

---

## Le contentieux de l'attribution en matière de marché public : les recours ouverts au soumissionnaire évincé

**Auteur** : Decroupette, Clara

**Promoteur(s)** : Paques, Michel

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

**Diplôme** : Master en droit, à finalité spécialisée en droit public

**Année académique** : 2021-2022

**URI/URL** : <http://hdl.handle.net/2268.2/14677>

---

### *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.*

---

# **Le contentieux de l'attribution en matière de marché public : les recours ouverts au soumissionnaire évincé**

**Clara DECROUPETTE**

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit public

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur De Brogniez

Professeur



## RÉSUMÉ

L'annulation d'un contrat de marché public comporte deux problèmes majeurs.

Concernant la répartition des compétences, le Conseil d'État est compétent pour le contentieux objectif, tandis que le juge judiciaire est compétent pour le contentieux subjectif. En matière de marché public cette répartition a une grande importance. Le Conseil d'État n'est pas compétent pour annuler le contrat de marché public une fois conclu car c'est une matière réservée au juge judiciaire. Cependant, le soumissionnaire évincé, tiers au contrat, ne dispose pas de recours contre celui-ci.

Fort heureusement, la théorie de l'acte détachable a vu le jour. Le Conseil d'État est compétent pour l'annulation des actes administratifs d'une part et des actes détachables d'autre part. De ce fait, en matière de marché public, la décision d'attribution du pouvoir adjudicateur peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. Cependant une fois le contrat conclu, même si le Conseil d'État a annulé l'acte préalable, le contrat dès lors entaché d'illégalité continue d'exister et le seul moyen pour le soumissionnaire évincé d'obtenir réparation est soit de demander au juge judiciaire des dommages et intérêts sur base de l'article 1382 du Code civil soit de rester devant le Conseil d'État pour une indemnité réparatrice.

Pour satisfaire à ces faiblesses, le délai d'attente a été mis en place. Pour certains marchés supérieurs à la moitié du seuil européen, le pouvoir adjudicateur doit informer les soumissionnaires évincés de sa décision et attendre un délai d'attente de quinze jours avant de conclure le contrat. Ce délai permet aux soumissionnaires évincés de former leur recours en suspension et en annulation de la décision d'attribution du marché. Ce délai rend les recours plus efficaces, l'exécution du marché est suspendue et une réfection de l'acte désormais est possible.



## REMERCIEMENT

Pour son aide et ses conseils dans la réalisation de la présente contribution, je tiens à remercier Monsieur De Brogniez.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>10</b>
<b>SECTION 1. L'ATTRIBUTION ET LA CONCLUSION DU MARCHÉ</b>	<b>10</b>
A. L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ	10
B. LA CONCLUSION DU MARCHÉ	11
<b>SECTION 2. CONTENTIEUX DE L'ATTRIBUTION</b>	<b>11</b>
A. LES PROCÉDURES DE RECOURS OUVERTES AU SOUMISSIONNAIRE ÉVINCÉ	12
B. LA LOI DU 17 JUIN 2013	12
C. LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE	13
D. LA THÉORIE DE L'ACTE DÉTACHABLE	14
E. CRITIQUE : DROIT COMPARÉ AVEC LA FRANCE	15
F. LE DÉLAI D'ATTENTE OU STANDSTILL	16
1° Principe et effet du délai d'attente	16
2° Champ d'application du délai d'attente	17
3° Prolongation du délai d'attente	17
4° Exception à l'obligation de respecter le délai d'attente	18
5° Effet relatif du délai d'attente	18
6° Sanctions en cas de non respect du délai d'attente	18
5° Et pour les marchés non soumis au délai de standstill ?	19
G. L'INTÉRÊT AU RECOURS	19
H. L'INSTANCE DE RECOURS	21
I. LA MISE EN BALANCE DES INTÉRÊTS	21
J. RECOURS EN SUSPENSION	22
1° Principe	22
2° Délai d'introduction	23
3° Champ d'application	23
4° Présomption d'urgence	23
5° Suppression de la condition du préjudice grave difficilement réparable	23
6° Effet du recours en suspension sur l'exécution du marché	24
K. RECOURS EN ANNULATION	24



1° Principe	24
2° Délai d'introduction	25
3° Champ d'application	25
4° Effet de l'annulation sur le contrat	25
5° Remarque	26
<b>L. LA DÉCLARATION D'ABSENCE D'EFFETS</b>	<b>27</b>
<b>M. DOMMAGES ET INTÉRÊTS</b>	<b>27</b>
1° Juge judiciaire ou Conseil d'État	28
2° Réclamation devant le juge judiciaire	29
i) La notion de faute	29
ii) Le lien de causalité	30
iii) La réparation du dommage	30
3° Réclamation devant le Conseil d'État	30
i) La notion d'illégalité	31
ii) Le lien de causalité	32
iii) La réparation du préjudice	32
4° Différence entre les deux indemnités	33
<b>CONCLUSION</b>	<b>34</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>36</b>



## INTRODUCTION

Dans le cadre de ce travail, nous tenterons de proposer une analyse du contentieux de l'attribution d'un contrat de marché public et des recours ouverts au soumissionnaire évincé.

En Belgique, le Conseil d'État est compétent pour le contentieux objectif, tandis que le juge judiciaire est compétent pour le contentieux subjectif. En matière de marché public cette répartition est une difficulté mais revêt une grande importance. Cette dualité juridictionnelle et son palliatif la théorie de l'acte détachable sera examinée dans le présent travail.

Le soumissionnaire évincé qui désire remettre en cause la décision d'attribution du pouvoir adjudicateur choisira la procédure qui lui convient le mieux. Désire-t-il une somme d'argent pour compenser son préjudice ou veut-il retrouver une nouvelle chance d'exécuter le marché public ?

Nous commencerons par un bref rappel des notions d'attribution et de conclusion du marché.

Ensuite, nous détaillerons les procédures de recours ouvertes au soumissionnaire évincé, le recours en suspension, le recours en annulation et la déclaration en absence d'effet.

Enfin, nous finirons par un exposé des procédures de réclamation en dommages et intérêts. La prochaine question sera analysée. Est-il préférable, pour le soumissionnaire évincé, d'aller devant le juge judiciaire pour demander une réparation par équivalent ou de rester devant le Conseil d'État pour réclamer une indemnité réparatrice ?

## SECTION 1. L'ATTRIBUTION ET LA CONCLUSION DU MARCHÉ

### A. L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ

La décision d'attribution n'emporte pas la conclusion du contrat et elle suit plusieurs étapes distinctes.

Tout d'abord, les soumissionnaires sont sélectionnés. Cette étape a pour but de s'assurer d'une part, qu'un soumissionnaire ne se trouve pas dans une des situations d'exclusion prévues par la réglementation et d'autre part qu'il a la capacité financière, économique et technique d'exécuter le marché concerné.

Ensuite, la régularité technique et administrative des offres est examinée. Cette étape consiste dans l'examen de la conformité de l'offre aux exigences techniques et administratives établies par le cahier spécial des charges.

Enfin, les offres sont comparées et évaluées au regard des critères d'attribution<sup>1</sup> et le marché est attribué.

---

<sup>1</sup> P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des P.P.P. 2021. Tome 1 Commentaire*, Malines, Kluwer, 2021, p. 815.

L'attribution d'un marché public est « la décision prise par le pouvoir adjudicateur désignant le soumissionnaire retenu »<sup>2</sup>. Cette décision doit être motivée de manière adéquate, précise et compréhensible<sup>3</sup>. La motivation est fondamentale pour les soumissionnaires évincés car elle leur permet de comprendre pourquoi ils n'ont pas été choisis et d'exercer valablement leur droit de recours<sup>4</sup>.

Simultanément, lorsque l'adjudicateur choisit l'adjudicataire, il élimine les autres candidats.

Préalablement à la notification, le pouvoir adjudicateur doit avertir les soumissionnaires évincés. Cette obligation d'information qui pèse à charge de l'adjudicateur au profit des candidats évincés implique qu'il leur communique la décision de ne pas les retenir dans les moindres délais<sup>5</sup>.

## B. LA CONCLUSION DU MARCHÉ

La conclusion du marché est, quant à elle, « la naissance du lien contractuel entre l'adjudicateur et l'adjudicataire »<sup>6</sup>. Elle se matérialise par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre<sup>7</sup>. Contrairement à l'attribution, la conclusion du marché ne doit pas être motivée<sup>8</sup>.

L'attribution et la conclusion du marché ont lieu en même temps sauf lorsque le délai de standstill est applicable. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit patienter 15 jours entre l'attribution du marché et la conclusion de celui-ci. Nous y reviendrons (*cf* : *section 2 point F*).

## SECTION 2. CONTENTIEUX DE L'ATTRIBUTION

Les règles décrites ci-après concernent les recours contre les décisions prises par l'autorité adjudicatrice<sup>9</sup> durant la procédure d'attribution du marché, précédant la conclusion du marché<sup>10</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 3, 38°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

<sup>3</sup> Notons toutefois que le Conseil d'État a déjà admis des motivations très succinctes (C.E., 12 juillet 2004, *Vzw Expertconsult c. Vlaamse Gewest et Vlaams Zorgfonds*, n° 133.809 ; C.E., 2 avril 2003, *S.A. Socatra c. Communauté française*, n° 117.877 ; C.E., 21 février 2003, *S.A. Fujitsu Siemens Computers*, n° 116.294).

<sup>4</sup> V. DOR et F. VERHOEVEN, *Les marchés publics*, vol. 2, *Guide juridique de l'entreprise*, Malines, Kluwer, 2018, p. 38 ; C.J.U.E., 28 janvier 2010, *Uniplex*, C-406/08.

<sup>5</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 820.

<sup>6</sup> Art. 3, 39°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

<sup>7</sup> Art. 88 de l'A.R. du 18 avril 2017.

<sup>8</sup> C.E., 6 novembre 2009, *Sotrelco*, n° 197.646.

