrat sera déjà conclu et dans un état d'exécution avancé. Celui-ci, entaché d'une irrégularité, subsiste dans l'ordre juridique.

4) Impasse du recours en suspension

En 1991, l'introduction d'un réfééré administratif, le recours en suspension, devait permettre de remédier à cette situation. Le recours en suspension d'un acte administratif permet au Conseil d'Etat de suspendre l'acte dont l'exécution serait empêchée.

En conséquence, le contrat ne pouvant plus être conclu, le recours en annulation devait être efficace. Cependant, ce recours n'était possible que si le requérant justifiait d'un moyen sérieux et d'un préjudice grave difficilement réparable²⁶.

L'exigence de préjudice grave et difficilement réparable était appréciée de manière divergente par les chambres francophones et néerlandophones du Conseil d'Etat.

Avant la conclusion contrat, les chambres francophones du Conseil d'Etat estimait que pour satisfaire à la condition de préjudice grave et difficilement réparable, le marché perdu devait être un marché de référence²⁷. En effet, pour les autres marchés, le préjudice subi pouvait être réparé par l'octroi de dommages et intérêts²⁸. Les chambres néerlandophones étaient plus souples. Cette interprétation restrictive de la condition de préjudice grave et difficilement réparable a abouti à ce que peu de recours en suspension soient couronnés de succès.

Dès que le contrat était conclu, les chambres francophones estimaient que la demande en suspension était sans intérêt parce que la suspension de l'acte détachable restait sans influence sur le contrat, la compétence de suspendre le contrat appartenant au juge judiciaire. L'exécution du contrat ne pouvait alors pas être empêchée par l'arrêt de suspension. A l'opposée, les chambres néerlandophones acceptaient de recevoir la demande de suspension même si le contrat était déjà conclu²⁹.

²⁴ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », in *op. cit.*, p.56.

²⁵ Concl. précédent C.E. fr., 4 aout 1905, Martin

²⁶ Art 17 L.C.C.E.

²⁷ C.E., 22 janvier 1999, n° 78.303.

²⁸ A.-L DURVIAUX et D. FISSE, *Droit administratif*, tome 1, l'action publique, Bruxelles, Larcier, 2011, p.48

²⁹ C.E., 13 octobre 1992, E.G.T.A, n°40.734.

L’assemblée générale du Conseil d’Etat trancha la controverse en faveur des chambres francophones³⁰. Ainsi, le préjudice grave et difficilement réparable faisant défaut, le Conseil d’Etat rejettait les demandes en suspension lorsque le contrat est déjà formé. Cette jurisprudence a abouti sur une situation, appelée « *la course à la notification* », où certaines autorités adjudicatrices se précipitaient pour notifier sa décision afin d’empêcher le Conseil d’Etat de statuer³¹.

D.- L’IMPOSSIBILITE DE L’ANNULATION DU CONTRAT PAR LE JUGE JUDICIAIRE.

La question de l’annulation du contrat à la demande du tiers était et est toujours controversée. J’y reviendrai au point. La doctrine et la jurisprudence majoritaire considère que le tiers ne peut pas obtenir l’annulation du contrat.

E.- LE CONTEXTE EUROPEEN

Dans son arrêt Alcatel³², la C.J.U.E. a relevé la nécessité d’un délai d’attente ainsi que d’une procédure de recours permettant d’obtenir l’annulation de la décision de l’autorité adjudicatrice pour satisfaire au droit européen.

Le législateur européen a adopté la directive 2007/66/CE dont les objectifs sont d’instaurer un délai d’attente pour permettre un recours en suspension efficace et d’établir un système de recours qui permet un système de sanction pour lutter contre la politique du fait accompli.

Pour atteindre cet objectif, la directive introduit notamment un délai d’attente et des sanctions quant à son non-respect tel le mécanisme de la déclaration d’absence d’effets.

³⁰ C.E., 15 juin 2000, Feyer, n° 87.983.

³¹ E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics* sous la direction de A.-L. Durviaux et N. Thirion, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.244

³² C.J.C.E., 28 octobre 1999, Alcatel Austria, C-81/98

II.- LES RECOURS DU SOUMISSIONNAIRE ÉVINCÉ APRÈS LA RÉFORME DE 2009.

A.- LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE MAINTENUE.

1) *La possible centralisation du contentieux*

En 2009, au moment de la réforme, plusieurs options étaient possibles quant au choix de l'instance de recours³³.

La première possibilité consiste à confier l'intégralité du contentieux des marchés publics au juge judiciaire. Deux arguments soutiennent cette hypothèse, le premier vient du fait qu'une partie du contentieux des marchés publics tels les litiges trouvant leurs causes dans l'exécution des marchés ou dans l'indemnisation des soumissionnaires évincés.

Un second argument repose sur l'attribution du contentieux au Conseil d'Etat qui est réalisée par le biais de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Un autre choix aurait pu être réalisé par le législateur comme ce fut le cas pour le contentieux fiscal.

La solution inverse est également possible, c'est-à-dire confier l'intégralité du contentieux des marchés publics au Conseil d'Etat. Le législateur pourrait déterminer que les droits et obligations relatifs à la participation aux marchés publics revêtent un caractère politique afin qu'une juridiction administrative puisse être compétente.

La détermination de ce qui relève d'un droit politique fût longtemps controversée. Mais aujourd'hui, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle s'accordent pour dire que les droits des citoyens en rapport étroit avec les prérogatives de l'Etat peuvent être considérés comme des droits politiques³⁴. Or, la procédure de passation de marché public peut parfaitement relever de cette définition.

Le droit à la réparation du dommage résultant de la violation d'un droit politique est considéré comme un droit civil car se fondant sur l'article 1382 du code civil ; le législateur pourrait fonder ce droit sur une autre base légale afin qu'il soit un droit politique. Cependant, la Constitution a été modifiée afin de permettre au Conseil d'Etat de statuer sur les effets civils de ses décisions³⁵.

³³ E. THIBAUT et S. WAUTHIER, « Le nouveau régime de contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », *Chronique des marchés publics 2009-2010*, E.B.P, 2010, p. 870 et s.

³⁴ Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p.430 ; C.C., 26 novembre 2009, n°188/2009

³⁵ Art. 144 de la Constitution belge

Les deux options présentent des avantages et des inconvénients selon les circonstances³⁶.

2) *Confirmation de la dualité juridictionnelle.*

Si la centralisation du contentieux au profit d'une juridiction spécialisé était possible, tel ne fut pas le choix du législateur. Ce dernier a choisi de rester dans un système dual en partageant le contentieux entre le Conseil d'Etat et le juge judiciaire.

La répartition du contentieux se fait sur la base de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat³⁷. Si les entités adjudicatrices sont des autorités administratives, le Conseil d'état est exclusivement compétent.

Par cette clé de répartition exclusive, le législateur a voulu mettre au forum shopping, c'est-à-dire mettre fin à la pratique des plaideurs consistant à choisir la juridiction la plus intéressante pour eux³⁸. Le juge judiciaire est lui exclusivement compétent pour les dommages et intérêts et la déclaration d'absence d'effets.

3) *Appréciation de la dualité juridictionnelle*

La modification de l'article 144 de la Constitution suscite également des interrogations³⁹. Cette réforme persiste dans la dualité juridictionnelle en renforçant les conséquences de l'absence d'unité entre les notions de faute et d'illégalité⁴⁰ alors même que la volonté du législateur était en partie de résoudre cette difficulté.

En conséquence, I. Mathy estime que « *la méthodologie retenue par le constituant et le législateur expose la réforme pour une période indéterminée, à d'inépuisables critiques quant à sa cohérence*⁴¹ ».

Le choix du législateur de répartir le contentieux selon la notion d'autorité administrative peut laisser perplexe. Cette notion reste complexe malgré les récentes évolutions jurisprudentielles⁴².

³⁶ A.-L. Durviaux, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, La Chartre, Bruxelles, 2014, p.694

³⁷ Art. 24 de la loi du 17 juin 2013

³⁸ Selon la formulation de la requête, le Conseil d'Etat ou les juges judiciaires pouvaient être compétent.

³⁹ I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil. » in *La justice administrative* sous la direction de F. Viseur et J. Philippart, Bruxelles, Larcier, 2015, p.189 et s. ; A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : A quel saint se vouer ? in *Droit administratif et contentieux* sous la direction de A.-L. Durviaux et M. Pâques, Bruxelles, Larcier, 2015

⁴⁰ Infra, II, F, 1

⁴¹ I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil », *op.cit.*, p.196

⁴² Voir pour plus d'informations, E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », *op.cit.*, p.257 et s.

De plus, un problème de constitutionnalité quant au principe d'égalité et de non-discrimination pourrait se poser entre les autorités adjudicatrices. Selon qu'elles soient des autorités administratives ou non, elles seront assignées devant le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire.

Dans un premier temps, en raison d'un principe d'équivalence des contrôles, la Cour constitutionnelle a conclu à la non-discrimination tout en observant que les deux procédures ont de nombreuses différences⁴³.

Dans un second temps, la réforme du Conseil d'Etat renforce les prérogatives de la haute juridiction administrative par le biais de mesure de conseil ou d'injonction en cas d'annulation⁴⁴. Dès lors, certains auteurs doutent que le contrôle soit encore équivalent⁴⁵. Il faut cependant remarquer que l'annulation d'un contrat après l'annulation d'une décision d'attribution n'est pas la norme. Les hypothèses où l'encadrement d'une nouvelle décision ou de la réfaction de l'acte auront pourront avoir lieu, seront peu fréquentes⁴⁶.

Dès lors, à mon sens, l'équivalence du contrôle est préservée. Néanmoins, serait-ce encore le cas si de telles mesures étaient possibles au moment du recours en suspension ? Rien n'est moins sûr.

Il n'en reste pas moins que l'équivalence du contrôle risque de varier au gré des réformes. Cela ne renforce pas la sécurité juridique mais existe-t-il vraiment une clef de répartition satisfaisante ? Ainsi, E. Thibaut estime qu'il serait souhaitable de rassembler le contentieux de la suspension et de l'annulation des décisions des pouvoirs adjudicateurs au sein de la section contentieuse du Conseil d'Etat⁴⁷.

Certains auteurs⁴⁸ regrettent l'option prise par le législateur en plaidant pour la création d'une juridiction spécialisé dans le contentieux des marchés publics. Ils constatent le risque d'une jurisprudence divergente⁴⁹ pour l'application de la même législation selon que le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative ou non.

⁴³ C.C., 20 octobre 2011, n° 164/2011 ; C.C., 30 octobre 2012, n° 131/2012 qui estime la différence de protection en fonction du critère de l'autorité administrative justifié pour les soumissionnaires évincés.

⁴⁴ Art. 35/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

⁴⁵ M. VASTMANS et K. POLLET « La répartition de compétences entre le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires dans le cadre du contentieux de l'attribution des marchés publics » in *Chronique des marchés publics 2013-2014*, EBP, 2014, p. 572.

⁴⁶ S. BEN MESSAOUD et I. VAN KRUCHTEN, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'Etat. » in *La justice administrative* sous la direction de F. Viseur et J. Philipart, Larcier, Bruxelles, 2015

⁴⁷ E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », *op.cit.*, p. 258.

⁴⁸ C. DE KONINCK et V. DOR, *op. cit.*, p. 79. ; E. THIBAUT et S. WAUTHIER, « Le nouveau régime de contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », *op. cit.* p.878-879 ; M. SCHOUPS, M. LAHBIB et V. MONTENEYE-JADOUL, « Les voies de recours offertes au soumissionnaire évincé dans le cadre de la passation des marchés après la réforme du Conseil d'Etat » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBP, 2015, p. 780

⁴⁹ Ce risque semble se confirmé, *infra II, E, 2) b) et e)*

B.- UNE PHASE PREVENTIVE AU RE COURS DU SOUMISSIONNAIRE

1) Principe et origine du délai d'attente

Le délai d'attente⁵⁰ trouve son origine dans la difficulté pour les tiers d'intervenir auprès des juges lorsque le contrat est conclu, il existe en droit belge depuis la loi programme du 9 juillet 2004. Il vise à leur permettre d'introduire un recours en suspension efficace par une période de temporisation durant laquelle le contrat ne peut pas être conclu. La loi prévoit un délai de 15 jours entre l'attribution et la conclusion du contrat. Celui-ci commence le lendemain de l'envoi de la décision motivée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés⁵¹.

2) Effet du délai d'attente

La véritable nouveauté de la réforme de 2009 consiste à préciser les effets du délai d'attente. Pendant ce délai, l'autorité ne peut pas conclure le contrat. En cas de violation de cette interdiction, l'exécution du contrat serait automatiquement suspendue exclusivement au profit de l'auteur du recours⁵². De plus, la violation du délai d'attente permet l'application du mécanisme de la déclaration d'absence d'effet.

3) Champ d'application du délai d'attente.

Le délai est en principe obligatoire pour les marchés atteignant les seuils européens.

Il existe trois exceptions à ce principe⁵³. La première est l'hypothèse où aucune publicité européenne préalable n'est obligatoire, la deuxième est celle où le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés et la troisième vise le marché fondé sur un accord cadre.

En dessous des seuils européens, deux régimes coexistent.

D'une part, le législateur belge a créé pour les marchés de travaux un seuil intermédiaire au-dessus duquel le principe du délai d'attente est obligatoire⁵⁴. L'article 32 de la loi du 17 juin 2013 rend applicable à ces marchés les protections spécifiques aux marchés atteignant les seuils européens telles la déclaration d'absence d'effets ou la suspension de plein droit du contrat qui serait conclu en violation du délai d'attente.

