

publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale subordonnant le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur au caractère fautif de cette violation, y compris lorsque l'application de cette réglementation repose sur une présomption de faute dudit pouvoir adjudicateur ainsi que sur l'impossibilité pour ce dernier d'invoquer l'absence de capacités individuelles et, partant, d'imputabilité subjective de la violation alléguée.

OBSERVATIONS

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

Introduction

1. Toute illégalité commise par une autorité administrative est-elle une faute extracontractuelle ouvrant un droit à la réparation? La question est ancienne en droit administratif interne⁽¹⁾ et reste controversée. Les réglementations internes des États membres de l'Union ne semblent en tout cas pas la trancher de manière uniforme⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sur cette question en droit administratif belge, voy., notamment: M. PÂQUES, «Le juge de l'annulation et l'indemnisation», *A.P.T.*, 2012/3, pp. 232 à 237; A. L. DURVIAUX, *Droit administratif. Tome I – l'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 407 et s.; C. DOYEN-BIVER, A. L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 10 à 14; D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 726 et s.; J. WILDEMEERSCH, «La responsabilité des pouvoirs publics: valse à 3 temps sur un air de 1382», in *Droit de la responsabilité*, Anthemis, CUP, vol. 107, 2009, pp. 235 et s.; P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2008, p. 384; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 4^e éd., 2008, pp. 798 et s.; D. RENDERS, «De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible», *J.T.*, 2008, pp. 571 à 573; D. DE ROY, «La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration: unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute?», in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 67 et s.; B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 32; P. LEWALLE, «La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge – antécédents et perspectives», in *L'administration face à ses juges*, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1987, pp. 20 et s.; Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *S.A. Charbonnages de Gosson-Kessales c. commune de Seraing-sur-Meuse et État belge*, avec conclusions av. gén. J. Velu, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s.; J.-L. FAGNART, «La responsabilité de l'administration du chef d'excès de pouvoir», note sous Bruxelles, 14 septembre 1979, *A.P.T.*, 1979-1980, p. 56 et J. DABIN et A. LAGASSE, «La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle – Examen de jurisprudence (1959-1963)», *R.C.J.B.*, 1964, n° 67, pp. 289 et s.

⁽²⁾ Ces divergences et leurs conséquences sur la difficulté d'établir, en droit communautaire, un régime commun de responsabilité d'une autorité publique pour violation du droit européen furent



2. Dans l'affaire *Stadt Graz* ayant abouti à l'arrêt C-314/09⁽³⁾ rendu le 30 septembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne aborde cette question en droit européen des marchés publics.

Comme en atteste l'examen de l'arrêt commenté, l'articulation entre les notions d'illégalité et de faute soulève plusieurs questions en la matière : l'illégalité commise par un pouvoir adjudicateur et provoquant un dommage suffit-elle à fonder un droit à indemnisation du soumissionnaire lésé ou le caractère fautif de la violation alléguée doit-il être prouvé par ce dernier pour qu'il obtienne réparation ? Si l'établissement de l'illégalité suffit, un aménagement de la charge de la preuve de l'illégalité en cause ou de son caractère fautif en droit interne est-il de nature à changer la réponse à cette question ? En tout état de cause, la réponse à ces questions implique-t-elle que le pouvoir adjudicateur ne peut se prévaloir d'une cause d'exonération de sa responsabilité ?

La jurisprudence récente de la Cour de justice relative à ces questions est synthétisée ci-après (I) afin d'en examiner ensuite les incidences en droit national (II) et d'y apporter un bref regard critique (III).

I. Évolution de la jurisprudence de la Cour de justice

3. Selon un enseignement traditionnel, lorsqu'une norme de droit international conventionnel est violée par une autorité publique nationale, cette violation n'ouvre pas nécessairement, dans l'ordre juridique national, un droit à la réparation au citoyen qui souhaite s'en prévaloir⁽⁴⁾. Le Conseil de l'Europe considérait ainsi qu'un droit à la réparation était ouvert au citoyen lorsque le pouvoir public n'avait pas respecté une conduite à laquelle le citoyen pouvait « raisonnablement s'attendre », précisant cependant que « le manquement est présumé en cas de violation d'une norme juridique établie »⁽⁵⁾.

bien identifiées par l'avocat général Tesouro. Voy. concl. av. gén. G. Tesouro, 28 avril 1995, sous C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, aff. C-46/93 et 48/93, *Rec.*, pp. 1105 et s.

