

CONCLUSIONS GENERALES

Par le Pr. Dr. Ann Lawrence DURVIAUX, Ulg, Avocat

1. Introduction

Des représentants de tous les acteurs intervenant classiquement dans un contentieux relatif à l'attribution d'un marché public ont pris la parole dans le cadre de cette journée d'études: autorité adjudicatrice, magistrats, avocat. La plupart, dirais-je, puisque les entreprises ne se sont pas officiellement exprimées ce jour alors que leur fédération organise la manifestation.

Depuis le début des années nonante, l'Union européenne et les Etats membres ne cessent de "réformer" le droit des marchés publics et le contrôle juridictionnel de leur passation. Le choix du mot "réformer" suggère une idée très simple, celle de corriger un dysfonctionnement, pour un mieux, de supprimer pour améliorer. La capacité de "réformer" un système est directement liée à la capacité d'analyse critique de ce qui doit disparaître pour amener ce changement salutaire que le seul mot ne peut impliquer.

Retracer les longues prémises de cette dernière réforme (I), permet d'en mesurer les avantages et imperfections, sans concession (II).

I. Les prémises de la réforme: un long retour sur le passé

Le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics n'est qu'un aspect particulier d'une question beaucoup plus large et fondamentale pour nos démocraties modernes: le contrôle juridictionnel de l'action publique.

A. La responsabilité extracontractuelle de l'administration

1. En général

1. *Le 5 novembre 1920: une date relative pour deux raisons*

Le contrôle juridictionnel de l'action publique était inexistant au 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème} siècle jusqu'à l'arrêt la Flandria 5 novembre 1920.

Cette date doit être relativisée pour une double raison.

La première est liée à la circonstance qu'il existait un contrôle juridictionnel de l'action publique avant 1920, il s'agissait du contentieux pénal. Dans le champ des marchés publics, des infractions dites de fonction existaient et les ententes étaient une réalité sanctionnée (relativement rarement si l'on en croit la jurisprudence publiée, même s'il ne s'agit pas d'un indicateur quantitatif fiable). A l'époque, il existait également un contentieux très rare relatif à la validité du contrat dans ce contexte pénal particulier. La recrudescence d'affaires pénales dans le champ des marchés publics constitue un retour en arrière saisissant.

La seconde est liée aux difficultés concrètes d'obtenir un jugement condamnant une administration après l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1920. L'application du droit commun de la responsabilité extracontractuelle aux pouvoirs publics suppose de résoudre bien des difficultés pour dépasser un problème très simple: le droit commun a été conçu pour s'appliquer à des individus jouissant de droits en principe égaux et non aux pouvoirs publics jouissant de privilèges et de responsabilités collectives indispensables au fonctionnement de la société. Sur des bases fragiles d'un point de vue conceptuel, la jurisprudence a construit ce qu'elle pouvait, et le législateur a dernièrement tenté de mettre un peu d'ordre dans cette construction séculaire.

Le triptyque est bien connu, il s'agit de démontrer une faute, un dommage et le lien de causalité en les deux.

3. Le préjudice allégué

En ce qui concerne le préjudice allégué, ce n'est que très récemment (par rapport à l'arrêt La Flandria) que la Cour a admis la compétence du pouvoir judiciaire pour prévenir ou réparer l'atteinte portée par l'administration à un droit subjectif dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire¹ ou encore dans l'exercice d'une action non liée, le

¹ Cass., 24 novembre 2005, RG C.040317.N.: "Attendu que l'autorité administrative qui prend une décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire dispose d'une liberté d'appréciation qui lui permet, dans les limites de la loi, de déterminer elle-même les modalités d'exercice de sa compétence et de choisir la solution qui lui paraît la plus adéquate; Que le pouvoir judiciaire est compétent pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif par l'autorité administrative dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire". En l'espèce, le demandeur (Glaxosmithkline SA) invoquait le droit subjectif d'être traité sans discrimination par l'autorité déduit des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que le droit subjectif d'obtenir réparation du dommage causé par l'autorité ou de demander des mesures empêchant la réalisation du dommage.

juge ne pouvant toutefois "à cette occasion, priver les autorités de leur liberté d'appréciation ou se substituer à celles-ci"².

4. La faute

En ce qui concerne la faute, et en particulier sur la question de l'unicité de l'illégalité et de la faute, la Cour de Cassation rendra seulement en 1982, un arrêt qui fera date en la matière³. Dans son arrêt du 13 mai 1982⁴, la Cour de Cassation décida que "sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des règles constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage; Attendu que les décisions d'annulation du Conseil d'Etat ont autorité de chose jugée erga omnes; Que, lorsqu'une juridiction judiciaire est valablement saisie d'une action en responsabilité fondée sur l'excès de pouvoir résultant de la méconnaissance de telles règles constitutionnelles ou légales ayant entraîné l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'Etat, la constatation par ce dernier de l'excès de pouvoir s'impose à elle; Que, dès lors, sous la réserve indiquée ci-avant, cette juridiction doit nécessairement décider que l'autorité administrative, auteur de l'acte annulé, a commis une faute et, pour autant que le lien causal entre l'excès de pouvoir et le dommage soit établi, ordonner la réparation de celui-ci".

Cet attendu a suscité de nombreux commentaires doctrinaux. Certains ont affirmé que toute illégalité commise était nécessairement constitutive d'une faute. Les développements ultérieurs de la jurisprudence de la Cour de Cassation invitent toutefois à appréhender cette affirmation avec prudence. Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 2004⁵, après avoir rappelé que "la faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, ou bien s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le

² Cass., 24 novembre 2006, RG C.05.0436.N: "L'administration qui prend une décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire bénéficie d'une liberté d'appréciation qui lui permet de déterminer elle-même les modalités d'exercice de ses compétences et de choisir les options qui lui semblent être les plus adéquates dans les limites de la loi. Le pouvoir judiciaire est compétent tant pour éviter que pour réparer toute atteinte illicite à un droit subjectif commise par les autorités dans l'exercice de leurs compétences non liées, mais ne peut, à cette occasion, priver ces autorités de leur liberté d'appréciation ou se substituer à celles-ci". Voyez également Cass., 4 mars 2004, R.G. C.03.0346.N.

³ Cet arrêt avait en réalité été précédé d'un autre arrêt du 19 décembre 1980 (JT, 1981, p. 517) posant déjà le principe. La question se pose spécialement lorsque le Conseil d'Etat a prononcé préalablement l'annulation d'une décision ou d'un règlement administratif. Cette annulation ne constitue cependant pas un préalable obligatoire à l'introduction d'une action en responsabilité à base de faute devant le juge de l'ordre judiciaire (Cass., 16 décembre 1965, Pas., 1966, I, p. 513).

⁴ Cass., 13 mai 1982, JT, 1982, p. 772 et s. avec les conclusions de Monsieur le Procureur Général J. VELU, alors Avocat général.

⁵ JLMB, 2005, p. 638 et s. et note D. DE ROY, "La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de responsabilité civile des autorités administratives: revirement ou affinement?".

critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d'un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée", la Cour va constater qu'en l'espèce, aucune norme de droit n'imposait à l'autorité administrative⁶ de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, de sorte que la décision de celle-ci ne pouvait être considérée comme fautive que si elle consistait en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité administrative normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes conditions. Dans la mesure où l'arrêt attaqué ne constatait pas l'existence de pareil comportement, la Cour de Cassation accueillit le pourvoi et cassa l'arrêt de la Cour d'Appel.

Il est permis de soutenir, à la suite de cet arrêt, que toute illégalité ne constitue pas nécessairement une faute. Tel ne sera le cas que si l'illégalité commise l'est aux dépens d'une norme imposant à l'autorité administrative de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. Si tel n'est pas le cas, il conviendra encore de vérifier que le comportement de l'autorité administrative ne s'écarte pas du comportement de l'autorité administrative normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions. S'il s'en écarte, il y aura faute. S'il ne s'en écarte pas, aucune faute ne pourra être constatée, nonobstant l'existence d'une illégalité.

5. La réparation en nature

En ce qui concerne la réparation en nature, s'appuyant sur le principe de la séparation des pouvoirs, les cours et tribunaux ont longtemps renâclé à imposer à l'Etat, déclaré responsable du fait de l'administration, une réparation en nature, alors même que celle-ci constitue le principe en matière de réparation. La réparation avait lieu par équivalent, sous forme de dommages et intérêts. Le principe de la réparation en nature n'a été admis par la Cour de Cassation que par un arrêt du 26 juin 1980⁷.

2. La responsabilité extra contractuelle et les marchés publics

Si l'on applique les principes dégagés ci-dessus à la passation des marchés publics, l'impasse est souvent juste au coin du raisonnement, du moins si une certaine rigueur reste de mise, pour des raisons finalement assez simples si les trois éléments du triptyque sont mis en perspective.

⁶ En l'espèce, l'ONSS.

⁷ JT, 1980, p. 707. Voyez sur ce point P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 392-394 et les références citées.

6. La distinction entre le concept d'illégalité et la faute: conséquence

Les concepts d'illégalité et de faute sont distincts dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de Cassation.

En droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur n'est pas toujours un professionnel de l'achat. Il est souvent un consommateur plus ou moins informé. Partant, il est délicat de lui demander une perfection dans l'analyse des offres.

Ceci reste vrai même lorsque la procédure de passation utilisée est l'adjudication publique. L'indemnisation forfaitaire ne dispense pas de la discussion sur la faute, même si de nombreux jugements et arrêts le laissent supposer: une simple violation de la réglementation ne suffit pas. Or, les jugements et arrêts condamnant récemment les administrations à des dommages et intérêts contiennent rarement des précisions complémentaires.