⁵⁰ Art. 11 de la loi du 17 juin 2013

⁵¹ Art. 11 de la loi du 17 juin 2013

⁵² Art. 13 de la loi du 17 juin 2013

⁵³ Art. 12 de la loi du 17 juin 2013

⁵⁴ Art. 30, premier alinéa, de loi du 17 juin 2013

D'autre part, pour les marchés en dessous des seuils intermédiaires, le délai d'attente n'est pas obligatoire mais les autorités adjudicatrices ont la possibilité d'organiser ce délai⁵⁵. Actuellement, une partie de la doctrine remet en cause le caractère facultatif eu égard à la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le recours en suspension lorsque le contrat est conclu⁵⁶. L'autorité adjudicatrice aurait alors un intérêt à utiliser ce délai en cas de décisions sujettes à un possible recours.

Néanmoins, les sanctions particulières prévues en cas de non-respect du délai ne s'appliquent pas. La pertinence de leur absence est questionnée en doctrine. Certains⁵⁷ la justifient par un pragmatisme du législateur en estimant que des sanctions trop lourdes auraient dissuadé les autorités adjudicatrices de l'utiliser. D'autre reste plus nuancé⁵⁸.

Quelques soient les seuils, le système des recours est identique. Cependant, l'existence d'un délai d'attente conditionne l'efficacité d'une annulation ou d'une suspension par le Conseil d'Etat. Dès lors, le délai d'attente rend la question de l'annulation du contrat moins fréquente.

4) *La différence du système de recours en fonction des seuils est-elle justifiée ?*

En ce qui concerne une différence de traitement entre les marchés européens et les marchés nationaux, la Cour constitutionnelle a considéré que cette différence n'était pas contraire au principe de non-discrimination⁵⁹. Tel devrait encore être sa position après la réforme.

Cependant, l'argumentation de l'arrêt est critiquable selon certains auteurs⁶⁰. En effet, pour eux, la justification de la Cour trouvée dans les travaux préparatoires est peu convaincante, à savoir que la différence est justifiée par le montant du marché en ce que la mise en œuvre des directives européennes ne couvre que les marchés européens. M. Leroy avance une autre explication. L'état belge subirait le risque d'une procédure en manquement pour les marchés européens mais non pour les autres. Pour reprendre son expression, *la crainte du gendarme justifie la distinction*⁶¹.

En ce qui concerne, une différence de traitement entre les marchés nationaux soumis au délai et ceux qui le sont pas.

Le législateur a transposé les directives européennes en allant plus loin que ses obligations ; il ne s'agit pas de mettre en œuvre ces directives.

⁵⁵ Art. 30, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013

⁵⁶ Infra, II, C, 4)

⁵⁷ E. THIBAUT et S. WAUTHIER, « Le nouveau régime de contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », *Chronique des marchés publics 2009-2010*, E.B.P, 2010, p. 884.

⁵⁸ A.-L. Durviaux, *op. cit.* p.691,

⁵⁹ C.A., 7 décembre 2005, n°179/2005.

⁶⁰ M. Leroy, *op. cit.*, p. 264

⁶¹ M. Leroy, *op. cit.*, p. 264

Les travaux parlementaires ne donnent guère de justification à cette discrimination. Le seul pragmatisme du législateur ne peut suffire à justifier la différence de traitement en raison de l'importance pratique de ce délai. La constitutionnalité de l'absence de délai d'attente reste incertaine⁶².

C.- LE RECOURS EN SUSPENSION ET LES MESURES PROVISOIRES

1) *Principe*

Le recours en suspension⁶³ permet de suspendre les décisions visées à l'article 14 de la loi. L'autorité adjudicatrice peut alors procéder à la réfaction de l'acte suspendu.

2) *Suppression de la condition de préjudice grave difficilement réparable et balance des intérêts dans le cadre du recours en suspension devant le Conseil d'Etat.*

Il est désormais dérogé à la condition de préjudice grave difficilement réparable. En contrepartie, le Conseil d'Etat peut effectuer une balance des intérêts⁶⁴, c'est-à-dire de tenir compte des intérêts en présence, y compris l'intérêt public.

Ceci induit un nouvel équilibre auparavant, le Conseil d'Etat s'estimait incomptétent pour effectuer un contrôle d'opportunité⁶⁵. M. Leroy « *note que la jurisprudence devra déterminer quand il est admissible de faire primer une décision illégale, mais nécessaire, sur le respect du principe de légalité*⁶⁶ ». Il remarque que l'exposé des motifs tend vers une conception extensive. Tel ne semble pas être l'avis du Conseil d'Etat, eu égard à ses arrêts récents⁶⁷.

Certains auteurs⁶⁸ écrivent que cette jurisprudence tend à reporter la charge de la preuve sur le pouvoir adjudicateur auquel il appartient de démontrer que l'intérêt public doit empêcher la suspension de la décision d'attribution⁶⁹.

⁶² A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p.689

⁶³ Art. 15 de la loi du 17 juin 2013

⁶⁴ Art. 15 alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013

⁶⁵ C.E., 4 mai 2006, n°158.316.

⁶⁶ M. LEROY, *Contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2011, p.257

⁶⁷ C.E. (6e ch.), 7 août 2015, n° 232.025 ; C.E. (6e ch.), 2 juillet 2015, n° 231.845 ; C.E. (12e ch.), 26 mars 2015, n° 230.661; C.E. (6e ch.), 23 décembre 2014, n° 229.699. Pour un cas de rejet en raison de la continuité du service public, C.E., 19 janvier 2012, S.A.ZETES, n° 217.38219 ; pour un cas de rejet en raison de délai insuffisant à la réalisation du marché, C.E, 13 août 2014, n° 228.195.

⁶⁸ M. VASTAMS et P. DE MAYER, « Ceci n'est pas une mise en balance des intérêts », in *Chronique des marchés publics 2012-2013*, EBP.

A leur sens, le Conseil d'Etat n'effectue pas une réelle mise en balance des intérêts. D'autres auteurs⁷⁰ font remarquer une divergence de jurisprudence au sein du Conseil d'Etat. D'une part, les chambres néerlandophones jugent que le principe de légalité prime sur les intérêts du pouvoir adjudicateur et en conséquence n'ont prononcé aucun arrêt de rejet, d'autre part les chambres francophones effectue une balance des intérêts plus souple comme le témoigne les deux arrêts de rejets qu'elles ont prononcés⁷¹.

3) *Effet du recours en suspension sur l'exécution du contrat pour les marchés soumis au délai d'attente.*

Depuis la réforme de 2009, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché⁷². En conséquence, l'arrêt de suspension du Conseil d'Etat a désormais un effet sur le contrat alors même qu'il n'est pas le juge du contrat⁷³.

4) *Effet d'un arrêt de suspension sur l'exécution du contrat pour les marchés non-soumis au délai d'attente*⁷⁴.

La loi du 23 décembre 2009 supprima la condition de préjudice grave difficilement réparable et par le biais de son article 65/30 disposa qu' « *une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours*⁷⁵ ». Selon, la majorité des auteurs⁷⁶, cet article devait être la consécration de la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis son arrêt Feyer.

Tel ne fut pourtant pas le cas pour les marchés non-soumis au délai d'attente, le Conseil d'Etat adopta une conception de l'intérêt du requérant assez large.

⁶⁹C.E., 26 février 2014, n° 226.558 : « C'est au pouvoir adjudicateur qu'il incombe de faire la preuve des raisons impérieuses d'intérêt général qui justifient concrètement de ne pas accorder la suspension ».

⁷⁰ M. SCHOUPS, M. LAHBIB et V. MONTENEYE-JADOUL, « Les voies de recours offertes au soumissionnaire évincé dans le cadre de la passation des marchés après la réforme du Conseil d'Etat » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBP, p. 763

⁷¹C.E., 19 janvier 2012, S.A.ZETES, n° 217.38219 ; C.E, 13 août 2014, n° 228.195

⁷² Art. 13 de la loi du 17 juin 2013

⁷³ Effet confirmé par la jurisprudence du Conseil d'Etat, C.E., 11 septembre 2002 n° 220.565, C.E., 2 septembre 2013, n° 224.538.

⁷⁴ S. JACQUES, « Commentaires d'arrêts du Conseil d'Etat », in *MCPoO*, 2015, p.71

⁷⁵ Art. 65/30, alinéa 3 de la loi du 23 décembre 2009

⁷⁶ A. DELVAUX, « De la mise en œuvre des recours selon la loi du 23 décembre 2009 », *Entr. et dr.*, 2010, p.41 ; R. HEISE, « Betreffende de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten », in *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, p.265 ; A.L. DURVIAUX, « L'arrêt s.a Spatial intelligence Genuine et Generic Solutions : une nouvelle étape dans le contrôle de la passation des marchés publics par le Conseil d'Etat », *J.L.M.B.*, 2011, p.579 ; V. DOR, « La motivation, l'information et les recours – la loi du 17 juin 2013 », in *La commande publique* sous la direction de P. Thiel, Waterloo, Kluwer, 2014, p.58.

En conséquence, il déclara recevable une demande en suspension alors même que le contrat était conclu⁷⁷⁷⁸. Le Conseil d'Etat justifiait cette position en estimant que d'une part, l'article 65/30, al.3 visait exclusivement le juge judiciaire⁷⁹ et d'autre part, que la condition de préjudice grave et difficilement réparable disparue, le requérant disposait d'un intérêt au recours alors même que le marché était conclu. Le Conseil d'Etat considère que le requérant a un intérêt en ce que la juridiction administrative ne peut prévoir les conséquences d'un arrêt de suspension sur le contrat et que le pouvoir adjudicateur peut tenir compte de cet arrêt de suspension.

Quant à l'intérêt au recours, A.L. Durviaux s'interroge sur « *le sens d'une action préventive comme le recours en suspension lorsque le principal effet de la décision, à savoir la notification de celle-ci à l'adjudicataire en vue de conclure le marché est accompli* ».. Les deux ordres judiciaires restent concurrents au lieu d'être complémentaires.

Le raisonnement de la Cour suprême est également critiquable sur son exclusion de la notion d'instance de recours. En effet, cette notion est définie par l'article 65/24⁸⁰ de la loi du 23 décembre 2009 et elle précise que certaines dispositions sont du ressort exclusif du juge judiciaire mais l'article 65/30 alinéa 3 n'en fait pas partie.

De plus, l'utilisation d'un terme générique comme celui d'instance de recours ne devrait-il pas s'interpréter extensivement plutôt que restrictivement afin de rencontrer la volonté du législateur telle qu'exprimée dans les travaux préparatoires⁸¹? Les auteurs précités soutiennent cette thèse.

La loi du 17 juin 2013 ne modifie que partiellement l'article 65/30 de la loi de 2009. Elle ajoute les termes « *quelle qu'elle soit* » pour définir l'instance de recours et les travaux préparatoires précisent qu'instance de recours signifie soit le Conseil d'Etat, soit le juge judiciaire. Néanmoins, le conseil d'Etat persiste dans sa jurisprudence⁸², la décision d'attribution d'un marché peut être suspendue alors même que le contrat est déjà conclu.

Le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence en assimilant la notion de marché à celle de contrat⁸³. Cette interprétation pose néanmoins question selon V. Dor⁸⁴ et S. Jacques⁸⁵. A leur sens, si marché signifie contrat, la position du Conseil d'Etat serait correcte.

⁷⁷ C.E., 28 octobre 2010, n° 208.513.

⁷⁸ A.-L. DURVIAUX, « L'arrêt s.a Spatial intelligence Genuine et Generic Solutions : une nouvelle étape dans le contrôle de la passation des marchés publics par le Conseil d'Etat », *op. cit.*, p.579

⁷⁹ Le C.E. se fonde sur le rapport fait au nom de la commission des finances et du budget, n°52-2276//003, p.8 qui énonce que « le soumissionnaire qui s'estime lésé peut demander au juge judiciaire que le contrat est suspendu de plein droit [...]. Le juge judiciaire reste cependant le seul juge compétent pour déclarer un contrat dépourvu d'effets et pour accorder des dommages et intérêts. » alors même que ces explications visait l'article 65/13 et respectait l'article 65/24.

⁸⁰ Aujourd'hui, l'article 24 de la loi du 17 juin 2013

⁸¹ Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget, n°52-2276//003, p.9 où le législateur marque sa volonté de couvrir les différentes situations par l'utilisation d'instance de recours.

⁸² C.E., 29 juillet 2014, n°228.132 ; C.E., 24 juillet 2014, n°228.104 ; C.E., 12 janvier 2015, n° 229.780 .

⁸³ C.E., 15 juillet 2015, n° 231.965.

⁸⁴ V. DOR, « La motivation, l'information et les recours – la loi du 17 juin 2013 », *op.cit.*, p.64

⁸⁵ S. JACQUES, « Commentaires d'arrêts du Conseil d'Etat », in *MCPOoO*, 2015, p.71

En effet, la disposition n'empêcherait pas le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire de suspendre la décision d'attribution. L'interdiction ne viserait que la suspension du contrat par le juge judiciaire.

Cependant, ces auteurs critiquent cette assimilation octroyant une portée trop restrictive à la notion de marché⁸⁶. En effet, à la lecture des définitions⁸⁷, on peut observer que l'attribution du marché concerne la décision d'attribution et la conclusion du marché concerne le contrat⁸⁸.

Une autre interprétation de l'article 30, alinéa 3 pourrait s'écrire comme « *une fois que le marché est conclu, la décision d'attribution ne peut plus être suspendue et le contrat ne peut être déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit* ». La jurisprudence du Conseil d'Etat ne pourrait plus être maintenue.

L'ambivalence de la notion de marché rend le sens précis du texte confus.

