

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

Paul LEWALLE et Luc DONNAY*

I. Développements récents dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

1.1. Les décisions préalables emportant des effets juridiques définitifs

Les mentions de nature technique du cahier spécial des charges ont fait l'objet de conclusions contradictoires quant à leur nature d'actes faisant ou non grief, immédiatement attaquables devant le Conseil d'Etat.

Dans un premier temps, il a été décidé que ces mentions ne constituaient que des actes préparatoires, éléments de l'opération complexe qui aboutirait, si elle était menée à son terme, à l'attribution du marché. De telles mentions n'étaient donc pas susceptibles de recours. C'était la décision d'attribution du marché qui, en arrêtant définitivement les conditions juridiques, permettait d'apprécier dans quelle mesure et quels actes préparatoires avaient pu faire grief. C'était donc elle seule qui pouvait utilement être attaquée par tous moyens, en ce compris ceux articulés à l'encontre des actes préparatoires en général et à l'encontre du cahier des charges en particulier¹.

Mais, dans un second temps², il a été jugé qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif pouvait former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande de suspension, contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci, si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus, à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire, mais comme une "*décision préalable*", emportant des effets juridiques définitifs pour celui-ci³ ; tel est le

* Paul LEWALLE est conseiller d'Etat et professeur extraordinaire à l'Université de Liège, Luc DONNAY est assistant à l'Université de Liège.

¹ C.E., 1^{er} avril 1998, S.A. de droit espagnol Induyco c/ Etat belge, n° 72.901.

² Il est permis de faire un rapprochement entre l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat belge sur le point considéré et la prise de position de la Cour de justice dans son arrêt Stadt Halle du 11 janvier 2005 (A.J.D.A., 2005, p. 898 et s., obs. F. ROLIN ; *Rev. dr. commun.*, 2005, n° 5, p. 28 et s., obs. D. DEOM), affirmant notamment que : « l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que l'obligation des États membres d'assurer la possibilité de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs s'étend également aux décisions prises en dehors d'une procédure formelle de passation de marché et en amont d'une mise en concurrence formelle, notamment à la décision sur la question de savoir si un marché déterminé relève du champ d'application personnel et matériel de la directive 92/50. Cette possibilité de recours est ouverte à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché en question et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, du moment où est manifestée la volonté du pouvoir adjudicateur susceptible de comporter des effets juridiques. Dès lors, les États membres ne sont pas autorisés à subordonner la possibilité de recours au fait que la procédure de marché public en cause a formellement atteint un stade déterminé ».

³ Il est à noter que cette dissociation entre acte préparatoire, qui ne fait pas immédiatement grief, et "*pré-décision*", qui, en tant que telle, peut faire l'objet d'un recours en annulation, est présente dans une jurisprudence relativement ancienne, laquelle admettait, déjà, au surplus qu'en tant qu'élément d'une opération complexe, cette "*pré-décision*" pût encore être contrôlée quant à sa légalité par contestation indirecte lorsqu'un intéressé

cas notamment si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief.

Il a été décidé, par le même arrêt, que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande de suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêchait pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reprochait à une prescription de ce cahier pussent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation⁴.

Le même raisonnement a été tenu au sujet du refus de sélection préalable à un appel d'offres restreint : le soumissionnaire non retenu a la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande de suspension contre la décision de non-sélection de sa candidature ; ce qui ne l'empêche nullement d'invoquer l'illégalité de cette décision à l'appui de son recours contre les décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure restreinte de passation⁵.

Il a été décidé encore, dans la même perspective, « *qu'un soumissionnaire potentiel peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée parce que cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire potentiel comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que la faculté pour un soumissionnaire potentiel d'introduire immédiatement un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision de recourir à la procédure négociée n'empêche pas que les irrégularités que ce soumissionnaire potentiel reproche à cette décision puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de leur recours contre de telles décisions, les requérantes peuvent, dès lors, invoquer l'illégalité de la décision de recourir à la procédure négociée, s'il échet, en soulevant de nouveaux moyens, même si devant le Conseil d'Etat, elles ont déjà attaqué en tant que telle cette décision; que, par ailleurs, ce moyen touche à l'ordre public; qu'en effet, la procédure négociée sans publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi; qu'il s'ensuit que le moyen est recevable* »⁶.

1.2. L'intérêt actuel

L'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y

poursuivait de manière recevable l'annulation de la décision finale qui concluait l'opération administrative complexe (voy. en ce sens, C.E., 14 mai 1979, Vaelen et crts c/ Etat belge, n° 19.618 et Cooleman c/ Etat belge, n° 16.619; 14 mai 1979, Cool c/ Etat belge, n° 19.620; 27 juillet 1979, Saerens c/ Etat belge, n° 19.773).

⁴ C.E., ass., 2 décembre 2005, S.A. Labonorm c/ Province de Flandre orientale, n° 152.173, *T.B.P.*, 2006, p. 166 et s., extraits du rapport du Premier auditeur J. STEVENS ; *T. Gem.*, 2006, p. 50 et s., obs. A. COOLSAET : « De aanvechtbaarheid van voorbereidende handelingen in het raam van de gunning van een overheidsopdracht : de knop is doorgeslagen ».

⁵ C.E., ass., 2 décembre 2005, S.A. Amec Spie Belgium, n° 152.174.

⁶ C.E., 15 mars 2006, S.A. Bouygues Belgium et S.A. Groupe Thiran, n° 156.427.

participer, soit qu'il s'abstienne de contester une décision qui attribue un marché à un concurrent.

C'est ce qui ressort de l'arrêt prononcé en assemblée générale par la section d'administration du Conseil d'Etat le 2 décembre 2005, dont il ressort notamment que : *« Considérant que la question qui se pose en l'occurrence est de savoir si l'intérêt que les requérantes avaient à leur présent recours au moment où elles l'introduisirent, persiste à ce jour; Considérant, à cet égard, que l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même; Considérant que, dans cette optique, l'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit qu'il s'abstient de contester une décision qui attribue le marché à un concurrent; Considérant qu'en l'espèce, il n'est pas exact de considérer, à l'instar des requérantes, que la seconde procédure de passation serait "tout à fait distincte, autonome et indépendante juridiquement de la première", dès lors que c'est par une seule et même décision que la partie adverse a renoncé à la première procédure et engagé la seconde et que les travaux qui font l'objet des deux procédures sont les mêmes; qu'il existe ainsi un lien entre les deux procédures »*⁷.

Dans la même ligne, on observe qu'il a été décidé que l'intérêt d'un requérant à attaquer une décision qui rejette sa soumission au stade de la sélection qualitative disparaît si ce requérant s'abstient d'attaquer la décision qui attribue le marché à un concurrent : *« Considérant que le requérant doit en outre justifier d'un intérêt actuel, cet intérêt devant persister jusqu'au prononcé de l'arrêt; que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur, après avoir décidé, dans le cadre d'une procédure restreinte, de ne pas sélectionner la candidature d'une entreprise, prend la décision d'attribuer le marché, la question se pose de savoir si la firme, qui a attaqué devant le Conseil d'Etat la première décision, mais non la seconde, conserve l'intérêt légal requis pour poursuivre l'annulation de la première; Considérant, à cet égard, que l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même; Considérant que, dans cette optique, l'intérêt à attaquer une décision de non-sélection de sa candidature disparaît si le candidat non retenu s'abstient de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent »*⁸.

1.3. La détermination de l'offre la plus intéressante

Un arrêt prononcé sur demande de suspension d'extrême urgence⁹, le 4 mai 2006, mérite attention par les précisions qu'il comporte quant aux critères permettant à un pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre la plus intéressante ou économiquement la plus avantageuse.

En l'espèce, le litige portait sur l'attribution par la Régie des Bâtiments d'un marché de services (désignation d'un "*quantity/quality surveyor*" pour les phases études et réalisation de la restructuration du Bloc A du Résidence palace).

⁷ C.E., ass., 2 décembre 2005, S.A. Boucher et S.A. Joly, à laquelle succède la S.A. Wegebo, c/ Région de Bruxelles-Capitale, n° 152.172.

⁸ C.E., ass., 2 décembre 2005, S.A. Amec Spie Belgium c/ Office national des pensions, n° 152.174.

⁹ C.E., 4 mai 2006, S.P.R.L. Advisers et S.A. Sophia Management c/Régie des Bâtiments, n° 158.316.

En substance, les sociétés requérantes reprochaient à la Régie des Bâtiments d'avoir « *utilisé une formule de cotation des prix en vertu de laquelle le prix régulier le plus bas ne se vo[yait] pas attribuer plus de points que des prix plus élevés* » ; elles relevaient que l'application dans la formule prévue par le cahier spécial des charges méconnaissait le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse puisqu'elle conduisait le pouvoir adjudicateur à attribuer un maximum de points pour le critère du prix au candidat se rapprochant le plus de la moyenne des prix, alors que le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus intéressante du point de vue du prix, c'est-à-dire le prix le moins cher, était pénalisé : il ne se voyait, en effet, attribuer aucun point, tandis que l'offre la plus chère (dépassant de près d'un million d'euros celles des requérantes) se voyait attribuer plus de points. Il y avait là méconnaissance de la règle selon laquelle, en appel d'offre, le prix le moins cher doit se voir attribuer le plus de points. L'offre des requérantes présentait encore une qualité meilleure au niveau des autres critères d'attribution.

La partie adverse tentait de justifier la clause du cahier des charges par une suite d'arguments non négligeables :

- l'objectif est de disposer d'une équipe expérimentée et de qualité, bien plus que d'une équipe dont le prix est inférieur à celui de ses concurrents;
- le critère doit permettre de justifier le juste prix, soit celui qui se rapproche le plus de la moyenne des soumissionnaires;
- la hauteur du prix remis par l'adjudicataire influence directement la qualité des prestations réalisées;
- la clause n'est pas contraire aux législations belge et européenne qui n'obligent pas à définir les critères du prix par référence au prix le plus bas, la première se référant à l'offre régulièrement la plus intéressante et la seconde à l'offre économiquement la plus avantageuse;
- c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de déterminer librement les critères d'attribution dans une procédure d'appel d'offres, le Conseil d'Etat ne pouvant y substituer son appréciation;
- le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement considérer que la moyenne des soumissions dans le cadre du prix était un critère adéquat;
- c'est en raison de l'importance particulière du marché et de son souci de garantir une parfaite exécution de la mission qu'elle a souhaité pouvoir choisir une offre dont la qualité n'hypothéquait pas la bonne exécution du marché; elle a recherché un équilibre entre l'aspect qualité et l'aspect purement économique;
- le caractère inhabituel du marché rend impossible la détermination préalable du juste prix, ce que ne contredit pas la détermination d'une fourchette de prix, celle-ci étant large, variant entre 0,6% et 1,6% du prix des travaux soit 175 millions d'euros.

Par son arrêt du 4 mai 2006, le Conseil d'Etat a répondu à ces arguments en jugeant que le moyen pris de l'irrégularité du choix de l'offre sur la base des critères et du système de notation choisis était sérieux pour les motifs suivants :

- les directives européennes et la législation belge laissent certes aux pouvoirs adjudicateurs une liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres ; mais la liberté n'est pas illimitée; les critères choisis doivent viser à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, soit en droit belge, l'offre la plus intéressante, et doivent être liés à l'objet du marché; le critère ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis;
- en l'espèce, le cahier spécial des charges retient comme second critère le prix total HTVA et lui attribue 25 points sur un total de 100; la note maximale est attribuée au soumissionnaire

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

P. Lewalle et L. Donnay

dont le taux d'honoraires est le plus proche de la moyenne d'honoraires offerte par tous les soumissionnaires;

- le critère "*prix*" tel qu'il est défini par le cahier spécial des charges et les résultats qu'il donne dans la comparaison des offres ne paraissent pas s'accorder avec la notion d'offre "*économiquement la plus avantageuse*"; ce critère est très aléatoire, la moyenne des honoraires offerts par tous les soumissionnaires pouvant se situer aussi bien dans le bas que dans le haut de la fourchette ; il ne garantit pas le prix le plus avantageux;

- selon les législations européenne et belge, le prix le plus intéressant est le prix le plus bas et non le prix moyen, en adjudication comme en appel d'offres; de même, pour les critères dits techniques ou de qualité, l'offre qui reçoit la meilleure note est celle qui est la meilleure et non l'offre moyenne;

- en outre et surtout, le critère aboutit, dans le cas d'espèce, à retenir comme la plus intéressante, non pas l'offre de meilleure qualité et de moindre prix (demanderesse : 46,51/75 – Grondmijbouw NV 46,50/75), mais une offre de moindre qualité et sensiblement plus chère, de Coppee Courtoy (45,17/75); si la Régie des Bâtiments, partie adverse, entend s'écarter du critère du prix le plus bas, elle devait indiquer les raisons d'un tel choix, ce qui n'est pas le cas; elle ne démontre pas qu'une offre de prix moyen assure une offre de meilleure qualité; ce système revient à pénaliser l'entreprise qui, pour être compétitive, a pu maîtriser ses coûts tout en conservant des prestations de qualité; si la partie adverse voulait se prémunir à l'encontre d'offres trop basses, elle pouvait faire jouer les dispositions en vigueur relatives aux prix anormalement bas et accorder une moindre importance au critère prix dans la pondération des critères d'attribution; elle a d'ailleurs pris soin de fixer une fourchette d'honoraires pour éviter un tel résultat.