⁽³⁾ C.J.U.E., 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG*, aff. C-314/09, *Rec.*, 2010, p. I-08769 ; sur cet arrêt voy. not. : K. WAUTERS et I. VAN BAEL, « Kroniek rechtspraak Hof van justitie 2010 inzake overheidsopdrachten », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, et B. DEMEULENAERE, *Jaarboek Overheidsopdrachten – Chronique des marchés publics – 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 97 (sommaire) et R. GRAND, « Pour la CJUE, la seule violation du droit des marchés publics implique une indemnisation », *A.J.D.A.*, 2010, n° 33, p. 1857 (sommaire).

⁽⁴⁾ Le Professeur Waelbroeck estimait ainsi en ces termes que : « La simple illégalité d'un acte administratif ne donne pas nécessairement aux particuliers lésés le droit de réclamer réparation du préjudice subi. Il faut en outre qu'ils démontrent que l'administration a commis une faute ». M. WAELBROECK, « Le juge belge devant le droit international et le droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1965, p. 361.

⁽⁵⁾ Conseil de l'Europe, Recommandation du Comité des ministres aux États membres relative à la responsabilité publique, R 84/15 du 18 septembre 1984, p. 2.



En droit de l'Union européenne, cet enseignement a abouti à ce qu'une violation du droit communautaire par un État membre n'entraîne pas en toute hypothèse une obligation d'indemnisation, devant le juge national, du particulier lésé, la Cour de justice estimant à cet effet que le droit national ne peut exiger que soit établie par le citoyen lésé une faute « allant au-delà de la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire »⁽⁶⁾.

De la sorte, la Cour a remplacé la condition de « faute » habituellement exigée en droit national de la responsabilité extracontractuelle par celle de « violation suffisamment caractérisée », concept de prime abord relativement élastique. La Cour de justice a notamment précisé qu'une violation était d'autant plus vite considérée comme caractérisée que la marge d'appréciation laissée par ladite règle était restreinte⁽⁷⁾.

4. Dans l'arrêt C-275/03 rendu en date du 14 octobre 2004⁽⁸⁾, la Cour de justice juge qu'une réglementation nationale ne peut subordonner la possibilité pour un candidat lésé d'obtenir des dommages et intérêts à l'établissement d'une faute dont ledit candidat supporte la charge de la preuve⁽⁹⁾.

Dans cet arrêt, la Cour considère qu'une telle charge entraîne le risque, pour l'administré lésé, « d'être privé du droit de demander des dommages-intérêts au titre de préjudice causé par cette décision, ou du moins de les obtenir tardivement »⁽¹⁰⁾. Bien que la question lui ait été soumise dans l'affaire en cause⁽¹¹⁾, la Cour ne précise pas expressément si l'instauration d'une présomption de faute en cas d'illégalité d'un acte administratif serait de nature à satisfaire les exigences du droit communautaire des marchés publics. L'arrêt *Commission c. Portugal* du 10 janvier 2008, rendu dans le cadre d'un recours en manquement contre le Portugal dans la même affaire, ne fait que confirmer cette lecture de la Cour⁽¹²⁾.

⁽⁶⁾ C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, aff. C-46/93 et 48/93, *Rec.*, pp. 1029 et s. Point 79 de l'arrêt.

⁽⁷⁾ Sur ce point, voy. M. PÂQUES, « De la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire », in *Droit des citoyens et des associations dans le droit européen de l'environnement*, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, pp. 95 à 142. Il est souligné que le « degré de pouvoir discrétionnaire » est parfois cité comme un indicateur pour apprécier le caractère grave ou non d'une violation du droit communautaire. Concl. av. gén. G. Tesaurò, 28 avril 1995, sous C.J.C.E., 5 mars 1996, *op. cit.*, p. 1108.

⁽⁸⁾ C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. Portugal*, aff. C-275/03, non publié au *Recueil*.

⁽⁹⁾ Considérant 31. Cet enseignement vise plus particulièrement le respect de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

⁽¹⁰⁾ Considérant 31 de l'arrêt.

⁽¹¹⁾ En l'espèce par le Portugal, qui tentait de tirer argument d'un projet de texte national en voie d'adoption qui prévoyait l'instauration d'une présomption de faute en cas d'illégalité pour prouver que son droit national était en passe de se conformer aux exigences des directives européennes applicables en matière de marchés publics.

⁽¹²⁾ C.J.C.E., 10 janvier 2008, *Commission c. Portugal*, aff. C-70/06, *Rec.*, 2008, p. I-00001, avec concl. av. gén. J. Mazak.