La réglementation est devenue une source de difficulté en soi.

D'une part, le droit communautaire est un droit en éternel devenir compte tenu de l'activisme jurisprudentiel de la Cour de Justice. Les techniques d'interprétation fonctionnelle et finaliste du droit communautaire appliquées par la Cour de Justice sont un facteur d'insécurité certain et aboutissent très souvent à des interprétations contraires au texte clair des directives. Il suffit ici de mentionner la jurisprudence relative aux relations entre pouvoirs publics qualifiées de "in house" et l'interprétation du champ d'application personnel de la réglementation, singulièrement de l'expression "entité créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial"⁸.

Ces interprétations créatives, très soucieuses des intérêts des opérateurs économiques conduit la Cour de Justice à condamner des législations nationales souvent plus "matures" que le droit communautaire et qui prévoient des solutions afin de combattre les excès ou effets pervers des procédures de passation. La Cour de Justice a plusieurs fois condamné les interdictions de participer aux procédures de passation au nom des principes généraux comme la proportionnalité.

D'autre part, le droit national reste fondamentalement formaliste. Il s'est construit depuis 1963 par une intégration maladroite et imparfaite de la jurisprudence du Conseil d'Etat, empreinte d'une logique de contrôle des actes unilatéraux, identifiés de manière artificielle dans le processus de passation des marchés publics. A chaque réforme, il

⁸ Sur ces deux exemples, voy. notre thèse de doctorat, A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc. Première partie.

transpose servilement le droit communautaire sans renoncer à remettre en question le sens de ses origines. Aussi, de nombreuses dispositions "historiques" de notre droit sont aujourd'hui en porte à faux avec le droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de Justice. Le principe de l'unicité de l'offre tel que prévu à l'article 103 de l'AR du 8 janvier 1996⁹, la théorie des irrégularités substantielles qui reste d'un flou exaspérant après 60 ans de précisions jurisprudentielles, sont susceptibles d'être remis en cause en vertu d'une certaine interprétation du principe de proportionnalité.

7. Le dommage

Il reste délicat à établir de manière rigoureuse selon les principes applicables à la responsabilité extracontractuelle. Il se présente selon des contours très différents en fonction des secteurs d'activité. En effet, lorsque les marchés sont passés dans des secteurs où les commandes publiques et privées sont nombreuses et fréquentes, il est normal que les entreprises n'obtiennent pas tous les marchés pour lesquels elles remettent une offre. Il existe un taux sans doute récurrent de remise de prix sans résultat. Partant, la démonstration d'un dommage concret lié à la perte d'un marché est une entreprise extrêmement délicate. Le fait de ne pas être choisie pour un marché offre la possibilité d'en exécuter un autre, la victime ayant l'obligation de tout faire pour minimiser son dommage, une entreprise normalement performante, ne subira que très exceptionnellement un dommage suite à la perte d'un marché.

L'indemnisation forfaitaire en adjudication du soumissionnaire irrégulièrement évincé existant depuis 1976, figurant aujourd'hui dans l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est d'une constitutionnalité douteuse. N'est-il pas évident que l'adjudication est le mode de passation qui demande le moins de travail aux soumissionnaires en terme de préparation des offres et est censé avoir pour effet de minimiser les prix (et partant la marge bénéficiaire)? Pourquoi alors prévoir une indemnisation forfaitaire de 10% en dérogation (favorable aux entreprises) au droit commun? La fixation de l'indemnisation à 10% s'explique par une aberration. Dans les années '70, la Cour des Comptes a dénoncé les excès de plusieurs administrations qui avaient spontanément indemnisé à hauteur de 50% du montant de leur offre, des entreprises qui se plaignaient d'avoir été irrégulièrement évincées, alors qu'il n'existait quasiment aucune jurisprudence publiée à l'époque faisant droit à une demande d'indemnisation introduite par une entreprise pour les motifs énoncés ci-dessus¹⁰. La faculté de renoncer à la passation prévue dans la législation de 1963, figurant toujours dans l'article 18 de la loi du

⁹ CJUE, 23 décembre 2009, Serrantoni, aff. C-376/08.

¹⁰ Il est curieux de voir coexister ce seuil de 10% avec les conditions d'application de l'article 16 du C.G.Ch. au stade de l'exécution, où la perte de 2,5% est parfois considéré comme indemnisable car faisant perdre la quasi totalité de la marge bénéficiaire de l'entreprise. A nouveau, les solutions devraient être beaucoup plus nuancées en fonction des secteurs d'activité et des périodes conjoncturelles.

24 décembre 1993, était invoquée par les juges judiciaires pour nier l'existence du lien causal entre la faute et le dommage. Cet excès de complaisance spontanée a été habilement exploité lors de l'élaboration de la loi pour "limiter" l'indemnisation à 10%.

8. Le lien causal

De nombreuses fautes commises dans le processus de passation d'un marché public ne sont pas à l'origine du dommage ultime, la perte d'un marché. Elles n'y participent que dans des proportions très variables, et parfois de manière tout à fait anecdotique. Des erreurs dans les formalités de publicité peuvent rester sans conséquence compte tenu du nombre de participants. Lorsque certaines clauses du cahier spécial des charges à la légalité douteuse n'ont pas été dénoncées avant la remise des offres et sont appliquées à tous, comment établir un lien causal avec rigueur? Lorsque l'ambiguïté de l'offre est à l'origine d'une qualification choisie par le pouvoir adjudicateur remise en cause par le juge *in fine*, l'auteur de l'offre ne participe-t-il pas immanquablement à la survenance de son dommage?

La réparation par équivalent n'allait pas de soi hier, et ne va pas plus de soi aujourd'hui, pour des raisons inhérentes aux activités économiques dans lesquelles s'inscrit la passation des marchés publics.

B. Le contrôle par le Conseil d'Etat

1. La création du Conseil d'Etat en 1946

9. Le début de l'histoire du contrôle juridictionnel de l'action publique

En matière de contrôle juridictionnel de l'action publique, la création du Conseil d'Etat marque le début de l'histoire, la vraie, celle qui allait commencer à s'inscrire dans la réalité très concrète.

Dans le champ des marchés publics, l'histoire est particulièrement passionnelle.

En 1946, hormis le contentieux pénal comme il vient de l'être rappelé, les marchés publics ne font l'objet d'aucun contrôle externe à l'administration. Puisque la réglementation est quasi inexistante, à l'époque, seuls trois articles de la loi sur la comptabilité de l'état de 1848 évoquaient l'adjudication et le gré à gré; cela n'avait rien de surprenant au demeurant. Le Conseil d'Etat va néanmoins adopter la théorie de l'acte détachable à l'instar de son homologue français, dans un contexte juridique différent certes, mais pas fondamentalement différent. Différent parce qu'en France, il existe à l'époque une réglementation plus détaillée que la nôtre. Mais dans les deux cas, c'est l'exclusion des tiers au contrat de tout prétoire qui fondamentalement, justifie *in fine*,

l'identification artificielle mais commode d'actes unilatéraux dans la passation des marchés publics (et d'ailleurs d'autres contrats conclus par des administrations). Identification artificielle car les actes émanant des pouvoirs publics dans la conclusion d'un contrat ne présentent pas la caractéristique fondamentale de l'acte unilatéral en ce qu'ils ne modifient pas l'ordonnement juridique sans rechercher le consentement de son destinataire, par définition, son consentement est manifesté par le dépôt de son offre.

Quoi qu'il en soit, l'existence de ce contrôle va fondamentalement orienter la suite de l'histoire.

10. La participation du juge à la création de la norme

Les premiers arrêts du Conseil d'Etat ont trait d'une part, à la légalité de l'utilisation de la procédure de gré à gré et d'autre part, à la question de savoir si en adjudication, l'administration doit privilégier le critère du prix ou peut faire valoir d'autres éléments dans son choix, qui seraient qualifiés aujourd'hui de critères d'attribution. En l'absence de réglementation, le Conseil d'Etat a pris le chemin de la création de la norme, sans en avoir l'air, ni la chanson. Le législateur l'a toujours suivi, assez servilement, parce que fondamentalement, les premiers arrêts étaient pleins de bon sens et permettaient une amélioration des processus d'achat.

Personne ne peut se plaindre de l'introduction de l'appel d'offres dans la législation en 1963, ni des subtilités indispensables dans la prise en considération des omissions du mètre dans la comparaison des offres singulièrement en adjudication. La haute juridiction administrative a donné des impulsions déterminantes à ces développements légaux et réglementaires.

Par contre, aujourd'hui, les exigences de transparence dans la passation telles qu'interprétées par le Conseil d'Etat imposent aux pouvoirs publics d'être plus experts que leurs cocontractants dans les secteurs d'activité dans lesquels ils passent des marchés. Un peu comme si l'on imposait à un patient de dresser *a priori* l'anamnèse idéale qui devra être conduite par le médecin pour choisir celui qui réalisera le mieux l'exercice pour mériter le privilège de le soigner! Le décalage avec la réalité est total.

Entre 1946 et aujourd'hui, le Conseil d'Etat a chaque fois été plus loin que la norme, au nom des principes généraux divers, et la Cour de Justice lui a emboité le pas.

11. Le malentendu originel: attribuer un marché n'est pas un acte d'autorité

Mais l'existence de ce contrôle de légalité par la haute juridiction administrative repose sur un malentendu originel, attribuer un marché public *n'est pas* un acte d'autorité,

ce n'est pas un privilège de l'administration, c'est un acte d'achat ou d'investissement nécessaire à son fonctionnement quotidien et indispensable à la réalisation de ses missions d'intérêt général.