<sup>9</sup> Cette notion couvre « l'adjudicateur visé à l'article 2, 5°, de la loi relative aux marchés publics et à l'article 2, 5°, de la loi relative aux concessions ainsi que le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou la personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la loi défense et sécurité, selon le cas » (art. 2, 2°, de la 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).

<sup>10</sup> B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, « Chapitre IV. Règles générales régissant l'exécution des marchés publics et Chapitre V. Recours », in *Guide de droit immobilier. Titre VII, point 3.4 et 3.5*, Kluwer, 2020, p. 149.

## A. LES PROCÉDURES DE RECOURS OUVERTES AU SOUMISSIONNAIRE ÉVINCÉ

À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices<sup>11</sup>.

Par ailleurs, la loi du 17 juin 2013 prévoit différentes procédures de recours. La procédure en suspension, la procédure en annulation, la procédure en déclaration d'absence d'effets et la procédure en dommages et intérêts.

Le choix de la procédure varie selon l'objectif du soumissionnaire évincé.

Souhaite-t-il retrouver une chance d'exécuter lui-même le marché ou se résigne-t-il à une indemnisation par équivalent ?

## B. LA LOI DU 17 JUIN 2013

La loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions est la réglementation qui régit principalement les procédures de recours à l'encontre des décisions prises par l'autorité adjudicatrice dans le cadre de la passation d'un marché<sup>12</sup>.

Reprenant majoritairement le contenu de la 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<sup>13</sup>. Cette loi a fait l'objet de plusieurs modifications, en particulier par la loi du 16 février 2017<sup>14</sup> et elle est entrée en vigueur sans effet rétroactif, le 1<sup>er</sup> juillet 2013.

L'arrêté royal du 17 décembre 2021, ajuste, quant à lui, le montant de certains seuils en dessous desquels la motivation et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires est réduite.

---

<sup>11</sup> Art. 14 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>12</sup> B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, *op.cit.*, p. 149.

<sup>13</sup> La loi du 23 décembre 2009 a transposé en droit belge la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 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.

<sup>14</sup> Loi modifiant la 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, *M.B.*, 17 mars 2017. Entrée en vigueur le 30 juin 2017.

### C. LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE

Une question fondamentale en terme de recours concerne l'instance de recours compétente. La répartition du contentieux se fait sur la base de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat<sup>15</sup>.

En 2009, alors que la centralisation du contentieux était possible, le législateur a décidé de mettre en place un système dual dans lequel le Conseil d'Etat et les juges judiciaires se partagent le contentieux.

Les opérations unilatérales menées par l'autorité avant la conclusion du contrat sont du ressort du juge administratif, tandis que les décisions afférentes à l'exécution de ces contrats, à leur interprétation ou encore à leur dissolution relève de la compétence du juge judiciaire<sup>16</sup>.

Le Conseil d'État est donc compétent dans le cadre du contrôle objectif de la légalité des actes administratifs unilatéraux<sup>17</sup> tandis que les cours et tribunaux sont compétents dans le cadre du contentieux des droits subjectifs<sup>18</sup>.

Une chose est certaine, un marché public constitue un contrat. Et un contrat n'est, par définition, pas un acte juridique unilatéral.

Le Conseil d'État est donc sans compétence pour annuler le contrat formé à la suite de la notification de la décision d'attribution du marché au soumissionnaire choisi<sup>19</sup>.

L'incompétence du Conseil d'État pour annuler les contrats conclus par une autorité administrative s'explique notamment par le fait que le juge administratif ne peut connaître d'actes émanant, même pour partie, d'une personne privée<sup>20</sup>.

Pour cette raison, la théorie de l'acte détachable a vu le jour<sup>21</sup>. Nous y viendrons dans le prochain point (*cf* : *point D*).

En outre, conformément à l'article 24 de la loi du 17 juin 2013, l'instance de recours compétente pour les recours en annulation varie selon que l'adjudicateur soit une autorité administrative ou non. En effet, si l'adjudicateur est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, c'est le

---

<sup>15</sup> Art. 24 de la loi du 17 juin 2013 ; V. DOR et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 61.

<sup>16</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 116.

<sup>17</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 892 et 925.

<sup>18</sup> M. NIHOUL, *L'article 159 de la Constitution - Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 494 ; I. COOREMAN, *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Bruges, die Keure, 2010, p. 364 ; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Bruges, Die Keure, 2011, p. 777.

<sup>19</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 925.

<sup>20</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 117 ; C.E., 8 juin 1973, n° 15.910 ; C.E., 26 juin 1973, n° 15.939.

<sup>21</sup> On relève cependant qu'il a déjà été envisagé de donner au juge administratif la compétence d'annuler un contrat, en complément de celle d'annuler l'acte détachable (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2009-2010, n° 52-2276/003, p. 8).

Conseil d'Etat qui est compétent. En revanche, si l'adjudicateur n'est pas une autorité administrative, c'est le juge judiciaire qui est compétent.

Cette répartition du contentieux des marchés publics peut poser problème lorsque la qualification d'un adjudicateur en autorité administrative soulève des difficultés<sup>22</sup>.

Pour cette raison, des praticiens plaident pour un regroupement du contentieux entre les mains d'un seul juge, spécialisé, qu'il s'agisse du Conseil d'État<sup>23</sup> ou d'une nouvelle juridiction unique des marchés publics<sup>24</sup>.

Comme le dit B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, un tel regroupement du contentieux permettrait d'éviter, des jurisprudences divergentes à propos de questions identiques que soulève l'application du droit des marchés publics<sup>25</sup>.

#### D. LA THÉORIE DE L'ACTE DÉTACHABLE

Au début du XX<sup>ème</sup> siècle, le Conseil d'État français a créé la théorie de l'acte détachable.

Selon cette théorie, certains actes peuvent être détachés du contrat et constituer, s'ils sont adoptés par une autorité administrative<sup>26</sup>, des actes administratifs unilatéraux.

Cette idée a été transposée par le Conseil d'État de Belgique en droit belge<sup>27</sup>.

Afin de surmonter l'incompétence du Conseil d'État vis-à-vis du contrat, le Conseil d'État a considéré que la demande d'annulation du contrat, pour laquelle seul le juge judiciaire était

---

<sup>22</sup> F. BELLEFLAMME, « Une association administrative ne saurait être assimilée à une autorité administrative », *A.P.T.*, 2015, p. 185 ; Y. MOUSSOUX, « La notion d'autorité administrative », in *La publicité de l'administration - vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 51 ; Cass., arrêt du 5 février 2016, C.15.0164.F ; C.E., 1<sup>er</sup> août 2017, *s.a. ACH Construct*, n° 238.905 ; C.E., 24 novembre 2017, *s.p.r.l. Architecture Design Environnement*, n° 239.961 ; C.E., 22 décembre 2016, *s.p.r.l. Nord et crt*, n° 236.908 ; C.E., 14 août 2017, *s.c.r.l. Intermédiance & Partners*, n° 238.947.

<sup>23</sup> E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in A.-L. Durviaux et N. Thirion (dir.), *La réforme du droit des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 258.

<sup>24</sup> V. DOR et C. DE CONINCK, *Les recours juridiques en matière de marchés publics – La directive 2007/66/CE et l'introduction d'un livre IIbis dans la loi du 24 décembre 1993*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 79 et 80.

<sup>25</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *Droit des marchés publics Passation, exécution, recours*, Brugge, la Charte, 2020, p. 928 ; B. LOMBAERT, F. VANDENDRIESSCHE et S. DEVOS, « Divergences de jurisprudence entre les chambres de langue française et de langue néerlandaise du Conseil d'État : y a-t-il deux Conseils d'État en Belgique ? », in *Chronique des marchés publics*, 2009-2010, Bruxelles, EBP, p. 365.

<sup>26</sup> V. BERTRAND et F. MOÏSES, « Notion de pouvoir adjudicateur et d'autorité administrative : principes et cas particuliers », *Chron. des marchés publics*, 2008/2009, p. 677.

<sup>27</sup> D. LAGASSE, « La théorie de l'acte détachable est-elle dans une impasse ? Les actes du gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres ? », *R.C.J.B.*, 1999, p. 8 ; M. LEROY, *Le Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 5<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 236 ; M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 244 ; P. NIHOUL, « Le Conseil d'État et les marchés publics ; je t'aime, moi non plus », *Entr. et droit*, 2005, p. 47 ; G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, A. Pédone, 1945, p. 580 et 58 ; L. MOUREAU, *L'institution du recours pour excès de pouvoir en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1937, p. 315.

compétent, devait être dissociée de la demande d'annulation de l'acte unilatéral<sup>28</sup> précédant la conclusion du contrat.

Cette décision unilatérale de l'autorité administrative d'attribuer le marché est qualifiée d'« acte détachable » et c'est cet acte qui, détaché du contrat, peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État<sup>29</sup>.

En matière de marché public, ceci a pour conséquence que la décision d'attribution elle-même, ne crée pas en tant que tel un engagement contractuel. Il s'agit seulement d'un acte administratif unilatéral détachable du contrat, noué entre l'autorité adjudicatrice et l'attributaire du marché<sup>30</sup>.

Comme le dit si bien P. MARTENS, « *Ce qui fait le succès d'une forme comme celle des "actes détachables", c'est [...] qu'elle légitime à elle seule l'intrusion du juge administratif dans le domaine des contrats, territoire qui appartient en principe au juge judiciaire* ».

Parmi les actes détachables du contrat, on relève, principalement, la décision d'attribution du marché public, et la décision sous-jacente de ne pas l'attribuer aux autres soumissionnaires. Cependant, la décision d'attribution ne constitue pas l'unique acte détachable d'un contrat public<sup>31</sup>.

La conclusion d'un contrat public au sens large est un acte complexe et peut être précédée de nombreux actes unilatéraux<sup>32</sup>.