5. L'arrêt *Stadt Graz* rendu par la Cour le 30 septembre 2010 – arrêt qui n'a étonnamment pas fait l'objet de conclusions de l'avocat général⁽¹³⁾ –, constitue une évolution par rapport à sa jurisprudence antérieure⁽¹⁴⁾.

La Cour estime, dans l'arrêt *Stadt Graz* que la directive «recours» 89/665/CEE «s'oppose à une réglementation nationale subordonnant le droit d'obtenir des dommages et intérêts en raison d'une violation du droit des marchés publics par un pouvoir adjudicateur au caractère fautif de cette violation, y compris lorsque l'application de cette réglementation repose sur une présomption de faute dudit pouvoir adjudicateur ainsi que sur l'impossibilité pour ce dernier d'invoquer l'absence de capacités individuelles et, partant, d'imputabilité subjective de la violation alléguée»⁽¹⁵⁾.

Ce faisant, la Cour aborde directement les conditions de fond du droit à la réparation d'un dommage issu du fait du pouvoir adjudicateur en matière de droit européen des marchés publics. L'enseignement est de prime abord très clair : le fait générateur de la responsabilité ne doit pas forcément être fautif dans le chef du pouvoir adjudicateur en cause. L'établissement d'une violation du droit européen des marchés publics suffirait donc à établir le fait générateur de responsabilité extracontractuelle du pouvoir public.

De «violation suffisamment caractérisée du droit européen» comme condition de fond de la mise en cause de la responsabilité, il ne semble donc plus en être question et ce, spécifiquement en droit européen des marchés publics⁽¹⁶⁾.

6. Dans l'arrêt *Stadt Graz*, la Cour précise également pour la première fois qu'une législation qui renverse la charge de la preuve du caractère fautif de la violation en cause au bénéfice du soumissionnaire ne constitue pas une protection procédurale suffisante au regard du droit de l'Union⁽¹⁷⁾. Par là même, la Cour répond à la question qui lui avait été antérieurement soumise par le Portugal dans l'affaire C-275/03 et à laquelle elle n'avait pas répondu⁽¹⁸⁾.

⁽¹³⁾ Pas davantage que l'arrêt de 2004 *Commission c. Portugal*, précité, d'ailleurs. Au vu des positions de principe prises en matière de recours, cette absence de conclusions est pour le moins étonnante, d'autant que l'arrêt *Commission c. Portugal* de 2008, qui n'examine que la question de savoir si le Portugal avait modifié sa législation, a, quant à lui, fait l'objet de conclusions (voy. *supra*).

⁽¹⁴⁾ C.J.C.E., 14 octobre 2004 et C.J.C.E., 10 janvier 2008, précités.

⁽¹⁵⁾ Considérant 45 de l'arrêt.

⁽¹⁶⁾ Il est par ailleurs utile de souligner que les questions de charge de preuve et d'identité de notion de faute et d'illégalité n'ont pas été expressément traitées par la «nouvelle» directive-recours 2007/66/CE (directive 2007/66/CE 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).

⁽¹⁷⁾ Contrairement à ce que la Cour semblait avoir elle-même indiqué dans son arrêt du 14 octobre 2004, précité.

⁽¹⁸⁾ À la différence du système portugais évoqué dans l'affaire C-275/03 qui avait fait l'objet de l'arrêt précité rendu en 2004, l'article 1298 du Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ci-après «A.B.G.B.») dont il est question dans l'affaire *Stadt Graz* adapte la règle de la charge de la preuve, notamment, aux hypothèses des illégalités commises par les pouvoirs publics.



En un sens, cette précision quant à la charge de la preuve s'impose d'elle-même puisque la Cour semble juger que la violation, fautive ou non, du droit européen des marchés publics par un pouvoir public suffit à engager sa responsabilité. Il ne peut dans cette mesure être exigé d'un justiciable qu'il prouve l'existence ou l'inexistence d'une condition de fond qui n'est plus nécessaire à la mise en cause de la responsabilité du pouvoir public.

7. Plus substantiellement, la Cour supprime, semble-t-il, la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de s'exonérer de sa « faute présumée ». C'est en tout cas la conclusion qui semble devoir être tirée de l'insuffisance de la protection juridictionnelle du droit autrichien que la Cour de justice condamne dans l'affaire *Stadt Graz*⁽¹⁹⁾.