12. Les dérapages verbaux

Le contrôle de légalité opéré par le Conseil d'Etat a eu pour effet de déformer les problèmes, le choix des mots est très révélateur. On a parlé ici d'effet platonique d'un arrêt d'annulation de l'acte détachable sur le contrat (l'expression est de ROMIEU, le Commissaire au Gouvernement dans les affaires qui ont accueilli la théorie de l'acte détachable en France), de la politique du fait accompli.

Que de jugements de valeur implicites proférés dans le contexte juridique de l'époque! Tous les actes unilatéraux de l'administration présentaient les mêmes caractéristiques qui étaient considérées comme inhérentes à l'action publique et une condition de son efficacité, simple conséquence des privilèges du préalable et de l'action d'office mais ce n'est que dans le champ des marchés publics qu'a plané la suspicion de "malhonnêteté", très au delà d'une illégalité. Avant l'introduction du référé administratif pourtant, tous les actes unilatéraux exécutés auraient pu être dénoncés de la même manière, ils jouissaient tous des avantages "du fait accompli".

2. Le référé administratif

13. Une certaine "efficacité": la justice rapide des apparences se substitue au contrôle de légalité

En fait, l'action publique va se heurter frontalement au juge avec la création du référé administratif, imposée par le droit international. Finit ici, l'histoire du contrôle de la *légalité* de l'attribution des marchés publics.

Il était une fois, l'histoire de la *course à l'attribution du marché*, paradoxalement menée devant un juge qui n'est pas censé s'occuper d'un contentieux des droits subjectifs.

Certes, l'histoire a failli mal tourner.

Si le contexte législatif et réglementaire a évolué (de l'absence de norme à une prolifération de normes en perpétuels devenir, en Belgique on a même des lois non en vigueur censées remplacer à terme la législation en vigueur, qui sont dépassées par des actualisations de la législation en vigueur censée disparaître), les problèmes de fond restent les mêmes.

14. Réapparition de l'obstacle infranchissable du dommage

La perte d'un marché constitue-t-elle vraiment un préjudice grave difficilement réparable?

Bien évidemment non, la plupart du temps, très rarement oui, dans des circonstances très exceptionnelles, bien plus exceptionnelles sous l'angle économique que les conditions actuellement posées par les chambres francophones du Conseil d'Etat pour reconnaître l'existence d'un marché de référence!

Qu'à cela ne tienne, après l'indemnisation forfaitaire induite en adjudication, le législateur fortement poussé dans le dos par la Cour de Justice et le législateur européen va supprimer l'exigence du préjudice grave difficilement réparable dans le cadre de la passation des marchés, en réintroduisant, une balance des intérêts.

Que dire de la jurisprudence qui impose la communication intégrale des offres dans le cadre des débats avant notification du marché (dans le cadre des référés), si ce n'est qu'elle fausse totalement le processus de mise en compétition du moins si l'on considère celui-ci sous l'angle de la théorie économique, des agents économiques ne pouvant prendre connaissance des offres de leurs concurrents. A elle seule, cette jurisprudence démontre le déséquilibre profond du système mis en place, où les droits des "perdants" semblent être privilégiés à toute autre considération, singulièrement l'idée première de la passation des marchés publics, une mise en concurrence des opérateurs économiques en vue d'obtenir les meilleures conditions d'exécution pour le client - ici, les pouvoirs publics.

II. La loi du 23 décembre 2009: prolongement ou réforme?

15. Présentation

La loi du 23 décembre 2009 transpose 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, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 20 décembre 2007.

La Directive 2007/66/CE poursuit l'objectif d'améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, efficacité dont les contours varient selon que les marchés relèvent de la directive générale ou de la directive secteurs spéciaux. Sa transposition devait être effectuée pour le 20 décembre 2009 au plus tard.

Cinq modifications sont censées œuvrer à l'amélioration de l'efficacité : premièrement, l'obligation généralisée de respecter un délai d'attente¹¹ pour tous les marchés relevant du droit dérivé; deuxièmement, l'imposition d'un délai minimal afin de permettre au juge saisi de statuer sur la demande de suspension; troisièmement, une sanction radicale pour les marchés passés en violation de ce dispositif, l'absence d'effets prononcée par un juge, sanction qui ne sera pas applicable pour les marchés à passer par procédure négociée sans publicité pour autant que le pouvoir adjudicateur ait publié au JOUE un avis exprimant son intention de conclure le marché tout en respectant un délai minimum avant de procéder à la conclusion; quatrièmement, l'instauration d'une sanction de substitution à cette "absence d'effets" lorsqu'elle est jugée inopportune; enfin, la suppression du système d'attestation volontaire et de conciliation prévu par la Directive 92/13/CEE, resté quasiment sans application. Les options prises par le législateur belge sont partant principalement déterminées par le droit européen (A).

La réforme comporte à tout le moins deux aspects strictement internes. D'une part, la Belgique a décidé de revoir la protection juridictionnelle des soumissionnaires et candidats évincés dans le cadre de procédures d'attribution de marchés publics n'atteignant pas les seuils européens¹². D'autre part, le législateur a ensuite opté pour une certaine répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et le Conseil d'Etat (B).

A. La transposition de la Directive 2007/66/CE: régime des marchés publics atteignant les seuils européens

16. Nouvelle terminologie

Le législateur a pris le soin de définir les notions clés du nouveau dispositif légal.

Treize nouvelles notions sont ajoutées à la boîte à outils des acteurs de la commande publique. De manière curieuse, le législateur a rangé le concours de projet dans la notion de marché alors qu'il s'agit d'une procédure d'octroi spécifique aux marchés de services.

¹¹ A la suite de l'arrêt de la CJUE du 28 octobre 1999, *Alcatel Austria*, aff. C-81/98. La solution retenue dans cet arrêt n'est pas neuve, la doctrine l'avait préconisée de longue date, Rémion déjà en 1952 dans un article publié dans la *RJDA*, E. CLERCQ, dans sa thèse de doctorat consacrée à la protection juridictionnelle des soumissionnaires en Suisse et en Europe.

¹² Arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (MB, 16 février 2010), en vigueur le 25 février 2010. Cet arrêté introduit d'une part, les dispositions en matière d'information et de communication pour les marchés soumis au titre III de la loi du 23 décembre 2009 pour lesquels le Roi peut prévoir des règles dérogatoires, d'autre part, des annexes nouvelles ou modifiées relatives à la transparence ex-ante volontaire et aux avis d'attribution de marchés, et enfin, des adaptations formelles.

L'expression "**autorité adjudicatrice**" recouvre les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice servant à déterminer le champ d'application personnel de la loi du 24 décembre 1993. Le "**candidat**" est l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui introduit une demande de participation dans le cadre d'une procédure restreinte (ou négociée avec publicité), dans le cadre de la gestion d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux et également dans le cadre du système de la liste de candidats sélectionnés. L'"**attribution du marché**" vise la décision unilatérale de l'autorité adjudicatrice opérant le choix de l'offre du soumissionnaire à qui le marché est destiné à être confié. Cette d'une clarification conceptuelle, figurant déjà dans l'article 2 de la loi du 16 juin 2006¹³ consacrant la théorie de "l'acte détachable" du contrat, s'explique par une discussion doctrinale vive dans la littérature flamande. La notion devient utile au juge judiciaire, instance de recours pour juger de la légalité des décisions d'attribution qui n'émanent pas d'une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées du Conseil d'Etat. "**La conclusion du marché**" vise la naissance du lien contractuel qui se réalise par la notification de l'approbation de l'offre au soumissionnaire choisi.

Deux notions nouvelles sont particulièrement importantes pour l'organisation de la protection juridictionnelle. Il s'agit du "candidat" et du "soumissionnaire concerné".

Le "**candidat concerné**", notion nouvelle, imposée par la Directive 2007/66/CE est le candidat à qui l'autorité adjudicatrice n'a pas encore notifié les motifs de la non-sélection avant que la décision d'attribution soit notifiée aux soumissionnaires concernés. Une simple information de non-sélection ne suffit pas à faire perdre la qualité de candidat concerné, seule une notification des motifs de non-sélection *antérieure* à la notification de la décision d'attribution permet de perdre cette qualité. La preuve de la chronologie de l'information diffusée devient cruciale pour l'autorité adjudicatrice. Si le candidat concerné perd cette qualité par la notification antérieure même de quelques minutes, il demeure une personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée au sens de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993. L'ancien candidat concerné jouit toujours d'un intérêt à un recours (à effet utile) dirigé contre la décision d'exclusion et contre la décision d'attribution, puisqu'il bénéficie indirectement de la suspension du délai prévue à l'article 65/11 de la même loi.

Le "**soumissionnaire concerné**", notion nouvelle imposée par la Directive 2007/66/CE, vise le soumissionnaire¹⁴ non définitivement exclu de la participation à la procédure

¹³ Loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

¹⁴ L'entrepreneur, le fournisseur, le prestataire de services ou le candidat sélectionné qui a déposé une offre.

par une décision motivée qui lui a été notifiée et qui n'est plus susceptible d'un recours devant l'instance de recours ou qui a été jugée licite par l'instance de recours. Il s'agit par exemple, du soumissionnaire déclaré irrégulier par une décision motivée qui ne lui a pas encore été notifiée ou du soumissionnaire à qui la décision motivée d'irrégularité a été notifiée alors qu'il peut encore introduire un recours juridictionnel ou qu'il a introduit un tel recours qui est toujours pendant. La qualité de soumissionnaire concerné se perd lorsque l'instance de recours juge licite l'exclusion du soumissionnaire ou lorsque le délai de recours est échu.