Cependant, pour soutenir cette jurisprudence, des auteurs ont estimé⁸⁹ avec le Conseil d'Etat que « *le fait de refuser l'accès à la procédure des référés à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre poserait un problème d'effectivité du recours, et partant d'égalité entre les justiciables* ». Les auteurs estiment que cette possible différence de traitement résulte des compétences du législateur européen⁹⁰.

Ainsi, le débat n'est toujours pas clos quant à la portée cet article, la sécurité juridique en ressort affaiblie et la cohérence du système amoindrie.

Ce n'est guère satisfaisant, d'une part pour la CJUE qui a jugé cette situation comme contraire au droit de l'Union, d'autre part pour l'autorité administrative, soumise au principe de légalité et confronté à un contrat pris sur une décision d'attribution illégale. Ce dernier s'expose à un recours pour des dommages et intérêts soit de l'adjudicataire qui s'est vu retiré le marché soit du soumissionnaire évincé qui ne pourra pas exécuter le marché⁹².

En conséquence, V. Dor⁹³ recommande l'application délai d'attente volontaire aux autorités adjudicatrices ou d'au moins attendre l'expiration des délais de recours pour conclure le marché.

Eu égard aux principes de bonne administration, l'autorité administrative ne serait-il pas tenu d'adopter automatiquement le délai d'attente volontaire ?

⁸⁶ Alors que l'article 20, 1^{er} indique que la définition de marché recouvre 7 opérations distinctes

⁸⁷ Art. 3, 16^o de la loi du 15 juin 2006 « attribution du marché : la décision prise par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique désignant le soumissionnaire retenu » ; Art. 3, 17^o de la loi du 15 juin 2006 « conclusion du marché : la naissance du lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique et l'adjudicataire ».

⁸⁹ J. BOURTEMBOURG et C. DONY, « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ? » *op. cit.*,

⁹⁰ C.E., 2 juillet 2014, n°212.533.

⁹¹ Cela renforce l'idée que la différence de traitement entre les marchés soumis ou non au délai d'attente est contraire au principe d'égalité.

⁹² J. BOURTEMBOURG et C. DONY, « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ? » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBM, p. 417

⁹³ V. DOR, « La motivation, l'information et les recours – la loi du 17 juin 2013 », *op.cit.*, p. 67

Le conseil d'Etat a peut être posé les prémisses d'une telle jurisprudence en reprochant à l'autorité administrative l'absence de délai d'attente dont les conséquences sont que « *les situations problématiques qui surviendraient après la suspension résulteraient de la propre décision de la partie adverse qui a choisi de ne pas appliquer le délai d'attente*⁹⁴ ». Reproche que l'on retrouve dans une décision du juge des référés de Bruxelles pour lequel il n'est pas acceptable que la requête cesse d'être urgente en raison d'un fait lié à l'autorité adjudicatrice, la conclusion du contrat⁹⁵.

Il me semble cependant difficile de reconnaître qu'en toutes hypothèses, l'absence de l'usage de délai d'attente serait constitutive d'un cas de mauvaise administration. A mon sens, le délai d'attente est toujours facultatif pour ces marchés.

Dans ces conditions, certains auteurs⁹⁶ ont relevé deux options pour le soumissionnaire évincé souhaitant obtenir une réparation en nature en l'absence de délai d'attente interdisant aux autorités adjudicatrices le conclure le contrat.

D'une part, il peut demander au juge judiciaire, à titre conservatoire, d'obliger l'autorité adjudicatrice de respecter un délai d'attente dit jurisprudentiel⁹⁷ durant lequel il ne peut conclure le contrat avec l'adjudicataire⁹⁸. Ce délai peut durer quinze jours si aucun recours n'est introduit ou jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se prononce sur le recours en suspension.

D'autre part, il peut demander au juge judiciaire sur le fondement d'un arrêt de suspension de suspendre l'exécution des travaux jusqu'à un arrêt d'annulation et plus pour obtenir la nullité du contrat⁹⁹.

Cependant, il faut noter que cette demande aurait dû être rejetée sur la base de ce que prescrit actuellement l'article 21 de loi du 17 juin 2013. C'est-à-dire qu'une fois conclu, le marché ne peut plus être suspendu.

⁹⁴ C.E., 1^{er} décembre 2011, n°216.660 “ Probleemsituaties die nadere schorsing zouden ontstaan, lijkt vervreemdeende partij aan haar eigen beslissing te danken te hebben, nu zij er voor koos geen wachttermijn in acht te nemen ”.

⁹⁵ Civ., Bruxelles (réf.), 26 mai 2014.

⁹⁶ M. SCHOUPS, M. LAHBIB et V. MONTENEYE-JADOUL, « Les voies de recours offertes au soumissionnaire évincé dans le cadre de la passation des marchés après la réforme du Conseil d'Etat » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBP, p.766

⁹⁷ Civ. Dendermonde (réf.), 14 mai 2009

⁹⁸ Le Conseil d'Etat pourrait également prendre une mesure provisoire de retarder l'effet de la décision d'attribution.

⁹⁹ Civ. Antwerpen (réf.), 24 décembre 2013

D.- LA DECLARATION D'ABSENCE D'EFFETS.

1) Principe

Cette sanction et sa terminologie sont issues du droit européen. Cette action est ouverte à toute personne intéressée. Ses effets sont réglés par l'article 19 de loi du 17 juin 2013. Elle est prévue en cas de violation du délai d'attente ou en l'absence de publication européenne¹⁰⁰. Trois hypothèses permettent de ne pas appliquer la déclaration d'absence d'effets. Ce sont les raisons impérieuses d'intérêt général imposant le maintien des effets du marché¹⁰¹, la procédure d'avis de transparence ex ante¹⁰², et lors de violation vénuelle¹⁰³.

L'instance de recours peut également prononcer des sanctions de substitution¹⁰⁴ à la demande de toute personne intéressée ou d'office. Elle peut soit abréger le marché ou infliger une sanction financière. Dans cette hypothèse, le tiers peut toujours obtenir des dommages et intérêts.

2) La portée de la procédure d'avis ex ante.

Lorsque l'autorité adjudicatrice estime que la publication européenne n'est pas nécessaire, il peut publier un avis de transparence afin de ne pas être sanctionnée ultérieurement par la déclaration d'absence d'effets.

Dans l'arrêt Fastweb¹⁰⁵, la Cour ajoute que ce mécanisme et ses exceptions ont pour objectif de concilier les différents intérêts en cause, à savoir le principe de légalité et la sécurité juridique.

La Cour précise que l'instance de recours a l'obligation d'effectuer un contrôle effectif sur les conditions de cette procédure afin de déterminer si l'autorité adjudicatrice s'est comportée de manière soigneuse et diligente dans l'utilisation d'une procédure négociée sans publicité.

A défaut d'un tel comportement, la sanction de déclaration d'absence d'effets sera applicable. Ce qui signifie que l'instance de recours pourrait constater un recours illégal à la procédure négociée sans publicité et dans le même temps jugé que l'autorité adjudicatrice a agi de manière soigneuse et diligente.

¹⁰⁰ Art. 17 de la loi du 17 juin 2013

¹⁰¹ Art. 20 de la loi du 17 juin 2013

¹⁰² Art. 18 de la loi du 17 juin 2013

¹⁰³ Art. 22 de la loi du 17 juin 2013

¹⁰⁴ Art. 22 de la loi du 17 juin 2013

¹⁰⁵ C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-19/13

En conséquence, M. Vanderstraeten se demande si « *le recours illégal à la procédure négociée est bien constitutif d'une faute lorsque que l'erreur de l'autorité est légitime*¹⁰⁶ » ?

Ainsi, selon lui, cet arrêt sonnerait le glas de la procédure d'avis ex ante. En effet, l'utilisation de cette procédure signifierait que l'autorité adjudicatrice a des doutes quant à la légalité de son choix du mode de passation alors même qu'il devra prouver devant le juge qu'il s'est comporté comme une autorité soigneuse et diligente¹⁰⁷. Dès lors, l'autorité adjudicatrice aura bien du mal à démontrer qu'elle était de bonne foi.

La Cour fait primer le principe de légalité sur celui de sécurité juridique.

3) *Rapport entre déclaration d'absence d'effets et annulation de droit commun.*

Une partie de la doctrine estime que la déclaration d'absence d'effets est une « sorte d'annulation¹⁰⁸ ».

En observant les effets de l'annulation et de la déclaration d'absence d'effets, on constate la similitude entre les deux procédures. L'utilisation du mot annulation à l'article 19 de loi du 17 juin 2013 plaide en ce sens. Lorsque la loi dispose que l'instance de recours annule rétroactivement toutes les obligations contractuelles, il faut constater qu'elle est imprécise. En effet, on ne comprendrait pas que les effets externes du contrat persistent dans l'ordre juridique. La déclaration d'absence d'effets doit alors se comprendre comme une annulation qui est définie par P. Wéry comme » *un mode de dissolution des contrats qui opère avec effet rétroactif [...] et qui efface les effets juridiques nés du contrat*¹⁰⁹ ».

La loi du 17 juin 2013 ne prévoit aucune disposition en ce qui concerne la protection des tiers lors de l'annulation rétroactive du contrat. A défaut de règles spécifiques en marchés publics, c'est le droit commun qu'il convient d'appliquer. A cet égard, la protection en matière immobilière est prévue par le biais de la mention marginale de la demande en nullité¹¹⁰. N'y aurait-il pas une différence de traitement non justifié en fonction que le droit du tiers est issu d'un contrat de droit commun ou d'un contrat de marché public ? Certes, les délais de recours assez bref devraient diminuer l'intérêt pour la question. Néanmoins, cela suffit à rapprocher encore plus la déclaration d'absence d'effets de la nullité.

¹⁰⁶ M. VANDERSTRAETEN, « Déclaration d'absence d'effets versus sécurité juridique : un équilibre européen », *J.T.* 2015, p.200 ; il ajoute que cela nuance le principe d'identité de la faute et de l'illégéalté, *infra II, F,1*)

¹⁰⁷ De plus, la C.J.U.E donne peu d'indices pour déterminer les standards de l'autorité normalement prudente et diligente.

¹⁰⁸ M. VANDERSTRAETEN, « Déclaration d'absence d'effets versus sécurité juridique : un équilibre européen », *J.T.* 2015, p. 203 ; P. GOFFAUX, « La Cour constitutionnelle n'annule pas les articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics », *MCPOoO.*, 2011, pp.437-445 ; contra F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, « Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard ? », *T.B.P.*, 2012, livr.9, pp. 565-570

¹⁰⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations, volume 1, 2^{ème} édition*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 338

¹¹⁰ P. WÉRY, *op. cit.*, p.344

En conséquence, il y a lieu de soutenir la doctrine majoritaire en ce que la déclaration d'absence d'effets est une nullité.

La question de savoir si la déclaration d'absence d'effets est une nullité relative ou absolue semble plus délicate.

En ce qui concerne les titulaires de l'action, En cas de cause de nullité absolue, l'annulation du contrat est ouverte aux tiers intéressés dans le but d'augmenter les chances d'anéantir un contrat contraire à l'intérêt général¹¹¹. Les tiers intéressés doivent être susceptibles d'être préjudicié par le contrat afin de demander l'annulation de ce contrat¹¹². Dans le cadre de la déclaration d'absence d'effets, il a été jugé qu'il fallait entendre par tiers intéressés, « *tout tiers ayant intérêt à ce que le marché soit déclaré dépourvu d'effets* »¹¹³. Cette notion peut également viser l'autorité de tutelle, à la différence la nullité absolue.¹¹⁴. Les deux notions ne recoupent pas avec exactitude mais semble tendre vers un même objectif permettre à certains tiers de rétablir la légalité en détruisant le contrat.

Lorsque le juge est confronté à une cause de nullité absolue, il doit soulever d'office la nullité de la convention¹¹⁵. Tel n'est pas le cas de la déclaration d'absence d'effets, il ne peut la prononcer qu'à la demande de toute personne intéressée.

En ce qui concerne la régularisation de l'acte, la nullité absolue ne permet pas la confirmation de l'acte entaché d'une irrégularité. La confirmation se définit comme la renonciation d'une personne intéressée à demander la nullité¹¹⁶. L'acte devenant inattaquable par cette personne. La loi du 17 juin 2013 n'envisage pas cette question mais la confirmation par les parties contractantes n'aurait aucun sens.

Un point d'éloignement entre les deux procédures est la faculté pour le juge de ne pas systématiquement prononcer la déclaration d'absence d'effets. La question semble controversée dans l'hypothèse de la nullité absolue¹¹⁷.

¹¹¹ *Ibid*, p.319

¹¹² M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative » in *la nullité des contrats*, sous la coordination de P.Wéry Bruxelles, Larcier, 2006, p.61

¹¹³ Civ. Bruxelles, 15 février 2013, selon le juge, pour avoir cet intérêt, la personne physique doit participer à la procédure de mise en concurrence.

¹¹⁴ C. DE KONINCK et V. DOR, *op.cit.*, p. 127

¹¹⁵ *Ibid*, p.319

¹¹⁶ *Ibid*, p.320

¹¹⁷ Voir le point, II, E, 2), d)

L’alinéa 2 de l’article 19 permet de moduler les effets de la rétroactivité en limitant la portée de l’annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées à condition pour le juge de prononcer une pénalité financière. Une telle idée se retrouve en cas de nullité absolue, selon P. Wéry, l’adage « *In pari causa turpitudinis cessat repetio* » permet « *au juge de priver une des parties, voir les deux de leur droit à restitution*¹¹⁸ ». Cet adage demande au juge d’analyser les intérêts en cause tels que l’enrichissement que procurent les restitutions, la culpabilité des parties et l’ordre social dont l’objectif est de décourager la conclusion de contrats similaires ; il peut amener à sanctionner plus lourdement une des parties¹¹⁹. Une telle balance des intérêts se retrouve dans l’article 19 alinéa 2 avec la différence que le législateur a estimé que c’est l’autorité adjudicatrice qui doit être sanctionné plus lourdement afin de prévenir la conclusion de contrats analogues par le biais de la pénalité financière. L’application de ces deux hypothèses reste facultative pour le juge.