En effet, en estimant que la faculté pour la *Stadt Graz* d'invoquer le caractère excusable de l'erreur de droit⁽²⁰⁾ commise par elle est contraire à l'objectif de la directive, la Cour supprime plus généralement la possibilité pour un État de s'exonérer de sa responsabilité en cas de violation du droit des marchés publics.

8. Des éléments qui précèdent, il semble devoir être déduit que le juge européen considère désormais que, pour respecter la directive recours, le droit à la réparation du dommage en matière de marchés publics ne peut être soumis à la condition d'établissement d'une faute, mais seulement d'une illégalité. Ce raisonnement pourrait impliquer en pratique que, dans un système de responsabilité extracontractuelle à base de faute, les notions d'illégalité et de faute se confondent.

La Cour ne s'est cependant pas arrêtée là. En jugeant que le pouvoir adjudicateur ne pouvait renverser une présomption de faute en cas de violation établie, la Cour a implicitement écarté la faculté d'un pouvoir adjudicateur d'invoquer une cause de justification pour s'exonérer de sa responsabilité.

La Cour a donc tranché, en pratique, en faveur d'une diminution sensible des obstacles à l'indemnisation du soumissionnaire évincé, consacrant ainsi une

En effet, en cas d'illégalité commise par un pouvoir public, la charge de la preuve de l'absence de comportement fautif pèse sur l'auteur de l'illégalité et non sur la personne lésée. En application de cette règle, lorsqu'un soumissionnaire lésé introduit une action à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur à la suite d'une illégalité commise par celui-ci et afin d'obtenir un dédommagement, c'est l'autorité mise en cause qui doit prouver, pour tenter d'échapper à toute responsabilité, que la violation par elle de la réglementation relative aux marchés publics n'était pas fautive. À défaut d'une telle démonstration, l'autorité doit indemniser le candidat préjudicié si les conditions relatives à l'établissement d'un dommage et d'un lien causal sont remplies.

⁽¹⁹⁾ Considérant 41 de l'arrêt. L'article 1298 de l'A.B.G.B., en prévoyant que « celui qui prétend avoir été empêché de remplir ses obligations contractuelles ou légales sans avoir commis de faute doit le prouver », reconnaît de manière sous-jacente la possibilité, dans le chef de l'auteur d'une illégalité, de s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve l'absence d'une faute dans son chef.

⁽²⁰⁾ Justifiée dans le cas d'espèce par la décision d'une juridiction administrative donnant droit à la *Stadt Graz* quant à la légalité de l'attribution du marché en cause.



facilitation substantielle de l'accès au recours en indemnité dans le chef de ce dernier, mais réduisant à une peau de chagrin la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de faire valoir une cause d'exonération, ce qui n'est pas sans conséquences dans notre droit national, comme nous allons le constater ci-après.

II. Incidences de cette jurisprudence en droit national belge

9. En droit administratif général belge, la question de l'unité des notions d'illégalité et de faute est aussi connue que controversée. Une doctrine majoritaire semble considérer que la réponse de principe a été apportée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mai 1982⁽²¹⁾. L'avocat général J. Velu dans ses conclusions précédant l'arrêt de 1982, souligne que la doctrine et la jurisprudence étaient relativement divisées jusqu'alors⁽²²⁾, certains auteurs étant favorables à la « dualité des notions d'illégalité et de faute »⁽²³⁾ et d'autres soutenant que toute illégalité était constitutive d'une faute, cette deuxième thèse étant celle de « l'unité des notions d'illégalité et de faute »⁽²⁴⁾. J. Velu identifie également dans les conclusions précitées une troisième position, dite « médiane », selon laquelle une illégalité est en principe constitutive d'une faute mais une cause d'exonération telle que l'erreur de droit invincible peut permettre à l'administration de ne pas être contrainte à indemniser l'administré lésé⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *S.A. Charbonnages de Gosson-Kessales c. commune de Seraing-sur-Meuse et État belge*, avec conclusions av. gén. J. Velu, *J.T.*, 1982, pp. 772 et s. Certains auteurs considèrent que cette question avait indirectement déjà été soulevée dans un arrêt précédent de la Cour; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *Lecléf c. État belge*, *R.C.J.B.*, 1982 pp. 5 et s.; sur cet arrêt, voy. D. DEOM, « De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics », *A.P.T.*, 1981, pp. 127-131.

⁽²²⁾ Pour des développements plus conséquents sur la question, nous vous renvoyons donc au brillant examen réalisé dans les conclusions de l'avocat général Velu, précédant l'arrêt de 1982 précité. Avant cet arrêt, certains ont soutenu, conformément à la jurisprudence majoritaire rendue par la cour d'appel de Bruxelles entre 1955 et le début des années 70, qu'une illégalité était automatiquement constitutive d'une faute au sens de l'article 1382.