1. La motivation et les mesures d'information

a. La motivation

17. *Un régime particulier de motivation*

Le régime des décisions motivées a été précisé avec beaucoup de soin par le législateur. L'étendue de l'obligation d'établir une décision motivée, le moment de l'établissement de la décision et le contenu de la décision figurent désormais dans la loi qui reprend, la plupart du temps, des solutions jurisprudentielles dégagées sous l'empire de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle et des dispositions antérieures du droit des marchés publics. La loi du 23 décembre 2009 introduit un régime particulier de motivation qui entend déroger à la loi du 29 juillet 1991. Ainsi, elle s'applique aux autorités adjudicatrices, notion qui dépasse largement celle d'autorité administrative.

18. *Les hypothèses dans lesquelles une décision motivée doit être établie*

Les hypothèses dans lesquelles une décision motivée doit être établie sont précisées dans l'article 65/4 de la loi. Il s'agit de la décision de recourir à une procédure négociée sans publicité (censée déroger en partie au principe de transparence), la décision de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques (cette procédure n'étant autorisée que dans des hypothèses légalement définies dans les secteurs classiques¹⁵), la décision de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux, la décision de la sélection des candidats quand la procédure comprend une phase autonome de sélection¹⁶, la décision d'attribution du marché (pour tous les marchés, dont l'accord-cadre et les marchés attribués sur base de l'accord-cadre) et la décision de renoncer à passer le marché et la décision, le cas échéant, de relancer une nouvelle procédure.

¹⁵ Alors qu'elle est une procédure ordinaire dans les secteurs spéciaux.

¹⁶ Les candidats auxquels cette décision ne serait pas communiquée avant la décision d'attribution restent concernés par la procédure et peuvent introduire un recours après le délai d'attente, alors même qu'ils n'ont pas eu l'occasion de remettre une offre.

19. Le moment de l'établissement de la décision

En principe, la décision doit être établie au moment où elle se prend. Le législateur a introduit cependant des exceptions¹⁷. Si les motifs permettant le recours à la procédure négociée doivent exister au moment de la prise de décision, la formalisation de la décision peut, dans certaines hypothèses¹⁸, être réalisée *a posteriori*. Sans surprise, il en va ainsi en cas d'urgence impérieuse, pour les achats en bourse ou d'opportunité compte tenu de l'impact du temps dans ces transactions. La décision motivée devra toutefois intervenir dans les 15 jours.

20. Le contenu de la décision motivée

Le contenu de la décision motivée est précisé par le menu¹⁹ et varie fort logiquement en fonction de l'objet de celle-ci. Elle comportera généralement, le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver; en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure; les noms des candidats ou des soumissionnaires; en cas de système de qualification dans les secteurs spéciaux d'une part, les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable et d'autre part, les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable; les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes; les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction, ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues²⁰; les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue²¹; les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie.

¹⁷ Article 65/4, al. 2 et 3.

¹⁸ Celles visées aux articles 17, § 2, 1°, b, al. 2, 2^{ème} tiret, et c, 39, § 2, 1°, c, et 3°, b et c, et 59, § 2, 1°, d, et 4°, b et c.

¹⁹ Article 65/5.

²⁰ Ces ajouts superflus compte tenu du fait que les motifs d'irrégularité des offres figurent généralement dans le rapport d'analyse et la décision d'attribution, sont destinés à transposer, d'une part, l'article 43, al. 1, d), de la Directive 2004/18/CE et, d'autre part, l'article 41 de la Directive 2004/18/CE et 49 de la Directive 2004/17/CE. La Cour de Justice des Communautés européennes dans ses arrêts C-287/07 et C-292/07 du 23 avril 2009, a condamné la Belgique pour défaut de transposition dans la version antérieure de la réglementation.

²¹ *Ibid.*

21. La formalité du procès-verbal

Enfin, l'article 65/6 indique que la décision visée à l'article 65/5 vaut "procès-verbal" et est transmise, à sa demande, à la Commission européenne. Dans les secteurs classiques, le procès-verbal doit être complété par l'indication de la part du marché éventuellement réservé à la sous-traitance²². Le législateur a fort opportunément établi un lien entre les deux formalités, celle du procès verbal²³ et la décision motivée.

B. Les mesures d'information

22. Pas de nouveauté fondamentale

Les mesures d'information ne comportent pas de nouveautés fondamentales par rapport au régime antérieur. Elles visent la décision de non sélection pour les procédures en deux phases, la décision d'attribution dans toutes les procédures, la décision de renoncer à passer le marché dans toutes les procédures. Elles comportent un volet confidentialité. A nouveau, le souci de clarification a dominé la réforme.

23. Les procédures en deux phases

Dans les procédures en deux phases (procédures restreintes et procédures négociée avec publicité), l'article 65/7 oblige l'autorité adjudicatrice à communiquer à tout candidat non sélectionné, dès le moment où elle a pris la décision motivée de sélection, sans autre précision de délai: les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision; en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection²⁴.

Comme d'autres²⁵, cette information limitée ne semble pas suffisante. Un candidat peut utilement prendre connaissance de ses failles (il n'a pas atteint les seuils fixés, ce dont il doit se douter) ou prendre connaissance des éléments de force de ses concurrents (tel candidat était meilleur pour telle raison), il peut également se soucier de

²² Voy., l'article 43, al. 1, e), de la Directive 2004/18/CE.

²³ Le procès-verbal visé à l'article 43 de la Directive 2004/18/CE ne se limite en effet pas aux procédures nécessitant une publicité européenne préalable obligatoire mais s'applique également aux procédures négociées sans publicité.

²⁴ Les travaux préparatoires (Doc. Parl., Ch. Repr., 52-2276/001, 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, p. 19) donnent l'exemple suivant: "l'autorité adjudicatrice pourrait décider de ne retenir, par exemple, que les six meilleurs candidats même si un nombre supérieur de candidats est apte à exécuter le marché. Ceux qui n'ont pas été sélectionnés doivent dans ce cas être en mesure de pouvoir comparer leur situation avec celle de ceux qui ont été sélectionnés. Il importe donc qu'ils puissent avoir connaissance des éléments qui ont conduit l'autorité adjudicatrice à sélectionner leurs concurrents plutôt qu'eux."

²⁵ E. THIBAUT ET S. WAUTHIER, "Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009", *Chronique des marchés publics 2010*, Kluwer, à paraître.

savoir si des concurrents qui présentent des faiblesses ou insuffisances analogues aux siennes, n'ont pas été néanmoins sélectionnés. Le législateur en a décidé autrement sans doute pour éviter la curiosité exagérée de certains en oubliant cependant que ceux qui veulent vraiment savoir, auront tendance à se tourner alors vers le juge pour prendre connaissance de l'intégralité du dossier administratif (sous réserve des pièces confidentielles).

24. La décision d'attribution

Dans toutes les procédures de passation, la décision d'attribution doit être communiquée. Son contenu diffère cependant lorsque la procédure est ouverte ou restreinte, et contient dans la première hypothèse, les éléments de sélection qualitative à l'inverse de la seconde hypothèse où ces éléments sont consignés dans une décision distincte.

En vertu de l'article 2bis, § 2, alinéa 4, 1^{er} tiret, des Directives 89/665/CEE et 92/13/CEE, l'autorité adjudicatrice peut se limiter à un "exposé synthétique" des motifs à chacun en fonction de sa situation. Le législateur a préféré opter pour la simplicité: une seule décision d'attribution est établie pour le marché, décision dont des parties sont extraites pour être communiquées aux participants en fonction de leur situation propre.

Le contenu de la communication ne varie pas par rapport au régime déjà en vigueur²⁶: tout soumissionnaire non sélectionné doit recevoir les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée²⁷; tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière doit recevoir les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée; tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie²⁸ doit recevoir la décision motivée intégrale, soit celle comportant des éléments de sélection qualitative (en procédure ouverte), des éléments relatifs à la régularité des offres (et surtout à l'irrégularité de certaines), et des éléments relatifs à la comparaison des offres.

25. La combinaison avec le délai d'attente

Lorsqu'un délai d'attente doit être respecté²⁹, la communication comportera en outre: la mention précise de la durée exacte du délai d'attente; la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de

²⁶ Art. 65/8, § 1.

²⁷ Doc. Parl., Ch. Repr., 52-2276/001, 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, p. 20.

²⁸ Le soumissionnaire retenu est informé de la même manière.

²⁹ En vertu de l'art.65/11, al. 1.

suspension³⁰; la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle cet avertissement peut être envoyé.

Auparavant³¹, il était prévu qu'en l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur parvenue dans les délais, la procédure de passation pouvait être poursuivie, afin d'assurer la sécurité juridique. Il s'agissait en effet, de garantir l'information de l'autorité adjudicatrice afin de lui éviter une conclusion du marché alors qu'un recours avait été introduit. La solution pragmatique du législateur belge n'a pas séduit la Commission européenne. Il suffit désormais que ce recours ait été introduit dans le délai imparti de 15 jours, l'avertissement devenant une modalité dont l'utilisation est laissée à l'appréciation du requérant. On ne peut que regretter cette solution qui ne présente aucun intérêt ni pour le requérant, ni pour les autorités adjudicatrices. La France, a, quant à elle, persisté dans l'exigence d'une notification de l'introduction du recours³². Espérons que la Commission ne s'en formalisera pas et que le législateur belge en revienne à la version antérieure de la loi.

La communication de la décision d'attribution doit avoir lieu immédiatement, par télécopieur, courrier électronique ou autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée, dès qu'elle est prise, sans autre précision de délai³³.