#### E. CRITIQUE : DROIT COMPARÉ AVEC LA FRANCE

Toutefois, cette théorie est actuellement de plus en plus controversée. En effet, plusieurs arrêts de la Cour de justice et de la Cour de cassation<sup>33</sup> ont considéré que si une décision administrative est annulée, le contrat qui trouve son fondement dans cette décision ne peut être préservé<sup>34</sup>.

Une grande faiblesse de la théorie de l'acte détachable est que l'annulation de l'acte n'a aucune répercussion directe sur le contrat. Alors, même si cette théorie permet au soumissionnaire évincé d'avoir une nouvelle chance de se voir attribuer le marché postérieurement. Si nous sommes dans une hypothèse où le délai de standstill n'est pas obligatoire ou s'il n'est tout simplement pas respecté, rien n'assure que le contrat ne sera pas formé au moment de la demande du soumissionnaire. Et si le contrat est formé, le

---

<sup>28</sup> À savoir la décision d'attribution.

<sup>29</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 926.

<sup>30</sup> P. THIEL, *ibidem*.

<sup>31</sup> Pour plus de développement à ce sujet, voyez K. WAUTERS, et T. CAMBIER, « Illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? » in Van Drooghenboreck, J.-F. (dir.), *Le temps et le droit*, 1ère édition, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 609.

<sup>32</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 691 ; V. DOR et C. DE CONINCK, *op.cit.*, p. 84 ; K. WAUTERS, et T. CAMBIER, *ibidem.*, p. 610.

<sup>33</sup> C.J.U.E., 18 juillet 2007 (Commission c. Allemagne), C/503-04 ; 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. 145 à 150. .

<sup>34</sup> V. DOR et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 59.



soumissionnaire évincé ne disposera d'aucun recours devant le Conseil d'État pour annuler ledit contrat.

C'est une des raisons pour laquelle le Conseil d'État français a abandonné la théorie de l'acte détachable par un arrêt du 16 juillet 2007<sup>35</sup>. Un recours de plein contentieux permettant aux soumissionnaires évincés de contrôler la validité du contrat a été créé.

Notons cependant que cette hypothèse n'est pas transposable en Belgique et qu'aucune solution n'est parfaite. L'ouverture du contentieux aux tiers devrait aboutir à un nombre important de recours dont la durée de la procédure ne pourra que ralentir l'exécution du marché public<sup>36</sup>.

#### F. LE DÉLAI D'ATTENTE OU STANDSTILL

À cette étape de notre analyse, nous savons que le Conseil d'État est compétent pour annuler ou suspendre la décision d'attribution d'un marché public grâce à la théorie des actes détachables. Mais qu'en est-il si le contrat est déjà conclu lorsque le Conseil d'État est appelé à rendre une décision ?

Si le soumissionnaire évincé veut avoir une chance d'exécuter lui-même le marché, sa seule possibilité est d'introduire une procédure entre le moment où la décision d'attribuer le marché est adopté et le moment où le marché est notifié à l'adjudicataire. De cette manière, le contrat n'est pas encore conclu et il ne peut pas encore être exécuté<sup>37</sup>. C'est ici que le délai de standstill prend tout son sens.

##### *1° Principe et effet du délai d'attente*

Le délai d'attente est consacré par l'article 11 de la loi du 17 juin 2013. Cet article prévoit que la conclusion du marché ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée aux soumissionnaires concernés<sup>38</sup>.

Le délai d'attente correspond à une période de temps obligatoire entre l'attribution du marché au soumissionnaire choisi par l'adjudicateur et la conclusion du contrat. Ce temps a pour effet de retarder la conclusion du marché public<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> C.E. fr., 16 juillet 2007, *Société tropic*, n° 291.545.

<sup>36</sup> C. DEGEEST, *L'annulation d'un contrat de marché public par le soumissionnaire évincé : quel équilibre entre légalité et sécurité juridique ?*, Liège, Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, 2015-2016, p. 35.

<sup>37</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 51.

<sup>38</sup> Ces termes sont définis à l'article 2, 3° et 5°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics.

<sup>39</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 915.

Étant donné que la législation relative aux marchés publics connaît une définition propre d'attribution et de conclusion du marché. La différence temporelle entre l'attribution et la conclusion est le fondement du standstill.

Le but est de permettre au soumissionnaire irrégulièrement évincé de retrouver une chance d'exécuter lui-même le marché, avant que le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire du marché ne se soit conclu<sup>40</sup>.

L'existence du délai de standstill met donc fin « à la course folle à la notification »<sup>41</sup> pratiquée par certains adjudicateurs pour conclure le contrat le plus vite possible afin de priver les soumissionnaires évincés de tout recours utile<sup>42</sup>.

## *2° Champ d'application du délai d'attente*

En général, le délai d'attente ne s'applique pas aux marchés dont les montants n'atteignent pas les seuils de publication européenne. Pour ces marchés, il n'y a pas de délai de temporisation à respecter.

Cependant, il existe des exceptions. D'une part, pour les marchés de travaux dont le montant de l'offre excède la moitié des seuils pour une publicité européenne et, d'autre part, pour la soumission volontaire de l'adjudicateur à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013.

Dans ces deux hypothèses, les marchés dont les montants sont inférieurs aux seuils de publicité européenne bénéficient d'une protection juridictionnelle renforcée<sup>43</sup>.

Enfin, la conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer le délai d'attente dans trois hypothèses. Premièrement lorsque la publicité européenne préalable n'est pas obligatoire, deuxièmement lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché ou la concession est attribué et en l'absence de soumissionnaires concernés et troisièmement lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre<sup>44</sup>.

## *3° Prolongation du délai d'attente*

Lorsqu'un soumissionnaire évincé introduit un recours en suspension dans le délai imparti, le délai d'attente est prolongé<sup>45</sup>. De fait, l'interdiction de conclure le marché que supporte l'adjudicateur perdure jusqu'à ce que le juge se prononce sur la demande de suspension de la décision d'attribution du marché<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 52.

<sup>41</sup> E. THIBAUT, *op.cit.*, p. 255.

<sup>42</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 962.

<sup>43</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 916.

<sup>44</sup> Art. 12 et 44 de la loi du 17 juin 2013 ; B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *Droit des marchés publics Passation, exécution, recours*, Brugge, la Charte, 2020, p. 916.

<sup>45</sup> Art. 11, al. 2 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>46</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 917.

#### 4° Exception à l'obligation de respecter le délai d'attente

Tout d'abord, logiquement, le délai d'attente peut ne pas être respecté lorsque la publication au niveau européen d'un avis de marché n'est pas obligatoire. L'article 12, al. 1<sup>er</sup>, 1°, de la loi du 17 juin 2013 prévoit en effet que « *la conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer l'article 11 lorsque la publication au niveau européen d'un avis de marché n'est pas obligatoire* ».

Ensuite, le délai d'attente peut ne pas être respecté lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés<sup>47</sup>.

De plus, certains marchés qui atteignent les seuils européens, sont exceptionnellement exemptés de l'application du standstill. Il en va ainsi des marchés de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'Annexe 3 de la loi ou des marchés attribués par procédure négociée sans publication préalable<sup>48</sup>.

Enfin, l'attribution d'un marché subséquent d'un accord-cadre ne fera pas l'objet d'un délai d'attente quel qu'en soit le montant<sup>49</sup>.

#### 5° Effet relatif du délai d'attente

Le délai d'attente ne bénéficie qu'à l'auteur d'une demande en suspension. De plus, cette demande doit être introduite dans le délai. En accord avec les travaux préparatoires « un soumissionnaire qui n'aurait pas introduit de recours dans le délai en question, ne pourrait tirer avantage de l'effet suspensif de celui-ci pour introduire un recours tardif »<sup>50</sup>.

#### 6° Sanctions en cas de non respect du délai d'attente

En cas de non-respect par l'autorité adjudicatrice du délai d'attente ou de son effet suspensif, la suspension de la décision d'attribution entraîne la suspension de plein droit de l'exécution du marché conclu<sup>51</sup>.

Il s'agit d'une conséquence légale que le juge saisi de la demande de suspension est tenu de constater<sup>52</sup>.

Dans ce cas, l'autorité adjudicatrice est tenue d'informer l'adjudicataire sans délai de la suspension et de lui ordonner de ne pas entamer ou d'arrêter l'exécution du marché.

---

<sup>47</sup> Cette notion est définie à l'article 2, 3°, de la loi recours.

<sup>48</sup> Art. 12 de la loi du 17 juin 2013 ; B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, *op.cit.*, p. 159.

<sup>49</sup> Art. 12, al. 1, 3°, de la loi du 17 juin 2013.

<sup>50</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., 2009-2010, n° 2276/001, n° 2276/001, p. 26.

<sup>51</sup> Art. 13 et 45 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>52</sup> C.E., 2 septembre 2013, *s.a. Euro DB*, n° 224.538 ; C.E., 1<sup>er</sup> mars 2013, *s.a. Coface Services Belgium*, n° 222.704 ; C.E., 26 février 2013, *s.a. AEG Belgium*, n° 222.634,.

Toutefois, la suspension de la décision d'attribution doit être suivie d'une demande d'annulation ou de déclaration d'absence d'effets. À défaut, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché sera levée par l'instance de recours<sup>53</sup>.

#### 5° Et pour les marchés non soumis au délai de standstill ?

Pour les marchés pour lesquels le standstill n'est pas applicable, le Conseil d'État tend néanmoins à accueillir le recours en suspension qui serait introduit dans un délai de 15 jours et ce, même dans le cas où le contrat serait déjà conclu<sup>54</sup>.

Cependant, en cas de suspension de la décision d'attribution par le Conseil d'État, le pouvoir adjudicateur se trouve face à une difficulté.

L'adjudicataire qui s'est vu attribuer le marché dispose en principe d'un droit à l'exécution de celui-ci.