Les délais de prescriptions relatifs aux deux actions sont sensiblement différents. Le délai étant de dix ans pour les actions en nullité absolue sur la base de l’article 2262bis du code civil. A l’opposée, la déclaration d’absence d’effets se prescrit au maximum dans un délai de six mois selon l’article 23 de la loi du 17 juin 2013. La différence peut se justifier par le principe de continuité du service public. Une remise en cause tardive du contrat entraînerait un coût financier conséquent pour les autorités adjudicatrices. Ainsi justifiée, la différence de délai n’exclut pas que la déclaration d’absence d’effets est une annulation du contrat pour cause de nullité absolue.

En conséquence, la déclaration d’absence d’effets se rapproche de la nullité pour une cause de nullité absolue mais elle serait une nullité spécialement aménagée au contentieux des marchés publics.

La CJUE est venue précisée la portée de la déclaration d’absence d’effets en ce que le droit national ne peut pas prévoir d’autres hypothèses de déclaration d’absence d’effets que celles inscrites dans la directive ou se montrer plus sévères.

Tenant compte que la déclaration d’absence d’effets, est une annulation de droit commun aménagée, il y a lieu de considérer que la C.J.U.E. estime que la nullité de droit commun ne peut pas être appliquée pour les marchés européens.

Cette opinion semble conforté par l’article 21 de la loi du 17 juin 2013 qui interdit la déclaration d’absence d’effet une fois le contrat conclu. Il faut noter que la loi du 16 juin 2006 qui n’est jamais entré en vigueur, prévoyait que le contrat n’était plus susceptible d’être annulé. La seule possibilité pour le soumissionnaire évincé est alors l’action en vue d’obtenir des dommages et intérêts.

Le principe de sécurité juridique des contrats prime sur le principe de légalité

¹¹⁸ P. WÉRY, *op. cit.*, p.309

¹¹⁹ T. STAROSSELETS, « Les effets de la nullité » in *la nullité des contrats* sous la coordination de P.Wéry, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 275.

Pour les marchés belges soumis au délai d'attente, la jurisprudence de la C.J.U.E., ne s'applique en principe pas¹²⁰. Néanmoins, il me semble que pour ces marchés aussi, l'annulation d'un contrat ne devrait pas être possible en dehors de l'hypothèse de la déclaration d'absence d'effets. En effet, quel serait le sens d'un système de protection identique qui permet l'annulation de droit commun pour certains marchés soumis au délai d'attente alors qu'il ne le permet pas pour les autres ? L'article 30 alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 qui est le pendant de l'article 21 de la même loi, va également dans ce sens.

E.- LE RE COURS EN ANNULATION

I) Principe

Le recours en annulation¹²¹ permet à une personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée de demander l'annulation d'une décision prise par les autorités adjudicatrices à l'instance de recours.

Il existe trois hypothèses où l'annulation de l'acte détachable arrive postérieurement à la conclusion du contrat¹²². Il s'agit de la conclusion du contrat en violation du délai d'attente qui fait l'objet d'un régime spécifique.

La deuxième est l'hypothèse où le recours en annulation n'est pas assorti d'un recours en suspension. En effet, la doctrine¹²³ note que le recours en annulation a peu d'intérêt pour les soumissionnaires évincés. En effet, rien n'empêche l'autorité adjudicatrice de notifier la décision d'attribution avant même que le Conseil d'Etat se prononce sur le recours.

En conséquence, elle recommande d'assortir le recours en annulation d'un recours en suspension afin d'éviter qu'au moment de l'arrêt d'annulation, l'exécution du contrat ait déjà eu lieu. Néanmoins, le soumissionnaire évincé peut toujours prendre connaissance de l'irrégularité après l'expiration du délai d'attente.

La troisième est l'hypothèse où le marché n'est pas soumis obligatoirement au délai d'attente.

¹²⁰ Elle pourrait s'appliquer lorsqu'un élément d'extranéité est en cause.

¹²¹ Art. 14 de la loi du 17 juin 2013

¹²² G. Van Hoorebeke, note sous Cass. 5 mars 2012, Ent et dr., 2013, p. 417

¹²³ M. SCHOUPS, M. LAHBIB et V. MONTENEYE-JADOUL, « Les voies de recours offertes au soumissionnaire évincé dans le cadre de la passation des marchés après la réforme du Conseil d'Etat » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBP, 2015, p. 769

2) *Les effets de l'annulation d'un acte détachable lorsque le contrat est conclu.*

a) **Position du problème**

Les droits issus du contrat étant des droits subjectifs, le Conseil d'Etat ne peut pas statuer dessus.

La doctrine se divise en deux thèses, la première¹²⁴ invoque que le soumissionnaire évincé est un tiers au contrat qui ne peut pas intervenir dans celui-ci. En conséquence, pour ces auteurs, seul l'octroi de dommages et intérêts est possible. L'arrêt d'annulation facilite l'obtention de ceux-ci. La seconde thèse¹²⁵ soutient que le soumissionnaire évincé pourrait obtenir l'annulation du contrat en raison de l'annulation d'un acte détachable.

L'enjeu se situe entre le respect des principes de légalité, de sécurité juridique et de continuité du service public. C'est-à-dire entre d'une part, éliminer les effets de l'acte juridique illégal et d'autre part, le coût, les difficultés matérielles que représentent l'arrêt d'un chantier et une nouvelle procédure de passation¹²⁶. Dans la pratique, l'annulation de l'acte entraîne le plus souvent l'octroi d'indemnisation et la poursuite de l'exécution du contrat fondée sur l'acte annulé. Le principe de continuité du service public et les délais de recours qui ont comme conséquence que le contrat est déjà dans un état avancé au moment de son exécution justifie cette jurisprudence.

Plusieurs arguments viennent soutenir la première thèse. Le premier est un argument de droit civil. L'article 1165 du code civil prévoit le principe de la relativité des conventions qui signifie que le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Un second argument provient du droit public. En effet, la théorie de l'acte détachable et l'article 144 de la constitution proscriivent que les effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat se projettent directement sur le juge judiciaire.

Néanmoins, afin d'offrir aux soumissionnaires évincés une meilleure protection et de mettre fin à la politique du fait accompli des thèses ouvrant la possibilité pour le tiers d'agir en nullité du contrat ont émergé. En effet, la législation sur les marchés publics ne contenant pas de règle spécifique quant aux effets de l'annulation de l'acte détachable, il convient

¹²⁴ D. D'HOOGE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993; Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages- intérêts », *Liber amicorum commission droit et vie des affaires 40ième anniversaire*, Bruxelles, Bruxellant, 1998 ; A.-L DURVIAUX et D. FISSE, « De la tutelle administrative sur les marchés publics en Région wallonne et autres réflexions sur le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics » in *Chronique de marchés publics 2008-2009*, EBM, 2009,

¹²⁵ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », *op. cit.*

¹²⁶ P. LEWALLE et L. DONNAY, *Op. cit.*, p. 1229.

d'appliquer le droit civil. Certains¹²⁷ invoquent la théorie des nullités qui prévoit que le non-respect d'une des conditions de validité du contrat est sanctionné par la nullité de celui-ci. Les articles 1108 et 1131 du code civil indiquent que ces conditions sont le consentement, la capacité, la cause, l'objet et la conformité à l'ordre public.

Cependant, le principe est la nullité relative des conventions, le tiers n'a de recours possible que dans l'hypothèse de la nullité absolue. Néanmoins, l'autorité adjudicatrice pourrait, elle-même, demander la nullité de la convention s'exposant ainsi à des dommages et intérêts parfois plus conséquents que ceux que le tiers évincé aurait pu réclamer.

b) Thèse de l'absence de consentement

P.Goffaux et M. Lucas défendent « *que l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché entraîne la disparition, avec effet rétroactif du consentement de l'autorité adjudicatrice*¹²⁸ ». Pour eux, la distinction entre la décision de contracter et le consentement ne sont en réalité que les deux faces d'une même réalité.

Dans un arrêt du 5 mars 2012¹²⁹, confrontée à une décision de la commune d'Anderlecht de conclure un contrat de travail qui a été annulée par l'autorité de tutelle, la Cour de cassation a jugé que l'annulation de cette décision a un effet rétroactif faisant disparaître le consentement au contrat de travail. La cour a suivi les conclusions de l'avocat général Genicot qui constate que sous l'angle contractuel, la fiction juridique ne s'impose pas. Il en conclut que l'annulation de l'acte détachable devrait nécessairement avoir un effet direct sur le contrat.

En conséquence, l'arrêt signe la fin de la théorie de l'acte détachable devant le juge judiciaire pour lequel la décision d'attribution et le consentement ne sont plus séparés.

Alors que le Conseil d'Etat considère que cette théorie est toujours en vigueur afin que le tiers dispose d'un recours. Pour la juridiction administrative, il est « *inhérent au recours en annulation d'un acte détachable que celui-ci demeure sans effet direct sur le contrat, pour lequel le juge ordinaire et non le Conseil d'Etat est compétent.*¹³⁰ »

Il semblerait y avoir divergence de jurisprudence entre les deux juridictions

Cependant, l'arrêt de la Cour de cassation est rendu dans un contexte différent des marchés publics. Si sa transposition semble envisageable certains doutes demeurent. En effet, la Cour est face à un litige concernant les deux parties d'un contrat de travail. L'effet direct de l'arrêt

¹²⁷ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », *op. cit.*

¹²⁸ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », *op. cit.*, p.63, voir la note 35 et les références citées.

¹²⁹ Cass., 5 mars 2012, *Rev. dr. Commun.*.. 2013, p.20, note DELANNAY, G.; *Chron. D.S.*, 2013, p.351, note JACQMAIN, J.; *Entr. et dr.*, 2013, p.399, note VAN HOOREBEKE, G.

¹³⁰ C.E. (12e ch.), 18 octobre 2011, n° 215.798 ; C.E. (ass. gén.), 1er février 2013, n° 222.357

d'annulation pourrait ne concerner que les parties contractantes. Alors qu'en marché public, c'est le tiers qui demande l'annulation du contrat¹³¹.

De plus, la nullité est nécessairement prononcée par un juge. Or, en droit civil, la disparition du consentement est sanctionnée par la nullité relative des conventions car seuls des intérêts de particuliers sont en cause¹³². La doctrine civiliste soutient cette thèse¹³³.

Dès lors, le tiers ne dispose pas d'une action en nullité, seule l'une des parties cocontractantes le pourrait.

Une doctrine minoritaire¹³⁴ nuance cette position en rappelant que l'arrêt de la Cour de cassation de 1971 opte pour la nullité relative en raison des intérêts particuliers sans exclure que si les intérêts avaient relevé de l'intérêt général, la solution aurait pu être différente. Pour eux, la disparition du consentement serait une cause de nullité absolue lorsque les irrégularités violeraient l'ordre public, c'est-à-dire l'intérêt général. Si une telle solution était effectivement préconisée par le droit civil, reste à savoir ce qui relève de l'ordre public.

L'alternative, selon ces auteurs revient à plaider pour une théorie des nullités aménagées pour les contrats publics. Ces derniers se situeraient alors « dans une sorte de « *zone grise* » entre la protection des intérêts privés et la protection de l'ordre public¹³⁵ ». Ils critiquent notamment la possibilité de couvrir la nullité relative permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'exécuter le contrat dont l'acte détachable a été annulée. L'analyse de la déclaration d'absence d'effets semble confirmer cette hypothèse.

En outre et principalement, l'effet direct de l'arrêt d'annulation est prohibé par l'article 144 de la Constitution¹³⁶. Si, F. Belleflame fait remarquer que dans la responsabilité des pouvoirs publics, un arrêt d'annulation suffit le plus souvent à démontrer la faute. Ce qui laisse penser que l'arrêt d'annulation a un effet sur une matière relevant de la compétence des juges judiciaires¹³⁷. Il faut observer cet effet n'est pas automatique, l'illégalité n'est pas systématiquement une faute. Le juge judiciaire n'est dès lors pas privé de l'entièreté de son pouvoir d'appréciation dans la responsabilité. Alors que l'effet direct de l'annulation sur le consentement au contrat ferait du Conseil d'Etat, le juge du contrat ; ce dernier n'aurait d'autre choix que de prononcer la nullité.

¹³¹ A. KETTELS, « Le choix du juge en matière de contentieux administratif – Question choisies » in *Droit administratif et contentieux* sous la direction de A.-L. Durviaux et M. Pâques, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 98

¹³² Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 174. Pour une application en marché public, Civ., Namur, réf., 27 avril 1992, *J.T.*, 1992, p. 497.

¹³³ P. WÉRY, *op. cit.*, p.314, M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative » in *op. cit.*, p.40

¹³⁴ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « L'illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », in *Le temps et le droit – Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles Bruylants, 2013, p. 625, en ce sens, P. Goffaux, « Les pontons mosans – Incidence sur le contrat de l'annulation par l'autorité de tutelle de la décision d'attribution d'un marché public, fait accompli et enrichissement sans cause », Ent et dr., 2002, p.360

¹³⁵ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « L'illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.*, p. 629

¹³⁶ P. LEWALLE, *op. cit.*, p.1217 ; D. D'HOOGHE, *op.cit.*, p.625

¹³⁷ BELLEFLAMME F., « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011, p. 268

En conséquence, les deux juridictions ont une appréciation antagoniste des effets de l'annulation. L'appréciation de la Cour de cassation pose néanmoins un problème de constitutionnalité. Cette thèse ne devrait cependant pas être appliquée en marché public, la nullité relative étant la sanction de l'absence de consentement.

c) Thèse de la cause illicite.