La communication de la décision motivée au soumissionnaire ne crée aucun lien contractuel³⁴. Fort judicieusement, le législateur a prévu la suspension du délai de validité des offres pendant le délai d'attente. Cette suspension prend fin, si aucun recours - conforme à l'article 65/11 - n'a été introduit durant celui-ci, à l'expiration du délai d'attente, si un recours - conforme à l'article 65/11 - a été introduit, au jour de la décision de l'instance de recours statuant sur la demande de suspension, ou au plus tard 45 jours après la communication de toute ou partie de la décision d'attribution aux soumissionnaires, que l'instance de recours ait statué ou non.

A l'instar de ce qui était déjà prévu, la communication de la décision de renoncer à la passation du marché et le cas échéant la décision de relancer le marché selon une autre procédure doivent être communiquées aux candidats concernés et aux soumissionnaires³⁵.

³⁰ Pour autant que cette demande soit conforme aux conditions posées par l'article 65/11.

³¹ Voy, les articles 21bis, 42sexies et 62bis de la loi du 24 décembre 1993, abrogés par la loi du 23 décembre 2009.

³² E. THIBAUT ET S. WAUTHIER, "Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009", déjà cité.

³³ Art. 65/8.

³⁴ Art. 65/8, § 2.

³⁵ Art. 65/9.

Pour finir, certains renseignements peuvent ne pas être divulgués "lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises"³⁶. Les personnes à qui incombent ce devoir de confidentialité sont précisées. Sans surprise il s'agit de l'autorité adjudicatrice mais également des personnes qui interviennent pour son compte (auteurs de projets, assistants maîtrise d'ouvrage, ou consultants). Enfin, le législateur a fort opportunément interdit l'accès aux documents relatifs à la procédure avant la prise de décision relative à la sélection, à la qualification, à la régularisation des offres, à l'attribution du marché, ou à la renonciation à la passation.

2. Les recours

a. Le principe du délai d'attente

26. *L'origine du délai d'attente*

Le principe du délai d'attente n'est pas neuf.

L'organisation d'un délai d'attente entre la décision d'attribution et sa notification à l'adjudicataire a d'abord été l'œuvre du juge judiciaire intervenant en référé³⁷. Il s'agissait d'une stratégie d'attaque imaginée par les plaideurs en réaction à la jurisprudence des chambres francophones confirmée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat. La haute juridiction administrative a refusé de prononcer la suspension de l'exécution de la décision d'attribution lorsque le marché était conclu³⁸ puisqu'alors le préjudice grave difficilement réparable était réalisé.

Cette difficulté d'une intervention utile d'un juge intervenant au titre de l'urgence (référé judiciaire ou administratif) existait sous différentes formes dans les Etats membres. Aussi, la Cour de Justice a été logiquement saisie du problème et rendu l'arrêt Alcatel³⁹ qui allait participer à la refonte des directives recours. En droit belge, l'imposition du délai d'attente a d'abord pris la forme d'une circulaire et puis très vite d'une modification de la loi du 24 décembre 1993 par la loi programme du 9 juillet 2004 insérant un article 21bis dans cette dernière, modifié par la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses qui a d'une part, modifié les dispositions relatives à l'information, et d'autre part, retiré le bénéfice du délai d'attente aux candidats et enfin, étendu le principe du délai d'attente aux secteurs spéciaux. La loi du 16 juin 2006 relative à l'at-

³⁶ Art. 65/10, § 1.

³⁷ Avec des résultats spectaculaires, comme dans l'affaire dite des bus wallons, avec les deux ordonnances rendues par le Président de Première Instance de Namur en 1997.

³⁸ CE (AG), n° 87.983, 15 juin 2000, Feyer Formanova.

³⁹ CJUE, aff. C-81/98, 28 octobre 1999, Alcatel Austria.

tribution, à l'information aux candidats et aux soumissionnaires et au délai d'attente comportait des mesures analogues. Elle n'entrera probablement jamais en vigueur comme telle puisqu'elle fut très vite dépassée par la nouvelle directive.

27. Le fonctionnement concret du délai d'attente dans la loi du 23 décembre 2009

Sur le principe de l'instauration d'un délai d'attente, la loi du 23 décembre 2009 ne comporte pas de nouveauté significative. Toutefois, le législateur a clarifié son fonctionnement concret.

En principe, les autorités adjudicatrices doivent attendre un délai de 15 jours entre d'une part, la décision d'attribution du marché et d'autre part, la notification de cette décision à l'adjudicataire, scellant le lien contractuel. Le délai de 15 jours prend cours à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés et aux soumissionnaires concernés⁴⁰. A défaut de simultanéité entre ces envois, le délai prend cours, pour le candidat concerné ou le soumissionnaire concerné, le lendemain du jour du dernier envoi.

Le délai d'attente ne s'applique toutefois pas à la passation d'un marché public pour lequel aucune publicité européenne préalable n'est requise (procédure négociée sans publicité et services repris dans l'annexe II B de la loi du 24 décembre 1993) et lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés (soit la situation rare où il n'existerait qu'un seul soumissionnaire dans le cadre d'une procédure en deux phases)⁴¹. S'il existe des candidats non sélectionnés, ils sont réputés concernés par le délai d'attente si l'autorité adjudicatrice ne leur a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant la communication de la décision d'attribution au soumissionnaire; partant, un délai d'attente s'impose dans cette hypothèse.

Ce délai d'attente est censé permettre aux candidats et soumissionnaires alors informés d'introduire un recours en suspension (en extrême urgence ou en référé judiciaire).

Si aucun recours n'est introduit pendant le délai de 15 jours, l'autorité adjudicatrice peut notifier la décision en vue de conclure le marché⁴².

Si un recours est introduit, la gestion du conflit est plus complexe pour les deux parties.

⁴⁰ Conformément à l'article 65/8, § 1, al. 3.

⁴¹ Art. 65/12.

⁴² Art. 65/11, al. 4.

L'auteur du recours est seulement *invité* à avertir l'autorité adjudicatrice du l'introduction du recours, l'obligation formelle d'information du recours reposant sur l'instance de recours⁴³. La suspension de l'exécution de la décision d'attribution est alors automatique - nouveauté importante introduite par la loi du 23 décembre 2009 - mais ne bénéficie qu'à l'auteur du recours. Cette suspension automatique était nécessaire compte tenu de l'attitude de certains pouvoirs adjudicateurs qui ont, sous l'empire de l'ancienne réglementation, parfois pris la liberté de notifier le marché le 16^{ème} jour alors que l'instance de recours était saisie mais n'avait pas rendu de décision⁴⁴.

Si l'instance de recours saisie rejette la demande de suspension ou de mesures provisoires, l'autorité peut notifier le marché.

Si l'instance de recours estime la demande fondée et suspend l'exécution de la décision d'attribution, la suspension entraîne de plein droit la suspension du marché éventuellement conclu en violation de l'article 65/11. L'autorité adjudicatrice doit alors tirer les conséquences de cette suspension, en procédant à la réfection de l'acte, au lancement d'une nouvelle procédure ou à l'abandon pur et simple du marché. Si le marché avait été conclu en violation de l'article 65/11, l'autorité adjudicatrice doit ordonner à l'adjudicataire soit de ne pas commencer le marché, soit d'en arrêter l'exécution. Si aucune demande en annulation ou en déclaration d'absence d'effets n'est introduite dans les délais prévus à l'article 65/23, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché est levée de plein droit.

b. Les recours proprement dits: annulation, suspension, déclaration d'absence d'effets

28. La compétence générale d'annulation

Les instances de recours jouissent de la compétence générale d'annuler⁴⁵ les actes constituant un détournement de pouvoir ou pris en violation du droit communautaire (les Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, droit primaire et principes généraux de droit communautaire), de la loi et ses arrêtés d'exécution; des dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné, et enfin, des documents du marché. Toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché ou ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée peut introduire le recours en annulation⁴⁶. L'annulation peut viser la décision d'attribution proprement dite, la décision d'arrêter le cahier spécial des charges, les

⁴³ Art. 65/25, al. 2.

⁴⁴ Mis en avant dans l'exposé des motifs, CE, n° 179.865, 19 février 2008, NV Van Den Bergh c/ Etat belge; CE, n° 191.149, 5 mars 2009, Segelec c/ Communauté française.

⁴⁵ Art. 65/14.

⁴⁶ La volonté est d'interpréter très largement cette condition d'intérêt.

décisions prises dans le cadre de la sélection qualitative ou de la qualification. Nul doute que le Conseil d'Etat suivra sa jurisprudence adoptée sous l'empire de l'article 14 des lois coordonnées en ce qui concerne la notion d'acte attaquant.

29. La compétence générale de suspension

Les instances de recours jouissent également de la compétence générale de suspendre les décisions visées par l'article 65/14⁴⁷. Elles peuvent être saisies par des personnes justifiant du même intérêt que celui requis pour l'annulation. La suspension peut être assortie d'une astreinte et de mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés ou des mesures provisoires nécessaires à l'exécution de la décision de suspension. Les mesures provisoires peuvent consister en des injonctions par exemples de réintégrer un candidat irrégulièrement évincé⁴⁸, elles sont introduites soit avec une demande de suspension soit avec une demande d'annulation. Le Conseil d'Etat reste compétent pour ordonner des mesures provisoires tant qu'il est saisi d'un recours en annulation. La demande en suspension devant le Conseil d'Etat doit désormais être impérativement introduite selon la procédure d'extrême urgence; elle doit être introduite selon la procédure de référé judiciaire, si l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité administrative⁴⁹.