⁽²³⁾ La thèse de la dualité repose sur l'assimilation de la faute à l'erreur de conduite en ce sens que l'illégalité ne peut être fautive que si une personne raisonnable n'aurait pas commis ladite illégalité. Voy., notamment, Bruxelles, 4 juillet 1955, *Pas.*, 1957, II.31, Bruxelles, réf., 24 janvier 1964, *J.T.*, 1964, p. 370 et Bruxelles, 11 mai 1970, *Pas.*, 1971, II.3, *R.G.A.R.*, 1980, n° 10116; cités par J. Velu, *op. cit.*, p. 776.

⁽²⁴⁾ Voy. not. J.-L. FAGNART, « La responsabilité de l'administration du chef d'excès de pouvoir », *op. cit.*, pp. 60 et 62 et J. DABIN et A. LAGASSE, « La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle – Examen de jurisprudence (1959-1963) », *R.C.J.B.*, 1964, n° 67, pp. 289 et s. Cette doctrine semble avoir nettement suivi la position du professeur De Page. Voy. DE PAGE, *Traité – Tome II*, 3^e éd., n° 1063, p. 1115 et R. DALCQ, *Les Nouvelles*, « Traité de la responsabilité civile », 2^e éd., « Les causes de responsabilité », Bruxelles, 1967, n° 1324, également cités par J. VELU, *op. cit.*, p. 778. Pour un ralliement relativement récent à cette thèse, voy. not.: F. TULKENS et J. SOHIER, « Les cours et tribunaux, Chronique de jurisprudence 1996-1997 », *R.B.D.C.*, 1997, p. 403.

⁽²⁵⁾ J.-L. Fagnart, pourtant défenseur de la thèse de l'unité, envisageait cependant que des causes d'exonération qui correspondaient à des cas de force majeurs puissent être invoquées par le pouvoir



Bien qu'aujourd'hui nombreuse est la doctrine qui considère encore que, dans son arrêt de 1982, la Cour de cassation tranche en faveur de la thèse de l'unité des notions d'illégalité et de faute⁽²⁶⁾, il nous semble qu'il convient de les distinguer, comme le fait le Professeur Lewalle, la corrélation entre les deux notions n'étant possible que lorsque l'illégalité est dommageable et consiste en un manquement à l'obligation d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée⁽²⁷⁾. Dans cette hypothèse, la thèse médiane trouve à s'appliquer, en ce sens que l'établissement de l'illégalité ne peut tout au plus que constituer une présomption de faute. Si une partie de la doctrine a entendu donner une portée large⁽²⁸⁾ à l'arrêt de 1982, la Cour de cassation a clairement réaffirmé⁽²⁹⁾ les enseignements ci-dessus évoqués dans deux arrêts du 25 octobre 2004⁽³⁰⁾ et du 23 juin 2005⁽³¹⁾. La faculté corrélatrice pour un pouvoir public de pouvoir invoquer une cause d'exonération de responsabilité a quant à elle expressément été rappelée par la Cour de cassation en date du 8 février 2008⁽³²⁾.

10. En droit national des marchés publics, l'article 48 de la loi du 17 juin 2013⁽³³⁾, relatif à la procédure d'obtention de dommages et intérêts, prévoit que «l'instance de recours accorde des dommages et intérêts aux personnes lésées par une des violations visées à l'article 46 commise par l'autorité adjudicatrice et précédant la conclusion du marché, à condition que ladite instance considère comme établis tant le dommage que le lien causal entre celui-ci et la violation alléguée»⁽³⁴⁾.

public en cause. Voy. J.-L. FAGNART, «La responsabilité de l'administration du chef d'excès de pouvoir», *op. cit.*, p. 60.

⁽²⁶⁾ Voy. en ce sens, D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ,, *op. cit.*, p. 726.

⁽²⁷⁾ P. LEWALLE, «La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge – antécédents et perspectives», in *L'administration face à ses juges*, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1987, pp. 20 et s.

⁽²⁸⁾ En ce sens, voy. J.-L. FAGNART, «De la légalité à l'égalité», *La responsabilité des pouvoirs publics. Actes du Colloque interuniversitaire organisé les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de droit de l'U.C.L. et la Faculté de droit de l'U.L.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 23 ou A. COPPENS, «De volmaakte rechtsstaat», *R.W.*, 2002-2003, p. 1246.