D'un côté, si le pouvoir adjudicateur venait à retirer sa décision d'attribution, il y a de fortes chances pour que l'adjudicataire réclame une indemnité<sup>55</sup>. Et d'un autre côté, laisser subsister le contrat malgré la suspension de la décision d'attribution crée une situation d'insécurité juridique autour de l'exécution du contrat et porte atteinte au principe de légalité<sup>56</sup>.

#### G. L'INTÉRÊT AU RECOURS

Une fois le contrat conclu, beaucoup contestent l'intérêt du requérant à obtenir l'annulation ou la suspension de l'exécution de l'acte détachable au motif qu'elle ne présenterait plus aucun avantage direct pour le soumissionnaire évincé.

Certes, l'éventuelle annulation ou suspension serait sans effet sur le contrat<sup>57</sup>.

Malgré tout, pour les recours à l'encontre de la décision d'attribution du marché<sup>58</sup>, la notion d'intérêt s'interprète de manière relativement large<sup>59</sup>.

En effet, la conclusion du marché ne fait pas perdre son intérêt au requérant. La jurisprudence constante du Conseil d'État dit expressément que « *la circonstance qu'un*

---

<sup>53</sup> Art. 13, al. 2, de la loi 17 juin 2013 ; B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, *op.cit.*, p. 159.

<sup>54</sup> C.E., 11 septembre 2012, *N.V. Krinkels*, n° 220.565 ; C.E., 19 juillet 2012, *N.V. Sportinfrabouw*, n° 220.344 ; C.E., 2 mars 2012, *S.A. Spie Belgium*, n° 218.300 ; C.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *N.V. Sportinfrabouw*, n° 216.660 ; C.E., 3 août 2011, *S.A. Euro Bureautic*, n° 214.754 ; C.E., 25 février 2011, *N.V. Labo Van Vooren & B.V. Al-West*, n° 211.549 ; C.E., 18 janvier 2011, *N.V. Sca Hygiène Products*, n° 210.497.

<sup>55</sup> B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, *op.cit.*, p. 159.

<sup>56</sup> B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, *ibidem.*, p. 159 ; C.J.U.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 ; C.J.U.E., 24 juin 2004, *Commission c. Autriche*, C-212/02 ; C.J.U.E., 3 avril 2008, *Commission c. Espagne*, C-444/06 ; C.J.U.E., 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, C/503-04.

<sup>57</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 121.

<sup>58</sup> C.E., 15 juin 2000, *Feyfer*, n° 87.983.

<sup>59</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 903.

*contrat a été conclu entretemps et que ce contrat serait même déjà exécuté n'enlève rien à cet intérêt. L'intérêt au recours en annulation de la décision d'attribution, par exemple, est en principe apprécié indépendamment du contrat qui fait suite à celle-ci »<sup>60</sup>.*

Alors, même si une telle annulation n'aura pas d'effet direct sur le contrat, selon le Conseil d'État, l'autorité « *est tenue au respect des règles et principes généraux du droit dont le principe de légalité ainsi que celui du respect de l'autorité de chose jugée d'un arrêt d'annulation* »<sup>61</sup>. De cette façon, l'autorité sera dans l'obligation de tirer toutes les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'annulation de l'acte détachable facilitera la preuve de la faute devant les cours et tribunaux et, partant, la condamnation de l'adjudicateur à des dommages et intérêts<sup>62</sup>.

La loi du 17 juin 2013 contient une définition particulière de la notion d'intérêt à agir. La loi stipule que les recours en annulation et en suspension doivent être introduits par une personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée<sup>63</sup>. Le recours en excès de pouvoir n'est donc pas une *actio popularis* et le requérant doit obligatoirement avoir un intérêt direct et personnel<sup>64</sup>.

Pour contester la décision d'attribution d'un marché, il faut avoir soi-même personnellement soumissionné<sup>65</sup>. Le soumissionnaire doit donc avoir, à tout le moins, déposé une offre en son nom<sup>66</sup>.

En conséquence, celui qui n'aurait pas remis d'offre régulière n'a pas d'intérêt à remettre la décision d'attribution du marché en cause et il ne dispose pas d'intérêt pour introduire un recours devant le conseil d'état. Cependant, il subsiste des circonstances où le candidat qui n'a pas remis d'offre régulière dispose tout de même d'un droit de recours. À titre d'exemple nous pouvons citer le cas où il conteste le motif pour lequel son offre a été jugée irrégulière<sup>67</sup> ou le cas où il soulève une irrégularité dans les offres des autres soumissionnaires. Dans ce dernier cas, le marché ne peut plus être attribué à aucun soumissionnaire, de sorte que chacun retrouve alors une chance d'obtenir le marché<sup>68</sup>.

---

<sup>60</sup> C.E., 1<sup>er</sup> février 2013, *S.A. Vanassche Firefighting Engineering*, n°222.357 ; C.E., 4 février 2015, *S.A. Bedimo*, n° 230.105 ; C.E., 30 juin 2016, *S.A. Servitex*, n°235.306.

<sup>61</sup> C.E., 1<sup>er</sup> février 2012, *Decock*, n° 217.647 ; C.E., 29 juin 2012, *Dembour*, n°220.130.

<sup>62</sup> E. VAN NUFFEL, « La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 153 ; B. LOMBAERT, F. TULKENS et A. VAN DER HARGEN, « Cohérence et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », p. 61 à 64 ; C.E., 7 mai 2014, *Socogetra*, n° 227.302.

<sup>63</sup> Art. 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>64</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 917.

<sup>65</sup> C.E., 16 mars 2012, *Volter, S.C.R.L. Exelia*, n° 218.520 ; C.E., 3 juillet 2012, *N.V. Brasschaat Financial Holding*, n° 220.145 ; C.E., 8 octobre 2014, *S.R.L. Travaux Speciaux En Hauteur*, n°228.709.

<sup>66</sup> C.E., 15 janvier 2009, *Bvba Prevost-Tavernier, N.V. Evalenko*, n° 189.474.

<sup>67</sup> C.E., 16 avril 2007, *J.M.S.I.*, n° 170.055 ; C.E., 12 juillet 2007, *N.V. General Industrial Assistance Cataro*, n°173.479 ; C.E., 5 avril 1996, *S.R.L. Parketing*, n° 59.002.

<sup>68</sup> E. THIBAUT, « Aperçu de jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat en marchés publics », *A.P.T.*, 2009, p. 23.

Enfin, il semble qu'il n'y ait pas de différence entre le recours en annulation et le recours en suspension. L'intérêt devant être interprété largement sans que n'interfère la conclusion du contrat<sup>69</sup>.

#### H. L'INSTANCE DE RECOURS

Les articles 24 et 56 de la loi du 17 juin 2013 prévoient que les demandes d'annulation, de suspension et de dommages et intérêts sont introduites devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ou devant le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Cependant, pour la procédure de recours en annulation, l'instance de recours est également le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et qu'une indemnité réparatrice telle que visée à l'article 11bis de ces mêmes lois coordonnées n'a pas été demandée<sup>70</sup>.

La notion d'autorité administrative visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État est centrale pour déterminer quelle est l'instance de recours.

#### I. LA MISE EN BALANCE DES INTÉRÊTS

En contrepartie de l'abandon de l'exigence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable<sup>71</sup>, le législateur a prévu la possibilité pour l'instance de recours de ne pas suspendre la décision attaquée, si les conséquences négatives de la suspension l'emportent sur ses avantages.

Donc, ainsi que le prévoit l'article 15, al. 3, de la loi du 17 juin 2013, l'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés ainsi que de l'intérêt public.

Cette mise en balance des intérêts est facultative. Le Conseil d'État n'a pas tergiversé sur ce point, le requérant ne doit pas, dans sa requête, établir expressément que les conséquences positives d'une éventuelle suspension l'emporteraient sur les inconvénients en résultant<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 903.

<sup>70</sup> Art. 24 de la loi du 17 juin 2013 al. 2.

<sup>71</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 2276/001, p. 31 ; V. DOR, « Le contentieux des marchés publics : quoi de neuf depuis la loi du 17 juin 2013 ? », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, Larcier, 2014, p. 570.

<sup>72</sup> L. VERMEIRE, « De belangenafweging door de Raad van State in het kader van het administratief kort geding overheidsopdrachten », in *L'intérêt dans le contentieux des marchés publics – Het belang in geschillen inzake overheidsopdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 82.

Les enjeux de la mise en balance ont été consacrés par M.-A. FLAMME et P. FLAMME<sup>73</sup>. Il y a d'une part le respect de la légalité, qui dit que tout ce qui procède d'un acte illégal annulé doit être effacé de l'ordonnancement juridique et d'autre part, le coût, les difficultés matérielles et les inconvénients d'ordre social que provoquerait l'arrêt du marché, et le recommencement des démarches d'attribution<sup>74</sup>.

En pratique, tout dépend du cas d'espèce, le Conseil d'État examine *in concreto* les conséquences dommageables qu'une suspension de la décision d'attribution du marché pourrait entraîner pour l'adjudicateur et l'intérêt public. Généralement, le Conseil d'État se montre réfractaire à refuser de suspendre une décision irrégulière au motif que les effets négatifs de la suspension l'emporteraient sur ses avantages<sup>75</sup>.

## J. RECOURS EN SUSPENSION

### 1° Principe

Dans les mêmes conditions que celles pour le recours en annulation, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, suspendre l'exécution des décisions visées par la demande en annulation<sup>76</sup>.

La demande qui tente de démontrer l'irrégularité de la décision d'attribution est introduite selon une procédure d'extrême urgence ou en référé<sup>77</sup>.

Il s'agit assurément de la voie de recours la plus importante mise à la disposition du soumissionnaire évincé. En effet, contrairement au recours en annulation, le recours en suspension offre au requérant une possibilité de réparation en nature. En effet, dès lors qu'une décision ordonnant la suspension de l'exécution d'une décision d'attribution peut être suivie du retrait de cette dernière, l'adoption d'une nouvelle décision d'attribution est possible<sup>78</sup>.