Nouveauté importante mais relative⁵⁰, le législateur a dérogé dans le cadre des marchés publics uniquement, à la condition de préjudice grave difficilement réparable posée par l'article 17, § 2 des lois coordonnées du Conseil d'Etat⁵¹. En contre partie, le Conseil d'Etat devra désormais opérer une balance des intérêts avant de prononcer la suspension des actes ou les mesures provisoires. Les travaux préparatoires ne sont pas très explicites sur cette balance des intérêts. Si la suppression de la condition de préjudice grave difficilement réparable peut apparaître comme une amélioration de la situation procédurale des requérants, (du moins s'il oublie qu'en d'autres circonstances, il pourrait être adjudicataire du marché et partie intervenante et voir sans doute ce progrès différemment), la manière dont la balance des intérêts sera exercée le Conseil d'Etat sera déterminante pour l'équilibre du nouveau système mis en place.

Un des apports fondamentaux de la réforme réside dans les liens tissés en la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et la suspension du contrat lorsqu'il présente des irrégularités susceptibles d'affecter sa légalité ou lorsqu'il a été conclu en violation du délai d'attente⁵². Cette compétence de suspension du contrat dans le chef

⁴⁷ Art. 65/15.

⁴⁸ CE, n° 46.858, 8 avril 1995, Motorola c/ Etat belge.

⁴⁹ Art. 65/24.

⁵⁰ Puisque figurant déjà dans la loi du 16 juin 2006.

⁵¹ Art. 65/15.

⁵² Art. 65/13.

des juridictions judiciaires n'est pas nouvelle, soit au titre de mesures d'attente ou d'avant-dire droit (article 19, alinéa 2 du Code Judiciaire) soit dans au titre de mesure provisoire pour prévenir la violation d'un droit subjectif gravement menacé (dans le cadre d'un référé). Par contre, il s'agit d'une nouveauté pour le Conseil d'Etat - si l'on met de côté la célèbre saga EGTA Contractors Antwerpen⁵³. Depuis l'arrêt Formanova⁵⁴, la scission entre d'une part, le contentieux de légalité des actes administratifs relevant de la compétence du Conseil d'Etat et d'autre part, le contentieux subjectif de la validité du contrat relevant des juridictions judiciaires, était complète. Désormais, la suspension de la décision d'attribution entraîne la suspension automatique du contrat, même lorsqu'elle est prononcée par le Conseil d'Etat⁵⁵, et indépendamment de l'application du délai d'attente ou non.

30. La déclaration d'absence d'effets

Les instances de recours peuvent également prononcer la déclaration d'absence d'effets d'un marché⁵⁶; il s'agit sans nul doute de la sanction la plus grave, intervenant dans la phase d'exécution du contrat. Exigée par le droit communautaire afin de permettre aux opérateurs économiques de retrouver une chance d'exécuter le marché, elle est censée sanctionner les violations les plus graves, comme le non respect des mesures de publicité européennes exigées par le droit dérivé et la réglementation de transposition et lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché en violation du délai d'attente ou sans attendre que l'instance de recours ait statué pour autant que cette violation d'une part, ait privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension visé à l'article 65/11, alinéa 2, et d'autre part, soit accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et que cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

L'action peut être intentée par "toute personne intéressée". La Cour de Justice a déjà considéré qu'il appartenait à l'autorité de faire cesser le manquement au droit communautaire⁵⁷; à ce titre, une autorité de tutelle semble également justifier de l'intérêt requis⁵⁸. Afin d'éviter le risque de tierce opposition, l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire seront appelés à la cause, la première étant obligée de communiquer l'identité du second au requérant. La demande de déclaration d'absence d'effets peut être introduite avec la demande d'annulation⁵⁹ ou séparément.

⁵³ CE, n° 40.734, 13 octobre 1992.

⁵⁴ Déjà cité.

⁵⁵ Art. 65/13.

⁵⁶ Art. 65/17.

⁵⁷ CJCE, aff. C-503/04, 18 juillet 2007, Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne.

⁵⁸ Dans le même sens, E. THIBAUT ET S. WAUTHIER, "Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009", déjà cité.

⁵⁹ Visée à l'article 65/14.

Trois hypothèses permettent d'échapper à la déclaration d'absence d'effets: lorsque le juge reconnaît qu'il existe des raisons impérieuses d'intérêt général imposant le maintien des effets du marché⁶⁰, en cas de "rédemption"⁶¹ et en cas de violation vénielle⁶².

La première hypothèse se rencontre lorsque la continuité du service public, par exemple en matière de santé publique est en jeu. Le fonctionnement d'un hôpital suppose un approvisionnement en médicaments ou des vaccins parfois dans des situations de crise qui ne souffrent pas de délai. Le principe de proportionnalité est susceptible d'influencer la décision du juge à ce titre également. Lorsque le juge refuse de prononcer l'absence d'effets du contrat, il peut - voire doit - se tourner vers des sanctions de substitution⁶³.

La seconde hypothèse vise le marché passé par procédure négociée sans publicité alors que l'autorité adjudicatrice a publié au JOCE et au BA un avis annonçant son intention de conclure le marché et de respecter un délai minimum de 10 jours avant de procéder à cette conclusion⁶⁴, elle peut échapper à la sanction de déclaration d'absence d'effets⁶⁵. Il s'agit du nouvel "avis en cas de transparence ex ante volontaire"⁶⁶ vers lequel les autorités adjudicatrices auront tout intérêt de se tourner. Cet avis contient les informations suivantes: le nom et les coordonnées de l'autorité adjudicatrice; la description de l'objet du marché; la justification de la décision de l'autorité adjudicatrice de passer le marché sans publicité européenne préalable; le nom et les coordonnées du soumissionnaire auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'autorité adjudicatrice.

Enfin, lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché sans respecter le délai d'attente ou sans attendre que l'instance saisie d'un recours ait statué, la sanction de l'absence d'effets ne peut être prononcée si la violation est vénielle, soit moins grave que celle visée à l'article 65/17. Concrètement, le soumissionnaire doit avoir eu la possibilité d'introduire une demande en suspension durant le délai d'attente⁶⁷ et il ne peut y avoir une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou

⁶⁰ Art. 65/20.

⁶¹ Art. 65/18.

⁶² Art. 65/22.

⁶³ Art. 65/22.

⁶⁴ A compter du lendemain du jour de la publication au JOCE.

⁶⁵ Art. 65/18.

⁶⁶ Voy. les articles 26, 52, 136bis nouveaux de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (modèle d'avis figurant à l'annexe 9 de cet arrêté), 112 nouveau de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 (modèle d'avis figurant à l'annexe 11 de cet arrêté) et 33bis nouveau de l'arrêté royal du 18 juin 1996 (modèle d'avis figurant à l'annexe 7 de cet arrêté), tels que modifiés par l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (MB, 16 février 2010), en vigueur le 25 février 2010.

⁶⁷ Par exemple si l'autorité adjudicatrice a octroyé un délai d'attente trop court sans empêcher toutefois le requérant d'introduire un recours endéans celui-ci, ou si le délai accordé était bien de 15 jours mais que l'autorité adjudicatrice n'a pas attendu que le juge saisi ait statué pour conclure le contrat.

de ses arrêtés d'exécution, de nature à compromettre les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché. Partant, un soumissionnaire mal classé ne peut espérer obtenir l'absence d'effets de ce marché même conclu irrégulièrement. Si la déclaration d'absence d'effets n'est pas prononcée en raison du caractère véniel de la violation, le juge pourra se tourner vers les sanctions de substitution⁶⁸.

Lorsque l'instance de recours prononce la déclaration d'absence d'effets⁶⁹, celle-ci implique l'annulation avec effet rétroactif de toutes les obligations contractuelles ou une annulation sans effet rétroactif assortie d'une pénalité financière prévue à l'article 65/22.

31. Les sanctions de substitution⁷⁰

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de toute personne intéressée, mettre un terme à l'exécution d'un marché public ou imposer une sanction financière à l'autorité qu'elle versera au Trésor et dont le montant maximum s'élève à 15% du montant du marché. Cette pénalité d'un montant dissuasif pour toutes les autorités adjudicatrices à l'exception de celles qui relèvent de l'Etat Fédéral⁷¹, s'ajoute à d'éventuels dommages et intérêts qui pourraient être réclamés par la partie requérante en réparation de son préjudice. Le juge tient compte de toutes les circonstances de l'espèce pour prononcer cette pénalité, l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire étant appelés à la cause.

32. Les délais de recours

Les délais de recours ont été harmonisés que l'instance de recours soit le Conseil d'Etat ou les juridictions ordinaires. Le législateur a rendu applicable au calcul des délais de recours organisés par la loi du 23 décembre 2009, les dispositions du Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire⁷².

⁶⁸ Art. 65/22.

⁶⁹ Art. 65/19.

⁷⁰ Art. 65/22.

⁷¹ Nul doute que cette disposition fera l'objet d'un avis motivé de la part de la Commission européenne.

⁷² Les jours fériés à prendre en considération sont tous les jours prévus comme tels dans l'Etat membre. Les jours ouvrables à prendre en considération sont tous les jours autres que les jours fériés, les dimanches et les samedis. Si un délai exprimé en jours, en semaines, en mois ou en années est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai. Les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis sauf si ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables. Si le dernier jour d'un délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un dimanche ou un samedi, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant, à l'exception des délais calculés rétroactivement à partir d'une date ou d'un événement déterminé.

Le point de départ des recours est lié à la publication des avis, la communication ou la prise de connaissance des décisions.