1.4. La recevabilité du recours au Conseil d'Etat introduit par une association momentanée

Lorsqu'une requête en annulation ou une demande de suspension touchant au contentieux des marchés publics est introduite par et au nom d'une association momentanée, s'impose-t-il que la décision d'ester ait été prise par l'organe qualifié de chacun des membres de l'association, ou suffit-il que cette décision ait été prise au moins par l'organe qualifié de l'un de ceux-ci ?

1.4.1. L'ARRET DU CONSEIL D'ETAT N° 128.507 DU 25 FEVRIER 2004¹⁰

Telle fut la question qui s'est posée lorsque le Conseil d'Etat fut saisi par la S.A. Espace Trianon et la S.A. Société wallonne de location-financement, en abrégé Sofibail, d'un recours en annulation d'une décision par laquelle le comité de gestion de l'Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi, en abrégé FOREM, avait attribué un marché portant sur la conception, la réalisation et le financement d'un immeuble destiné à ses services.

Ayant constaté que, faute d'avoir été prises par son conseil d'administration, conformément à ses statuts, les décisions d'ester au nom de S.A. Espace Trianon étaient irrégulières, mais que, par contre, les décisions de même objet prises au nom de la S.A.

¹⁰ C.E., 25 février 2004, S.A. Espace Trianon et la S.A. Société wallonne de location-financement, en abrégé Sofibail, c/ Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'Emploi, en abrégé FOREM, n° 128.507.

Société wallonne de location-financement étaient régulières, le Conseil d'Etat examina quelles pouvaient être les conséquences de cette situation sur la recevabilité du recours.

Comme indiqué dans un arrêt n° 114.117 du 23 décembre 2002, les requérantes avaient déposé leur offre au nom de l'association momentanée Espace Trianon-Sofibail.

Les requérantes faisaient valoir « *qu'à supposer [...] que le recours introduit par la S.A. ESPACE TRIANON [fût] irrecevable, il n'en demeurerait pas moins que le recours introduit par la S.A. SOFIBAIL demeurerait recevable dans le chef de cette dernière* » ; selon elles, « *en décider autrement procéderait d'une analyse manifestement déraisonnable puisque l'inertie (volontaire ou non) d'une composante d'une association momentanée priverait les autres composantes de celle-ci de la possibilité d'agir au contentieux de l'excès de pouvoir* » ; à titre subsidiaire, elles demandaient que fût posée à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle suivante :

« L'article 1^{er} de la directive 86/665/CEE (lire 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 qui prévoit notamment que les Etats membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE (remplacée par la Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux), les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces, peut-il être interprété comme permettant d'exclure d'un recours juridictionnel présenté conjointement, un soumissionnaire ayant déposé en association momentanée avec un autre soumissionnaire une offre quand le recours juridictionnel, en tant qu'il émane de ce deuxième soumissionnaire, est irrecevable pour des motifs tenant à la décision d'ester de ce deuxième soumissionnaire ? »

S'estimant lié par l'article 234, alinéa 3, du Traité CE, le Conseil d'Etat saisit la Cour de Justice de questions préjudicielles qu'il formula comme suit :

« 1. L'article 1^{er} 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, fait-il obstacle à une disposition d'une législation nationale telle que l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, interprétée comme obligeant les membres d'une association momentanée ne disposant pas de la personnalité juridique qui en tant que telle, a participé à une procédure d'attribution d'un marché public et ne s'est pas vu attribuer ledit marché, à agir tous ensemble, en leur qualité d'associé ou en leur nom propre, pour exercer un recours contre la décision d'attribution dudit marché ?

2. La réponse à la question serait-elle différente dans l'hypothèse où les membres de l'association momentanée auraient agi tous ensemble, mais où l'action de l'un de ses membres serait irrecevable ?

3. L'article 1^{er} 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, fait-il obstacle à une disposition d'une législation nationale telle que l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973,

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

P. Lewalle et L. Donnay

interprétée comme interdisant à un membre d'une telle association momentanée d'exercer à titre individuel, soit en sa qualité d'associé, soit en son nom propre, un recours contre la décision d'attribution ? ».

1.4.2. L'ARRET DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES DU 8 SEPTEMBRE 2005

La Cour de Justice devait répondre aux questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat par l'arrêt précité en faisant valoir notamment ce qui suit :

« 21 Contrairement à d'autres situations soumises à la Cour (voir notamment arrêts du 12 février 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, Rec. p. I-1829, point 28, et du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, non encore publié au Recueil, point 41), rien ne s'est opposé dans l'affaire au principal à ce que les membres de l'association momentanée introduisent tous ensemble, en leur qualité d'associé ou en leur nom propre, un recours en annulation contre les décisions des 22 décembre 1998 et 8 janvier 1999.

22 Dès lors, une règle nationale de procédure qui exige qu'un recours en annulation contre la décision d'un pouvoir adjudicateur d'attribuer un marché public soit introduit par l'ensemble des membres formant une association momentanée soumissionnaire ne limite pas l'accessibilité à un tel recours d'une façon contraire à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 89/665.

23 Il en est d'autant plus ainsi que, comme il ressort du dossier, en droit belge, les membres d'une telle association peuvent à tout moment, avant d'introduire un recours, régler la question concernant la capacité d'agir en justice de l'association par la voie d'un accord interne, sans aucune autre formalité. »

Elle dit pour droit que :

« L'article 1^{er} 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, telle que modifiée par la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, selon le droit national, seul l'ensemble des membres d'une association momentanée sans personnalité juridique ayant participé, en tant que telle, à une procédure d'attribution de marché public et ne s'étant pas vu attribuer ledit marché, puissent former un recours à l'encontre de la décision d'attribution et non seulement l'un de ses membres à titre individuel. Il en va de même si tous les membres d'une telle association momentanée agissent ensemble mais que l'action de l'un de ses membres est jugée irrecevable ».

1.4.3. LES ARRETS DU CONSEIL D'ETAT N^{os} 154.363 DU 31 JANVIER 2006 ET 155.960 DU 7 MARS 2006

Dans le litige qui fit l'objet du premier arrêt mentionné ci-dessus, le Conseil d'Etat a eu à connaître d'une requête introduite le 7 février 2000 par la société anonyme Constructions Electriques Schreder et la société anonyme Philips commercial Activities, « *agissant tant en leur nom propre qu'en leur qualité d'associées momentanées* ».

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

P. Lewalle et L. Donnay

Celles-ci demandaient « *l'annulation de la décision du 29 octobre 1999 par laquelle la Société wallonne de Financement Complémentaire des Infrastructures (en abrégé, Sofico) a[vait] attribué à la société AEG belgium le marché public portant sur la fourniture, l'installation et la mise en œuvre d'appareils d'éclairage et sur l'entretien des installations pendant la période de garantie pour les équipements électromécaniques dans les tunnels de la liaison E25/E40, autoroute A 602, rive droite, section quai Banning-Grosses Battes, régi par le cahier spécial des charges n° 454/99B24* ».

Le Conseil d'Etat devait constater que, faute d'avoir été prise par son conseil d'administration conformément à ses statuts, la décision d'estimer au nom de la société anonyme Philips Commercial Activities était irrégulière.

Rappelant ensuite la réponse donnée par la Cour de Justice dans son arrêt du 8 septembre 2005, le Conseil d'Etat décida que, les requérantes ayant déposé leur offre du 17 août 1999 au nom de l'association momentanée Schreder-Philips, le recours en annulation de la décision d'attribution attaquée n'avait pu être valablement introduit que par les deux sociétés membres de cette association momentanée sans personnalité juridique agissant régulièrement ensemble, sous réserve de clauses de représentation arrêtées dans la convention de constitution de l'association momentanée, lesquelles étaient inexistantes en l'espèce; que, dès lors, l'action de la seconde société requérante ayant été jugée irrecevable, le recours était irrecevable en ce qu'il n'avait pas été introduit valablement par l'association momentanée ayant déposé son offre auprès de la partie adverse.

Dans le litige qui a donné lieu au prononcé de l'arrêt du 7 mars 2006, le Conseil d'Etat était saisi selon la procédure d'extrême urgence, d'une demande de suspension de l'exécution de la décision prise par l'Université de Liège, le 2 février 2006, de désigner, comme adjudicataire du marché public de fournitures, installation et mise en service d'un laboratoire virtuel transfrontalier "*laboratory information management system*" - LIMS - orienté vers la génomique, la protéomique et la bioinformatique, la société Spl Group Labvantage.

Le Conseil d'Etat constata que la demande de suspension avait été introduite par deux sociétés agissant conjointement en leur nom propre alors que l'offre déposée dans la procédure d'appel d'offres litigieuse émanait non de ces sociétés mais d'un consortium dont le représentant était la seconde requérante Sibio S.A.S., ce groupement formant une société momentanée au sens de l'article 47 du Code des sociétés, laquelle est dénuée de personnalité juridique. Il était nécessaire, dans ce cas, que, sauf clause de représentation en justice dans le contrat d'association, tous les membres de l'association momentanée eussent agi simultanément et régulièrement en justice, mais non que l'association momentanée ou certains de ses membres eussent seuls accès au prétoire.

En l'espèce, la demande de suspension ne faisait pas état d'une disposition conventionnelle, avenue entre les associés de la société momentanée, selon laquelle un organe spécifique aurait été investi du pouvoir spécial de représenter la société momentanée en justice et ce, antérieurement à l'introduction du recours.

Il fallait conclure que la demande en suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée ne pouvait être valablement introduite que par les quatre sociétés membres de l'association momentanée dépourvue de personnalité juridique agissant régulièrement ensemble.

Introduite par seulement certains membres de cette association momentanée, la demande de suspension était irrecevable.

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

P. Lewalle et L. Donnay

II. Le standstill

2.1. Le droit actuellement en vigueur : l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993¹¹

2.1.1. ORIGINES ET FONDEMENTS DU STANDSTILL

La loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat, article 21, exigeait déjà que les marchés au nom de l'Etat fussent passés "*avec concurrence*". L'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, expression du droit positif en la matière, reproduit la règle.

Cette concurrence ne peut plus être envisagée à l'intérieur des seules frontières de l'Etat belge. Il faut compter avec l'ouverture qu'impose la participation de notre pays à l'Union européenne. Les voies de recours doivent être pensées en fonction des mêmes impératifs d'ouverture. Il faut avoir égard, en particulier, aux exigences des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE qui coordonnent les législations relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics¹².

Dans son arrêt "*Alcatel*" du 28 octobre 1999, la Cour de Justice des Communautés européennes a conclu que les Etats membres devaient prévoir une procédure de recours permettant aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie de demander, avant la conclusion du contrat, l'annulation de la décision d'attribution du marché prise par le pouvoir adjudicateur¹³.

Dans cette perspective, le Gouvernement belge a commencé par rédiger, sur le sujet, une circulaire du 10 décembre 2003, signée par le Premier Ministre, recommandant, pour certains marchés, le respect par le pouvoir adjudicateur d'un délai d'attente, ou "*standstill*", avant la conclusion du contrat, et, par là, offrant au soumissionnaire écarté la faculté d'introduire un recours juridictionnel utile¹⁴. La démarche procédait d'une bonne intention. Mais le procédé était au moins discutable. De toute évidence, c'était au législateur lui-même qu'il revenait de traiter la question¹⁵.

¹¹ Ce chapitre constitue la version actualisée d'une étude publiée à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de la Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège (P. LEWALLE et L. DONNAY, « Sur les difficultés d'application du "*standstill*" dans la passation des marchés publics, *Rev. Dr. Ulg*, 2006, pp. 215 à 230).

¹² 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, *J.O.C.E.*, L 395, du 30 décembre 1989, p. 33 et s. Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.C.E.*, L 76, du 23 mars 1992, p. 14 et s.

¹³ C.J.C.E., 28 octobre 1999, C-81/98, *Rec.*, 1999, p. I-7671, *J.T.*, 2000, p. 285 et s., obs. B. DE VUYST et G. MEYER.

¹⁴ Circulaire du 10 décembre 2003. - Marchés publics soumis à la publicité européenne. - Enseignement à tirer de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, *Moniteur belge*, 15 décembre 2003.

¹⁵ Par un arrêt du 13 janvier 2004, le Conseil d'Etat a mis en doute qu'il appartint au Premier Ministre d'imposer une voie de recours dans le cadre d'un contentieux relatif aux marchés publics (C.E., 13 janvier 2004, N.V. Laboratoria E. Van Vooren t/ Vlaamse Gewest, n° 127.069, *Entr. et dr.*, 2004, p. 60 et s., note). Voy. ég. C.E., 10 février 2004, N.V. Laboratoria E. Van Vooren et N.V. Mebumar België t/ Openbare Afvalmaatschappij voor het Vlaamse Gewest, n° 128.012, *C.D.P.K.*, 2004, p. 294 et s., obs. J. DEBIEVRE et G. LAENEN; *T. Gem.*, 2005, p. 155 et s., obs. D. VAN HEUVEN et S. LOGIE.