Devant le Conseil d'État, c'est la procédure d'extrême urgence qui s'appliquera<sup>79</sup>. Tandis que devant le président du tribunal compétent, ce sera la procédure du référé, suivant l'article 584 du Code judiciaire<sup>80</sup>.

---

<sup>73</sup> M.-A. FLAMME et P. FLAMME, « Le point sur le contentieux », *Revue du marché unique européen*, 1993/3, p. 13 ; M.-A. FLAMME et P. FLAMME, « À la recherche, avec la commission européenne, d'un contrôle juridictionnel plus efficace de la régularité des commandes publiques », *R.F.D.A.*, 1995, p. 600.

<sup>74</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 129.

<sup>75</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 936.

<sup>76</sup> Art. 15 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>77</sup> Art. 15, al. 2, de la loi du 17 juin 2013.

<sup>78</sup> B. DE COCQUEAU et F. PAULUS, *op.cit.*, p. 169.

<sup>79</sup> Alors qu'elle revêt un caractère exceptionnel en droit commun.

<sup>80</sup> Art. 15, al. 2, de la loi du 17 juin 2013 ; C.E., 10 avril 2015, *n.v. Ledlite*, n° 230.819 ; C.E., 10 avril 2015, *n.v. De Maerteleire*, n° 230.817 ; C.E., 12 mars 2015, *s.p.r.l. Falletta*, n° 230.501 ; C.E., 23 septembre 2014, *n.v. Three Lion*, n° 228.445.

## *2° Délai d'introduction*

Le recours en suspension doit, sous peine d'irrecevabilité, être introduit dans un délai de 15 jours de calendrier. À l'instar du délai pour introduire un recours en annulation, le délai commence à courir « à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas »<sup>81</sup>.

Pour assurer l'effectivité du délai de standstill, le point de départ du délai d'attente et du délai de recours coïncide. Le délai d'introduction du recours correspond donc au délai d'attente<sup>82</sup>.

## *3° Champ d'application*

En application de l'article 31 de la loi du 17 juin 2013<sup>83</sup>, une procédure en annulation est possible pour tous les marchés, quel qu'en soit le montant.

Ainsi, il y a une identité de régime en dessous et au-dessus des seuils de publicité européenne et ce, même si le contrat est déjà conclu<sup>84</sup>. Le Conseil d'État considère que le requérant conserve son intérêt à poursuivre la décision de l'adjudicateur lorsque le contrat est conclu. Dans ce cas, l'intérêt au recours est défini comme un « intérêt moral qualifié », puisque l'éventuel arrêt d'annulation ou de suspension ne remettra pas en cause le contrat<sup>85</sup>.

## *4° Présomption d'urgence*

En concordance avec la jurisprudence bien établie du Conseil d'État<sup>86</sup>, l'article 15, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2013 précise que l'instance de recours compétente peut ordonner la suspension de la décision « sans que la preuve de l'urgence ne doive être rapportée ».

Il existe une présomption légale que le recours en suspension remplit la condition d'extrême urgence lorsque celui-ci est introduit dans le délai de 15 jours.

## *5° Suppression de la condition du préjudice grave difficilement réparable*

Démontrer qu'une décision d'attribution risque d'occasionner un préjudice grave et difficilement réparable n'était pas une chose aisée pour le soumissionnaire évincé.

---

<sup>81</sup> Art. 23, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2013.

<sup>82</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 934.

<sup>83</sup> Art. 63 et 65 de la loi du 17 juin 2013 concernant les marchés relevant de la loi défense et sécurité.

<sup>84</sup> C.E., 15 mars 2013, *S.R.L. Architecture Radiancé35 Société Civile*, n° 222.890.

<sup>85</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 963.

<sup>86</sup> C.E., 24 décembre 2015, *s.p.r.l. Pinchart, Collee & Giuliani*, n° 233.365 ; C.E., 31 mars 2016, *s.a. Hullbridge Associated*, n° 234.297,



Le législateur, sensible aux critiques formulées à l'encontre de cette exigence, a supprimé cette condition. Désormais, il est expressément prévu que, pendant le délai d'attente, le soumissionnaire évincé peut requérir la suspension de l'attribution du marché, « sans qu'un préjudice grave et difficilement réparable ne soit requis ».

Ainsi, le législateur prévoit une dérogation expresse à la condition de recevabilité imposée par l'article 17 des loi sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

L'objectif poursuivi par la suppression de cette exigence est évidemment d'augmenter l'efficacité du recours. De fait, selon les travaux préparatoires, « cette modification apparaissait comme indispensable au respect par la Belgique des directives recours de la Communauté européenne ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes »<sup>87</sup>.

### *6° Effet du recours en suspension sur l'exécution du marché*

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 marché éventuellement conclu en violation du délai d'attente.

Dès lors que le conseil d'État n'est pas le juge du contrat, l'autorité adjudicatrice doit informer l'adjudicataire sans délai de la suspension et lui ordonner de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché<sup>88</sup>.

Donc, si la procédure aboutit, elle donnera lieu à une décision de suspension, qui restera en vigueur jusqu'à ce qu'une décision soit rendue par un juge du fond ou, plus généralement, jusqu'au retrait de l'acte par le pouvoir adjudicateur<sup>89</sup>.

## K. RECOURS EN ANNULATION

### *1° Principe*

À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices<sup>90</sup>.

La procédure en annulation est une procédure au fond qui ne permet pas, en général, de retrouver une chance d'exécuter le marché public.

---

<sup>87</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65.

<sup>88</sup> P. THIEL, *op.cit.*, p. 870.

<sup>89</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 62.

<sup>90</sup> Art. 14 de la loi du 17 juin 2013.

Elle permet de contester la légalité des procédures de passation de marchés et d'obtenir l'annulation des décisions adoptées par les adjudicateurs dans le cadre de ces procédures<sup>91</sup>.

### *2° Délai d'introduction*

Selon les articles 23 et 55 de la loi du 17 juin 2013, le recours en annulation doit être introduit, sous peine d'irrecevabilité, dans un délai de soixante jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte.

Le délai de recours ne commence donc à courir qu'à dater de la communication de la décision contestée<sup>92</sup>.

Par ailleurs, le délai pour introduire un recours prend cours le lendemain du jour où la communication de cette décision a été effectuée<sup>93</sup>. Et lorsque le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié, il est reporté au prochain jour ouvrable<sup>94</sup>.

### *3° Champ d'application*

En application des articles 31 et 33 de la loi du 17 juin 2013<sup>95</sup>, une procédure en annulation est possible pour tous les marchés, quel qu'en soit le montant. Pour les marchés atteignant les seuils européens, mais également pour les marchés en dessous de ces seuils.

### *4° Effet de l'annulation sur le contrat*

L'annulation de l'acte détachable n'a pas d'effet immédiat sur l'existence du contrat.

L'annulation n'entraîne ni sa résolution ni sa résiliation et le contrat pourra être exécuté par le soumissionnaire qui s'est vu attribuer le marché de manière irrégulière.

Cela paraît logique étant donné que raisonner autrement reviendrait à faire du Conseil d'État un juge du contrat, situation qui heurterait de front les articles 144 et 145 de la Constitution<sup>96</sup>.

Cette position a été confirmée il y a quelques années par un arrêt du 4 mars 2016. Le conseil d'État a jugé que « *le contrôle de légalité opéré par [lui] s'exerce sur la décision de recourir au*

---

<sup>91</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 918.

<sup>92</sup> C.E., 27 février 2017, *s.p.r.l. Animal Pest Control*, n° 237.496.

<sup>93</sup> Art. 3.1 du règlement 1182/71 du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, *J.O.* L 124 du 8 juin 1971, p. 1 et 2 ; C.E., 2 octobre 2015, *s.a. ACH Construct*, n° 232.423 ; C.E., 14 janvier 2016, *s.a. Établissements Maurice Wanty*, n° 233.474 ; C.E., 7 juillet 2016, *s.c.r.l. Intermédiance & Partners*, n° 235.376 ; C.E., 23 février 2017, *s.a. Studiotech*, n° 237.466.

<sup>94</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 918.

<sup>95</sup> Art. 63 et 65 de la loi du 17 juin 2013 concernant les marchés relevant de la loi défense et sécurité.

<sup>96</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 122.

*contrat et non sur le contrat [...] lui-même. Si en vertu du Code judiciaire, le Conseil d'État n'est pas compétent pour contrôler la régularité d'un tel contrat, il ne peut a fortiori pas non plus décider du sort à réserver à un contrat irrégulier. [...] Le contrôle du Conseil d'État ne peut ainsi porter que sur la décision par laquelle l'autorité décide de recourir au contrat [...] l'annulation éventuelle de cet acte détachable n'emporte pas, par elle-même, l'annulation du contrat [...]. Enfin, il n'y a pas, en la matière, d'«inexistence » ou de « nullité de plein droit » du contrat [...]. Il revient donc aux seules juridictions [...] de se prononcer sur la validité d'un contrat [...] et, le cas échéant, de constater la nullité de celui-ci »<sup>97</sup>.*

### 5° Remarque

Dans leur ouvrage, M. SCHOUPS, M. LAHBIB et V. MONTENEYE-JADOUL,<sup>98</sup> précisent que le recours en annulation présente peu d'intérêt pour les soumissionnaires évincés étant donné que l'autorité adjudicatrice peut très bien décider de notifier la décision d'attribution avant même que le Conseil d'Etat ne se prononce sur le recours.

En effet, l'introduction d'un recours en annulation contre la décision d'attribution du marché n'emporte ni l'obligation pour l'adjudicateur de ne pas conclure le marché<sup>99</sup> ni la suspension de plein droit de l'exécution du contrat conclu<sup>100</sup>.

De plus, la procédure en annulation peut durer plusieurs années et prend souvent fin à un moment où le contrat est déjà largement, voire totalement, exécuté.

En conséquence, ces auteurs recommandent, à juste titre, d'assortir le recours en annulation d'un recours en suspension afin d'éviter qu'au moment où l'arrêt d'annulation est rendu l'exécution du contrat ait déjà eu lieu.

