
ORDRE ET DÉSORDRE PUBLICS : LE SORT DU CONTRAT CONCLU EN VIOLATION DES RÉGLES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS

MAXIME VANDERSTRAETEN



RÉSUMÉ

La présente contribution décrit dans un premier temps le régime des voies de recours applicable aux marchés atteignant les seuils européens de publicité. Ce régime se caractérise par une articulation équilibrée entre, d'une part, l'aménagement d'un délai d'attente permettant l'introduction d'une action en suspension avant la conclusion du contrat et, d'autre part, en aval de cette conclusion, le mécanisme de la déclaration d'absence d'effets qui ne peut être mobilisé qu'aux conditions limitativement énumérées par la loi.

Dans un deuxième temps, l'auteur met en évidence la situation de déséquilibre qui caractérise le système des voies de recours en-dessous des seuils européens. A défaut de recours efficaces en amont de la conclusion du contrat, une certaine jurisprudence accueille sans nuance des actions en nullité du marché irrégulièrement conclu, en se fondant sur le caractère prétendument d'ordre public de la législation des marchés publics.

L'auteur conclut en recommandant une convergence des deux régimes qui permette de concentrer les recours administratifs en amont de la conclusion du contrat, tandis qu'une fois le contrat conclu, la sécurité juridique et le principe de continuité devraient prévaloir, et la validité du contrat ne pourrait être qu'exceptionnellement remise en cause. Cet objectif pourrait être atteint par l'aménagement d'un délai d'attente obligatoire et d'un mécanisme de déclaration d'absence d'effets pour les marchés sous les seuils de publicité européenne.

SAMENVATTING

Deze bijdrage behandelt in eerste instantie het regime van de rechtsmiddelen die beschikbaar zijn bij opdrachten boven de Europese drempels. Dit regime wordt gekenmerkt door een evenwichtige verdeling tussen enerzijds, een wachttermijn om een vordering tot schorsing in te stellen voor de totstandkoming van het contract, en anderzijds, na het sluiten van het contract, het mechanisme van de onverbindendverklaring die slechts kan ingeroepen worden op beperkte voorwaarden vastgesteld door de wet.

In tweede instantie beschrijft de auteur de onevenwichtige situatie die het systeem kenmerkt van de beroepen onder de Europese drempelbedragen. Bij afwezigheid aan doeltreffende procedures voorafgaand aan de totstandkoming van het contract, aanvaardt een zekere rechtspraak zonder enige onderscheid een vordering tot nietigverklaring van het contract dat onregelmatig afgesloten werd, en dit door zich te baseren op het zogenaamde openbare orde-karakter van de wetgeving op overheidsopdrachten.

De auteur besluit door een samensmelting van de twee regimes aan te bevelen. Dat laat administratieve beroepen toe voor de afsluiting van een contract, want eens het contract afgesloten moeten het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van continuïteit gelden, zodat de geldigheid van het contract slechts bij uitzondering in het gedrang kan komen. Dit kan bereikt worden door de

instelling van een verplichte wachttermijn en een mechanisme van onverbindendverklaring voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen.

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	919
2. L'ordre et l'équilibre européens	920
2.1 Esquisse des voies de recours organisées par le droit européen et transposées en droit belge pour les marchés au-dessus des seuils.....	921
2.2 La déclaration d'absence d'effets.....	922
2.3 Le système européen des voies de recours en matière de marché public: un régime équilibré.....	924
2.4 L'arrêt <i>Fastweb</i> : tentative d'ajustement de l'équilibre.....	927
3. Ordre et désordre publics belges	931
3.1 Esquisse des voies de recours sous les seuils européens.....	932
3.2 La thèse de l'absence d'incidence sur le contrat de l'illégalité de l'acte administratif sous-jacent.....	933
3.3 La thèse de l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de mettre fin au contrat.....	934
3.4 La thèse de la nullité (relative ou absolue) du contrat irrégulièrement conclu.....	935
3.5 Absence d'équilibre.....	939
4. Conclusion: en quête d'équilibre et de convergence.....	940



1. Introduction

1. Le contentieux de l'attribution des marchés publics repose sur un équilibre fragile entre plusieurs impératifs contradictoires. Le principe de légalité, d'une part, impose que toute commande publique soit le résultat d'une procédure ayant permis d'identifier, au terme d'une mise en concurrence effective, l'offre qui est économiquement la plus avantageuse; afin de s'en assurer, des voies de recours efficaces et utiles doivent être aménagées au profit des entreprises évincées. Les principes de continuité du service public et de sécurité juridique, d'autre part, impliquent que le marché, une fois attribué, puisse être mis en œuvre dans des délais raisonnables et que son économie ne soit pas fondamentalement bouleversée en cours d'exécution.