Une autre condition de validité du contrat, la cause, a pu être utilisée afin d'obtenir l'annulation d'un contrat de marché public¹³⁸. Dans cette hypothèse, il a été considéré qu'une autorité qui poursuit un contrat dont la décision d'attribution a été annulée repose sur une cause illicite, celle d'éviter l'application de la législation sur les marchés publics.

Cependant, il s'agit d'une thèse isolée que l'avocat général Genicot a rejetée dans ses conclusions précédant l'arrêt du 5 mars 2012. La doctrine majoritaire¹³⁹ note que la cause étant entendue comme l'ensemble des mobiles déterminants, seule celle contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs est sanctionnée par la nullité absolue du contrat. La doctrine ne relève qu'une hypothèse, la corruption¹⁴⁰. C'est notamment le cas, lorsque le mobile déterminant est le choix irrégulier du soumissionnaire¹⁴¹.

d) Thèse du caractère d'ordre public

Le caractère d'ordre public de la législation sur les marchés publics ouvrirait une action en nullité absolue au tiers.

Le débat porte sur le caractère d'ordre public de l'ensemble de la législation ou seulement du principe de concurrence et de son corolaire, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Selon De Page, « *une loi est d'ordre public lorsqu'elle est relative aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou lorsque qu'elle fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée*¹⁴² ».

¹³⁸ Bruxelles, 25 mars 1993, *Ent. et dr.*, 1993, p.232 ; P.LEWALLE et L.DONNAY, *Op. cit*, p. 1226

¹³⁹ BELLEFLAMME F., « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *op. cit.*, p. 268

¹⁴⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T.1^{er}, Source des obligations, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.228-233

¹⁴¹ A.-L DURVIAUX et D. FISSE, « De la tutelle administrative sur les marchés publics en Région wallonne et autres réflexions sur le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 187

¹⁴² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T.2, n°91

Une certaine doctrine¹⁴³ estime que la législation des marchés publics rentre dans la définition donnée par De Page en ce qu'elle vise à protéger les finances publiques. La doctrine majoritaire¹⁴⁴ critique cette thèse en raison de son caractère général et englobant. Chacune des dispositions relatives aux marchés publics ne vise pas la protection des finances publiques. Il suffit à cet égard d'observer les règles d'exécution du cahier général des charges. Il faut en outre remarquer que cette argumentation peut s'appliquer aux secteurs de l'administration.

Quant au principe de concurrence, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour lui reconnaître le caractère d'ordre public¹⁴⁵.

Le Conseil d'Etat ne reconnaît le moyen d'ordre public que lorsqu'il y a violation du principe de concurrence et du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires¹⁴⁶. Néanmoins, lorsque sont en jeu des dispositions d'ordre réglementaire et le principe d'égalité, le Conseil d'Etat n'a pas reconnu l'irrégularité comme étant d'ordre public¹⁴⁷.

Des auteurs¹⁴⁸ relativisent l'importance que toute la législation relevant des marchés soit d'ordre public du moment que le principe d'égalité traitement des soumissionnaires le soit. A leur sens, une grande partie de la législation est une concrétisation de ce principe¹⁴⁹.

Par un arrêt du 29 juin 2012, la Cour de Cassation semble avoir considéré que la législation sur les marchés publics est d'ordre public.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé recevable le moyen basé sur certains articles¹⁵⁰ de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que les articles 10, 11 et 159 de la Constitution alors qu'il était invoqué pour la première fois devant elle. Dès lors, elle admet que le moyen est d'ordre public mais elle ne précise pas quelles sont les dispositions qui sont d'ordre public et n'argumente pas plus.

¹⁴³ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », *op. cit.* ; C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu 2007, n°150

¹⁴⁴ Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages- intérêts », *op.cit.*; A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, A. COLPAERT, M. VANLOON, R. VINKX, L.VANVALKENBORGH, « De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden : algemene beginselen en een grondslagenonderzoek », *T.P.R.*, 2011, p. 1375 ; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, p.125 ; F. BELLEFLAMME, « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *op. cit.*, p. 269

¹⁴⁵ Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 96, voir les références citées, A. DELVAUX, « Commentaires pratiques de la réglementation des marchés publics », *Ent. et dr.*, 2014, p.17-18,

¹⁴⁶ C.E., 13 octobre 1992, E.G.T.A., n° 40.734; C.E., 29 janvier 2010, SPRL Ghys-sels et Verbeken, n° 200.246 ; C.E., 6 mai 2010, NV Ghent Dredging, n° 203. 721.

¹⁴⁷ C.E., 6 mai 2010, NV Ghent Dredging, n° 203. 721

¹⁴⁸ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « L'illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.* p.627,

¹⁴⁹ Nuancé par la jurisprudence du Conseil d'Etat lorsque le principe d'égalité est combiné avec des dispositions réglementaires.

¹⁵⁰ Articles 16 à 20ter, 42, 68, 110 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics

En conséquence, B. Lombaert s'est demandé si l'arrêt signifie que « *la règle selon laquelle les critères de sélections ne peuvent servir de critère d'appréciation* » relève de l'ordre public.

Après avoir rappelé, la jurisprudence du Conseil d'Etat et la position de la doctrine majoritaire, l'auteur considère que si la volonté de la Cour de Cassation a été de reconnaître que cette règle est d'ordre public, tel n'aurait probablement pas été le cas du Conseil d'Etat. Une telle interprétation de l'arrêt créerait une divergence de jurisprudence sur la même réglementation entre les cours suprêmes alors même qu'elles définissent l'ordre public de manière identique¹⁵¹.

A la lueur de la directive 2014¹⁵² et son article 67, certains critères de sélection peuvent servir de critère d'appréciation. Il y a donc lieu de noter qu'une telle règle n'existe plus et ne peut plus être considérée d'ordre public.

En conséquence, a portée de cet arrêt reste incertaine mais ne peut servir de fondement à considérer la législation sur les marchés d'ordre public.

Des décisions jurisprudences ont été confrontées à cette question.

La Cour d'appel de Bruxelles a estimé que la législation sur les marchés publics est d'ordre public¹⁵³

Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 10 mars 2009, la question abordée concerne l'obligation du juge de prononcer la nullité en cas de nullité absolue.

Sans déterminer si la législation sur les marchés publics est d'ordre public mais dans l'hypothèse où elle le serait, la Cour d'appel de Liège a toutefois admis que des tempéraments à la nullité seraient possibles pour des raisons de continuité du service public ou lorsque le marché serait dans un état d'exécution avancé.

En premier lieu, il faut distinguer les nullités textuelles des nullités virtuelles. Ces dernières n'étant pas prévues par un texte, requiert une analyse pour déterminer si la sanction de la nullité doit être prononcée¹⁵⁴.

Dans l'hypothèse d'une nullité relative, P. Wéry écrit que « *la sanction de nullité ne tombe pas toujours comme un couperet, en raison de la seule inobservation des formalités légales. Il se peut, en effet, que le juge soit investi d'un certain pouvoir d'appréciation. Tel est tout spécialement le cas s'agissant des nullités virtuelles*

¹⁵⁵ ».

Pour la doctrine, une telle application pour les nullités absolues doit être nuancée afin de protéger l'intérêt public. Elle constate que le juge des référés pourrait effectuer une balance des intérêts ou que l'autorité administrative pourrait réaliser la réfaction rétroactive de l'irrégularité. Le juge pourrait considérer comme un abus de droit de demander l'annulation du contrat à la place de la demande en annulation lorsque les avantages que soumissionnaire

¹⁵¹ En se référant à la définition de De Page précitée.

¹⁵² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

¹⁵³ Bruxelles, 23 novembre 2011

¹⁵⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 2, Sources des obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.967.

¹⁵⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 316.

évincé sont disproportionnés par rapport au trouble subit par le pouvoir public. Dans l'application de la balance des intérêts, le juge devra tenir compte de l'intérêt public et non d'intérêts seulement privés¹⁵⁶.

En ce qui concerne la réfaction, F. Belleflame¹⁵⁷ constate que les approches civilistes et administratives se rejoignent. En effet, d'une part, le droit civil justifie la rétroactivité afin de ne pas couvrir une cause de nullité absolue et d'autre part, la menace de l'annulation du contrat à la demande du soumissionnaire évincé justifie la réfaction de la décision administrative avec effet rétroactif.

K. Wauter et T. Bombier suggère que le mécanisme des sanctions de substitutions prévues en cas de déclaration d'absence d'effet pourraient rendus être applicables. Si le juge est amené à refuser la nullité, il pourrait alors octroyer des dommages et intérêts.

e) Le principe de légalité impose-t-il à l'autorité administrative de demander lui-même la nullité ?

Selon une certaine doctrine¹⁵⁸, l'autorité administrative serait tenu de prendre les mesures nécessaire mettre fin aux illégalités constatés par le Conseil d'Etat en vertu du principe de légalité qui s'impose aux autorités administratives. Ces mesures peuvent aller jusqu'à la nullité du contrat soit de commun accord, soit par voie judiciaire. D. D'Hooghe estime qu'une telle obligation pourrait être tirée des principes de bonne administration¹⁵⁹.

Néanmoins, le principe de continuité du service public nuance cette position. En effet, il permet aux pouvoirs adjudicateurs d'échapper à l'obligation de demander la nullité. Ce qui en pratique risque d'arriver fréquemment en raison de la durée des procédures¹⁶⁰.

f) Critique de ces thèses

A.-L. Durviaux souligne l'absence de pertinence de la recherche de la réparation en nature¹⁶¹.

Le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge s'immisce dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice. Le soumissionnaire évincé ne peut obtenir au mieux que l'obligation de recommencer une procédure d'attribution sauf si le contrat est déjà exécuté ou si le principe de continuité du service public est mis en péril.

¹⁵⁶ Bruxelles, 23 novembre 2011

¹⁵⁷ BELLEFLAMME F., « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *op. cit.*, p.274

¹⁵⁸ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », *op. cit.*, p.66 ;

¹⁵⁹ D'HOOGHE, *op. cit.*, p.626

¹⁶⁰ A.-L DURVIAUX et D. FISSE, « De la tutelle administrative sur les marchés publics en Région wallonne et autres réflexions sur le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics », *op. cit.*, p.187.

¹⁶¹ *Ibid*, p.190

Quant à la thèse de l'absence de consentement, A. Delvaux et Y. Hannequart critiquent cette thèse en constatant l'incohérence d'accepter dans un premier temps la théorie des actes détachables qui permet d'agir devant le Conseil d'Etat et dans un second de réfuter son application en considérant qu'il n'y pas de scission entre le consentement au contrat et l'acte détachable d'attribution¹⁶². Surtout, il précise qu'il ne faut pas confondre entre l'existence du consentement et la régularité de son objet. Ainsi l'irrégularité ne signifie pas que l'administration n'a pas consenti. De plus, comme le souligne D. D'Hooghe, le consentement existe au moment de la conclusion du contrat et ne peut être défait à posteriori¹⁶³.

En ce qui concerne une éventuelle obligation de demander la nullité pesant sur l'autorité administrative, des auteurs¹⁶⁴ estiment au contraire qu'elle est tenue par le devoir de respecter le contrat.

De plus, en considérant que la déclaration d'absence d'effets est apparentée à une annulation du contrat pour une cause de nullité, lorsque le législateur ne prévoit cette sanction pour les marchés non soumis au délai d'attente, n'a-t'il pas voulu exclure toute forme de réparation en nature pour ces marchés ? Cette différence ne peut pas être justifiée par la transposition des obligations issues de la directive puisqu'on l'a vu, le législateur a été plus loin que ces obligations dans le cadre de la transposition. De cette manière, le législateur aurait confirmé la thèse majoritaire, à savoir que l'annulation d'un contrat de marché public n'est pas possible.

Une autre critique repose sur la théorie de l'acte détachable. Celle-ci a été créée pour combler l'absence de recours du tiers au contrat. Si ces derniers possèdent un recours en annulation devant le juge judiciaire, ce qui serait le cas si la législation sur les marchés publics est d'ordre public, quel serait encore l'intérêt de la théorie des actes détachables ?¹⁶⁵ C. De Koninck évoque la possibilité que l'affaire soit examinée par des juges spécialisés et l'obligation pour l'autorité administrative de déposer l'intégralité du dossier administratif¹⁶⁶.

g) Influence du de la C.J.U.E.

Cependant, la Cour de Justice de l'Union Européenne a décidé qu'un contrat passé en violation des procédures de passations constitue une atteinte à la libre prestation de service qui perdure pendant toute l'exécution du contrat¹⁶⁷. Pour la Cour, seule la résiliation du contrat permettra à l'état membre de respecter ses obligations issues du droit de l'Union¹⁶⁸.

¹⁶² Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages- intérêts », *op. cit.*, p.739

¹⁶³ D'HOOGHE, *op.cit.*

¹⁶⁴ Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages- intérêts », *op.cit.*, p.740

¹⁶⁵ BELLEFLAMME F., « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *op.cit.*, p.274

¹⁶⁶ C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten*, I, 2^{ième} éd., Anvers, Maklu 2007, p.285.

¹⁶⁷ C.J.C.E., 18 juillet 2007, C-503/04

¹⁶⁸ A.-L DURVIAUX et D. FISSE, « De la tutelle administrative sur les marchés publics en Région wallonne et autres réflexions sur le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics », *op.cit.*, p.197 et s.

A.-L. Durviaux remarque qu'une telle jurisprudence pourrait également s'appliquer aux marchés de travaux et de fourniture en raison du principe de non-discrimination sauf à justifier la différence de traitement¹⁶⁹.