Il s'ensuit que seul le recours en suspension, examiné plus en détail ci-dessus, peut donner au soumissionnaire évincé une nouvelle chance de se voir attribuer le marché.

En pratique, la procédure en annulation sera souvent mise en œuvre afin de bénéficier de l'expertise du Conseil d'État en matière de marchés publics<sup>101</sup>. En général, le soumissionnaire estime qu'une chambre spécialisée sera plus à même de constater l'irrégularité de la procédure. La procédure en annulation sera alors le préalable à une demande de dommages et intérêts et l'arrêt d'annulation du Conseil d'État sera la preuve d'une faute dans le chef du pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire évincé n'aura plus qu'à prouver, devant le juge judiciaire, son dommage et le lien causal<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> C.E., 4 mars 2016, *Goedseels*, n°234.035.

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> Article 11, al. 2, de la loi du 17 juin 2013.

<sup>100</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 929 ; Art. 11 et 13 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>101</sup> Lorsque le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative.

<sup>102</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 63.

## L. LA DÉCLARATION D'ABSENCE D'EFFETS

Née de la directive 2007/66 modifiant la directive Recours 89/665 pour les secteurs classiques et la directive Recours 92/13 pour les secteurs spéciaux, la déclaration d'absence d'effets est la sanction la plus drastique pouvant frapper un contrat de marché public.

Selon le législateur européen, « *l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les opérateurs économiques qui ont été privés illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation de marché* »<sup>103</sup>. En effet, cette procédure permet d'annuler le contrat et de le faire disparaître de l'ordonnancement juridique.

Réglée à l'article 19 de loi du 17 juin 2013, la déclaration d'absence d'effets est prévue dans un nombre d'hypothèses limité et à certaines conditions<sup>104</sup>.

Premièrement, lorsque l'adjudicateur a conclu le marché sans respecter le délai d'attente ou sans attendre que l'instance de recours statue sur la demande de suspension<sup>105</sup>.

Deuxièmement, lorsque l'adjudicateur a conclu un marché sans avoir publié d'avis de marché au niveau européen, alors qu'une telle publicité était pourtant exigée<sup>106</sup>.

Troisièmement, lorsque l'adjudicateur a conclu le marché sur la base d'un accord-cadre sans que toutes les conditions soient fixées dans cet accord-cadre<sup>107</sup>.

La particularité de la déclaration d'absence d'effets est qu'il s'agit d'une procédure ouverte à toutes les personnes intéressées.

À noter toutefois que même si toutes les conditions sont réunies pour que le juge puisse ordonner la déclaration d'absence d'effets, ce dernier peut toujours refuser d'appliquer cette sanction, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des « *raisons impérieuses d'intérêt général* » réclament que les effets du marché soient maintenus<sup>108</sup>.

## M. DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Il n'est pas rare que, malgré son effet rétroactif, l'annulation prononcée par le Conseil d'État ne suffise pas à réparer l'entière du préjudice subi du fait de l'application de l'acte administratif illégal<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> Directive 2007/66 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives Recours 89/665 et 92/13, *J.O.* L 335 du 20 décembre 2007, considérant 14, p. 31.

<sup>104</sup> Pour plus d'informations voyez : B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 938 et s.

<sup>105</sup> Art. 17, al. 1, 2°, de la loi du 17 juin 2013.

<sup>106</sup> Art. 17, al. 1, 1° de la loi du 17 juin 2013.

<sup>107</sup> Art. 17, al. 1, 3°, de la loi du 17 juin 2013.

<sup>108</sup> B. LOMBAERT et M. BELMESSIERI, *op.cit.*, p. 944 ; Art. 20 de la loi du 17 juin 2013.

<sup>109</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 442.

Cette situation a lieu lorsque le pouvoir adjudicateur de l'acte irrégulier n'a pas correctement tiré toutes les conséquences de l'annulation ou bien lorsque l'annulation est, en elle-même, impuissante à offrir une réparation intégrale<sup>110</sup>.

Par exemple, si lorsque l'annulation de l'acte est prononcée et que le marché est déjà exécuté, la réparation en nature est inenvisageable et la réfection de l'acte est, dans les faits, impossible.

Le soumissionnaire évincé qui a obtenu gain de cause devant le Conseil d'État a deux possibilités. Soit s'adresser au juge judiciaire, soit rester devant le Conseil d'Etat.

### *1° Juge judiciaire ou Conseil d'État*

Avant la réforme du Conseil d'État, les lois coordonnées sur le Conseil d'État ne contenaient aucune disposition qui aurait permis à la juridiction administrative d'allouer une somme d'argent au requérant en dédommagement du préjudice subi du fait de l'exécution de l'acte illégal<sup>111</sup>.

Par conséquent, devant le Conseil d'Etat, le soumissionnaire évincé qui s'estimait lésé n'avait aucune chance d'obtenir une réparation par équivalent. Son seul pouvoir étant de suspendre la décision d'attribution illégale, qui rendrait au soumissionnaire évincé une chance d'exécuter le marché et donc d'obtenir une réparation en nature.

En dehors du cas de suspension, celui qui s'estimait lésé n'avait qu'une option, s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir des dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 16 de la loi du 17 juin 2013.

Bien sûr, cette situation était peu satisfaisante puisque le soumissionnaire évincé victorieux devant le Conseil d'État qui n'avait plus la possibilité d'exécuter le marché et dont le préjudice n'avait pas été entièrement réparé par les effets de l'annulation, devait introduire un nouveau procès devant le juge judiciaire.

Heureusement, par la loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution et l'insertion de l'article 11bis dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État, le législateur a résolu le problème. Dans un souci d'économie procédurale<sup>112</sup>, le requérant dispose désormais également de la faculté de solliciter, devant le Conseil d'État une indemnité, appelée indemnité réparatrice<sup>113</sup>.

Si le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative, le soumissionnaire évincé devra donc se poser la question de l'opportunité de demander une indemnité devant le juge judiciaire ou devant le Conseil d'État. Tandis que si le pouvoir adjudicateur n'est pas une

---

<sup>110</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *ibidem.*, p. 442.

<sup>111</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *ibidem.*, p. 468.

<sup>112</sup> *Doc. parl.*, Sén., 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6.

<sup>113</sup> B. DE COCQUEAU, et F. PAULUS, *op.cit.*, p. 174.

autorité administrative<sup>114</sup>, le soumissionnaire évincé n'aura pas d'autre choix que d'agir devant le juge judiciaire.

Notons que les alinéas 4 et 5 de l'article 11bis stipulent que « la partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice.

Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice »<sup>115</sup>.

Selon le principe « *electa via* », les deux mécanismes sont exclusifs l'un de l'autre. Le requérant est obligé de choisir une des deux procédures. Il peut, soit aller devant le Conseil d'Etat soit aller devant le juge judiciaire mais il ne peut pas cumuler les deux procédures. L'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice a pour effet de priver la partie qui en est à l'origine de toute action en responsabilité civile pour obtenir réparation du même préjudice, et inversement<sup>116</sup>.

C'est pour cette raison, que la partie requérante a tout intérêt de n'introduire une demande d'indemnité que si tous ses éléments constitutifs paraissent suffisamment établis.

## 2° Réclamation devant le juge judiciaire

Pour intenter une réclamation devant le juge judiciaire, le soumissionnaire évincé doit établir, conformément à l'article 1382 du Code civil, l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et ce dommage.

### i) La notion de faute

Il faut bien être conscient que le juge judiciaire est tenu par l'annulation prononcée par le Conseil d'État. En conséquence, une juridiction, ne pourrait pas, sans violer l'autorité absolue de chose jugée de l'arrêt d'annulation, considérer que l'irrégularité identifiée par le Conseil d'État n'en est pas une.

Mais, au-delà de l'existence de cette irrégularité qui ne peut être remise en cause, le pouvoir judiciaire est le seul qui est compétent pour déterminer si celle-ci constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ou non<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Ou si le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative mais qu'une demande d'indemnité réparatrice n'a pas été introduite devant le Conseil d'État dans le délai.

<sup>115</sup> *Doc. parl.*, Sén., 2012-2013, n° 5-2233/1, p. 6. et *Doc. parl.*, Sén., 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 360.

<sup>116</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 471.

<sup>117</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 444.

## ii) Le lien de causalité

Le lien de causalité est le lien entre la faute et le dommage. Ce lien est avéré lorsque sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto*.

Cependant, ce lien peut être rompu, par exemple lorsque bien qu'ayant remis l'offre la plus intéressante, le marché n'aurait pas pu être attribué au soumissionnaire demandeur dès lors que son offre n'était pas régulière<sup>118</sup>.

Cette démonstration du lien causal devra être apportée tant devant le Conseil d'État que devant le juge judiciaire puisque tous deux examinent le lien de causalité entre l'illégalité ou la faute et le dommage<sup>119</sup>.

## iii) La réparation du dommage

Le régime de la réparation du dommage par équivalent en matière de marchés publics peut s'effectuer de deux manières différentes. Soit elle est directement prévue par la réglementation relative aux marchés publics, soit c'est le droit commun qui trouve à s'appliquer<sup>120</sup>. Devant le juge judiciaire la réparation du dommage est intégrale.

### 3° Réclamation devant le Conseil d'État

Pour commencer, nous sommes face à une question centrale. L'indemnité réparatrice est-elle applicable au contentieux des marchés publics ?

Une partie de la doctrine répond à cette question par la négative. En effet, l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 stipule que l'instance de recours en ce concerne les dommages et intérêts est le juge judiciaire<sup>121</sup>. Si nous suivons cette théorie, la législation sur les marchés publics serait une loi spéciale qui dérogerait aux lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>122</sup>.

Néanmoins, le rapport du roi indique le contraire et la volonté du législateur serait sans conteste d'inclure l'indemnité réparatrice dans le contentieux des marchés publics<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 67.