La demande d'annulation d'un acte d'une autorité adjudicatrice doit être introduite dans les soixante jours; la demande de suspension doit l'être dans un délai de quinze jours sauf en cas de publication d'un avis ex ante volontaire où le délai est alors réduit à dix jours. Le recours en dommages et intérêts doit être introduit dans un délai de cinq ans. Le recours en déclaration d'absence d'effets doit être introduit dans un délai de trente jours à compter du lendemain du jour où l'autorité adjudicatrice a publié un avis d'attribution ou a informé les candidats concernés et les soumissionnaires concernés de la conclusion du contrat en leur communiquant simultanément la décision motivée les concernant. A défaut, le délai de recours est fixé à six mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché, lorsque l'autorité adjudicatrice ne respecte pas les dispositions de l'alinéa 1. Le recours relatif à des sanctions de substitution doit être introduit dans un délai de six mois.

Les autorités adjudicatrices qui sont des autorités administratives veilleront à indiquer les voies de recours au Conseil d'Etat lorsqu'une législation spéciale leur est applicable en ce sens⁷³.

B. Les options belges

33. Présentation

Le législateur belge est allé au delà de ses obligation de transposition en instaurant un système complexe et asymétrique de protection pour les marchés passés en dessous des seuils européens (1) et en persistant dans une dualité juridictionnelle complexe pour le contrôle de la passation des marchés publics (2). En ces deux points, la réforme nous semble inachevée et sans doute critiquable.

1. La protection juridictionnelle pour les marchés publics en dessous des seuils européens

34. Une initiative peu lisible

La Cour Constitutionnelle avait clairement indiqué que l'absence de protection juridictionnelle particulière pour les soumissionnaires dans le cadre des marchés restant en dessous des seuils européens n'était pas en soi discriminatoire⁷⁴.

⁷³ L'art. 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne vise que les recours prévus à l'article 14, § 1 des dites lois. Or, les recours exercés en matière de marchés publics sont désormais prévus par les articles 65/14 et 65/15 de la loi du 23 décembre 2009.

⁷⁴ C. Const., 7 décembre 2005, n° 179/2005.

A l'occasion de la loi du 23 décembre 2009, le législateur a décidé d'étendre certaines obligations du régime prévu pour les marchés européens aux marchés nationaux, en opérant des renvois dans le texte et surtout en prévoyant un régime général et un régime particulier, sans prendre le soin de justifier ces solutions peu lisibles, *a priori*, discriminatoires.

a. Le régime général

35. Un régime particulier en matière de motivation et d'information

Le législateur a rendu applicable aux marchés nationaux, les dispositions suivantes relatives: à l'établissement et au contenu d'une décision motivée (art. 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993); à la communication des motifs de non-sélection ou de non-qualification aux candidats ainsi qu'au retrait de la qualification (art. 65/7); à la communication des motifs de non-sélection (lorsque la procédure ne comporte qu'une seule phase) ou d'irrégularité et du choix de l'adjudicataire (art. 65/8, § 1, alinéa 1); à la communication de la décision de renoncer à une procédure de marché et, le cas échéant, d'en relancer une nouvelle (art. 65/9) et aux renseignements confidentiels relatifs à un marché et à l'accès aux documents relatifs à la procédure (art.65/10)⁷⁵.

Ce faisant, il a habilité le Roi pour prendre des mesures dérogatoires. Cette habilitation a donné lieu à des dérogations réglementaires⁷⁶ visant essentiellement les marchés dont la dépense à approuver ne dépasse pas 67.000 € HTVA dans les secteurs classiques et 135.000 € HTVA pour les secteurs spéciaux, *quel que soit le mode de passation*⁷⁷, et dispensant de l'établissement et du contenu d'une décision motivée, ainsi que des modalités de communication.

Un soi disant système "allégé" est mis en place et implique : l'établissement obligatoire d'une décision motivée pour la sélection (pour les procédures en deux phases), l'attribution du marché et la renonciation (avec, le cas échéant, le lancement d'une nouvelle procédure) au marché; l'information écrite immédiate de non-sélection, d'irrégularité, de non-choix, de choix ou de renonciation, mais sans communication des motifs; l'absence d'engagement juridique par l'effet de l'information du soumissionnaire retenu;

⁷⁵ Par déduction, ne sont pas applicables les obligations relatives à la transmission à la Commission européenne des décisions motivées (art. 65/6); à l'absence d'engagement contractuel de la communication du choix du soumissionnaire retenu et à la prolongation des délais d'engagement des soumissionnaires (art. 65/8, § 2) et à l'effet de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution par l'instance de recours (art. 65/13).

⁷⁶ AR du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁷⁷ Alors que les seuils sont ceux autorisant la procédure négociée sans publicité ...

la demande possible des motifs de non-sélection, de rejet ou de choix dans un délai de trente jours; la communication des motifs dans les quinze jours par le pouvoir adjudicateur; la faculté de communication immédiate des motifs, sauf en cas de renonciation, sans attendre la demande des candidats ou soumissionnaires.

Dernière précision, les obligations d'établissement d'une décision motivée, d'information et de communication ne valent pas pour les marchés passés en procédure négociée constatés par simple facture acceptée lorsque le montant du marché à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, 5.500 €, dans les secteurs tant classiques que spéciaux.

A ce stade, nous ne percevons pas l'utilité de ces modalités particulières qui ôtent de la lisibilité à la réglementation sans aucun apport pratique.

36. Le délai d'attente

Il n'existe pas de principe de délai d'attente obligatoire pour les marchés nationaux. Toutefois, le législateur offre aux autorités adjudicatrices la faculté d'organiser un délai d'attente sans être tenu par ses conséquences principales et secondaires, soit l'interdiction de conclure le marché⁷⁸ et la possibilité de poursuivre devant un juge la déclaration de l'absence d'effets et des sanctions de substitution. Certains auteurs estiment qu'il s'agit d'éviter aux autorités adjudicatrices de lourds dommages et intérêts en cas d'illégalité de la décision⁷⁹. Nous ne percevons pas dans le dispositif légal, des éléments de nature à renforcer ce point de vue, d'autant que l'autorité de chose jugée en référé ne nous semble pas déterminante dans une future discussion sur la responsabilité.

37. Les recours

Les recours en annulation et en suspension accompagné de mesures provisoires sont prévus dans les mêmes conditions pour les marchés nationaux et européens. Sans le bénéfice du délai d'attente, les suspensions et annulations prononcées poseront les mêmes difficultés que dans le passé. Comme par le passé, le soumissionnaire ou candidat évincé peut poursuivre la condamnation de l'autorité adjudicatrice en paiement de dommages et intérêts. Les règles en matière de délais et de compétence de l'instance de recours sont identiques pour les marchés nationaux et européens.

⁷⁸ Art. 65/30, al. 2.

⁷⁹ E. THIBAUT ET S. WAUTHIER, "Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009", déjà cité.

b. Le régime particulier: les marchés de travaux atteignant la moitié des seuils européens

38. La gaffe

Comme si les marchés publics manquaient de seuils à retenir, le législateur a rendu intégralement applicable le principe du délai d'attente (65/11), aux marchés publics de travaux qui atteignent la moitié des seuils de publicité européennes - à l'exception des marchés publics de travaux de défense (article 346, 1, b, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). En matière de motivation et d'information, le régime européen est également rendu applicable.

Le régime des recours (suspension, annulation, mesures provisoires, dommages et intérêts, calcul des délais, désignation des instances de recours) est identique à celui des marchés européens.

Les conséquences de délai d'attente sont précisées également: 65/12 (dispense éventuelle du délai d'attente); 65/13 (suspension du contrat par l'effet de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution); 65/18, alinéas 1 et 4 (dispense possible de la déclaration d'absence d'effets par publication d'un avis de transparence *ex ante* volontaire); 65/19 (étendue de la déclaration d'absence d'effets); 65/20 (non-déclaration d'absence d'effets pour des raisons impérieuses d'intérêt général et sanction de substitution); 65/21 (limitation des cas d'annulation ou de suspension du marché conclu); 65/22 (sanctions de substitution)⁸⁰.

On ne perçoit pas la logique de ce système qui semble sorti de nulle part. Le législateur a mis peu de soin à s'en expliquer.

2. La répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et le Conseil d'Etat

39. La dualité juridictionnelle en général

La dualité juridictionnelle est, en Belgique, inscrite dans la Constitution. Sous un angle strictement historique, la compétence du Conseil d'Etat a dû s'articuler sur la compétence des juridictions judiciaires préexistantes. Les contours de cette articulation sont déterminés par la Cour de Cassation en tant que juge des conflits d'attribution.

⁸⁰ On observera que le législateur a omis l'article 65/17 visant spécifiquement la déclaration d'absence d'effets, alors que son intention de l'appliquer est sans ambiguïté.

Il n'échappe à aucun observateur que l'obligation de poursuivre plusieurs procédures pour régler un conflit est en soi une source de perte de temps, d'efficacité et de crédibilité de la justice en raison du risque de décisions contradictoires. Paradoxalement, l'accroissement des recours en référé fait disparaître progressivement les décisions au fond sur des sujets qui en auraient cruellement besoin. Cet accroissement renforce le sentiment d'incertitude dans la mesure où la décision administrative se fait, se défait et refait, en tenant compte d'une autorité de chose jugée au provisoire, qui pourrait ne pas être confirmée au fond. La légalité n'est tout simplement plus définie, seules les apparences de légalité préoccupent aujourd'hui, les administrations soucieuses de mener leur projet à bien dans des délais raisonnables. Ces remarques ne sont en rien spécifiques au contentieux de l'attribution des marchés publics et valent pour tous les contentieux inhérents à l'action publique. La dualité juridictionnelle est questionnée périodiquement par la doctrine à juste titre, sans toutefois que ces travaux ne débouchent sur une réforme politique d'envergure.