⁽²⁹⁾ Dans la continuité du commentaire susvisé de l'arrêt du 26 juin 1998, précité.

⁽³⁰⁾ Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 507, p. 1667.

⁽³¹⁾ Cass., 23 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 439, p. 1663.

⁽³²⁾ Dans cet arrêt, la Cour reconnaît qu'une cause d'exonération de responsabilité peut sortir ses effets pour autant que l'autorité ait «agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente». Cette dernière considération nous ramène donc de manière troublante à l'appréhension des mécanismes de responsabilité tels qu'ils découlent directement de l'article 1382 du Code civil, qui exige qu'une faute soit établie, au regard du critère de raison et de prudence, pour qu'une indemnisation soit accordée. Cass., 8 février 2008, *J.T.*, 2008, p. 569; sur cet arrêt, voy. obs. D. RENDERS, «De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible», *J.T.*, 2008, pp. 571 à 573.

⁽³³⁾ 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.

⁽³⁴⁾ Les violations alléguées concernent tant les violations des dispositions communautaires applicables que des normes de droit interne applicables. Cette disposition en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013 reproduit mot pour mot l'article 65/16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux



Une lecture littérale de cette disposition nous amène à considérer que le législateur belge avait instauré dans l'ancien article 65/16 dont le contenu a été préservé⁽³⁵⁾, une corrélation entre les notions d'illégalité et de faute dans le système de responsabilité extracontractuelle du pouvoir adjudicateur afin de respecter les exigences des directives «recours». Les travaux préparatoires de l'article 65/16 de la loi de 1993⁽³⁶⁾ précisent qu'«à l'instar de l'article 1382 du Code civil, il n'y a bien entendu obligation pour le juge d'octroyer des dommages et intérêts que lorsque les conditions visées sont réunies»⁽³⁷⁾, ce qui aurait tendance à confirmer l'existence en droit belge des marchés publics d'un fait générateur de responsabilité qui est lié à une illégalité et non à un comportement subjectif⁽³⁸⁾. Toutefois, la référence expresse faite à l'article 1382 du Code civil permet d'en douter.

11. Deux précisions à tirer des commentaires de l'alinéa 2 de l'ancien article 65/16 de la loi de 1993 nous paraissent cependant devoir être prises en considération pour apprécier la question de l'unité ou non des notions d'illégalité et de faute en droit belge des marchés publics.

D'une part, l'alinéa 2 de l'article 65/16 de la loi de 1993, tel que modifiée par la loi de 2009, précisait que la personne qui introduit une demande de dommages et intérêts au titre des frais engagés pour la préparation de l'offre dans le cadre d'un marché public passé dans les secteurs spéciaux «est uniquement tenue de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou de la loi ou de ses arrêtés d'exécution» pour que le fait générateur de responsabilité soit établi. L'absence de nécessité de prouver le caractère fautif de la violation du droit communautaire serait donc une exception. *A contrario*, dans les autres hypothèses que celle susvisée, le caractère

marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par la loi du 23 décembre 2009.

⁽³⁵⁾ Proposition de loi du 16 avril 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, Commentaire par articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2752/001, p. 15. et proposition de 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, Commentaire par articles, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2012/2013, n° 53-2752/1, p. 27.

⁽³⁶⁾ Qui tendait initialement à rendre conforme le droit interne à l'article 2 de la directive 89/665/CEE.

⁽³⁷⁾ Projet de loi 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, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2008/2009, n° 44-1538/2, p. 33.

⁽³⁸⁾ Ce que semblaient déjà soutenir certains auteurs avant l'arrêt *Stadt Graz*. En ce sens, M.-A. Flamme et C. Dardenne, soutiennent que la preuve du fait générateur de responsabilité sur la base de l'article 1832 est toutefois «aisée car établie par l'arrêt d'annulation pour excès de pouvoir». Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 297.



fautif de l'illégalité devrait ainsi être établi par le demandeur, ce qui semble être partagé par une certaine doctrine⁽³⁹⁾.

D'autre part, l'exposé des motifs de la loi du 23 décembre 2009 précise que «la disposition de l'alinéa 2 a pour seul but, conformément à l'article 2, § 7, de la directive 92/13/CEE, dans les secteurs spéciaux, d'offrir plus de souplesse au niveau de la charge de la preuve pour les demandes d'indemnisation portant sur les frais engagés pour la préparation de l'offre ou la participation à une procédure»⁽⁴⁰⁾, ce qui corrobore la lecture selon laquelle l'absence de nécessité d'établir une faute est l'exception.