<sup>119</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *ibidem.*, p. 68.

<sup>120</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *ibidem.*, p. 67.

<sup>121</sup> J. 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.

<sup>122</sup> C. DEGEEST, *op.cit.*, p. 39.

<sup>123</sup> 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, p.56.

Dans le cadre d'un recours pour obtenir une indemnité réparatrice, le soumissionnaire évincé peut solliciter du Conseil d'État la réparation de son préjudice pour autant que plusieurs conditions soient remplies<sup>124</sup>. Tout d'abord, le requérant doit prouver l'existence d'une illégalité, d'un préjudice, et d'un lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice<sup>125</sup>.

De plus, pour introduire une demande d'indemnité réparatrice devant le Conseil d'État, le soumissionnaire concerné devra avoir agi en annulation devant le Conseil d'État étant donné que la procédure en annulation est un préalable à l'introduction d'une demande d'indemnité réparatrice<sup>126</sup>.

Ensuite, concernant le moment où la demande d'indemnité peut être formée, l'article 25/1 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, introduit par l'article 2 de l'arrêté royal du 25 avril 2014 relatif à l'indemnité réparatrice visée à l'article 11bis des lois coordonnées, dispose que « *la demande peut être formée, soit de manière concomitante avec l'introduction du recours en annulation, soit au cours de la procédure en annulation, soit « au plus tard, dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité [...] »*<sup>127</sup>.

#### i) La notion d'illégalité

La notion d'illégalité ne s'apprécie pas de la même manière devant le Conseil d'État et devant le juge judiciaire.

Devant le Conseil d'État, la notion d'illégalité se substitue à celle de faute telle qu'appliquée en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil.

À cet égard, l'avis de la section de législation du Conseil d'État a précisé ce qui suit : « *en retenant l'illégalité de l'acte comme fait générateur du dommage, la nouvelle disposition fait perdre, dans le contentieux porté devant le Conseil d'État, toute portée utile à la controverse sur l'unité ou la dualité des notions de faute et d'excès de pouvoir qui a traversé la jurisprudence et la doctrine pendant une quarantaine d'années. La sécurité juridique y gagne. L'autorité sera en principe tenue de réparer le préjudice en l'absence de toute faute et donc lorsque l'illégalité provient de circonstances qui lui sont étrangères »*<sup>128</sup>. Ainsi, n'importe quelle illégalité identifiée par le Conseil d'État est de nature à constituer le fait générateur. Il s'agit d'un avantage manifeste du mécanisme de l'indemnité réparatrice.

---

<sup>124</sup> Se reporter au texte de l'article 25/2 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État pour avoir une vision complète de l'ensemble des mentions exigées.

<sup>125</sup> I. VAN KRUCHTEN et S. BEN MESSAOUD, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'État », *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 442 et 443 ; C.E., 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'erabliere*, n° 237.118 ; C.E., 19 janvier 2016, *Van Den Broeck*, n° 233.506.

<sup>126</sup> Ce qui n'est pas le cas devant le juge judiciaire (V. DOR, et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 68).

<sup>127</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 474.

<sup>128</sup> Avis du Conseil d'État, section législation, n° 3.2.



## ii) Le lien de causalité

Vraisemblablement, cette condition s'appréciera au regard du droit commun qui connaît l'application de la théorie de l'équivalence des conditions.

Ainsi, il appartiendra au soumissionnaire évincé de prouver que sans l'illégalité, le requérant n'aurait pas subi le préjudice tel qu'il l'a subi *in concreto*. En d'autres mots, pour conclure à l'absence de lien causal, « *il faudra constater que le dommage serait survenu de la même manière en l'absence de faute* »<sup>129</sup>.

Dans un arrêt du 14 juillet 2017, le Conseil d'Etat a explicitement résumé cette condition. De cette manière, « *il résulte des dispositions précitées [soit l'art. 11bis des LCCE et l'art. 25/2, § 1<sup>er</sup>, du règlement de procédure] que le Conseil d'État peut accorder une indemnité réparatrice lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité retenue est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé par l'annulation ; que le requérant doit faire la démonstration de ce préjudice et d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice dont il se plaint ; qu'il doit établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par l'autorité* »<sup>130</sup>.

## iii) La réparation du préjudice

En ce qui concerne la réparation du préjudice, ni l'article 11bis, ni les travaux préparatoires ne définissent explicitement la manière pour déterminer le montant à octroyer. À cet égard, il y a de grandes chances que le juge administratif calque les principales étapes de son raisonnement sur celles du juge judiciaire amené à statuer sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>131</sup>.

Néanmoins, l'article 11bis prévoit que le Conseil d'État doit prendre en considération les « *intérêts privés et publics en présence* »<sup>132</sup> pour déterminer le montant de l'indemnité.

En effet, contrairement aux juridictions civiles qui réparent l'entière du dommage et dès lors qu'elle doit nécessairement être « réparatrice », la réparation du préjudice ne sera pas nécessairement intégrale<sup>133</sup>.

L'indemnité vise uniquement à compenser le seul préjudice qui n'est pas déjà réparé par l'annulation prononcée par le Conseil d'État<sup>134</sup>. L'annulation demeure le mode réparatoire

---

<sup>129</sup> F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, § 14.

<sup>130</sup> C.E., 4 juillet 2017, *s.a. Éts Léon Crosset*, n° 238.836 ; C.E., 19 janvier 2016, *Van Den Broeck*, n° 233.506.

<sup>131</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 477.

<sup>132</sup> Les travaux parlementaires précisent que « les intérêts publics et privés en présence » constituent « une notion autonome dont il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 2233/1, p. 7).

<sup>133</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 68.

<sup>134</sup> J. SOHIER, « L'action en responsabilité contre les pouvoirs publics : à porter devant les juridictions judiciaires ou, depuis 2014, devant le Conseil d'État ? », *R.G.A.R.*, 2015/1, n° 3.

principal, l'indemnité réparatrice ayant, quant à elle, une fonction complémentaire par rapport à cette sanction<sup>135</sup>.

À cet égard, les travaux parlementaires justifient cette différence « *par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse, dans la mesure où celle-ci ne dispose pas de la possibilité de choisir la voie procédurale qu'elle estime la plus avantageuse, puisqu'elle est liée par le choix opéré par la partie qui demande l'indemnité* »<sup>136</sup>.

#### 4° Différence entre les deux indemnités

Si le dommage exceptionnel et l'indemnité réparatrice présentent assurément certains traits communs. Il subsiste des différences importantes entre les deux indemnités.

Dans leur ouvrage, les auteurs V. DOR et F. VERHOEVEN ont recensé les avantages et inconvénient de se diriger vers l'une ou l'autre indemnité<sup>137</sup>.

Tout d'abord, l'avantage principal de choisir l'indemnité réparatrice est sans aucun doute le gain de temps et la rapidité de la procédure. En effet, la demande d'indemnité réparatrice doit être introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité de l'acte tandis que le Conseil d'État, doit se prononcer dans les douze mois du prononcé de cet arrêt<sup>138</sup>.

Ensuite, le Conseil d'État a une meilleure connaissance du dossier et de la matière parfois complexe des marchés publics.

Devant le juge judiciaire, le soumissionnaire dispose d'un délai de cinq ans pour agir en dommages et intérêts à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte<sup>139</sup>. Ce point peut être vu comme un avantage mais également comme un inconvénient. Certes la procédure sera beaucoup plus longue, mais la demande d'indemnité réparatrice laisse peu de temps au soumissionnaire pour introduire sa demande.

Ensuite, l'avantage à agir devant le juge judiciaire est qu'il y a un double degré de juridiction prévu. En effet, devant le Conseil d'État il n'y a pas d'appel possible et donc pas de « seconde chance » contre un arrêt du Conseil d'État statuant sur une indemnité réparatrice.

Par ailleurs, il y a davantage d'incertitudes sur le montant de l'indemnité qui va être allouée devant le Conseil d'État. En effet, tandis que le Conseil d'État ordonne la réparation du préjudice en tenant compte des « intérêts privés et publics en présence », le juge judiciaire prononce la réparation intégrale du dommage.

---

<sup>135</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 482.

<sup>136</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 2233/1, p. 7.

<sup>137</sup> À noter toutefois qu'il n'y a pas une bonne ou mauvaise solution. Les deux indemnités présentent des avantages mais également des inconvénients et les avantages d'agir devant le Conseil d'État constituent bien évidemment des inconvénients d'agir devant le juge judiciaire et inversement.

<sup>138</sup> L. DONNAY et P. LEWALLE, *op.cit.*, p. 474.

<sup>139</sup> V. DOR, et F. VERHOEVEN, *op.cit.*, p. 66.

## CONCLUSION

Pour conclure, de manière générale, nous sommes encore loin en Belgique de disposer d'un véritable juge du contrat administratif, comme il existe aujourd'hui en droit français.

La dualité juridictionnelle pose encore de nombreux problèmes cependant, face à une décision qui rejette son offre, un soumissionnaire évincé dispose de plusieurs procédures pour voir reconnaître son droit à obtenir le marché ou à obtenir des dommages et intérêts.

La suspension de la décision d'attribution et la présence d'un délai d'attente permettent d'éviter la conclusion d'un contrat vicié tandis que l'annulation du contrat et la déclaration d'absence d'effets permettent quant à elles de préserver la légalité.

Mais parfois, afin de préserver la sécurité juridique et la continuité du service public le soumissionnaire évincé ne dispose que de la perspective indemnitaire.

L'articulation des recours tend à privilégier le recours en suspension et la réfection de la décision attaquée par l'autorité adjudicatrice.

Néanmoins en pratique, nous constatons que les situations de chacune des parties, tant du pouvoir adjudicateur que du tiers évincé, restent marquées par une extrême incertitude. Une incertitude au niveau des recours qui lui sont ouverts mais également au niveau des modalités de ces recours.