Cette jurisprudence peut toujours s'appliquer pour les marchés nationaux présentant un élément d'extranéité. Alors que comme évoqué précédemment, la Cour Constitutionnelle a jugé que la différence de traitement entre marchés nationaux et européens est conforme aux principes de non-discrimination. Cette décision de la Cour ne semble dès lors pas conforme aux exigences du droit de l'Union. La position selon laquelle la réparation en nature par le biais de l'annulation du contrat est impossible semble également soumise à questions.

h) Application de la déclaration d'absence d'effets par l'intermédiaire du droit commun ?

Lors de l'analyse de la déclaration d'absence d'effets, il a pu être démontré que la déclaration d'absence d'effets partage plusieurs points communs avec la nullité absolue de droit commun.

Dès lors, est ce que les conditions d'application de la déclaration d'absence d'effets ne sont pas considérées par le législateur comme des causes de nullité absolue ?

L'intérêt porte principalement sur le deuxième point de l'article 17 de la loi du 17 juin 2013. En effet, la déclaration d'absence peut être demandée lorsque le contrat est conclu sans respecter le délai d'attente ou lorsque l'instance de recours n'a pas encore statuée et que cette violation prive le soumissionnaire évincé de la possibilité d'engager un recours ou encore en cas de violation du droit de l'union.

Un argument vient plaider en faveur de ce caractère d'ordre public, ces dispositions ne vise-t-elle pas à assurer le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, qui est lui d'ordre public ? On peut le penser.

De plus, la sanction de la déclaration d'effets n'est permis que dans des graves dont il permis de supposer qu'elle relève de l'intérêt général.

L'arrêt de la Cour d'appel de Liège, précédemment analysé permet d'observer que des tempéraments à la nullité sont possibles.

Cette thèse permettrait d'une part de réduire fortement la différence de traitement entre les marchés soumis au délai d'attente et ceux qui ne le sont pas et d'autre part de se conformer en partie à la jurisprudence de C.J.U.E..

Néanmoins, dans l'état actuel du droit, le délai d'attente reste facultatif. Même si à l'instar du raisonnement effectué pour le recours en suspension ; il est permis de s'interroger sur ce caractère facultatif. Un délai d'attente accroîtrait la sécurité juridique.

¹⁶⁹ *Ibid*, note de bas de page 223

Cependant le délai de recours de la nullité absolue est bien plus long que celui de la déclaration d'absence d'effets. Ce qui est nuisible à la sécurité juridique et à la continuité du service public.

i) Droit comparé : la France abandonne la théorie de l'acte détachable.

Le postulat de départ est identique en France et en Belgique ; l'annulation de l'acte détachable n'a pas de répercussion directe sur le contrat. Néanmoins, l'orientation prise par la jurisprudence française¹⁷⁰ diverge de la jurisprudence belge. En effet, le Conseil d'Etat français a abandonné la théorie de l'acte détachable par un arrêt du 16 juillet 2007¹⁷¹. Il a créé un recours de plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat. Les sanctions variées incluent notamment l'annulation du contrat. Ce revirement jurisprudentiel est justifié par la directive 2007/66/CE ainsi que parce qu'à la différence des autres tiers, le contractant des concurrents évincés est l'administration. Pour les autres tiers, le recours contre les autres tiers reste possible jusqu'à la conclusion du contrat.

L'évolution de la jurisprudence¹⁷² française se poursuit par l'ouverture de l'action contentieuse à tout tiers à un contrat administratif. Selon, A.G. Tollinchi, le Conseil d'Etat français a voulu pleinement appliquer le droit d'accès à un juge et à un recours effectif prévu par l'article six de la CEDH¹⁷³. Il approuve cette position en ce qu'elle se rapproche de la jurisprudence de la CEDH et qu'elle renforce le contrôle sur l'administration publique. L'ouverture du contentieux aux tiers intéressés devrait aboutir à une augmentation conséquente du contentieux relatif aux marchés publics.

D'autres auteurs¹⁷⁴ nuancent cette jurisprudence et appellent à des précisions législatives. Pour eux l'articulation entre les différents recours qui se sont multipliés est délicate¹⁷⁵ ainsi qu'un risque d'insécurité juridique en raison du nombre de requérant potentiel.

La transposition d'une telle jurisprudence ne semble guère possible dans l'état actuel du droit en raison des articles 144 et 145 de la Constitution belge dont on ne retrouve pas le pendant en droit français. Cependant, serait-elle judicieuse de *lege ferenda* ?

Force est de constater qu'un tel système se rapproche de la thèse défendant que la législation sur les marchés publics est d'ordre public.

¹⁷⁰ Pour une analyse l'évolution jurisprudentiel française, voir P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2008 p.1240 et s.

¹⁷¹ C.E. fr., 16 juillet 2007, Société tropic, n° 291.545

¹⁷² C.E. fr., 4 avril 2014, n° 358 944, Département du Tarn et Garonne, avec la note de A.G. TOLLINCHI, « Contrat administratifs et marchés publics : bientôt 66 millions de requérants ! », *MCPOoO*, 2014, p.163

¹⁷³ Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁷⁴ Y. LAIDIÉ et V. RÉAUT, « L'accès au juge administratif dans le contentieux des contrats publics. » in *L'accès au juge, Recherche sur l'effectivité d'un droit* sous la direction de V. Donier et B. Lapérou-Scheneider, Bruxelles, Bruylants, 2013

¹⁷⁵ Le système français est confronté aux mêmes difficultés que le droit belge

Cependant, malgré un système de recours différent, certaines problématiques restent similaires. L'équilibre entre la sécurité juridique et la légalité n'est toujours pas atteint. On peut observer que la protection juridictionnelle des tiers en sort grandie mais à quel prix ? Un tel système de recours ne marque-t-il pas une absence de pragmatisme¹⁷⁶ à même de mettre à mal le principe de continuité du service public.

En conséquence, la transposition du système français en Belgique, en plus d'être inconstitutionnelle ne résoudrait pas toutes les difficultés liées à l'annulation d'un acte détachable et à l'annulation d'un contrat de marché public.

F.- LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'AUTORITE ADJUDICATRICE.

L'article 16 de la loi du 17 juin 2013 prévoit que l'instance de recours accorde des dommages et intérêts aux personnes lésées par une des violations visées à l'article 14 commise par l'autorité adjudicatrice et précédant la conclusion du marché, à condition que l'instance de recours considère comme établis tant le dommage que le lien causal entre celui-ci et la violation alléguée¹⁷⁷. Il s'agit d'une application de l'article 1382 du code civil.

I) *La faute*

Le soumissionnaire évincé peut invoquer la responsabilité des autorités adjudicatrices sans préalablement avoir obtenu un constat d'illégalité devant le Conseil d'Etat mais celui-ci facilite la démonstration de la faute.

L'illégalité de l'acte détachable peut être constatée par les juges judiciaires sur la base de l'article 159 de la Constitution.

Elle peut également l'être par un arrêt d'annulation dont l'effet « *erga omnes* » a pour conséquence que le juge judiciaire¹⁷⁸ tient compte de cet arrêt et considère que l'acte annulé est censé n'avoir jamais été accompli.

Sur le lien entre l'illégalité constatée par le Conseil d'Etat et la faute, la doctrine se divise entre d'une part, une thèse prônant l'identité des notions d'illégalité et de faute¹⁷⁹ et d'autre part, une thèse plus souple pour laquelle toute illégalité n'est pas une faute¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Un nombre important de recours dont la durée de la procédure ne pourra que ralentir l'exécution du marché

¹⁷⁷ Pour un rappel des principes, Liège 5 juin 2015, *MCPOoO*, 2015, p.318

¹⁷⁸ Cass., 12 mars 1942, *R.J.D.A.*, p.22 ; Cass., 29 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p.383

¹⁷⁹ P. THIEL, *Memento des marchés publics et PPP 2016*, Waterloo, Kluwers, , p.735

¹⁸⁰ A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : A quel saint se vouer ? *op.cit.*»

La jurisprudence de la Cour de Cassation retient la deuxième thèse¹⁸¹. Par un arrêt du 13 mai 1982, la Cour a décidé que la méconnaissance « *des règles constitutionnels ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée*¹⁸² » entraîne une présomption de faute que l'administration ne peut renverser qu'en démontrant l'existence d'une erreur invincible ou d'une cause d'exonération. A défaut, de règles imposant à l'autorité adjudicatrice d'agir de manière déterminée, la faute est analysée selon le critère de l'administration soigneuse et diligente aboutissant à une violation de la norme générale de prudence.

En conséquence, l'appréciation de la notion de faute relève du pouvoir du juge judiciaire¹⁸⁴ mais l'arrêt d'annulation n'entraîne que dans certaines hypothèses une présomption de faute.

La distinction entre faute et illégalité rend difficile à appréhender le contentieux de la responsabilité pour les autorités adjudicatrices. En effet, ces dernières peuvent être de simples consommateurs dont exiger la meilleure analyse des offres peut être incongru¹⁸⁵. Par conséquent, il est peut être difficile de leur reprocher une faute alors même que l'illégalité est constatée.

Dans l'arrêt *Stadt Graz*¹⁸⁶, la CJUE estime que la directive recours 89/665/CE s'oppose à ce qu'une autorité adjudicatrice évoque une cause d'exonération et semble prôner la thèse de l'unité des concepts d'illégalité et de faute en ce que la violation fautive ou non, du droit des marchés publics suffit à entraîner la responsabilité de l'autorité adjudicatrice.

La doctrine¹⁸⁷ reste perplexe face à cette possible influence du droit européen sur les marchés publics, en critiquant l'argumentation de la Cour qui opterait pour une interprétation extensive de la directive. En outre, ne pas reconnaître une marge d'erreur dans l'appréciation des autorités adjudicatrices ne correspond pas à la réalité de l'administration.

2) *Le dommage*

a) Possibilité de réparation en nature du dommage

La Cour de Cassation a défendu jusqu'en 1980 que la responsabilité des pouvoirs publics appartenait au contentieux de l'indemnité et excluait la possibilité de réparation en nature. Cette dernière est désormais admise¹⁸⁸.

¹⁸¹ Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982 p.772 et s. ; Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p.638 ; Cass., 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, no 439, p. 1663. ; Cass., 10 avril 2014.

¹⁸² Il s'agit de l'autorité administrative.

¹⁸³ Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982 p.772 et s.

¹⁸⁴ Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p.638

¹⁸⁵ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*,

¹⁸⁶ C.J.U.E., 30 septembre 2010, *Stadt Gratz*

¹⁸⁷ A. PIRSON, « L'unité des concepts d'illégalité et de faute dans le droit des marchés publics : le point de vue de la Cour de justice et ses incidences en droit interne », *Rev.Dr.Ulg.*, 2014, p. 543

¹⁸⁸ Cass., 26 juin 1980, *J.T.*, p.707 ; Cass., 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388,

b) Réparation par équivalent

Quelle que soit la procédure la démonstration de l'existence d'un préjudice pose question en cas de non attribution du marché. En effet, dans la vie économique d'une entreprise, la remise d'une offre n'implique pas que celle-ci obtiendra le marché. En droit civil, il est même généralement admis que les frais de remise d'offre sont parties intégrantes des risques d'entreprise pour tenter d'obtenir un marché¹⁸⁹. Elle peut toujours conclure un autre marché. Elle a même l'obligation de le faire en vertu du principe du droit de la responsabilité qui impose à la victime de tout faire pour minimiser son dommage.

1. *Adjudication*

L'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 permet au juge d'octroyer une indemnité forfaitaire de 10% du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée de cette offre. Par conséquent, le soumissionnaire irrégulièrement évincé ne doit pas démontrer son dommage¹⁹⁰. Le soumissionnaire doit toujours démontrer qu'il a remis l'offre régulière la plus basse et le lien causal entre la faute et le dommage¹⁹¹. Celui-ci a toujours la possibilité d'obtenir un autre marché. Néanmoins, ce mécanisme déroge au droit commun. Certains auteurs ont alors soutenu que le législateur avait exclu la réparation en nature en cas d'adjudication. Cette position est controversée.

Cependant, la constitutionnalité de l'indemnisation forfaitaire reste incertaine selon A.L. Durviaux¹⁹². Elle souligne d'une part le contexte¹⁹³ dans lequel a été déterminé le montant de 10% et d'autre part que l'indemnisation est favorable au entreprise alors même que même que l'adjudication est le mode de passation qui leur demande le moins d'effort. L'évaluation du dommage ne varie-t-elle pas en fonction des secteurs d'activités et de la situation économique ? Ce qui pourrait entraîner une possible discrimination¹⁹⁴. Un arrêt de la Cour constitutionnelle vient appuyer cette thèse en jugeant une réparation indemnitaire disproportionnée dans le cadre du dommage professionnel matériel dû à un accident de travail¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Liège, 26 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2006 p. 353

¹⁹⁰ Bruxelles, 16 novembre 2012, *MCPOoO*, 2014

¹⁹¹ Civ. Huy, 6 janvier 2014 où en l'absence de lien causal, l'indemnité n'a pas été accordée.

¹⁹² A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p.667, K. WAUTERS et T. CAMBIER, « L'illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.*, p. 612

¹⁹³ Certaines administrations avaient spontanément indemnisé les soumissionnaires évincés à hauteur de 50% de leur offre à un moment où il existait peu de jurisprudence sur la question ainsi la fixation d'une indemnité de 10% limite ces dérives.

¹⁹⁴ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « L'illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », *op. cit.*, p.612

¹⁹⁵ C.C. 9 février 2000, n°18/2000, B.4.3.