De ces deux clés de lecture, il nous semble pouvoir être déduit des textes de droit national applicable en matière de marchés publics que dans les secteurs classiques, l'illégalité commise par le pouvoir adjudicateur ne constitue pas *de facto* une faute ouvrant le droit à la réparation dans le chef du soumissionnaire, mais constitue tout au plus une présomption de faute dans le cadre de l'application du mécanisme de l'article 1382 du Code civil, ce que confirment certains auteurs selon lesquels l'action en indemnisation était liée «de manière stricte» aux principes applicables à la responsabilité civile classique telle qu'elle découle de l'article 1382 du Code civil⁽⁴¹⁾.

12. L'application de la «thèse médiane», visiblement envisageable en droit interne belge, semble cependant être écartée en droit européen des marchés publics par l'arrêt *Stadt Graz*. En effet, la Cour de justice y réceptionne implicitement la thèse de l'unité entre l'illégalité et la faute.

En outre, aucune disposition et aucune jurisprudence nationale spécifique aux marchés publics ne s'oppose *a priori* pas à ce que le pouvoir adjudicateur qui a commis une violation d'une norme visée par l'article 46 de la loi du 17 juin 2013 dispose tout de même de la possibilité de s'exonérer de sa faute s'il parvient à établir l'existence d'une cause d'excuse dans son chef. Or, cette faculté de se prévaloir d'une cause d'excuse pour renverser la présomption de faute que constitue la violation du droit des marchés publics est, comme nous l'avons vu, implicitement écartée par la Cour de justice.

Par conséquent, s'il devait être accueilli comme un arrêt de principe, l'arrêt *Stadt Graz* pourrait être considéré comme instaurant non seulement une unité de concepts d'illégalité et de faute en matière de marchés publics mais comme écartant également la faculté, pour un pouvoir public, de s'exonérer de

⁽³⁹⁾ Cette lecture, peut-être hasardeuse, nous semble toutefois rejoindre le propos de V. Dor et C. De Koninck qui considèrent le second alinéa de l'article comme étant l'instauration d'un régime de preuve spécifique à l'égard du principe posé par l'article 1382 du Code civil, qui exige l'établissement de la faute. V. DOR et C. DE KONINCK, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 137 et *ibid.*, p. 139.

⁽⁴⁰⁾ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2276/001, p. 33.

⁽⁴¹⁾ En ce sens, voy. E. VAN NUFFEL, «Le protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics», in H. DUMONT, P. JADOUÏ et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Chartre, 2007, pp. 154-155.



sa faute à la suite d'une violation de la réglementation en matière de marchés publics, s'opposant ainsi à la jurisprudence susvisée développée par la Cour de cassation.

III. Observations critiques sur la jurisprudence de la Cour de justice

13. L'arrêt *Stadt Graz* instaure un régime de responsabilité en droit européen des marchés publics qui est distinct du régime traditionnel de responsabilité des pouvoirs publics en droit administratif général. Qu'est-ce qui justifie une telle différence ?

Dans l'arrêt *Stadt Graz*, la Cour tire argument de ce que la directive n'impose pas que le fait générateur de responsabilité soit précédé de l'établissement d'une faute⁽⁴²⁾. Cependant, à notre sens, cette directive n'impose pas non plus explicitement la règle de fond inverse, auquel cas le principe selon lequel une demande d'indemnisation liée à une violation du droit des marchés publics ne reposerait plus systématiquement sur un mécanisme de responsabilité à base de faute. De ce fait, l'argument de la Cour ne convainc pas.

14. Est-ce l'objectif de célérité des recours organisés en matière de marchés publics qui explique l'interprétation de la Cour ? Dans l'arrêt *Stadt Graz*, la Cour cite son arrêt *Uniplex*⁽⁴³⁾ de 2010 à l'appui de son argumentation sur la protection procédurale sans toutefois prendre en compte le raisonnement exposé par l'avocat général J. Kokott dans les conclusions qui ont précédé ce même arrêt *Uniplex*⁽⁴⁴⁾. Selon ce dernier, les règles procédurales liées à l'obtention de dommages et intérêts relèvent d'une « protection secondaire » à l'égard de laquelle le principe de célérité ne s'apprécie pas de la même manière que dans le contentieux d'urgence susceptible d'avoir des incidences sur la conclusion ou non du contrat qui résulte d'une attribution. On ne peut que regretter que cette distinction entre « protection primaire » et « protection secondaire » n'ait pas été suivie par la Cour dans son arrêt. Les raisons pour lesquelles une demande en indemnité devrait être facilitée en matière de marchés publics davantage que dans d'autres branches du droit, où l'administré est également exposé à l'arbitraire, sont en effet peu identifiables puisque l'indemnisation n'est pas liée à la survie du contrat.