40. *La pertinence de la dualité dans le cadre du contentieux relatif à l'attribution des marchés publics*

Dans le cadre du contentieux des marchés publics, certains auteurs ont plaidé pour une réunification du contentieux⁸¹. A vrai dire, les arguments liés à ce plaidoyer valent pour tous les contentieux liés à l'action de l'administration et rejoignent très largement les critiques inhérentes à la dualité juridictionnelle telle qu'interprétée aujourd'hui par la Cour de Cassation qui implique un éclatement des contentieux entre le Conseil d'Etat et les juridictions ordinaires.

Cette réunification partielle (recours en suspension et annulation) ou intégrale (indemnisation, déclaration d'absence d'effets et pénalités de substitution) est théoriquement possible devant le Conseil d'Etat ou devant les juridictions judiciaires.

Les juridictions judiciaires connaissent déjà d'un contentieux important. D'une part, les présidents des tribunaux de première instance siégeant en référé sont régulièrement appelés à intervenir au provisoire et en urgence dans les procédures d'attribution. D'autre part, la juridiction de fond est compétente pour l'allocation de dommages et intérêts et connaît de l'ensemble du contentieux relatif à la validité, l'interprétation et l'exécution des marchés publics. Il semblait tout indiquer de lui confier les nouveaux recours (déclaration d'absence d'effets et pénalités de substitution).

Le Conseil d'Etat s'estime, en vertu de la théorie de l'acte détachable du contrat, compétent dans le cadre du contentieux en suspension et en annulation des décisions prises lors de l'attribution des marchés publics. Sa compétence a été étendue légalement

⁸¹ E. THIBAUT ET S. WAUTHIER, "Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009", déjà cité.

à des actes pris dans le cadre de l'attribution des marchés publics par des autorités qui ne pouvaient être qualifiées d'autorités administratives. Partant, la voie semblait toute tracée pour l'extension de sa compétence aux actes pris dans le cadre de l'attribution des marchés publics par toutes les autorités adjudicatrices alors même que ces dernières n'étaient pas des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées. Il est techniquement possible de confier au Conseil d'Etat les contentieux en matière de dommages et intérêts, relatifs à l'interprétation et l'exécution des marchés, ainsi que les nouveaux recours (déclaration d'absence d'effets et sanction de substitution). Il suffit en effet que le législateur les qualifie de contentieux portant sur des droits politiques et les confie au Conseil d'Etat, la Cour Constitutionnelle ayant adopté une définition relativement large de ces droits⁸². Le rapport particulier de droit public en l'espèce résulterait de l'application d'une réglementation relative aux marchés publics très largement dérogatoire au droit privé et prise en considération de l'intérêt général, le droit à réparation et les différents recours trouvant désormais leur source dans une loi spéciale (celle du 23 décembre 2009) et non plus sur les articles 1382 et suivant du Code civil. En d'autres termes, il eut été possible de confier au Conseil d'Etat un contentieux en pleine juridiction en matière de marché public.

Il existe des avantages et inconvénients aux deux options en raison des spécificités procédurales et de l'expérience même de chaque ordre juridictionnel: procédure inquisitoire/accusatoire; décision rendue en premier et dernier ressort ou décision susceptible d'appel et de cassation. Au demeurant, en fonction des circonstances, ces caractéristiques peuvent être des avantages pour les uns et des inconvénients pour les autres.

41. L'option belge: ne rien changer

Le législateur belge a préféré ne rien modifier au système actuel en désignant le Conseil d'Etat et les juridictions ordinaires comme instance de recours.

Il reprend la solution de la loi du 16 juin 2006 en désignant le Conseil d'Etat pour connaître à titre exclusif de la suspension (et des mesures provisoires) et de l'annulation des actes émanant des autorités adjudicatrices qui sont des autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées. Le juge judiciaire connaîtra des mêmes recours lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité administrative. L'intention du législateur est clairement de confier une compétence exclusive au Conseil d'Etat pour les actes des autorités administratives afin d'éviter le forum shopping⁸³. Il

⁸² Souligné par E. THIBAUT ET S. WAUTHIER, "Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009", déjà cité; voy. les arrêts de la Cour constitutionnelle du 18 mars 1997 n° 14/97, du 12 février 2003, n° 23/2003 et du 26 novembre 2009, n° 188/2009 mis en avant par ces auteurs.

⁸³ Doc. Parl., Ch. Repr., 52-2276/001, 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, p. 40.

n'est pas certain que cette volonté soit respectée par les plaideurs qui se tournent naturellement vers le juge le plus enclin à entendre son point de vue. A cet égard, la manière dont les juges (le Conseil d'Etat et le juge judiciaire) vont opérer la balance des intérêts sera déterminante dans le choix des requérants de se tourner vers eux. Ce n'est que si ceux-ci dégagent une jurisprudence commune que le texte a quelque chance d'être respecté.

Le recours en suspension et en annulation permet l'exercice d'un contrôle de légalité. Les instances de recours sont également compétentes pour octroyer des dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire⁸⁴ à charge du requérante, l'indemnité étant plafonnée à 5% du montant du marché. Elle sera versée à l'autorité adjudicatrice ou au soumissionnaire retenu.

Les juges judiciaires restent seuls compétents pour la déclaration d'absence d'effets, la sanction de substitution et l'allocation de dommages et intérêts.

42. Conclusions générales

La loi du 23 décembre 2009 constitue bien plus un prolongement du système actuel de protection juridictionnelle des entreprises participant à une procédure d'attribution d'un marché public qu'une véritable réforme.

Dans son volet transposition de la Directive 2007/66/CE, elle comporte essentiellement des mesures destinées à prévenir des illégalités, l'objectif de celles-ci étant de garantir, en quelque sorte, qu'une entreprise ne pourra plus exécuter un marché qui lui aurait été attribué en violation du droit.

Formulé comme tel, nul ne peut critiquer l'objectif poursuivi, tout au plus peut-on s'étonner que l'octroi des marchés publics soit le seul champ investi par ce souci de "légalité immaculée". Cet objectif n'est pas en tant que tel favorable aux entreprises ou aux autorités adjudicatrices. A vrai dire, il peut même apparaître comme défavorable aux deux.

En effet, puisque l'objectif n'est pas de garantir qu'une entreprise en particulier puisse exécuter le marché - personne ne ressort vraiment gagnant de cette recherche de "légalité immaculée": d'une part, les entreprises sont susceptibles d'être appelées en garantie dans la nouvelle procédure en déclaration d'absence d'effets (celle qui s'est vu attribuer illégalement le marché est à tout le moins une partie du problème), d'autre part, les autorités adjudicatrices sont exposées à des surcoûts importants strictement liés à la problématique contentieuse et un accroissement considérable des délais de

⁸⁴ Art. 65/27.

réalisation de leurs achats et investissements. En période de crise, cette dernière précision est en soi une très mauvaise nouvelle pour les entreprises.

Cette poursuite de "légalité immaculée" est au demeurant un leurre! En effet, la légalité de l'attribution des marchés publics est de moins en moins définie au fond. Elle le sera encore moins demain. Or, l'indétermination des règles issues du droit communautaire et du droit national est très grande.

L'amélioration de l'efficacité de la protection juridictionnelle des soumissionnaires et candidats à l'octroi d'un marché public passe par un accroissement de la complexité des recours et un alourdissement des sanctions, en tout cas pour les autorités adjudicatrices, mais nul doute qu'elles veilleront à appeler les entreprises en intervention et garantie.

L'émergence de nouveaux contentieux et de nouvelles actions en responsabilité est prévisible. Les pouvoirs publics au demeurant sont responsables dans leurs trois fonctions: administrative, juridictionnelle et législative. Partant, il n'est pas impossible que l'Etat fédéral devienne le prochain acteur incontournable du contentieux de l'attribution des marchés publics. Il est trop tôt pour les bilans, seules des inquiétudes peuvent être ici exprimées.

Les principales inquiétudes ont trait au volet purement interne de la loi du 23 décembre 2009.

La première inquiétude est liée à la faible lisibilité de la protection juridictionnelle pour les marchés nationaux. La protection particulière pour les marchés de travaux atteignant la moitié des seuils européens interpelle: elle semble à ce point injustifiable que le législateur s'est bien gardé d'essayer de le faire. L'inconstitutionnalité de ce régime sera rapidement soulevée dans le cadre d'un litige.

La diversification de la protection juridictionnelle accordée aux entreprises induite de la dualité juridictionnelle inquiète également.

Sans toucher aux compétences de principe de la haute juridiction administrative et des juridictions judiciaires, il aurait sans doute été prudent de prévoir certains verrous procéduraux devant les juridictions judiciaires afin d'éviter l'enlisement des situations: imposition de délai strict pour les actes de procédure, réduction des délais d'appel et de cassation (ou suppression de ces recours dans le cadre du contentieux de légalité en suspension). En effet, s'il semble indispensable que les recours soient efficaces, il faut aussi prendre conscience de la nécessité de préserver l'activité de l'autorité adjudicatrice liée à des exigences de délai parfois très strictes. La suspension ordonnée par un juge judiciaire est le plus souvent un coup d'arrêt radical à la procédure quelle que soit

sa pertinence du point de vue de la légalité, l'autorité adjudicatrice est la plupart du temps dans l'impossibilité de la contester en appel pour des questions de délai.

La justice rendue au provisoire et en urgence ressemble à un jeu de poker pour les parties. Les plus inconscients espèrent piocher le carré d'as au gré des circonstances.

A notre sens, l'efficacité des recours juridictionnels dans cette matière comme dans d'autres passe nécessairement et simplement par une justice au fond rendue dans des délais raisonnables et compatibles avec les nécessités d'une action publique contemporaine et les exigences de protection des droits individuels: dans les 2 mois de la décision rendue. Il ne s'agit pas d'une question de moyens, il s'agit simplement de vision et de volonté politique.