La loi-programme du 9 juillet 2004, publiée au *Moniteur belge* du 15 juillet 2004, a remplacé ce système de fortune en ajoutant, par son article 302, un chapitre *Iibis*, qui comporte un article *21bis*, au Livre Ier, Titre II de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Nous allons voir que le législateur a remis sur le métier son ouvrage : il projette, en effet, de modifier substantiellement la procédure de *standstill*. En attendant que ces modifications soient effectives, l'article *21bis* demeure évidemment la disposition de référence à appliquer.

2.1.2. MECANISME

L'examen de l'article *21bis* de la loi du 24 décembre 1993 peut être scindé en trois parties¹⁶.

1° - LE DEVOIR D'INFORMATION.

Le § 1^{er} de cet article impose au pouvoir adjudicateur un devoir d'information des candidats non sélectionnés et des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie. Ce devoir doit être assuré dans les moindres délais après la prise de décision les concernant. A noter que cette disposition n'est pas applicable pour certains marchés passés par procédure négociée sans publicité dont le Roi arrête la liste. Le Roi fixe également les règles relatives à la communication aux candidats et aux soumissionnaires des motifs de la décision qui les concernent. Il n'est toutefois pas certain qu'un tel arrêté royal puisse voir le jour avant que la nouvelle législation projetée n'abroge l'article *21bis*...

2° - LE "STANDSTILL", GARANTIE DE L'EFFICACITE DU RECOURS.

Le § 2 du même article *21bis* est le plus significatif : il prévoit que, lorsque le marché public atteint le montant estimé fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le pouvoir adjudicateur communique par lettre recommandée à la poste en même temps que l'information prévue au § 1^{er} :

- 1° à tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection;
- 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction;
- 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur accorde aux candidats et soumissionnaires un délai qu'il précise et qui doit être d'au moins dix jours¹⁷ à compter du lendemain du jour de l'envoi des

¹⁶ L'article *21bis* a déjà fait l'objet de commentaires abondants : voy. not. 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, 2005, p. 275 et s.; E. VAN NUFFEL et D. LAGASSE, « Les recours préventifs en matière de marchés publics. Le législateur a enfin transposé les directives "recours" 89/665 et 92/13, mais l'a-t-il bien fait ? », *J.T.*, 2004, pp. 849 à 856, *Errat. J.T.*, 2005, p. 170; M. GELDERS et W. TIMMERMANS, « Artikel *21bis* van de Overheidsopdrachtenwet in Europees perspectief », *T.B.P.*, 2005, pp. 3 à 25; A. WIRTGEN, « Enkele beschouwingen bij de wettelijk verplichte bevestigingsperiode inzake overheidsopdrachten », *T. Gem.*, 2005, pp. 125 à 134, ainsi que P. FLAMEY et S. KNAEPEN, « *Standstill*verplichting bij overheidsopdrachten », *N.J.W.*, 2005, pp. 653 à 662. Pour une réflexion plus générale, voy. D. VERBIEST : « Overheidsopdrachten in de Raad van State : de dingen zijn niet wat ze schijnen », *R.W.*, 2005-2006, p. 874 et s., ainsi que la réaction de B. VAN DORPE, *R.W.*, 2005-2006, p. 1398 et 1399.

¹⁷ Le législateur n'a pas suivi la suggestion de la section de législation du Conseil d'Etat visant à prévoir un délai supérieur à 10 jours. Il a considéré que ce délai de 10 jours était un minimum raisonnable, admis par la Commission européenne et appliqué dans d'autres Etats membres. Il a rappelé que l'article 2, § 1^{er}, de la directive

motifs¹⁸, afin de leur permettre d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement, selon le cas, dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur en ce sens, parvenue dans le délai accordé à l'adresse qu'il a indiquée, la procédure peut être poursuivie.

Cet alinéa est particulièrement important, en même temps que problématique. A la condition de l'entendre *a contrario*, il indique que, dès que le candidat ou le soumissionnaire a informé par écrit le pouvoir adjudicateur de l'introduction d'un tel recours, la procédure de passation du marché ne peut pas être poursuivie¹⁹. Le pouvoir adjudicateur doit attendre la décision du juge. S'il s'agit du Conseil d'Etat, il semble bien que celui-ci doive statuer en tenant compte de l'extrême urgence, certes, mais sans cependant être obligé d'entendre les parties et de se prononcer dans le délai de "*standstill*".

Pour « *utile* » qu'elle soit, cette interprétation n'en heurte pas moins un principe fondamental du contentieux, lui-même déduit de la nécessaire continuité du service public. Il est de règle, en effet, que le recours porté au Conseil d'Etat, en annulation, aussi bien qu'en référé, tel qu'organisé jusqu'ici par le législateur, n'a pas d'effet suspensif automatique²⁰. Or, il est clair que l'interprétation évoquée conduit à doter le référé d'extrême urgence d'un tel effet.

Le législateur semble avoir aperçu le problème, il reste à voir si la solution envisagée dans le projet de loi y répondra adéquatement.

3° - LES EXCEPTIONS.

Le respect des dispositions, rappelées ci-avant, du paragraphe 2 de l'article 21*bis* ne s'impose pas dans trois séries d'hypothèses : dans les cas de procédure négociée sans publicité au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsqu'il n'est pas possible de consulter plusieurs concurrents et en cas d'application de l'article 17, § 2, 1^o, b et c, de la loi; dans le cas de marchés en matière de défense au sens de l'article 296, § 1^{er}, b, du Traité; dans les cas exceptionnels et dûment motivés où l'urgence impose une réduction du délai de réception des demandes de participation à moins de vingt jours et du délai de réception des offres à moins de quinze jours dans le cadre d'une procédure accélérée au sens du § 1^{er}, alinéa 2, des articles 6, 32 et 58 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Enfin, le § 3 de l'article 21*bis* précise que certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire

89/665 CEE traitant des voies de recours exige que des mesures provisoires puissent être prises dans les délais les plus brefs. Il a ajouté que, « *s'agissant en outre d'un délai minimum, chaque pouvoir adjudicateur devra apprécier, en fonction notamment de la complexité du marché, s'il ne convient pas d'accorder un délai plus long* » (Doc. parl., Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 164).

¹⁸ La proposition de faire courir ce délai à partir de la réception de l'information par les candidats ou soumissionnaires n'a pas été retenue, au motif que cette date de réception n'est pas immédiatement connue par le pouvoir adjudicateur, ce qui risque de rendre ingérable la suite de la procédure de passation (Doc. parl., Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 164).

¹⁹ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, o.c., p. 283.

²⁰ Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e édition, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 314.

à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

2.1.3. CHAMP D'APPLICATION

Le mécanisme de *standstill* mis en place par la loi-programme est loin de couvrir l'ensemble des marchés publics. A l'analyse, le champ d'application du paragraphe 2 de l'article 21*bis* apparaît très étroit; le nombre d'hypothèses visées par cette procédure est, en définitive, relativement peu élevé au regard du nombre de marchés publics passés.

Trois éléments viennent, en effet, limiter sensiblement les cas dans lesquels le *standstill* doit être observé.

1° - SEULS SONT CONCERNES LES MARCHES PUBLICS RELEVANT DES SECTEURS « CLASSIQUES ».

Tout d'abord, le délai d'attente concerne uniquement les marchés passés dans les secteurs classiques; aucune disposition²¹ ne rend cette procédure applicable aux marchés qui se rapportent aux secteurs spéciaux (l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux).

Pourtant, force est de constater que la directive 92/13/CEE relative aux secteurs spéciaux précitée contient des dispositions identiques à celles de la directive 89/665/CEE applicable aux secteurs classiques. Il est, dès lors, indéniable que le droit communautaire impose de prévoir également un mécanisme de *standstill* pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux²². Le législateur paraît en avoir pris conscience puisque, comme nous le verrons, le projet de loi à l'étude prévoit également l'application d'un tel mécanisme dans le domaine des secteurs spéciaux.

2° - SEULS SONT CONCERNES LES MARCHES PUBLICS DONT LE MONTANT ESTIME ATTEINT LE SEUIL FIXE PAR LE ROI POUR LA PUBLICITE EUROPEENNE.

Le paragraphe 2 de l'article 21*bis* circonscrit lui-même son champ d'application. Le *standstill* ne doit être respecté que si le marché atteint le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure²³. Ces montants sont élevés, et il ne faut pas être grand clerc pour apercevoir qu'ils ont pour effet d'exclure de la protection aménagée nombre de marchés publics de nature à intéresser, par leur montant estimé moyen ou faible, des petites ou moyennes entreprises.

On a pu se demander si le fait de ne réserver cette procédure qu'aux marchés les plus importants était compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution. Un membre du barreau, arguant non seulement de sa qualité d'avocat²⁴, mais encore, de sa participation comme soumissionnaire à des marchés

²¹ L'article 308 de la loi-programme, qui modifie l'article 41 de la loi du 24 décembre 1993, rend applicable aux secteurs spéciaux les seuls §§ 1^{er} et 3 de l'article 21*bis*. Il faut en conclure que le § 2 qui organise le *standstill* n'est pas applicable aux marchés passés dans les secteurs spéciaux.

²² C.J.C.E., 24 juin 2004, C-212/02.

²³ Un arrêté ministériel du 20 décembre 2005 (M.B., 23 décembre 2005) a récemment adapté les montants fixés dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. Le seuil est désormais de 5.278.000 € pour les marchés de travaux et 211.000 € pour les marchés de fournitures ou de services.

²⁴ L'intérêt invoqué par le requérant, en sa seule qualité d'avocat ou de conseiller juridique, a été jugé insuffisant par la Cour d'arbitrage, parce qu'il ne se distinguait pas de l'intérêt qu'a toute personne au respect de la légalité en toute matière, et, en l'espèce, à ce qu'il soit remédié au traitement inégal dénoncé des personnes qui participent aux marchés publics. « Admettre un tel intérêt pour agir devant la Cour reviendrait à admettre le

publics portant sur des services juridiques, dont la valeur se situe fréquemment en dessous du seuil européen²⁵, n'a pas hésité à introduire un recours en annulation des articles 302 et 308 de la loi-programme du 9 juillet 2004 devant la Cour d'arbitrage.

Celle-ci s'est prononcée par un arrêt n° 179/2005 du 7 décembre 2005. Tout en reconnaissant la pertinence des arguments du requérant, la Cour d'arbitrage a jugé que la mesure attaquée n'était pas dépourvue de justification raisonnable, sans guère expliciter cependant celle-ci²⁶. On le regrettera, d'autant que les travaux préparatoires de la loi-programme ne font ressortir aucune justification convaincante sur ce point déterminant.

Voudrions-nous ajouter que l'application de l'article 21bis, § 2, est de nature à poser de difficiles problèmes pratiques, lorsque, introduite en extrême urgence, la demande ne permet pas de vérifier immédiatement si le montant estimé du marché atteint ou non le "seuil" de référence ?

Compte tenu de la jurisprudence induite par l'arrêt du 15 juin 2000, Feyfer et S.C.R.L. Formanova c/ Commune de Keerbergen, n° 87.983, prononcé en assemblée générale de la Section d'administration, il convient de décider que doit être rejetée la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public portée devant le Conseil d'Etat à un moment où le marché est déjà conclu, parce que, dès ce moment, le préjudice grave et difficilement réparable résultant de cette conclusion ne peut plus être évité par un arrêt de suspension²⁷.

recours populaire, ce que le Constituant n'a pas voulu » (C.A., 7 décembre 2005, n° 179/2005, n° du rôle 3360, M.B., 19 décembre 2005, B.4.2). Cet arrêt a également été publié au R.A.B.G., 2006, p. 401 et s., avec les observations de M. GELDERS et W. TIMMERMANS : « De standstill-verplichtingen inzake overheidsopdrachten getoetst aan het gelijkheidsbeginsel ».

²⁵ Le requérant produisait des pièces faisant apparaître qu'il avait participé à des procédures d'adjudication portant sur des services juridiques. Pour ceux dont le montant n'atteignait pas le « seuil » prévu, il ne pouvait bénéficier de l'application de l'article 21bis. Il a été jugé que, dans cette mesure, sa situation pouvait être affectée de manière suffisamment directe et défavorable par la norme attaquée et qu'il justifiait donc de l'intérêt requis pour en demander l'annulation (C.A., 7 décembre 2005, précité, B.5.2).

²⁶ « Comme le font apparaître les travaux préparatoires précités, le législateur a uniquement voulu mettre en œuvre des directives européennes et a, pour cette raison, limité la réglementation de la protection juridique aux marchés publics qui entrent dans le champ d'application de ces directives.

Le législateur ne devait pas, à cette occasion, justifier spécialement la raison pour laquelle il n'a pas étendu ce régime de protection juridique aux participants ou soumissionnaires d'autres marchés publics. Il n'est pas douteux que des arguments pertinents en faveur de cette extension peuvent être avancés, comme le fait le requérant. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de substituer en l'espèce son jugement à celui du législateur, lequel, en cas d'une éventuelle extension du régime de protection juridique, ne doit pas seulement tenir compte des éventuels effets qui pourraient découler d'une application illimitée du principe de standstill, aussi bien au niveau du déroulement de la procédure et de sa durée qu'au niveau de l'efficacité nécessaire de l'intervention des pouvoirs adjudicateurs. Cette préoccupation générale ressort d'ailleurs des travaux préparatoires. C'est ainsi qu'il a été observé lors de l'examen des modalités de la procédure actuelle : « La solution retenue dans le projet de loi, après avis de la Commission des marchés publics, a été d'établir un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service au travers de la passation des marchés. Le projet entend donc trouver une solution pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et qui ne souffrent pas de délais de procédure plus longs » (ibid., p. 165). Il découle de ce qui précède que la mesure attaquée n'est pas dépourvue de justification » (C.A., 7 décembre 2005, précité, B.10.2).