2. *Appel d'offre*

En l'absence d'un mécanisme d'indemnisation spécifique, ce sont les règles du droit civil qui trouvent à s'appliquer. Le soumissionnaire peut invoquer la responsabilité civile qui nécessite la démonstration d'une faute, un dommage et un lien causal. A défaut d'un droit subjectif à l'obtention du marché comme en adjudication, le soumissionnaire peut disposer d'une perte de chance de se voir attribuer le marché. La difficulté réside dans l'évaluation du dommage. Cette dernière est réalisée *ex aequo et bono*, la simple référence à une indemnisation forfaitaire de 10% ne peut suffire¹⁹⁶. Il revient alors au soumissionnaire de démontrer concrètement son dommage par toute voie de droit¹⁹⁷.

3. *Non-discrimination entre les deux procédures.*

La Cour constitutionnelle¹⁹⁸ a estimé que la différence de traitement entre les deux procédures n'est pas discriminatoire en raison de la différence de pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur entre les deux procédures. L'appel d'offre requiert une analyse des offres en fonction des critères d'attribution qui demande à l'autorité adjudicatrice un pouvoir d'appréciation conséquent¹⁹⁹.

3) *Lien causal.*

L'appréciation du lien causal appartient au juge du contrat²⁰⁰.

Pour déterminer le lien causal, la Cour de cassation retient comme critère la théorie de l'équivalence des conditions.

La démonstration concrète d'un tel critère n'est pas évidente. L'absence de pondération pour certains critères qui constitue une illégalité rend difficile la démonstration d'un lien causal puisque qu'il faudrait démontrer que l'offre aurait été nécessairement l'offre la plus intéressante s'il l'illégalité n'avait pas eu lieu²⁰¹. Ou encore l'incertitude sur l'attribution du marché en cas de mise en concurrence exclue le lien causal²⁰².

¹⁹⁶ Cependant, comme le fait remarquer, P. Thiel « la perte d'une chance est néanmoins régulièrement évaluée à plus ou moins 10% du marché, à diviser par la probabilité de voir la chance se réaliser » P. THIEL, *op. cit.*, p 744

¹⁹⁷ Notamment, par le biais d'une expertise. Voir Liège, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p.111

¹⁹⁸ C.C., 10 novembre 2011, n°173/2011

¹⁹⁹ En ce sens, M. VASTMANS, « L'indemnisation due au soumissionnaire évincé selon le mode d'attribution : réelles discrimination ou fausse analogie ? » *A.T.P.*, 2012, p. 135.

²⁰⁰ Cass., 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1199 et s.

²⁰¹ Bruxelles, 7 mars 2013, *MCPOoO* 2014/1, p.128

²⁰² Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p.96

4) Mécanisme de l'indemnité réparatrice introduit par la réforme du Conseil d'Etat.

L'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat est un mécanisme de réparation du dommage accessoire à la demande d'annulation coexistant avec l'article 1382 du code civil. Selon les travaux préparatoires, il s'agit « *d'une notion autonome dont il convient de laisser au Conseil d'Etat le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence*²⁰³ ». Une jurisprudence divergente de celle de la responsabilité de droit commun est donc possible.

Le principe « *electa via* » organise l'articulation entre les deux procédures. Il permet au demandeur d'opter soit pour le Conseil d'Etat soit pour l'ordre judiciaire. Une fois la demande introduite au près d'une des deux juridictions, l'autre perd sa compétence. Lorsqu'un requérant optera pour l'indemnité réparatrice, il n'aura pas de second degré de juridiction.

a) L'indemnité réparatrice est-elle applicable au contentieux des marchés publics ?

Une partie de la doctrine²⁰⁴ éprouve des doutes quant l'application de l'indemnité réparatrice au contentieux des marchés publics. En effet, l'article 24 de la loi du 17 juin 2013²⁰⁵ dispose que l'instance de recours pour les dommages et intérêts est le juge judiciaire. La législation sur les marchés publics serait alors une loi spéciale qui dérogerait aux lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. De plus, la coexistence des recours serait contraire à l'objectif d'harmonisation du contentieux public.

Cependant, des auteurs²⁰⁶ font observer que le rapport du roi indique que le Conseil d'Etat pourrait octroyer une indemnité réparatrice dans le cadre du contentieux des marchés publics. En conséquence, la volonté du législateur est d'inclure l'indemnité réparatrice dans le contentieux des marchés publics. L'adage « *Lex posterior derogat priori* » pourrait servir de fondement à l'application de ce mécanisme en marché public.

²⁰³ Proposition de loi relative à la Sixième Réforme de l'Etat concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, Doc. parl., Sénat, sess. 2012-2013, no 5-2233/1, p. 7.

²⁰⁴ I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil », *op.cit.*

²⁰⁵ Art. 24 de la loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services

²⁰⁶ A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : A quel saint se vouer ? *op.cit.*, p.56

b) Responsabilité objective ?

A la différence de la responsabilité civile à base de faute, l'article 11 bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat requiert une constatation de l'illégalité.

L'application de cause d'exonération est sujette à une controverse doctrinale. D'une part, certains²⁰⁷ excluent la possibilité de s'exonérer, d'autre part d'autres auteurs²⁰⁸ réservent cette possibilité.

Les partisans de la seconde thèse se fondent premièrement sur l'absence formelle d'exclusion des causes d'exonérations dans les travaux préparatoires et deuxièmement sur le fait qu'un système de responsabilité objective n'exclut pas nécessairement l'application des causes d'exonération²⁰⁹.

c) Réparation intégrale ?

Dans un premier temps, il faut observer avec I. Mathy que l'indemnité réparatrice ne viserait pas la notion de réparation intégrale du dommage selon le législateur et la section législation du Conseil d'Etat²¹⁰. Néanmoins, un tel choix est critiquable selon elle et crée une différence de traitement selon que le responsable est une personne publique ou non. Ensuite, elle considère que le principe devrait demeurer la réparation intégrale, tel a été le cas dans l'arrêt Legrand²¹¹. Le Conseil d'Etat tient également des comptes intérêts privés et publics lorsqu'il détermine le montant de l'indemnisation. Ce qui est un facteur d'insécurité juridique

Dans un second temps, la section législation du Conseil d'Etat a indiqué que le préjudice devrait « *né, certain et actuel*²¹² » en opposition avec la responsabilité civile de droit commun dans laquelle la réparation d'un dommage futur est possible pour autant qu'il soit certain. L'évaluation du dommage dans le temps est également plus complexe pour l'indemnité réparatrice²¹³.

En droit des marchés publics, dans l'hypothèse d'une procédure d'adjudication, l'article 24 de loi du 24 juin 2006 prévoit une indemnisation forfaitaire. Faut-il considérer que le Conseil d'Etat devra l'appliquer en raison du caractère de loi spéciale de la législation des marchés publics ? L'indemnité réparatrice est une institution autonome. Par conséquent, il faut répondre par la négative à cette question.

²⁰⁷ J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre des pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'État », *R.G.A.R.*, 2015, p. 15138, pt 4. ; I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil », *op.cit.*, p.189 et s.

²⁰⁸ A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : A quel saint se vouer ? *op.cit.*, p.57.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 61, note de bas de page 141

²¹⁰ . MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil », *op.cit.*, p. 189 et s.

²¹¹ C.E., 2 octobre2015, Legrand c. État belge, n° 232.416.

²¹² C.E. (sect. lég.), avis n°53.933/AG du 27 août2013, Doc. parl., Sénat, sess. 2012-2013,n° 5-2233/2, p. 6.

²¹³ I. MATHY, « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil », *op.cit.*, p.218 et s.

A. Pirson et M. Vrancken constate que « *le requérant qui obtient la décision constatant l'illégalité alléguée devra donc choisir entre la certitude sur l'établissement du fait génératrice (devant le Conseil d'Etat) ou la « certitude » du montant en cause (devant le juge judiciaire)*²¹⁴ ».

d) Le lien causal

Selon la section législation du Conseil d'Etat, le lien de causalité doit être direct alors qu'en droit commun, la jurisprudence applique la théorie de l'équivalence des conditions. Néanmoins, la doctrine estime que dans l'arrêt Legrand, le Conseil d'Etat a fait application de la théorie de l'équivalence des conditions²¹⁵.

5) *Appréciation de la responsabilité civile*

Je ne peux que rejoindre la position d'A.L. Durviaux qui soutient que « *la réparation par équivalent n'allait pas de soi hier, et ne va plus de soi aujourd'hui pour des raisons inhérentes aux activités économiques dans lesquelles s'inscrit la passation des marchés publics*²¹⁶ ».

De plus, l'indemnité réparatrice rend désormais encore plus complexe la question de l'indemnisation des tiers évincés.

D'une part, la réforme offre une procédure plus rapide et un choix d'option des recours qui peut profiter au préjudicié et d'autre part, la réforme renforce l'insécurité juridique et la concurrence entre les ordres judiciaires et administratives.

En 2009, lors de la réforme des voies de recours, le législateur a voulu mettre fin au « *forum shopping* » ; force est de constater qu'il a lui-même réintroduit, cette possibilité dans le contentieux de la responsabilité des autorités adjudicatrices même si le principe « *electa via* » nuance cette affirmation²¹⁷. La question du choix du juge reste complexe et source d'insécurité juridique.

²¹⁴ A. PIRSON et M. VRANCKEN, « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : A quel saint se vouer ? *op. cit.*, p.73

²¹⁵ C. FRANÇOIS et P.-Y. MELOTTE, « La responsabilité civile de l'administration en suite d'un arrêt du Conseil d'Etat : Entre procédure judiciaire et administrative. » in *Le pli juridique*, Limal, Anthemis, , 2015.

²¹⁶ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p.668

²¹⁷ Contra M. VASTMANS et K. POLLET « La répartition de compétences entre le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires dans le cadre du contentieux de l'attribution des marchés publics » in *op. cit.* en raison de l'interdiction de cumul des voies de recours.

CONCLUSION

Pour conclure, le contentieux de l'annulation d'un marché public s'organise autour de trois axes.

Un axe préventif où la suspension de la décision d'attribution permet d'éviter que la conclusion d'un contrat vicié qui serait susceptible d'être annulé. L'efficacité de cet axe est tributaire de la présence d'un délai d'attente.

Un second axe vise à préserver la légalité en permettant l'annulation du contrat par le biais de la déclaration d'absence d'effets. Lorsque cette sanction n'est pas prévue par la loi, c'est la nullité de droit commun qui pourrait s'appliquer de manière controversée.

Un troisième axe vise lui à préserver la sécurité juridique et la continuité du service public, le contrat ne pouvant être annulé que dans les conditions de la déclaration d'absence d'effets, le soumissionnaire évincé ne dispose que de la perspective indemnitaire.

L'articulation des recours tend à privilégier le recours en suspension et la réfaction de la décision attaquée par l'autorité adjudicatrice. Les décisions au fond risquent de s'amenuiser ainsi que la question de l'annulation du contrat.

Pour les marchés non soumis au délai d'attente, la pertinence de ces trois axes semblent remise en question par la Cour de cassation qui a peut être considéré la législation sur les marchés d'ordre public et qui décidé que l'arrêt d'annulation a un effet direct sur le contrat. La Cour ferait ainsi primer le principe de légalité, en permettant de nombreux recours, rejoignant la jurisprudence du Conseil d'Etat de France.

Je ne partage pas cet orientation prise par la Cour de cassation qui est bien trop sévère pour les autorités adjudicatrices et nuisible à la continuité du service public. A mon sens, l'application du délai d'attente facultatif combinée à celle de la déclaration d'absence d'effets en tant que cause de nullité absolue peut apporter une réponse provisoire.

Il revient cependant au législateur de consacrer cette solution ; il lui appartient également de préciser les articles 21 et 30 alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 en ce qu'il concerne non seulement la déclaration d'absence d'effets mais aussi la nullité de droit commun.

Au cours de cette contribution, on a pu observer une tendance à accroître la responsabilité des autorités adjudicatrices comme le démontre l'appréciation de la balance des intérêts, les arrêts de la Cour de cassation du 5 mars et du 29 juin 2012, l'arrêt Stad Gratz ou encore le mécanisme de l'indemnité réparatrice. Cette tendance est critiquable en ce qu'elle réduit à peau de chagrin la marge d'erreur des autorités adjudicatrices en oubliant qu'elles ne sont que de simples consommateurs.

Une autre tendance concerne la centralisation du contentieux de l'annulation du contrat devant le Conseil d'Etat. Elle peut paraître souhaitable en ce que le critère de l'autorité adjudicatrice ne convainc pas totalement mais surtout et plus fondamentalement parce que les ordres judiciaires et administratifs fonctionnent de manière concurrente et non complémentaire.

En effet, la question de la survie de l'acte détachable divise la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, chacun prêchant pour sa paroisse. L'intervention législative pour laquelle je plaide, pourrait cependant suffire à rendre ces ordres plus complémentaires.

Quoi qu'il en soit, en l'absence d'une nouvelle intervention législative, la question de l'annulation d'un contrat de marché public risque de faire encore couler beaucoup d'encre.

Bibliographie :

1 Législation européenne

- Directive 2007/66 du 11 décembre 2007 du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

1.1 Législation belge

- Loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
- Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

-Loi coordonnée du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat.

1.2 Arrêté royal

- Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

1.3 Travaux parlementaires

- Doc. parl., Sénat, sess. 2012-2013, no 5-2233/1
- Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget, n°52-2276//003

2 Doctrine

-BELLEFLAMME F., « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011.

-BEN MESSAOUD S. et I.VAN KRUCHTEN, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'Etat. » in *La justice administrative* sous la direction de F. Viseur et J. Philippart, Larcier, Bruxelles, 2015.

-BOURTEMBOURG J. et DONY C., « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ? » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBM, 2015.

-CAMBIER T. et WAUTERS K., « L'illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? », in *Le temps et le droit – Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles Bruylant, 2013.