## BIBLIOGRAPHIE

### Législation

#### Législation belge :

Règlement 1182/71 du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, *J.O.* L 124 du 8 juin 1971.

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, *M.B.*, 21 juin 2013.

Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016.

A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 mai 2017.

#### Travaux parlementaires :

*Doc. parl.*, Ch. repr., 2005-2006, n° 51 2237/001.

*Doc. parl.*, Ch. repr., 2009-2010, n° 52-2276/003.

*Doc. parl.*, Ch. repr., 2009-2010, n° 2276/001.

*Doc. parl.*, Sén., 2012-2013, n° 5-2233/1.

*Doc. parl.*, Sén., 2013-2014, n° 5-2232/5.

#### Législation européenne :

Directive 2007/66 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives Recours 89/665 et 92/13, *J.O.* L 335 du 20 décembre 2007, considérant 14, p. 31.

### Doctrine

BELLEFLAMME, F., « Une association administrative ne saurait être assimilée à une autorité administrative », *A.P.T.*, 2015.

BERTRAND V. et MOÏSES, F., « Notion de pouvoir adjudicateur et d'autorité administrative : principes et cas particuliers », *Chron. des marchés publics*, 2008/2009.

- COOREMAN, I., *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Bruges, die Keure, 2010.
- DE COCQUEAU, B. et PAULUS F., « Chapitre IV. Règles générales régissant l'exécution des marchés publics et Chapitre V. Recours », in *Guide de droit immobilier. Titre VII, point 3.4 et 3.5*, Kluwer, 2020.
- DEGEEST, C., *L'annulation d'un contrat de marché public par le soumissionnaire évincé : quel équilibre entre légalité et sécurité juridique ?*, Liège, Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, 2015-2016, p. 35.
- DONNAY, L. et LEWALLE, P., *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2017.
- 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.
- DOR, V., « Le contentieux des marchés publics : quoi de neuf depuis la loi du 17 juin 2013 ? », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, Larcier, 2014, p. 570
- DOR, V. et DE CONINCK, C., *Les recours juridiques en matière de marchés publics – La directive 2007/66/CE et l'introduction d'un livre IIbis dans la loi du 24 décembre 1993*, Waterloo, Kluwer, 2010.
- DOR, V. et VERHOEVEN, F., *Les marchés publics*, vol. 2, *Guide juridique de l'entreprise*, Malines, Kluwer, 2018.
- FLAMME, M.-A. et FLAMME, P., « Le point sur le contentieux », *Revue du marché unique européen*, 1993/3.
- FLAMME, M.-A. et FLAMME, P., « À la recherche, avec la commission européenne, d'un contrôle juridictionnel plus efficace de la régularité des commandes publiques », *R.F.D.A.*, 1995.
- GLANSDORFF, F., « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014.
- LAGASSE, D., « La théorie de l'acte détachable est-elle dans une impasse ? Les actes du gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres ? », *R.C.J.B.*, 1999. XXXX
- LEROY, M., *Le Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 5ème édition, 2011.
- LOMBAERT, B. et BELMESSIERI, M., *Droit des marchés publics Passation, exécution, recours*, Brugge, la Charte, 2020.
- LOMBAERT, B., TULKENS, F. et VAN DER HARGEN, A., « Cohérence et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours ».
- LOMBAERT, B., VANDENDRIESSCHE, F. et DEVOS, S., « Divergences de jurisprudence entre les chambres de langue française et de langue néerlandaise du Conseil d'État : y a-t-il deux Conseils d'État en Belgique ? », in *Chronique des marchés publics*, 2009-2010, Bruxelles, EBP.
- 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.

- MOUSSOUX, Y., « La notion d'autorité administrative », in *La publicité de l'administration - vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- MOUREAU, L., *L'institution du recours pour excès de pouvoir en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1937.
- NIHOUL, M., *L'article 159 de la Constitution - Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010.
- NIHOUL, P., « Le Conseil d'État et les marchés publics ; je t'aime, moi non plus », *Entr. et droit*, 2005.
- PÂQUES, M., *Principes de contentieux administratif*, Coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2017.
- PEQUIGNOT, G., *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Éditions A. Pédone, 1945.
- 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.
- SCHOUPS, M., LAHBIB, M. et MONTENEYE-JADOUL, V., « 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.
- 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.*, 2015/1.
- THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid*, Bruges, Die Keure, 2011.
- THIBAUT, E., « Aperçu de jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat en marchés publics », *A.P.T.*, 2009.
- THIBAUT, E., « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in A.-L. Durviaux et N. Thirion (dir.), *La réforme du droit des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- THIEL, P., *Mémento des marchés publics et des P.P.P. 2021. Tome 1 : Commentaire*, Malines, Kluwer, 2021.
- VAN KRUCHTEN, I. et BEN MESSAOUD, S., « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'État », *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- VAN NUFFEL, E., « La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007.
- VERMEIRE, L., « De belangenafweging door de Raad van State in het kader van het administratief kort geding overheidsopdrachten », in *L'intérêt dans le contentieux des marchés publics – Het belang in geschillen inzake overheidsopdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2015.

WAUTERS, K. et CAMBIER, T., « Illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? » in Van Drooghenboreck, J.-F. (dir.), *Le temps et le droit - Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles Bruylant, 2013.

## **Jurisprudence**

### Cour de justice de l'Union européenne :

C.J.U.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01

C.J.U.E., 24 juin 2004, *Commission c. Autriche*, C-212/02

C.J.U.E., 3 avril 2008, *Commission c. Espagne*, C-444/06.

C.J.U.E., 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, C/503-04

C.J.U.E., 28 janvier 2010, *Uniplex*, C-406/08.

### Conseil d'Etat français :

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

### Cour de Cassation :

Cass., arrêt du 5 février 2016, C.15.0164.F

### Conseil d'Etat belge : section contentieux

C.E., 5 avril 1996, *S.R.L. Parketing*, n° 59.002.

C.E., 15 juin 2000, *Feyfer*, n° 87.983.

C.E., 21 février 2003, *S.A. Fujitsu Siemens Computers*, n° 116.294

C.E., 2 avril 2003, *S.A. Socatra c. Communauté française*, n° 117.877.

C.E., 12 juillet 2004, *Vzw Expertconsult c. Vlaamse Gewest et Vlaams Zorgfonds*, n° 133.809.

C.E., 16 avril 2007, *J.M.S.I.*, n° 170.055.

C.E., 12 juillet 2007, *N.V. General Industrial Assistance Cataro*, n°173.479.

C.E., 15 janvier 2009, *Bvba Prevost-Tavernier, N.V. Evalenko*, n° 189.474.



C.E., 6 novembre 2009, *Sotrelco*, n° 197.646.

C.E., 18 janvier 2011, *N.V. Sca Hygiène Products*, n° 210.497.

C.E., 25 février 2011, *N.V. Labo Van Vooren & B.V. Al-West*, n° 211.549.

C.E., 3 août 2011, *S.A. Euro Bureautic*, n° 214.754.

C.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *N.V. Sportinfrabouw*, n° 216.660.

C.E., 1<sup>er</sup> février 2012, *Decock*, n° 217.647

  

C.E., 2 mars 2012, *S.A. Spie Belgium*, n° 218.300.

C.E., 16 mars 2012, *Volter, S.C.R.L. Exelia*, n° 218.520.

C.E., 29 juin 2012, *Dembour*, n°220.130.

C.E., 3 juillet 2012, *n.v. Brasschaat Financial Holding*, n° 220.145.

C.E., 19 juillet 2012, *n.v. Sportinfrabouw*, n° 220.344.

C.E., 11 septembre 2012, *n.v. Krinkels*, n° 220.565.

C.E., 1<sup>er</sup> février 2013, *s.a. Vanassche Firefighting Engineering*, n°222.357.

C.E., 15 mars 2013, *s.r.l. Architecture Radiance35 Société Civile*, n° 222.890.

C.E., 7 mai 2014, *s.a. Socogetra*, n° 227.302.

C.E., 23 septembre 2014, *n.v. Three Lion*, n° 228.445.

C.E., 8 octobre 2014, *s.r.l. Travaux Speciaux En Hauteur*, n°228.709.

C.E., 4 février 2015, *s.a. Bedimo*, n° 230.105.

C.E., 12 mars 2015, *s.p.r.l. Falletta*, n° 230.501.

C.E., 10 avril 2015, *n.v. De Maerteleire*, n° 230.817.

C.E., 10 avril 2015, *n.v. Ledlite*, n° 230.819.

C.E., 2 octobre 2015, *s.a. ACH Construct*, n° 232.423.

C.E., 24 décembre 2015, *s.p.r.l. Pinchart, Collee & Giuliani*, n° 233.365.

C.E., 14 janvier 2016, *s.a. Établissements Maurice Wanty*, n° 233.474.

C.E., 19 janvier 2016, *Van Den Broeck*, n° 233.506.

C.E., 4 mars 2016, *Goedseels*, n°234.035

C.E., 31 mars 2016, *s.a. Hullbridge Associated*, n° 234.297.

C.E., 30 juin 2016, *s.a. Servitex*, n°235.306

C.E., 7 juillet 2016, *s.c.r.l. Intermédiance & Partners*, n° 235.376.

C.E., 22 décembre 2016, *s.p.r.l. Nord et crt*, n° 236.908.

C.E., 24 janvier 2017, *A.S.B.L. L'erabliere*, n° 237.118

C.E., 23 février 2017, s.a. *Studiotech*, n° 237.466,.

C.E., 27 février 2017, s.p.r.l. *Animal Pest Control*, n° 237.496.

C.E., 4 juillet 2017, s.a. *Éts Léon Crosset*, n° 238.836.

C.E., 1<sup>er</sup> août 2017, s.a. *ACH Construct*, n° 238.905.

C.E., 14 août 2017, s.c.r.l. *Intermédiance & Partners*, n° 238.947.

C.E., 24 novembre 2017, s.p.r.l. *Architecture Design Environnement*, n° 239.961.