²⁷ Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., p. 1047. Une suspension de la décision d'attribution du marché n'entraînerait pas la suspension de ce contrat « dès lors que la suspension de l'exécution d'un contrat est de la compétence exclusive des Cours et tribunaux »; dans ces conditions, le risque de préjudice que faisaient valoir les requérants, soit l'impossibilité définitive d'exécuter le marché avec les conséquences qui en découlaient, ne pouvait être annulé ou évité par un arrêt de suspension; cette constatation fut jugée suffisante pour rejeter la demande de suspension (C.E., 15 juin 2000, Feyfer et S.C.R.L. Formanova c/ Commune de

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

P. Lewalle et L. Donnay

Dès lors, s'il est saisi de la demande visant à la suspension de l'exécution de cette décision à l'extrémité du délai laissé par un pouvoir adjudicateur au soumissionnaire et si le montant de ce marché n'apparaît pas sur le vu de la requête, le juge n'a d'autre choix, s'il veut ménager un effet utile à sa saisine, que de statuer toutes affaires cessantes - s'il le faut, sur fixation de l'audience de jour à jour, ou même d'heure à heure²⁸. Faute de quoi, s'il s'avérait que le montant du marché n'atteint pas le seuil européen, le demandeur risque de se retrouver devant le fait accompli de la conclusion du marché au bénéfice d'un de ses concurrents ...

3 ° - LES EXCEPTIONS.

Enfin, l'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 21bis prévoit, en termes compliqués, une série d'hypothèses dans lesquelles aucun délai d'attente ne doit être observé. Nous en avons rendu compte ci-avant.

2.1.4. QUELLE JURIDICTION POUR SUSPENDRE LA DECISION D'ATTRIBUTION?

La finalité poursuivie par l'application d'un délai de *standstill* est, comme le prévoit l'article 21bis, § 2, al. 2, de permettre aux candidats et soumissionnaires « *d'introduire éventuellement un recours auprès d'une juridiction, et ce exclusivement selon le cas dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou, devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence* ».

La formule utilisée n'est pas exactement identique à celle proposée à l'origine²⁹. L'examen des travaux préparatoires révèle ainsi que cette formulation a été légèrement modifiée, probablement en vue de prendre en considération une remarque que le Conseil d'Etat avait prudemment formulée de la façon suivante : « *Lorsqu'il sera amené à choisir la juridiction, le candidat ou soumissionnaire concerné sera lié par la répartition des compétences entre les juridictions ordinaires et le Conseil d'Etat, telle qu'elle découle des articles 144, 145 et 146 de la Constitution, ce qui signifie par exemple que les litiges portant sur un droit civil peuvent uniquement être soumis à l'arbitrage du juge ordinaire, alors que dans le cadre du contentieux objectif, seul le Conseil d'Etat, section d'administration, est habilité à connaître d'un recours en annulation contre une décision d'adjudication d'un marché* ».

Si le choix de la juridiction doit, bien entendu, être conforme à la répartition constitutionnelle des compétences entre les juridictions, la liberté du justiciable quant à ce choix semble en être peu affectée dès le moment où son affaire peut, à la fois, ressortir au contentieux objectif et porter sur un droit subjectif.

Keerbergen, n° 87.983.; *Entr. et dr.*, 2000, p. 270 et s., avec l'avis contraire du Premier auditeur J. STEVENS et les observations de M.-A. FLAMME; *C.D.P.K.*, 2000, p. 57, obs. P. FLAMEY et J. GHYSELS; F. GOSSELIN et N. VAN LAER, « Le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : une voie sans issue ? Commentaire de l'arrêt de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 15 juin 2000, en cause Feyfer-Formanova c/ Commune de Keerbergen, n° 87.893 », *A.P.T.*, 2001, p. 154 et s.

²⁸ C.E., 10 mai 2005, S.A. Fournidecor c/ Centre public d'aide sociale de Bouillon, n° 144.258, *Entr. et dr.*, 2005, p. 372, avec les très brèves observations de la Rédaction. Il faut rappeler que l'article 16 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, prévoit notamment que, dans les cas où l'extrême urgence est invoquée, « *le président peut convoquer par ordonnance les parties demanderesse, adverse et intervenante, ainsi que les personnes ayant intérêt à la solution de l'affaire, éventuellement à son hôtel, à l'heure indiquée par lui, même les jours de fête et de jour à jour ou d'heure à heure* ».

²⁹ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 280.

Or, si l'on s'accorde généralement à reconnaître au contentieux de la passation des marchés publics un caractère objectif, il faut également constater que le premier moyen invoqué dans ce type de litiges est bien souvent pris de la violation d'un droit subjectif à l'égalité de traitement, application directe du principe d'égalité et de non-discrimination. Dans ce domaine en tout cas, une répartition strictement alternative des compétences juridictionnelles semble, dès lors, compromise.

Comme il n'est pas exclu que le Conseil d'Etat et le juge judiciaire soient l'un et l'autre compétents, le plaideur soucieux de tirer parti de toutes les virtualités ouvertes au contentieux par l'article 21bis peut-il valablement tenter un « doublé » en introduisant une demande de suspension devant le Conseil d'Etat, et en citant, dans le même temps, le pouvoir adjudicateur devant le Président du tribunal statuant en référé ?

Le cas s'est présenté. Il a été jugé, adéquatement, selon nous, que « *sans nuire aux droits de la partie adverse, la requérante a pu juger que deux précautions valaient mieux qu'une; que [...] la partie adverse aurait encore moins apprécié de se voir interdire, par le Président du tribunal de première instance siégeant en référé, de notifier sa décision d'attribution du marché jusqu'au terme d'une procédure de référé ordinaire menée devant le Conseil d'Etat* »³⁰.

Enfin, il est intéressant d'observer que le mécanisme de *standstill* prévu à l'article 21bis n'empêche pas le soumissionnaire évincé d'introduire devant le tribunal de commerce une action en cessation fondée sur une violation des usages honnêtes en matière de commerce afin qu'il soit interdit au vendeur concurrent de donner suite à ses offres en exécutant les marchés litigieux. Saisie d'une telle hypothèse, la Cour d'appel de Liège a jugé, le 17 novembre 2005, que l'action en cessation n'était pas subsidiaire au recours puisé dans la loi sur les marchés publics, bien que la finalité poursuivie par les deux recours soit identique. Simplement, le choix procédural opéré par le demandeur implique « *que tant les moyens développés que les mesures postulées rentrent dans le cadre des pouvoirs du juge saisi d'une action en cessation* »³¹.

2.1.5. L'EXTREME URGENCE

A en juger d'après les travaux préparatoires de la loi-programme du 9 juillet 2004, c'est de propos délibéré que le législateur n'a envisagé que la procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat - par opposition à ce qu'il a prévu quant au référé judiciaire -. Le motif de cette différence reste incertain.

La section de législation du Conseil d'Etat n'a cependant pas ménagé ses observations et suggestions sur ce point. Dans son avis, formulé les 6 et 7 mai 2004³², elle a insisté, notamment, sur les inconvénients de l'obligation faite au demandeur d'agir en extrême urgence devant le Conseil d'Etat : dans le cadre d'une telle procédure, les magistrats appelés à juger ne reçoivent – éventuellement – le dossier administratif et la note de la partie adverse, ainsi que les éventuelles requêtes en intervention, que juste avant l'audience ou à l'audience même; ils sont amenés à statuer après avoir procédé à un examen très sommaire; les droits de la défense de la partie adverse et des éventuelles parties intervenantes sont réduits à leur plus simple expression, ce qui est d'autant plus redoutable que la matière des marchés publics, on a

³⁰ C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, n° 140.737.

³¹ Liège, 17 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 202 et s.

³² *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001 et 1139/001, p. 325 à 327.

trop d'occasions de le constater, est d'une complexité qui va croissant; le fonctionnement même du Conseil d'Etat risque d'être perturbé par la nécessité de répondre, toutes affaires cessantes, à des demandes introduites en extrême urgence; le requérant est astreint à assumer alors une double charge de la preuve, soit celle de sa célérité dans l'introduction de la demande et celle de l'impossibilité pour lui d'obtenir un résultat utile par le recours à la procédure de la suspension ordinaire. La section de législation n'hésitait pas à conclure que « *les auteurs du projet seraient bien avisés de réfléchir à d'autres pistes pour obtenir une décision rapide de la part du Conseil d'Etat, tout en respectant l'intérêt tant des parties intéressées que du Conseil d'Etat [...]* ». L'organisation d'une procédure en suspension ordinaire dans un délai minimum et l'obligation pour le juge de statuer au plus court étaient notamment préconisées.

L'exposé des motifs de la loi-programme témoigne du rejet de ces suggestions par le législateur. Mais les justifications de cette attitude sont fort minces. Il apparaît qu'après consultation de la Commission des marchés publics, le législateur a entendu établir « *un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service au travers de la passation des marchés. Le projet entend donc trouver une solution pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et qui ne souffrent pas de délais de procédure plus longs* »³³.

Les difficultés d'application ne manquent cependant pas. La preuve de l'extrême urgence, condition *sine qua non* de la recevabilité de la demande, paraît devoir être faite dans chaque cas.

Nous ne pensons pas que le demandeur puisse se dispenser de cette preuve en se fondant sur l'article 21*bis* lui-même. Certes, plusieurs arrêts affirment que la procédure en extrême urgence doit rester exceptionnelle, notamment, parce qu'elle n'est pas apte à apporter la protection juridique souhaitable dans le domaine des marchés publics, et qu'elle ne s'impose que lorsque la loi la prescrit par une disposition expresse, tel l'article 21*bis*, considéré³⁴. Ceci ne permet toutefois pas de conclure que, l'article 21*bis* trouvant à s'appliquer, les circonstances de l'extrême urgence se trouveraient automatiquement réunies.

L'obligation de recourir à la procédure d'extrême urgence suppose que celle-ci puisse être constatée, *in specie*. Le soumissionnaire qui entend tirer bénéfice de l'article 21*bis* considéré n'échappe pas à la charge de cette preuve, comme l'ont soutenu parfois des requérants³⁵.

Cela étant, on constate, sans surprise, qu'une relation est établie dans la jurisprudence entre le risque de préjudice allégué et l'extrême urgence : la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de notifier immédiatement l'acceptation de l'offre au soumissionnaire concurrent, ce qui a pour effet de conclure le contrat³⁶, est présentée par le demandeur – et acceptée par le juge – comme la justification de l'extrême urgence, la saisine du juge en

³³ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001, p. 165.

³⁴ C.E., 20 octobre 2005, V.Z.W. Gedilo-IK t/ O.C.M.W. Waregem, n° 150.497; 10 novembre 2005, N.V. Herbosch-Kiere t/ Vlaamse Gewest, n° 151.189.

³⁵ Voy. par exemple C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, n° 140.737. A noter que, dans cette affaire, le demandeur invoquait comme justification, non seulement l'obligation de recourir à la procédure d'extrême urgence qu'imposait, selon son analyse, l'article 21*bis*, mais encore, l'imminence possible de la notification, par la partie adverse, de la décision d'attribution du marché, qui aurait eu pour effet de nouer le contrat et de rendre vaine toute demande de suspension.

³⁶ Voy. art. 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité.

extrême urgence apparaissant comme la seule voie qui puisse épargner au demandeur le préjudice que représente la perte de l'exécution de la commande publique par lui-même³⁷.

2.1.6. LE PREJUDICE GRAVE ET DIFFICILEMENT REPARABLE

C'est rappeler une évidence : l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, exige que, pour qu'elle soit accueillie, la demande en référé, fût-elle introduite d'extrême urgence, repose sur un ou des moyens sérieux et fasse apparaître un risque d'un préjudice grave, difficilement réparable, lié à l'exécution de l'acte critiqué.

La condition relative au risque n'a pas été sans soulever des difficultés particulières dans la mise en œuvre de l'article 21bis. Il a été affirmé que même si l'article 21bis est applicable, il n'a pas pour effet de faire présumer un risque de préjudice grave et difficilement réparable³⁸.

Ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, la preuve de l'extrême urgence a été déduite, dans la pratique, du risque de conclusion précipitée du marché, rendant aléatoire l'exécution de celui-ci par le demandeur, même en cas de suspension "ordinaire" ou d'annulation. Ce risque de perte de l'exécution en nature, et des avantages à tirer de celle-ci du point de vue de l'expérience acquise ne semble toutefois être considéré comme grave et difficilement réparable qu'en présence d'un marché de référence, c'est-à-dire un « *marché dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en oeuvre de techniques particulières ou nouvelles sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière* »³⁹.

A l'évidence, le contrôle de la gravité du préjudice laisse au juge une ample marge d'appréciation. Il faut dès lors constater que l'intensité de ce contrôle n'est pas nécessairement identique⁴⁰ et que la notion de "marché de référence" est inévitablement empirique.