⁽⁴²⁾ Considérant 35 de l'arrêt.

⁽⁴³⁾ C.J.U.E., 28 janvier 2010, *Uniplex Ltd c. NHS*, aff. C-406/08, avec concl. av. gén. J. Kokott, *J.D.E.*, mars 2010, n° 167, p. 92 (sommaire); sur cet arrêt voy. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence communautaire », *A.J.D.A.*, 2010, n° 17, p. 948.

⁽⁴⁴⁾ Concl. av. gén. J. Kokott, 29 octobre 2009, aff. C-406/08. Cette théorie avait été précédemment exposée dans des conclusions du 13 mars 2008 dans le cadre d'un arrêt *Nachrichteagentur* de 2008; C.J.C.E., 19 juin 2008, *Nachrichteagentur c. Autriche*, aff. C-454/06, avec concl. av. gén. J. Kokott, *Rec.*, p. I-4401.



15. Par ailleurs, si l'arrêt de la Cour devait être lu comme consacrant purement et simplement la suppression de la faute comme condition de fond de la responsabilité en droit européen des marchés publics, le raisonnement de la Cour dans l'arrêts *Stadt Graz* s'érigerait en contradiction avec la jurisprudence récente du Tribunal en matière de marchés publics passés par les institutions et organes de l'Union. En effet, le Tribunal, précise dans certains arrêts, que la responsabilité à établir sur la base de l'ancien article 288 du Traité C.E. – qui impose parmi les conditions de mise en cause de la responsabilité de l'institution l'établissement d'une illégalité commise par elle – nécessite la démonstration d'une faute dans le chef de l'institution mise en cause⁽⁴⁵⁾.

16. De manière générale, la thèse de l'unité se heurte à la jurisprudence belge qui met tout au plus en place un mécanisme de présomption de faute⁽⁴⁶⁾.

En outre, l'impossibilité pour un pouvoir adjudicateur de s'exonérer de sa responsabilité après une violation du droit des marchés publics implique qu'il ne dispose pas d'une marge d'imperfection dans son analyse des offres et son pouvoir d'appréciation en matière d'attribution. Or la pratique amène plusieurs auteurs à considérer que le pouvoir adjudicateur n'est souvent pas en mesure de pouvoir faire preuve de telle perfection⁽⁴⁷⁾.

17. Il sera en tout état de cause primordial de surveiller à l'avenir la portée que la Cour de justice donne réellement à cette jurisprudence manifestement susceptible de bouleverser les régimes internes de droit de la responsabilité des pouvoirs publics.

Alexandre PIRSON⁽⁴⁸⁾

⁽⁴⁵⁾ Trib. U.E., 20 octobre 2011, *Alfastar Benelux c. Conseil*, aff. T-57/09. Dans cette affaire, le Tribunal considère expressément, au point 49 de l'arrêt que « même si le Conseil n'a pas suffisamment motivé la décision attaquée, cela n'établit pas pour autant que l'attribution du marché au soumissionnaire retenu constitue une faute ni qu'il existe un lien de causalité entre ce fait et la perte invoquée par la requérante ». Pour une analyse plus approfondie des enseignements de cette affaire, voy. A. L. DURVIAUX et A. PIRSON, « Les marchés publics des institutions de l'Union (TUE) », *MCP/OoO*, 2012/2, p. 186.

⁽⁴⁶⁾ Citons également à cet égard, M. Leroy, selon lequel une critique fondamentale de la thèse de l'unité est que « la notion d'unité évoque intempestivement une assimilation totale de la faute et de l'excès de pouvoir, avec cette conséquence que l'une se déduirait de l'autre et *vice-versa*, en une relation commutative. En cela d'ailleurs, elle ne paraît pas correspondre à la pensée des auteurs qui s'y réfèrent »; M. LEROY, *op. cit.*, p. 799.

⁽⁴⁷⁾ En ce sens, voy., notamment, A. L. DURVIAUX, « Conclusions générales du colloque du 5 février 2010 », p. 205, disponible sur : <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/36284/1/Durviaux-DEF.pdf>.

⁽⁴⁸⁾ Avocat au Barreau de Liège. Assistant à l'Université de Liège.