-CATTOIR B., COLPAERT A., VAN OEVELEN A., VANLOON M., VANVALKENBORGH L., VINKX R., « De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden : algemene beginselen en een grondslagenonderzoek », *T.P.R.*, 2011.

-D'HOOGHE D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993.

-DE KONINCK C., *Overheidsopdrachten*, I, 2^{ème} éd., Anvers, Maklu 2004.

-DE KONINCK C., FLAMEY P. et RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu 2007.

-DE KONINCK C. et DOR V., *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010.

-DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T.2

-DE MAYER P., et VASTAMS M., « Ceci n'est pas une mise en balance des intérêts », in *Chronique des marchés publics 2012-2013*, EBP, 2013.

-DELLANNAY, G., « Annulation par l'autorité de tutelle de la décision de conclure un contrat de travail, *Rev. dr. commun.*, 2013.

-DELVAUX A. et HANNEQUART Y., « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages- intérêts », *Liber amicorum commission droit et vie des affaires 40ième anniversaire*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

-DELVAUX A., « De la mise en œuvre des recours selon la loi du 23 décembre 2009 », *Entr. et dr.*, 2010.

-DELVAUX A., « Commentaires pratiques de la réglementation des marchés publics », *Entr. et dr.*, 2014.

-DEVOS S., LOMBAERT B. et VANDENDRIESSCHE F., « Divergence de jurisprudence entre les chambres de langue française et de langue néerlandophone du Conseil d'Etat ; Y-a-t'il deux Conseils d'Etat en Belgique ? » in *Chronique de marchés publics 2009-2010*, EBP, 2010.

-DOR V., « La motivation, l'information et les recours – la loi du 17 juin 2013 », in *La commande publique* sous la direction de P. Thiel, Waterloo, Kluwer, 2014.

-DUPONT M., « Nullité absolue et nullité relative » in *la nullité des contrats*, sous la coordination de P. Wéry Bruxelles, Larcier, 2006.

-DURVIAUX A.-L. et FISSE D., « De la tutelle administrative sur les marchés publics en Région wallonne et autres réflexions sur le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics » in *Chronique de marchés publics 2009-2010*, EBP, 2010.

-DURVIAUX A.-L. et FISSE D., *Droit administratif*, tome 1, l'action publique, Bruxelles, Larcier, 2011.

-DURVIAUX A.-L., « L'arrêt s.a Spatial intelligence Genuine et Generic Solutions : une nouvelle étape dans le contrôle de la passation des marchés publics par le Conseil d'Etat », *J.L.M.B.*, 2011.

-DURVIAUX A.-L., *Précis de droit des marchés et contrats publics*, La Chartre, Bruxelles, 2014.

-FRANÇOIS C. et MELOTTE P.-Y., « La responsabilité civile de l'administration ensuite d'un arrêt du Conseil d'Etat : Entre procédure judiciaire et administrative », in *Le pli juridique*, Limal, Anthemis, 2015.

-GOFFAUX P. et LUCAS M., « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribution d'un marché public », in *A.T.P.*, 1998.

-GOFFAUX P., « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat : l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *A.T.P.*, 2009.

-GOFFAUX P., « La Cour constitutionnelle n'annule pas les articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics », *MCPOoO*, 2011.

-HEISE R., « Betreffende de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten », in *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010.

-JACQMAIN, J., « Annulation de la décision de contracter, nullité du contrat de travail conclu par une autorité publique », *Chron. D.S.*, 2013, p.354-355

-JACQUES S., « Commentaires d'arrêts du Conseil d'Etat », in *MCPOoO*, 2015

-KETTELS A., « Le choix du juge en matière de contentieux administratif – Question choisies » in *Droit administratif et contentieux* sous la direction de A.-L. Durviaux et M. Pâques, Larcier, Bruxelles, 2015

-LAHBIB M, MONTENEYE-JADOUL V. et SCHOUPS M., « Les voies de recours offertes au soumissionnaire évincé dans le cadre de la passation des marchés après la réforme du Conseil d'Etat » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBP, 2015.

-LAIDIÉ Y. et RÉAUT V., « L'accès au juge administratif dans le contentieux des contrats publics. » in *L'accès au juge, Recherche sur l'effectivité d'un droit* sous la direction de V. Donier et B. Lapérou-Scheneider, Bruxelles, Bruylant, 2013.

-LEROY M., *Contentieux administratif*, 5^{ème} édition, Limal, Anthemis, 2011.

-LEWALLE P., *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2008.

-MARTENS L. et VANDENDRIESSCHE F., « Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard ?, *T.B.P.*, 2012, livr.9.

-MATHY, I., « Le nouveau contentieux de l'indemnité réparatrice : le juge administratif à l'assaut du droit civil. » in *La justice administrative* sous la direction de F. Viseur et J. Philippart, Bruxelles, Larcier, 2015.

-POLLET K. et VASTMANS M. « La répartition de compétences entre le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires dans le cadre du contentieux de l'attribution des marchés publics » in *Chronique des marchés publics 2013-2014*, EBP, 2014

-PIRSON A., « L'unité des concepts d'illégalité et de faute dans le droit des marchés publics : le point de vue de la Cour de justice et ses incidences en droit interne », *Rev.Dr.Ulg*, 2014.

-PIRSON. A. et VRANCKEN M., « La réparation du dommage causé par l'illégalité d'un acte administratif et l'indemnité réparatrice : A quel saint se vouer ? in *Droit administratif et contentieux* sous la direction de A.-L. Durviaux et M. Pâques, Bruxelles, Larcier, 2015.

- SOHIER J., « L'action en responsabilité contre des pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'État », *R.G.A.R.*, 2015.
- STAROSSELETS T., « Les effets de la nullité » in *la nullité des contrats* sous la coordination de P. Wéry, Bruxelles, Larcier, 2006.
- THIBAUT E. et WAUTHIER S., « Le nouveau régime de contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », *Chronique des marchés publics 2009-2010*, EBP, 2010
- THIBAUT E., « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics* sous la direction de A.L. Durviaux et N. Thirion, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- THIEL P., *Memento des marchés publics et PPP 2016*, Waterloo, Kluwers
- TOLLINCHI A.-G., « Contrat administratifs et marchés publics : bientôt 66 millions de requérants ! », *MCPOoO*, 2014
- VAN HOOREBEKE G., « La théorie de l'acte détachable en matière de marchés publics », *Entr. et dr.*, 2013, p. 407-420.
- VAN OMMESLAGHE P., *Droit des obligations*, T.1^{er}, Source des obligations, Bruxelles, Bruylant, 2010
- VAN OMMESLAGHE P., *Les obligations*, vol. 2, Sources des obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013

-VANDERSTRAETEN M., « Déclaration d'absence d'effet versus sécurité juridique : un équilibre européen », *J.T.* 2015.

-VASTMANS M., « L'indemnisation due au soumissionnaire évincé selon le mode d'attribution : réelles discrimination ou fausse analogie ? » *A.T.P.*, 2012

-WERY P., *Droit des obligations, volume 1*, 2^{ième} édition, Bruxelles, Larcier, 2011.

3 Jurisprudence

3.1 Cour de justice de l'Union européenne

-C.J.C.E., 28 octobre 1999, Alcatel Austria, C-81/98.

-C.J.C.E., 18 mars 2004, Siemens, C-314/01.

-C.J.C.E., 18 juillet 2007, C-503/04.

-C.J.U.E., 30 septembre 2010, Stadt Gratz, C-314/09.

-C.J.U.E., 11 septembre 2014, Fastweb, C-19/13.

3.2 Conseil d'Etat français

- C.E. fr., 11 décembre 1903, Commune de Gorre, *recueil Sirrey*, 1906, p.770, .

- C.E. fr., 4 aout 1905, Martin, *recueil Lebon*. p. 749.

- C.E. fr., 16 juillet 2007, Société tropic, n° 291.545, *recueil Lebon*, p.360.

- C.E. fr., 4 avril 2014, n° 358 944, Département du Tarn et Garonne, *MCPOoO*, 2014, p.163

3.3 Cour Constitutionnelle

-C.A., 9 février 2000, n°18/2000, B.4.3.

-C.A., 7 décembre 2005, n°179/2005.

-C.C., 26 novembre 2009, n°188/2009.

-C.C., 20 octobre 2011, n° 164/2011.

-C.C., 10 novembre 2011, n°173/2011.

-C.C., 30 octobre 2012, n° 131/2012.

3.4 Cour de Cassation

-Cass., 12 mars 1942, *R.J.D.A.*, p.22.

-Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p.430.

-Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p.174.

-Cass., 26 juin 1980, *J.T.*, p.707.

-Cass., 13 mai 1982, *J.T.*, 1982 p.772.

-Cass., 29 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p.383.

-Cass., 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p.1199 et s.

-Cass., 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p.388.

-Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p.638

-Cass., 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, no 439, p.1663.

-Cass., 5 mars 2012, *Rev. dr. Commun.* 2013, p.20 ; *Chron. D.S.*, 2013, p.35 ; *Entr. et dr.*, 2013, p.399.

-Cass., 10 avril 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15206.

3.5 Conseil d'Etat belge : section contentieux

-C.E., 24 octobre 1949, Grisar, n°137,

-C.E., 10 aout 1951, S.A. cobesma

-C.E., 29 juin 1990, n°35.350, *Entr. et dr.*, 1991, p. 249

-C.E., 13 octobre 1992, E.G.T.A, n°40.734, *Entr. et dr.*, 1992, p.366

-C.E., 22 janvier 1999, n° 78.30, *Entr. et dr.*, 1999, p.337

-C.E., 15 juin 2000, Feyer, n° 87.983, *Entr. et dr.*, p.270 ; *T.B.P.*, 2001, p.274

-C.E., 11 septembre 2002 n° 220.565,

-C.E., 2 décembre 2005, Labonorm, n° 152.173, *C.D.P.K.*, 2006, p.752

-C.E., 4 mai 2006, n°158.316, *C.D.P.K.*, 2006, p.763

-C.E., 3 juillet 2007, S.A. CODITEL BRABANT, n°173.079, *Rev. dr. Commun.*, 2008, p.67

-C.E., 25 septembre 2007, n°174.964, *A.P.T.*, 2009, p. 191

-C.E., 29 janvier 2010, SPRL Ghys-sels et Verbeken, n° 200.246, *C.P.D.K.*, 2010, p.66

-C.E., 6 mai 2010, NV Ghent Dredging, n° 203. 721, *T.B.O.*, 2011, p.141

-C.E. (8e ch.), 16 décembre 2010, n° 209.843, *MCPOoO*, 2011, p.130

-C.E. (12e ch.), 18 octobre 2011, n° 215.798, *MCPOoO*, 2012, p. 117

-C.E., 28 octobre 2010, n° 208.513, *J.L.M.B.*, 2011, p.576 ; *Entr., et dr.*, 2011, p.186

-C.E., 1^{er} décembre 2011, n°216.660, *MCPOoO*, 2012, p.136

-C.E., 19 janvier 2012, *S.A.ZETES*, n° 217.38219, *MCPOoO*, 2012, p.249

- C.E. (ass. gén.), 1er février 2013, n° 222.357, *MCPOoO*, 2013, p.198

-C.E., 2 septembre 2013, n° 224.538, *MCPOoO*, 2013, p.492.

-C.E., 26 février 2014, n° 226.558, *A.P.T.*, 2014, p.447

-C.E., 2 juillet 2014, n°212.533, inédit

-C.E., 24 juillet 2014, n°228.104, *MCPOoO*, 2014, p.558

-C.E., 29 juillet 2014, n°228.132, *A.P.T.*, 2014, p. 697

-C.E, 13 août 2014, n° 228.195, *A.P.T.*, 2015, p.139

-C.E. (6e ch.), 23 décembre 2014, n° 229.699, disponible sur <http://www.raadvst-consetat.be>

-C.E., 12 janvier 2015, n° 229.780, *A.P.T.*, 2015, p.342

-C.E. (12e ch.), 26 mars 2015, n° 230.661, *R.W.*, 2015-2016, p.431

-C.E., 26 mai 2015, Stevens c. État belge, n° 231.330, *R.W.*, 2015-2016, p.981

-C.E. (6e ch.), 2 juillet 2015, n° 231.845, disponible sur <http://www.raadvst-consetat.be>

-C.E., 15 juillet 2015, n° 231.965, disponible sur <http://www.raadvst-consetat.be>

-C.E. (6e ch.), 7 août 2015, n° 232.025, disponible sur <http://www.raadvst-consetat.be>

-C.E., 2 octobre 2015, Legrand c. État belge, n° 232.416, *Entr. et dr.*, 2015, p. 463 .

3.6 Conseil d'Etat belge : section législation

-C.E. (sect. lég.), avis n°53.933/AG du 27 août 2013

3.7 Cour d'appel

-Liège, 14 mai 1991, *J.L.M.B.*, 1992

-Bruxelles, 25 mars 1993, *Ent. et dr.*, 1993, p.232

-Liège, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p.111

-Liège, 26 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2006 p. 353

-Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P.*, 2012, p. 564

-Bruxelles, 16 novembre 2012, *MCPOoO*, 2014, p. 593

-Bruxelles, 7 mars 2013, *MCPOoO* 2014, p.128

-Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 96

-Liège 5 juin 2015, *MCPOoO*, 2015, p.318

3.8 Tribunal de première instance

- Civ., Namur (réf.), 27 avril 1992, *J.T.*, 1992, p. 497.
- Civ. Dendermonde (réf.), 14 mai 2009, inédit.
- Civ. Antwerpen (réf.), 24 décembre 2013, inédit.
- Civ. Bruxelles, 15 février 2013, *MCPOoO*, 2013, p.238
- Civ. Huy, 6 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p.513
- Civ., Bruxelles (réf.), 26 mai 2014, inédit.