Par exemple, s'agissant d'un marché relatif à l'acquisition de moyens SIGINT "Signal intelligence" pour le Service Général du Renseignement et de la Sécurité, y compris un contrat pluriannuel couvrant la maintenance après période de garantie, le demandeur faisait valoir qu'il s'agissait d'un marché de référence, notamment parce qu'il s'insérait dans un programme d'investissements importants, portant sur plusieurs années, outre l'atteinte à son image de marque. Visiblement, le juge a eu égard à ces éléments, en particulier à la

³⁷ Voy. en ce sens, C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, précité; 24 février 2005, N.V. Geac t/ Provincie Antwerpen, n° 141.201; 25 avril 2005, S.A. Cegelec et S.A. Lexar Technics c/ Région wallonne, n° 143.609 et 143.611, *Entr. et dr.*, 2005, p. 337 et s. ; 25 avril 2005, S.A. Genetec c/ Région wallonne, n° 143.629; 4 mai 2005, soc. de droit canadien Oberthur Jeux et Technologies, Inc. c/ Loterie nationale, n° 144.174; 8 novembre 2005, N.V. Fabricom GTI t/ Regie der gebouwen, n° 151.056; 4 mai 2006, S.P.R.L. Advisers et S.A. Sophia Management c/ Régie des Bâtiments, n° 158.316 et 6 février 2006, S.A. de droit français CNIM et autres c/ S.C.R.L. Intradel, n° 154.549.

³⁸ C.E., 25 avril 2005, S.A. Cegelec et la S.A. Lexar Technics, n° 143.609 et 143.611, précités. Voy. ég. C.E., 13 décembre 2005, S.A. TDS Office Design c/ Etat belge, n° 152.657.

³⁹ Voy. C.E., 16 février 2005, S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge, précité.

⁴⁰ Comp. C.E. 24 février 2005, N.V. Geac t/ Provincie Antwerpen, précité; 29 juillet 2005, N.V. Aertssen Aannemingsbedrijf t/ Autonom Gemeentbedrijf Antwerpen Nieuw Noord, n° 147.990 et 8 novembre 2005, N.V. Fabricom GTI t/ Regie der gebouwen, précité avec C.E., 21 décembre 2005, S.A. Les Entreprises Gilles Moury et S.A. Etablissements Jean Wust c/ SPI+, n° 153.075 et 6 février 2006, S.A. de droit français CNIM et autres c/ S.C.R.L. Intradel, n° 154.549.

circonstance que, par son ampleur et sa spécificité, la commande en cause pouvait apparaître comme un marché de référence⁴¹.

Par contre, il a été décidé que la non-attribution d'un marché de fabrication de billets de loterie instantanée ne constituait pas un risque de préjudice grave et difficilement réparable, le préjudice financier n'étant pas établi et « *la perte d'une référence telle que celles exigées en vue de la sélection qualitative ne [pouvant] être confondue avec celle d'un marché de référence* »⁴².

Un point de droit, particulièrement délicat, reste néanmoins à trancher : il ressort en effet de la jurisprudence que la compatibilité des articles 1^{er} et 2 des directives 89/665 du 21 décembre 1989, et 92/13 du 25 février 1992 précitées, d'une part, et de l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, d'autre part, a été mise en question par certains requérants.

Arguant de ce que ces directives imposent aux Etats membres d'organiser les procédures de recours, notamment une procédure en suspension permettant au soumissionnaire évincé d'un marché public d'obtenir le cas échéant une réparation en nature, ils ont soutenu que la seule qualité de soumissionnaire évincé au sens de l'article 21bis suffisait à établir la réalité du risque de préjudice grave et difficilement réparable.

C'était affirmer que les directives précitées avaient abrogé, implicitement sans doute, dans leur domaine d'application, l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat, en ce qu'il exige la preuve du préjudice grave difficilement réparable.

Il leur a été répondu que si ces directives requièrent l'existence de « *moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit* », elles ne sont pas directement applicables en droit interne et que le soin a été laissé aux Etats membres de les transposer dans leur législation nationale, ce qu'a tenté de faire la loi-programme du 9 juillet 2004 en insérant un article 21bis dans la loi du 24 décembre 1993, lequel n'a pas modifié les lois sur le Conseil d'Etat, et en particulier l'article 17, § 2⁴³.

Le problème ne nous paraît pas définitivement résolu, si nous en jugeons d'après l'arrêt prononcé le 2 juin 2005, sur questions préjudicielles, dans l'affaire *Koppensteiner GmbH c/ Bundesimmobiliengesellschaft mbH*⁴⁴. La difficulté portait sur l'application d'un article 20 du *Bundesvergabegesetz* 2002, loi fédérale autrichienne, excluant que puisse être examiné et, le cas échéant, annulé, dans le cadre d'un recours le retrait de l'appel d'offres après l'ouverture des offres dans une procédure d'adjudication ouverte.

L'une des questions préjudicielles posées par le *Bundesvergabeamt* d'Autriche à la Cour de Justice était ainsi libellée : « *Les dispositions combinées de l'article 1^{er} et de l'article 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 [...] sont-elles si inconditionnelles et précises qu'un particulier peut s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales en cas de retrait d'un appel d'offres après l'ouverture des offres et être admis à engager un recours contre ce retrait ?* ».

⁴¹ C.E., 16 février 2005, *S.A. Thales communications Belgium c/ Etat belge*, précité.

⁴² C.E., 4 mai 2005, *soc. de droit canadien Oberthur Jeux et Technologies, Inc. c/ Loterie nationale*, précité.

⁴³ C.E., 25 avril 2005, *S.A. Cegelec et S.A. Lexar Technics c/ Région wallonne*, n° 143.609 et 143.611, précités; 25 avril 2005, *S.A. Genetec c/ Région wallonne*, n° 143.629, précité; 4 mai 2005, *soc. de droit canadien Oberthur Jeux et Technologies, Inc. c/ Loterie nationale*, précité.

⁴⁴ C.J.C.E., 2 juin 2005, C-15/04, concl. Av. Gén. STIX-HACKL.

Dans sa réponse, la Cour de justice a tout d'abord rappelé sa décision antérieure du 18 juin 2002 HI⁴⁵, aux termes de laquelle « *les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665 exigent que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer l'appel d'offres pour un marché public puisse faire l'objet d'une procédure de recours et être annulée, le cas échéant, au motif qu'elle a violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit* ».

Elle affirma ensuite aux points 38 et 39 de l'arrêt du 2 juin 2005 que « *lesdites dispositions de la directive 89/665 sont inconditionnelles et suffisamment précises pour fonder un droit en faveur d'un particulier qui, le cas échéant, peut s'en prévaloir contre un pouvoir adjudicateur tel que la BIG. Dans ces conditions, la juridiction compétente est tenue de laisser inappliquées les règles nationales qui l'empêchent de respecter l'obligation qui découle des articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/665* ».

Certes, la règle de droit national en cause dans l'arrêt "Koppensteiner" était bien différente de l'article 17, § 2, des lois sur le Conseil d'Etat. Mais les termes de l'arrêt du 2 juin 2005 ne conduisent-ils pas à reconnaître que les dispositions considérées des directives 89/665 et 92/13 sont directement applicables, et qu'il faut lire le droit national en conséquence?

S'agissant du référé administratif visant la procédure de passation d'un marché public, l'exigence du préjudice grave, difficilement réparable serait-elle en sursis ? A examiner la législation en projet, on pourrait effectivement le penser. Le législateur doit cependant régler ce problème en profondeur et éviter ainsi l'adoption d'une solution superficielle qui engendrerait de nouvelles difficultés de mise en œuvre.

2.1.7. SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT DU STANDSTILL

Que décider si le pouvoir adjudicateur passe outre à l'obligation de "standstill" ? Quelle conséquence attacher à la conclusion du contrat avant l'expiration du délai imposé par la loi ?

Dans un premier cas, la réponse du juge a été la suivante : le législateur n'a attaché aucune sanction à la méconnaissance du délai et il n'a pas davantage prévu ce que le Conseil d'Etat devait en tirer quant au préjudice grave et difficilement réparable. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de définir cette sanction, d'autant moins que, s'il le faisait, il se prononcerait sur des obligations déduites du contrat, ce qui excéderait ses compétences. La demande de suspension a, dès lors, été rejetée⁴⁶.

Dans un second cas, plus significatif encore, l'Etat belge, pouvoir adjudicateur, avait, le 19 mars 2005, d'une part, retiré ses décisions de déclarer l'offre de la société Finsam non conforme et d'attribuer le marché à la société Euro-shelter et, d'autre part, attribué le marché à la société Finsam.

La décision d'attribution du marché à sa concurrente avait été communiquée à la société Euro-shelter le 24 ou le 25 mars 2005 (les deux dates figuraient sur les cachets postaux), avec la mention « *En application de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, vous disposez d'un délai de 10 jours pour introduire un recours en référé devant le Tribunal*

⁴⁵ C.J.C.E., 18 juin 2002, C-92/00, *Rec.*, p. I-5553.

⁴⁶ C.E., 22 mars 2005, N.V. Drukkerij Joos t/ Nationale Loterij, n° 142.423, *R.W.*, 2005-2006, p. 389, avis J. STEVENS ; *R.A.B.G.*, 2005, p. 1408, obs. B. MARTENS, ainsi que *Entr. et dr.*, 2005, p. 334 et s., obs.

de Première Instance ou, en extrême urgence, devant la partie Administration du Conseil d'Etat ».

L'Etat belge, partie adverse, avait notifié, le 4 avril 2005, l'acceptation de son offre à la société Finsam. La société Euro-shelter avait saisi le Conseil d'Etat ce même 4 avril 2005. Elle demandait la suspension de l'exécution des décisions prises le 19 mars 2005, dont elle affirmait n'avoir eu connaissance que le 30 mars 2005.

Cependant, ayant appris la notification faite à la société Finsam le 4 avril 2005, la même requérante avait demandé, par lettre du 11 avril 2005, l'extension de son recours en suspension d'extrême urgence « *à la notification de la lettre de commande, laquelle constitue un acte unilatéral susceptible d'annulation dès lors qu'elle est elle-même soumise à une condition de légalité* ».

La demande fut déclarée sans intérêt quant à son objet initial, au motif qu'au moment où il statuait, le juge devait constater que le contrat avait été conclu. Il en fut de même en ce qu'elle prenait pour objet la notification : celle-ci fut considérée comme un acte matériel d'exécution de la décision d'attribution qui, en tant que tel, n'est pas susceptible de recours.

Il fut décidé encore que « *la circonstance que cette notification [...] n'aurait pas respecté le délai de dix jours imposé par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 ou par la volonté délibérée de la partie adverse, n'empêche pas que cette notification a eu lieu et que le contrat s'est ainsi noué; qu'elle affecte peut-être la régularité de ce contrat, mais que le Conseil d'Etat est incompétent pour se prononcer à cet égard et intervenir de quelque manière dans une matière devenue contractuelle* »⁴⁷.

On constatera que, actuellement, la loi belge est muette sur la sanction frappant la conclusion (par notification) du marché avant l'expiration du délai de dix jours, ou, en cas de recours introduit avant cette date, avant que le juge ait rejeté la demande de suspension. Dans leur ouvrage précité, MM. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE estiment que, dans ces conditions, « *la seule sanction logique est la nullité du contrat* »⁴⁸.

On pourrait faire observer ici que l'éventualité de l'annulation du marché, qui ne pourrait être prononcée que par les Cours et tribunaux, juges exclusifs des contestations ayant pour objet des droits civils et, partant, de la validité des contrats⁴⁹, a été maintes fois évoquée.

Hormis l'hypothèse, rarissime, où cette nullité est demandée par l'administration cocontractante elle-même⁵⁰, le cas reste quasiment d'école : la jurisprudence belge n'offre que très peu d'exemples, jusqu'ici, d'annulation du marché public sur recours d'un tiers, soumissionnaire écarté ou évincé irrégulièrement⁵¹.

⁴⁷ C.E., 18 avril 2005, S.A. Euro-shelter c/ Etat belge, n° 143.290.

⁴⁸ *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, o.c., p. 286.

⁴⁹ Voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, o.c., p. 322.

⁵⁰ Voy. les points 6 et 7 de l'exposé des faits dans C.E., 18 avril 1997, S.A. 2000 plus c/ Commune de Forest, n° 65.921.

⁵¹ Voy. J. STEVENS, « Overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1999, p. 510; celui-ci fait état d'un arrêt prononcé le 18 mars 1997 par la Cour d'appel de Bruxelles affirmant que si la décision d'attribution du marché est annulée, le contrat est affecté d'une nullité absolue en raison de son origine illicite et que tout tiers intéressé peut faire constater cette nullité; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant », *Entr. et dr.*, 2002, p. 145 à 151; voy. encore la lecture proposée par Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE (o.c., p. 292) de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 11 septembre 1992 (*Entr. et dr.*, 1994, p. 382).

Pour que l'action de celui-ci soit recevable, il faut, il est vrai, que le contrat soit affecté d'une nullité absolue. Et pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer que la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, ou à tout le moins son article 21*bis*, est d'ordre public, ce qui est soutenable, à en juger par l'analyse de plusieurs auteurs⁵².

Fort heureusement, le législateur semble vouloir mettre un terme à cette lancinante controverse en prévoyant lui-même les cas dans lesquels l'annulation d'un tel contrat pourra être demandée.

⁵² Voy. en particulier, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993, n° 1417 à 1433; P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, p. 66.

2.2. Le droit en devenir : les articles 2 et 3 d'une nouvelle loi

2.2.1. GENESE DE LA NOUVELLE LOI

Dans le souci d'unifier les différentes procédures de passation des marchés publics, le Parlement européen et le Conseil ont adopté, le 31 mars 2004, deux nouvelles directives. Publiées au *J.O.U.E.* du 30 avril 2004 (L 134), la directive 2004/18/CE, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et la directive 2004/17/CE, relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, abrogent plusieurs directives antérieures et modifient de façon substantielle la législation européenne applicable en la matière.

Devant l'ampleur de la révision à opérer, le législateur national chargé d'en assurer la transposition décide, sur la proposition de la Commission des marchés publics, d'élaborer une nouvelle loi sur les marchés publics, laquelle abrogera la loi du 24 décembre 1993.

En tant que telles, les deux nouvelles directives, qui auraient dû être transposées pour le 31 janvier 2006, n'entraînent aucun changement quant aux procédures de recours, étant donné qu'elles ne modifient pas les directives « recours » précitées⁵³. Cependant, étant de toute façon dans l'obligation de réviser en profondeur sa législation relative aux marchés publics, le législateur saisit cette occasion pour perfectionner la procédure de *standstill* inscrite à l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993.

En cours de travaux, le législateur dut toutefois renoncer à son souhait de refondre toute la législation en une seule et même loi. Si le domaine des marchés publics pouvait, en grande partie, être classé parmi les matières visées à l'article 78 de la Constitution, lequel met en œuvre le système bicaméral optionnel⁵⁴, il n'en était pas de même pour la procédure de *standstill*. Celle-ci entraîne, en effet, des répercussions sur les lois relatives au Conseil d'Etat ainsi que sur l'organisation des cours et tribunaux, matières pour lesquelles l'article 77 de la Constitution prévoit que la Chambre des représentants et le Sénat sont compétents sur un pied d'égalité.

La révision de la législation sur les marchés publics a donc nécessité deux lois distinctes⁵⁵. La première, qui va être adoptée sur la base de l'article 78 de la Constitution, assure la transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE précitées. Quant à la seconde, elle porte exclusivement sur le mécanisme de *standstill* et sa procédure d'élaboration est celle prescrite à l'article 77 de la Constitution. Afin d'éviter toute confusion, nous réserverons l'appellation de « nouvelle loi organique » à la première législation, tandis que « la nouvelle loi » fera référence à la loi relative à l'attribution, à l'information aux candidats

⁵³ Tout au plus, l'article 81 de la directive 2004/18/CE précitée dispose que : « conformément à 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, les États membres garantissent l'application de la présente directive par des mécanismes efficaces, accessibles et transparents ».

⁵⁴ Sur l'articulation des compétences respectives de la Chambre et du Sénat dans l'exercice du pouvoir législatif, voy. notamment, M. PAQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 163 et s.

⁵⁵ Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a longuement hésité avant d'opter pour cette solution : *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 142 ; 2237/003, p. 9 et 10 ; 2237/005 ; 2237/006 ; 2237/007 et 2237/10, p. 3 et 4.

et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Ces deux projets de loi ont été adoptés par la Chambre des représentants le 4 mai 2006. A son tour, le Sénat les a adoptés le 1^{er} juin 2006, sans y apporter aucune modification⁵⁶. Les deux projets ont été transmis au Roi afin qu'il les sanctionne et les promulgue. Interrogé au sujet de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation et de la publication des arrêtés royaux d'exécution, le secrétaire d'Etat a répondu qu'il espérait que les nouvelles dispositions soient d'application avant le 1^{er} janvier 2007, du moins pour les marchés relevant du secteur « *classique* ».

2.2.2. MECANISME

1° - L'ATTRIBUTION DU MARCHE ET LA PERIODE D'INFORMATION : LES §§ 1^{er} ET 2

Nul n'ignore l'importance actuelle de l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, et de l'article 105 de l'arrêté du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Ces deux dispositions déterminent le moment clé de la passation en stipulant que « *le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifiée au soumissionnaire choisi* ».

L'article 2 du projet de loi⁵⁷ révisant le *standstill* modifie quelque peu ce système ou, plus exactement, en précise les contours. L'aboutissement de la procédure de passation se réalise en deux étapes, que le législateur distingue soigneusement et dont il énonce clairement les effets. Tout d'abord, l'attribution d'un marché public est définie comme étant la décision prise par le pouvoir adjudicateur qui désigne l'adjudicataire du marché et, le cas échéant, approuve son offre⁵⁸. Précision d'extrême importance, l'information relative à cette décision ne crée, lorsqu'elle est communiquée, aucun engagement contractuel. Vient ensuite la conclusion du marché, laquelle a lieu par la notification de l'engagement contractuel à l'adjudicataire du marché.

La définition conférée à l'attribution d'un marché n'appelle guère de longs développements. En revanche, la phase d'information qui l'entoure mérite une attention particulière. Le § 2 de l'article 2 prévoit, en effet, que les candidats et soumissionnaires ont le droit d'obtenir des informations portant sur la décision prise par le pouvoir adjudicateur concernant leur demande de participation ou leur offre, ainsi que sur la décision qui renonce à attribuer le marché ou recommence la procédure.

Trois observations s'imposent à la lecture de cette disposition.

⁵⁶ La Commission des finances et des affaires économiques du Sénat chargée d'examiner les deux projets a toutefois décidé d'y apporter quelques « corrections de texte » (voy. *Doc. parl.*, Sénat., sess. 2005-2006, n° 3-1689/3, p. 8 et 9).

⁵⁷ Plusieurs versions du nouveau mécanisme, sensiblement différentes, se sont succédées au cours des travaux préparatoires : voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 110 et 178 ; 2237/004, p. 31 ; 2237/12 et 2461/001.

⁵⁸ Quant à la portée de la distinction que le législateur semble établir entre la décision désignant l'adjudicataire et celle approuvant son offre, il ressort des travaux préparatoires que, généralement, l'attribution du marché portera tant sur la désignation que sur l'approbation. « *Il existe cependant des hypothèses, par exemple dans certains cas de procédure négociée où l'attribution ne comprend pas nécessairement l'approbation d'une offre mais, par exemple, conduit à la signature d'un contrat ou à un échange de correspondance selon les usages du commerce* » (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 63).

Primo, là où l'article 21bis instaurait une obligation d'information, l'article 2 de la loi en projet ne paraît plus exiger du pouvoir adjudicateur une attitude aussi active, la formulation choisie semblant instaurer davantage un système de renseignements sur demande qu'un régime d'information automatique.

Secundo, le paragraphe 2 de l'article prévoit une série d'exceptions qui permettent de déroger à cette phase d'information, soit que le Roi en dispense certains marchés, soit que la divulgation de ces renseignements apparaisse « contraire à l'intérêt public, [porte] préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou [puisse] nuire à une concurrence loyale entre entreprises ».

Tertio, la nouvelle loi stipule expressément que la communication d'informations sur la décision d'attribution ne crée en soi aucun engagement contractuel. Cette précision est essentielle dans la mesure où, jusqu'à présent, la notification de la décision d'attribution au soumissionnaire ou au candidat choisi avait inévitablement pour effet de conclure le marché. Dorénavant, il importe donc de distinguer, dans le chef de l'adjudicataire du marché, d'une part, la notification de la décision attribuant le marché qui lui est communiquée à titre d'information, et, d'autre part, la notification de l'engagement contractuel. S'il est indéniable que ces deux notifications se ressemblent, leurs effets sont fort différents.

2° - LE STANDSTILL PROPREMENT DIT ET SA SANCTION : LE § 3

Si le principe même du *standstill* est inscrit au paragraphe 3 de l'article 2 de la loi en projet, cette disposition est loin d'en régler la procédure de façon exhaustive. Par exemple, le point de départ du délai d'attente et sa durée devront être déterminés par le Roi.

Les précisions procédurales qui font défaut sont-elles à ce point importantes qu'elles conditionnent inévitablement la mise en œuvre du nouveau mécanisme à l'adoption d'un arrêté royal ? Nul doute que le législateur réserve à cette interrogation un caractère exclusivement théorique : est-il en effet concevable que l'actuel article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 soit abrogé sans que, concomitamment, un arrêté royal chargé de préciser les modalités du nouveau mécanisme de *standstill* n'entre en vigueur ?

Si, nonobstant l'interdiction faite au paragraphe 3, le pouvoir adjudicateur décide malgré tout de conclure le marché pendant le délai d'attente, le paragraphe 4, sur lequel nous reviendrons ultérieurement, prévoit que le soumissionnaire lésé peut demander l'annulation du contrat au président du tribunal compétent « dans les trente jours à compter à partir de [sic] la date où il a pris connaissance de la conclusion du marché ».

Le champ d'application du nouveau *standstill*, la juridiction chargée d'en assurer le respect et les principales exigences procédurales font l'objet de sections distinctes, sur la base d'un plan identique à celui qui fut consacré à la présentation de l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993.

3° - LA CONCLUSION DU MARCHE : LES §§ 1^{er} ET 4

Lorsque le marché a été attribué, que la phase d'information s'est déroulée conformément au prescrit du paragraphe 2 et que le délai d'attente a été dûment observé, le pouvoir adjudicateur peut alors notifier l'engagement contractuel à l'adjudicataire du marché, ce qui a aussitôt pour effet de conclure le marché.

La conclusion du marché marque une étape décisive dans le processus de passation puisque, dès ce moment, « le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

P. Lewalle et L. Donnay

annulation par le juge, fondée sur une passation irrégulière », hormis, comme nous venons de le voir, le cas où cette conclusion est intervenue pendant le délai d'attente.

Il convient à présent d'examiner soigneusement chaque élément de cet énoncé dont l'importance est indéniable.

Tout d'abord, il faut observer que seule l'annulation (ou la suspension) du contrat est en cause. Par conséquent, le fait que le marché conclu ne puisse plus être annulé ne préjuge en rien de l'action en dommages et intérêts qui pourrait être introduite par un soumissionnaire évincé pour réparer le tort causé par une passation irrégulière⁵⁹. En d'autres termes, si l'application de cette disposition semble bel et bien faire obstacle à une réparation en nature, elle ne confère à la décision d'attribution aucun brevet de régularité.

Il reste encore à examiner si la limitation des ouvertures à annulation du contrat rend vain tout recours ultérieur, intenté devant le Conseil d'Etat, à l'encontre de la décision qui a attribué le marché. Cette question doit être étudiée en tenant compte de la spécificité des recours organisés devant la haute juridiction administrative. D'une part, à suivre la jurisprudence *Feyfer et S.C.R.L. Formanova* précitée, toute demande de suspension de l'exécution de la décision attribuant le marché semble inévitablement vouée à l'échec dès l'instant où le contrat est conclu. A ce moment en effet, comment le soumissionnaire évincé parviendrait-il encore à démontrer un risque de préjudice grave et difficilement réparable ? D'autre part, le requérant peut-il faire valoir un intérêt suffisant à demander l'annulation de la décision d'attribution, sachant que, par hypothèse, il ne pourra pas obtenir l'annulation du contrat, fût-ce devant les juridictions judiciaires ? Le seul objectif que poursuivrait l'introduction d'une telle requête serait alors d'obtenir un arrêt qui constate une illégalité et qui est revêtu d'une autorité absolue de chose jugée, dans le but de faciliter la démonstration, devant le juge judiciaire, de l'existence d'une faute dans le chef du pouvoir adjudicateur. Cependant, l'on sait que le Conseil d'Etat hésite parfois à admettre l'intérêt d'un requérant lorsqu'il consiste uniquement à obtenir un arrêt d'annulation dans une perspective indemnitaire ultérieure⁶⁰.

Enfin, il faut insister sur le fait que sont uniquement visés par cette disposition les moyens fondés sur l'irrégularité de la passation. En bonne logique, la résolution et la résiliation du contrat restent parfaitement envisageables pour tout motif lié, par exemple, à l'exécution du marché. Encore faut-il parvenir à distinguer nettement les moyens pris de l'irrégularité de la passation des autres qui lui sont étrangers. Cette délicate mission incombera inévitablement à la jurisprudence. A cet égard, les travaux préparatoires précisent simplement que « *l'irrégularité peut concerner n'importe quelle étape de la procédure de passation, par exemple la sélection* »⁶¹.

4° - LES IMPORTANTES DELEGATIONS DE COMPETENCE ACCORDEES AU ROI

La refonte complète de la loi du 24 décembre 1993 est un travail considérable, extrêmement technique et, de surcroît, très urgent puisque la transposition des directives

⁵⁹ Cette déduction est, du reste, confirmée par les travaux préparatoires : « *Dans cette hypothèse, le préjudice éventuellement subi entraînera le cas échéant le paiement de dommages et intérêts. Par contre, l'exécution du marché ne pourra plus être remise en cause. Cette règle est justifiée par la nécessité de maintenir l'unité d'exécution et de responsabilité lors de l'exécution du marché et, dès lors, de garantir la sécurité juridique.* » (Doc. parl., Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 64.)

⁶⁰ C.E., ass., 5 novembre 1997, *Taveirne et Vancauwenberghe c/ Région flamande*, n° 69.471.

⁶¹ Doc. parl., Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 64.

aurait dû être réalisée depuis plusieurs mois. Il est probable que ces éléments ont incité le législateur à laisser au Roi le soin de régler des pans entiers de la matière.

La mécanique de *standstill* n'échappe pas à ce constat, il en constitue d'ailleurs une illustration patente. Ainsi, le Roi peut prévoir d'autres formes de conclusion des contrats dans le cadre de la procédure négociée⁶² et établir des exceptions au droit des soumissionnaires d'obtenir des informations. Surtout, Il est chargé de déterminer le point de départ du délai d'attente, sa durée raisonnable et sa prolongation éventuelle⁶³. Enfin, le Roi peut également prévoir « *des exceptions au respect d'un délai d'attente pour certains types de marchés et de procédures et pour des marchés inférieurs à certains montants* ».

Si le caractère pratique d'un tel procédé n'est plus à démontrer, pour le législateur en tout cas, son utilisation reste toutefois encadrée par plusieurs limites, spécialement dans les matières que la Constitution réserve à la loi.

Dans son avis, le Conseil d'Etat soutient d'ailleurs que « *les dispositions relatives à la durée et au point de départ du délai d'attente doivent figurer dans la loi elle-même, laquelle devrait également préciser les caractères essentiels de la procédure d'urgence. Il s'agit là, en effet, d'éléments essentiels d'une réglementation touchant à la procédure devant le Conseil d'Etat et devant les cours et tribunaux et, à tout le moins en ce qui concerne les cours et tribunaux, une matière qui relève de la compétence exclusive du législateur* »⁶⁴.

2.2.3. CHAMP D'APPLICATION

Nous avons déjà observé que le mécanisme mis en place au second paragraphe de l'article 21*bis* de la loi du 24 février 1993 est enserré dans une triple limite. Ne sont effectivement concernés par le *standstill* que les marchés qui relèvent du secteur « classique », atteignent un seuil fort élevé et ne rentrent pas dans le jeu des exceptions prévues par le législateur.

Sur ce point, le nouveau projet relatif 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 semble étendre le champ d'application du mécanisme de *standstill*, du moins à certains égards.

1° - LES MARCHES RELEVANT DES SECTEURS « CLASSIQUES » ET « SPECIAUX ».

L'article 2 du projet de loi est le pendant de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 : il rend applicable le délai d'attente aux marchés visés au titre II de la nouvelle loi organique sur les marchés publics, à savoir les marchés relevant des secteurs « classiques ».

La principale innovation concerne les marchés qui relèvent des secteurs « spéciaux ».

Ainsi, en ce qui concerne les marchés visés au titre III de la nouvelle loi organique, c'est-à-dire les marchés publics passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports

⁶² La signature du contrat par chacune des parties est citée à titre d'exemple dans les travaux préparatoires.

⁶³ Par comparaison, le *standstill* établi par l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993 consentait également d'importantes délégations au Roi. Toutefois, le législateur avait pris soin de fixer lui-même le point de départ du délai et sa durée. Dans le nouveau mécanisme, les seules indications relatives à la durée du délai se trouvent dans les travaux préparatoires : « *Ce délai doit en tout cas être suffisamment long pour permettre un recours efficace. Un délai de 15 jours paraît en ce sens raisonnable* » (Doc. parl., Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65).

⁶⁴ Doc. parl., Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 142.

et des services postaux, l'article 55 de cette nouvelle législation leur rend applicable, dans toutes ses prescriptions, l'article 2 de la loi qui organise le mécanisme de *standstill*. Pourtant, à l'origine, le législateur ne semblait pas avoir prévu l'instauration d'un tel mécanisme pour ce type de marchés⁶⁵, imitant en cela ce qu'il avait conçu pour l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993. L'avis critique du Conseil d'Etat⁶⁶ n'est probablement pas étranger à ce revirement.

De même, s'agissant des marchés visés au titre IV de la nouvelle loi organique, à savoir certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, l'article 3 de la loi relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente les soumet également au respect d'un mécanisme de *standstill*. Toutefois, la rédaction d'une disposition sensiblement différente à l'article 2 fut jugée nécessaire au regard de la spécificité des entités adjudicatrices visées⁶⁷. Le titre IV de la nouvelle loi organique s'applique, en effet, aux marchés passés par les entreprises privées qui exercent des activités dans les secteurs « *spéciaux* » et qui bénéficient de droits exclusifs, aux marchés passés par les entreprises publiques lorsqu'elles exercent de telles activités si celles-ci n'ont pas trait à leurs tâches de service public, ainsi qu'aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs de production d'électricité.

2° - L'ETENDUE DU CHAMP D'APPLICATION DEPEND TRES ETROITEMENT DE L'ARRETE ROYAL D'EXECUTION.

L'application du *standstill* aux marchés relevant des secteurs « *spéciaux* » constitue assurément une extension de son champ d'application, eu égard à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993. Toutefois, il est impossible, à l'heure actuelle, d'avoir d'autres points de comparaison. En effet, le législateur accorde au Roi un large pouvoir d'appréciation dans ce domaine puisque, tant l'article 2 que l'article 3 stipulent qu'Il « *peut prévoir des exceptions au respect d'un délai d'attente pour certains types de marchés et de procédures et pour des marchés inférieurs à certains montants* ».

Certes, l'article 21bis prévoit également que le *standstill* n'est pas applicable dans une série d'hypothèses et, en tout cas, lorsque le montant du marché public n'atteint pas le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne. Cette latitude accordée au Roi nous paraît cependant moins étendue que celle dont il bénéficie dans le nouveau projet. D'une part, le Roi pourra lui-même fixer les exceptions. D'autre part, le législateur ne précise plus le seuil de référence dont il faut tenir compte.

⁶⁵ Dans sa première version, l'article 55 du projet rendait applicable à ces marchés plusieurs prescriptions relatives à l'attribution, à l'exclusion cependant de celles qui régissaient le mécanisme de *standstill*. Voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 121.

⁶⁶ « Il résulte de l'article 55 que l'article 44, § 3, ne s'applique aucunement aux secteurs d'utilité publique. Dans l'exposé des motifs, ce régime est justifié par une référence à l'arrêt «Alcatel» de la Cour de justice, dans lequel la possibilité d'un recours contre la décision d'attribution est examinée: selon l'exposé, cet arrêt ne concerne que la directive 89/665/CEE et non la directive 92/13/CEE. On peut se demander si cette dernière affirmation est exacte. Selon la Cour de justice, tant la directive 89/665/CEE que la directive 92/13/CEE sont «destinées à protéger les soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur [et] visent à renforcer les mécanismes existants pour assurer l'application effective des règles communautaires en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées». Dès lors, rien ne semble permettre de considérer que les secteurs d'utilité publique visés par la directive 92/13/CEE échapperaient à l'exigence du délai d'attente. » (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 141 et 142.)

⁶⁷ Ainsi, la distinction établie par l'article 2 entre l'attribution et la conclusion du marché n'est pas clairement faite dans l'article 3, au motif qu'elle « *ne revêt pas ici la même importance* » (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 93). Si un tel raisonnement peut, le cas échéant, être tenu lorsque le pouvoir adjudicateur visé au titre IV est une entité privée, l'argument convainc peut-être moins si celui-ci est une entreprise publique.

Le Roi limitera-t-il les exceptions ? Diminuera-t-Il le seuil en deçà duquel le *standstill* n'est pas applicable ? Il faut avouer que, actuellement, nous disposons de peu d'éléments de réponse. Tout au plus devine-t-on que l'arrêté royal réservera encore l'application du mécanisme aux marchés les plus importants⁶⁸. Le fait que cet arrêté doive nécessairement respecter le principe d'égalité et de non-discrimination constitue sans doute une garantie juridique importante. Toutefois, nous avons vu de quelle manière la Cour d'arbitrage avait déjà pu appliquer ce principe à la matière.

2.2.4. QUELLE JURIDICTION POUR SUSPENDRE LA DECISION D'ATTRIBUTION?

Durant le délai d'attente, le soumissionnaire qui s'estime lésé peut demander la suspension de la décision d'attribution qu'il estime irrégulière. La nouvelle loi qui régit le *standstill* dispose à cet égard que : « *la demande est introduite, soit selon la procédure d'urgence appropriée prévue par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, soit en référé devant le juge ordinaire si le pouvoir adjudicateur ne relève pas du contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat* ».

La répartition des compétences juridictionnelles semble cette fois plus explicite que dans la formulation adoptée dans l'article 21*bis*. Ainsi, en cas de recours introduit durant le délai d'attente, la juridiction compétente pour statuer sur la régularité de la passation est le Conseil d'Etat, à moins que le pouvoir adjudicateur ne relève pas de son contrôle. En d'autres termes, le juge judiciaire n'est censé intervenir dans ce contentieux que si la décision d'attribution se situe en dehors du champ de la compétence du Conseil d'Etat⁶⁹.

Dans l'esprit du législateur⁷⁰, le soumissionnaire n'est pas réellement libre de choisir la juridiction qui connaîtra de sa demande. Par conséquent, tenter « *le doublé juridictionnel* » en saisissant à la fois le Conseil d'Etat et le juge judiciaire semble peu compatible au vu de l'optique poursuivie par le nouveau texte.

Il faut toutefois se garder de toute conclusion hâtive : le législateur doit, en effet, respecter la répartition constitutionnelle des compétences entre les juridictions. Or, comme nous l'avons déjà observé à propos de l'article 21*bis*, il n'est nullement exclu que le Conseil d'Etat et le juge judiciaire soient tous deux compétents dès le moment où le soumissionnaire évincé, qui demande la suspension d'un acte administratif, fait aussi valoir adéquatement la violation d'un droit subjectif.

Dès lors, il est fort probable que la formulation strictement alternative des compétences juridictionnelles adoptée par la nouvelle loi doit être relue à la lumière des dispositions constitutionnelles. Du reste, ce ne serait pas la première fois qu'une disposition législative totalement dépourvue d'ambiguïté serait réinterprétée afin de rester conforme aux prescriptions constitutionnelles régissant la compétence des juridictions⁷¹.

⁶⁸ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/003, p. 15.

⁶⁹ Rappelons qu'aux termes de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, celui-ci connaît non seulement des actes et règlements des diverses autorités administratives, mais également des actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, en ce compris les médiateurs institués auprès de ces assemblées, de la Cour des comptes et de la Cour d'arbitrage, ainsi que des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la Justice relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel. Sur ce point, voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, n° 346 et s.

⁷⁰ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65.

⁷¹ L'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat disposant que celui-ci est *seul* compétent pour ordonner la suspension de l'exécution d'actes administratifs en est probablement l'illustration la plus marquante.

2.2.5. LA PROCEDURE D'URGENCE APPROPRIEE

Alors que l'article 21bis prévoit expressément que le recours introduit devant le Conseil d'Etat durant le délai d'attente se réalise par la voie de la procédure d'extrême urgence, le législateur encourageant par là les vives critiques de la section de législation⁷² et de la section d'administration⁷³, le nouveau projet dispose de façon moins nette que « *la demande est introduite, soit selon la procédure d'urgence appropriée prévue par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, soit en référé devant le juge ordinaire* ».

Le sens de cette formulation est malaisé à identifier ; la section de législation du Conseil d'Etat rencontre d'ailleurs quelques difficultés à en déterminer la portée exacte⁷⁴. En effet, lorsqu'il évoque l'application de « *la procédure d'urgence appropriée* », le législateur vise-t-il exclusivement la demande de suspension introduite en extrême urgence ou la procédure de suspension « *ordinaire* » pourrait-elle également s'appliquer ?

Les travaux préparatoires ne comportent guère de précisions sur ce point. Tout au plus pouvons-nous observer que, à l'occasion d'une discussion portant sur cet article, un membre de la Commission des finances et du budget de la Chambre a interrogé le gouvernement sur les raisons qui justifiaient que les critères relatifs à l'utilisation de la procédure d'urgence n'étaient pas précisés dans la nouvelle loi. Le secrétaire d'Etat répondit laconiquement que « *l'arrêté d'exécution répondra à cette objection. Cette façon de procéder est [...] préférable d'autant que l'on attend sur ce point des modifications des directives européennes en matière de recours* »⁷⁵.

Trois arguments sérieux permettent toutefois de penser que la nouvelle formulation adoptée par le législateur n'impose pas l'application systématique de la procédure d'extrême urgence.

Tout d'abord, bien que la nouvelle loi soit peu loquace quant aux modalités du délai d'attente, l'alinéa 1^{er} du troisième paragraphe de l'article 2 prévoit que dans l'hypothèse où le recours est introduit à temps, le délai d'attente est prolongé⁷⁶ pour permettre le déroulement de « *la procédure de suspension* ». Le législateur ne réserve visiblement pas cette prolongation aux seuls recours introduits en extrême urgence.

Ensuite, les avis de la section de législation et les arrêts de la section d'administration ont tellement évoqué cette problématique qu'il est impensable que le législateur soit passé d'un texte clair à une formulation équivoque sans en percevoir pleinement les effets.

Surtout, qu'un arrêté royal règle ou non la question, une telle norme pourrait-elle librement déroger à la disposition législative qui organise la procédure de suspension, à savoir l'article 17 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 ?

⁷² *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 1138/001 et 1139/001, p. 325 et s.

⁷³ C.E., 13 janvier 2004, *N.V. Laboratoria E. Van Vooren c/ Région flamande*, n° 127.069, *Entr. et dr.*, p. 60 et s., note.

⁷⁴ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 141.

⁷⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/003, p. 15.

⁷⁶ Cette prolongation du délai est donc obligatoire, en dépit du fait que l'alinéa 3 du même paragraphe et les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65) paraissent indiquer le contraire. C'est au Roi qu'il revient de fixer l'étendue de cette prolongation dont l'importance n'échappe à personne, la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 prévoyant en effet que « *si au terme de cette prolongation, le prononcé d'une décision n'est pas intervenu, la conclusion du marché peut avoir lieu sans plus attendre* ».

A première vue, la procédure de suspension « *ordinaire* » et celle réservée aux cas d'extrême urgence nous paraissent donc toutes deux envisageables. Partant, s'il entend recourir à cette dernière procédure, le soumissionnaire évincé devra donc démontrer l'extrême urgence. Quant à savoir de quelle manière il pourra en rapporter la preuve, cette question nous semble étroitement liée aux développements qu'il faut consacrer dès à présent au sort réservé par la nouvelle loi à l'exigence du préjudice grave et difficilement réparable.

2.2.6. LE PREJUDICE GRAVE DIFFICILEMENT REPARABLE ET LA BALANCE DES INTERETS.

Comme nous l'avons observé à l'occasion de l'examen de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993, il n'est pas toujours évident de démontrer qu'une décision d'attribution risque d'occasionner un préjudice grave et difficilement réparable. Le législateur n'est visiblement pas resté insensible aux critiques formulées à l'encontre de cette exigence puisque la nouvelle disposition prévoit expressément que, pendant le délai d'attente, le soumissionnaire évincé peut requérir la suspension de l'attribution du marché, « *sans qu'un préjudice grave et difficilement réparable ne soit requis* ».

Le législateur prévoit ainsi une dérogation expresse à la condition de recevabilité imposée à toute demande de suspension par l'article 17 des loi sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. A ce sujet, le secrétaire d'Etat déclara durant les travaux préparatoires de la nouvelle loi que « *cette règle s'appliquera dans l'attente d'une révision des lois coordonnées et du Code judiciaire* »⁷⁷.

L'objectif poursuivi par la suppression de cette exigence est évidemment d'augmenter l'efficacité du recours ; « *cette modification apparaissait comme indispensable au respect par la Belgique des directives recours de la Communauté européenne ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes* »⁷⁸.

Le risque de préjudice grave et difficilement réparable ne constitue donc plus une condition de recevabilité de la demande de suspension introduite durant le délai d'attente à l'encontre de la décision qui attribue un marché public. Est-on toutefois certain que, même en pareille hypothèse, cette exigence a véritablement disparu ? En d'autres termes, le risque de préjudice causé au soumissionnaire évincé par la décision d'attribution n'est-il plus jamais pris en compte, en aucune façon, pour juger de la recevabilité de la demande de suspension ?

Il convient de répondre à cette interrogation de façon très nuancée.

Ainsi, il faut observer que si le législateur supprime bel et bien l'exigence du préjudice, il introduit simultanément un nouvel « *obstacle* »⁷⁹, lequel ne semble pas réellement dépourvu de liens avec l'ancien. L'alinéa 2, *in fine*, de l'article 3 du projet dispose, en effet, que « *la décision [rendue par le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire] prend également en compte la balance entre l'intérêt public et l'intérêt du soumissionnaire* ».

La théorie de la balance des intérêts trouve ici une consécration législative, là où, jusqu'à présent, elle n'était qu'un mécanisme jurisprudentiel dont l'application était limitée à un nombre de cas relativement restreint.

⁷⁷ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/003, p. 9.

⁷⁸ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65.

⁷⁹ *Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65.

Entreprendre l'examen détaillé de cette théorie controversée dépasserait à coup sûr le cadre de la présente intervention⁸⁰. Nous nous limiterons, dès lors, à quelques observations. Remarquons au passage que la balance des intérêts en cause est consacrée par le législateur à un moment où le Conseil d'Etat semble l'avoir définitivement abandonnée⁸¹, spécialement dans le domaine des marchés publics⁸².

Surtout, ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires ne contiennent des indications sur la manière dont le juge doit l'appliquer. Or, une mise en balance rigoureuse ne reviendrait-il pas presque inmanquablement à faire prévaloir l'intérêt de l'autorité poursuivant un but d'intérêt général aux dépens des soumissionnaires privés ? Quand bien même le juge opérerait pour une balance moins « stricte », les critères utilisés pour l'opérer feront-ils réellement abstraction de la gravité du préjudice ? En supprimant l'exigence du préjudice grave difficilement réparable et, dans le même temps, en enjoignant à la juridiction de prendre en compte la balance entre l'intérêt public et l'intérêt du soumissionnaire, le législateur place le juge dans une position pour le moins inconfortable.

Notons enfin que la balance des intérêts n'est pas le seul mécanisme à propos duquel la problématique liée au préjudice est susceptible de rejaillir. Ainsi, nous avons observé, lors de l'examen de l'article 21*bis* de la loi du 24 décembre 1993, qu'une relation s'était établie dans la jurisprudence entre le risque de préjudice allégué et l'extrême urgence. Comment, à l'avenir, le soumissionnaire évincé parviendrait-il à démontrer l'extrême urgence autrement qu'en faisant valoir le préjudice qu'il risque de subir ?

⁸⁰ Sur cette problématique, voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, op. cit., n° 328 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e édition, précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 173, 787 et 795 ; M. LEROY, « L'excès de droit », *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 83 et s. ; M. PAQUES, « Un conflit de valeurs: la sécurité publique ou la survie de la joubarde », *Amén.*, 1996, p. 207 et s., ainsi que M. QUINTIN, « Des mesures provisoires d'urgences et des procédures accélérées », *A.P.T.*, 1995, p. 139 et s. S'agissant de la balance des intérêts en cause opérée par la Cour d'arbitrage, voy. G. ROSOUX, « Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "renouveau" électoral – La Cour d'arbitrage et la suspension », *Rev. b. dr. const.*, 2003, p. 13 et s., spéc. n° 64 et s., ainsi que J.-F. NEURAY, « L'affaire dite du 'Deurganckdok' ou la 'balance des intérêts' à la Cour d'arbitrage », *Amén.*, 2003, p. 162 et s.

⁸¹ Voy., par exemple, C.E., 18 juillet 2003, *A.S.B.L. Brusselse Raad voor het Leefmilieu et autres c/ Commune d'Ixelles*, n° 121.788 ; C.E., 19 décembre 2003, *Commune de Woluwé-Saint-Pierre et autres c/ Etat belge*, n° 126.669, *J.L.M.B.*, 2004, p. 465 et s., obs. B. HENDERICKX : « Le second atterrissage forcé de la pratique de la balance des intérêts dans la procédure en référé au Conseil d'Etat » ; C.E., 17 septembre 2004, *Bazine c/ Etat belge*, n° 134.999 et C.E., 24 janvier 2005, *Van Laenen c/ Zone de Police de Grâce-Hollogne/Awans*, n° 139.674

⁸² « Considérant que le pouvoir de suspendre l'exécution d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative, lorsque cette décision est susceptible d'être annulée, si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable, a pour finalité de préserver l'effet utile d'une annulation éventuelle; que l'intérêt général ou les intérêts qui seraient pris en considération soit pour justifier le refus d'ordonner la suspension nonobstant l'existence avérée et constatée d'un risque de préjudice grave difficilement réparable, soit pour minimiser la gravité du préjudice subi par les demandeurs, ne pourraient faire obstacle à l'annulation éventuelle de l'acte concerné lorsque l'affaire sera examinée au fond; qu'il n'y a donc pas lieu, lors de l'examen de la cause en référé, de pondérer les préjudices résultant, d'une part, de l'exécution de l'acte attaqué et, d'autre part, de la suspension de son exécution; que, par ailleurs, l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui porte que "la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable", signifie qu'elle interdit au Conseil d'Etat de suspendre l'exécution d'un acte administratif si les deux conditions qu'elle mentionne ne sont pas réunies; que si elles le sont, le juge administratif ne peut, pour quelque raison que ce soit, se départir de son rôle qui est de contrôler la légalité de l'action administrative. » (C.E., 6 février 2006, *S.A. de droit français CNIM et autres c/ S.C.R.L. Intradel*, n° 154.549.)

Exiger du soumissionnaire évincé qu'il apporte la preuve d'un préjudice grave et difficilement réparable n'est sans doute pas la panacée mais la nouvelle solution adoptée sur ce point par le législateur semble encore perfectible.

2.2.7. SANCTION EN CAS DE NON-RESPECT DU STANDSTILL

Le paragraphe 4 règle le cas où, en dépit du paragraphe 3, le pouvoir adjudicateur a conclu le marché avant l'expiration du délai d'attente⁸³. A ce moment, « *le soumissionnaire lésé ou risquant de l'être peut, dans les trente jours à compter à partir de la date où il a pris connaissance de la conclusion du marché, demander l'annulation du contrat au président du tribunal compétent statuant comme en référé* ». En outre, l'alinéa 1^{er}, *in fine*, de ce paragraphe impose que cette demande soit dirigée à la fois contre le pouvoir adjudicateur et contre l'adjudicataire.

Le seul juge compétent pour annuler le contrat est bien le juge judiciaire, à l'exclusion du juge administratif. L'ambiguïté qui pouvait subsister à la lecture⁸⁴ de l'alinéa 2, *in fine*, du paragraphe 1^{er}, peut être levée au vu de la formulation du quatrième paragraphe. Cette interprétation est, d'ailleurs, confortée par les travaux préparatoires, selon lesquels « [la compétence du Conseil d'Etat] *ne peut concerner le contrat* »⁸⁵.

Dès le moment où la demande respecte toutes ces conditions, seuls trois motifs sont de nature à empêcher le juge d'annuler le contrat.

Tout d'abord, le juge doit refuser de faire droit à la demande « *si, en dehors de la méconnaissance du délai d'attente, l'attribution a eu manifestement lieu de manière régulière* ». Ensuite, le juge doit également la rejeter « *si le soumissionnaire concerné n'entre manifestement pas en considération pour pouvoir prétendre à l'attribution du marché* ». Ces deux motifs de rejet obligatoire visent à éviter les actions dépourvues de toute chance de succès sur le fond du litige ou les recours manifestement abusifs. Reste à savoir comment, dans le cadre d'une procédure comme en référé, le juge judiciaire parviendra à vérifier qu'une attribution est manifestement régulière ou qu'un demandeur n'entre pas en considération pour pouvoir prétendre à l'attribution du marché.

Enfin, le troisième motif de rejet est facultatif. Le juge a, en effet, la possibilité de rejeter la demande « *lorsque le marché est partiellement ou totalement exécuté au moment du prononcé* ». Guidée par un certain pragmatisme, cette cause de rejet doit, à l'évidence, être maniée avec une extrême prudence afin d'éviter que « la course à l'exécution du marché » ne finisse par vider le mécanisme de *standstill* de toute sa substance.

Liège, le 8 juin 2006

⁸³ Selon les travaux préparatoires, l'expiration du délai d'attente n'est toutefois pas le seul cas visé par cette disposition. Celle-ci s'appliquerait également aux « *cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur, tout en ayant notifié un délai d'attente, ne respecte pas les conditions imposées (par exemple un délai minimum insuffisant ou la conclusion du contrat avant l'expiration du délai)* » (Doc. parl., Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 65).

⁸⁴ En effet, cet alinéa prévoit que, « une fois le marché conclu, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, fondée sur une passation irrégulière », sans préciser explicitement de quel juge il s'agit.

⁸⁵ Doc. parl., Ch., sess. 2005-2006, n° 51 2237/001, p. 64.

Quels recours pour les soumissionnaires évincés ?

<u>I. Développements récents dans la jurisprudence du Conseil d'Etat</u>	p. 1
1.1. Les décisions préalables emportant des effets juridiques définitifs	p. 1
1.2. L'intérêt actuel	p. 2
1.3. La détermination de l'offre la plus intéressante	p. 3
1.4. La recevabilité du recours au Conseil d'Etat introduit par une association momentanée	p. 5
<u>II. Le standstill</u>	p. 9
<u>2.1. Le droit actuellement en vigueur : l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993</u>	p. 9
2.1.1. <i>Origines et fondements du standstill</i>	p. 9
2.1.2. <i>Mécanisme</i>	p. 10
2.1.3. <i>Champ d'application</i>	p. 12
2.1.4. <i>Quelle juridiction pour suspendre la décision d'attribution?</i>	p. 14
2.1.5. <i>L'extrême urgence</i>	p. 15
2.1.6. <i>Le préjudice grave et difficilement réparable</i>	p. 17
2.1.7. <i>Sanction en cas de non-respect du standstill</i>	p. 19
<u>2.2. Le droit en devenir : les articles 2 et 3 d'une nouvelle loi</u>	p. 22
2.2.1. <i>Genèse de la nouvelle loi</i>	p. 22
2.2.2. <i>Mécanisme</i>	p. 23
2.2.3. <i>Champ d'application</i>	p. 26
2.2.4. <i>Quelle juridiction pour suspendre la décision d'attribution?</i>	p. 28
2.2.5. <i>La procédure d'urgence appropriée</i>	p. 29
2.2.6. <i>Le préjudice grave difficilement réparable et la balance des intérêts</i>	p. 30
2.2.7. <i>Sanction en cas de non-respect du standstill</i>	p. 32