2. D'aucuns pousseront des cris d'orfraie à la simple idée qu'un contrat irrégulièrement conclu puisse connaître un début d'exécution, et *a fortiori* être mené à son terme. D'autres argueront que la stabilité des relations contractuelles, y compris celles qui impliquent des pouvoirs publics, est une valeur trop réguliè-

rement foulée au pied par l'application rigide d'un principe de légalité aveugle aux impératifs de prévisibilité de la vie économique et publique moderne.

3. C'est donc sans surprise que doctrine et jurisprudence reflètent les opinions les plus contrastées quant au sort qu'il échet de réserver au contrat conclu en violation du droit des marchés publics. D'un côté, l'on trouve les tenants les plus orthodoxes de la théorie de l'acte détachable, pour qui l'illégalité d'un acte administratif est strictement sans aucune répercussion sur le contrat concomitamment ou subséquentiellement conclu. A l'autre extrémité du spectre, l'on avance que le droit de la commande publique est d'ordre public et que le contrat qui repose sur une décision d'attribution illégale est nul; cette nullité, à caractère absolu, pourrait être constatée à la requête de tout tiers intéressé.

4. En réalité, aucun des principes précités ne devrait *par essence* prévaloir sur l'autre, de sorte que leur mise en balance est nécessairement affaire de nuance et d'opportunité. La présente contribution ne fera pas la chronique des décisions rendues dans l'un ou l'autre sens²⁰⁵⁰ mais adoptera une démarche prospective sur la base d'une analyse du régime contentieux des marchés publics en-dessous et au-dessus des seuils de publicité européenne.

A cet effet, nous décrirons dans les grandes lignes le régime contentieux organisé par la directive «recours» 2007/66/CE²⁰⁵¹ et transposé par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Nous mettrons à cette occasion en évidence le délicat équilibre entre légalité et sécurité juridique auquel le contentieux des marchés européens est soumis (2).

Dans un deuxième temps, nous détaillerons les termes du débat désordonné, en droit belge, relatif aux effets sur le contrat de la suspension ou de l'annulation de la décision d'attribution (3).

Cet exposé servira de révélateur des synergies qui découleraient du décalage, en droit belge, de l'équilibre européen précédemment décrit (4).

2. L'ordre et l'équilibre européens

5. Après un bref aperçu des voies de recours organisées par la directive «recours» et la loi du 17 juin 2013 pour les marchés au-dessus des seuils européens (2.1), nous décrirons plus amplement la sanction de la déclaration d'absence d'effets qui peut frapper certains contrats conclus en violation des règles d'attribution des marchés publics (2.2). Nous constaterons que l'articulation de ces

2050 D'autres auteurs se sont prêtés à l'exercice: K. WAUTERS et T. CAMBIER, «Illégalité de l'acte détachable: quels sont les effets une fois le contrat conclu?», in *Le temps et le droit*, Hommage au Professeur Closset-Marchal, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 607-633; V. DOR et C. DE KONINCK, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 97-106.

2051 Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

voies de recours forme un savant équilibre (2.3), que la Cour a encore récemment tenté d'ajuster dans son arrêt *Fastweb* (2.4).

2.1 Esquisse des voies de recours organisées par le droit européen et transposées en droit belge pour les marchés au-dessus des seuils

6. En l'espace d'une vingtaine d'années, le contentieux des marchés publics a connu une remarquable mutation, principalement sous l'influence du droit européen²⁰⁵².

Dès 1989, la directive 89/665/CEE reconnaît que les mécanismes de recours existant à cette époque ne permettaient pas toujours de veiller au respect du droit européen des marchés publics, « en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées »²⁰⁵³.

L'arrêt *Alcatel Austria* de la Cour de justice procède du même souci d'éviter le fait accompli : les États membres doivent organiser des procédures de recours qui permettent un contrôle judiciaire effectif avant la conclusion du contrat, indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu. Un délai d'attente doit donc nécessairement être instauré entre la communication des motifs de l'écartement d'une offre ou d'une candidature et la conclusion du contrat²⁰⁵⁴.

La directive 2007/66/CE marque un nouveau tournant dans l'affirmation de l'effectivité des voies de recours en matière de marchés publics²⁰⁵⁵. Son treizième considérant insiste sur l'importance de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré au moyen d'une sanction « effective, proportionnée et dissuasive ». Cette sanction consiste à considérer le contrat concerné comme *dépourvu d'effets*, et fait écho aux enseignements de la Cour de Luxembourg selon lesquels la poursuite de l'exécution d'un contrat public conclu irrégulièrement constitue en soi une violation du droit européen²⁰⁵⁶.

7. Le système des voies de recours organisé par la directive « recours » pour les marchés atteignant les seuils européens²⁰⁵⁷ est actuellement transposé par la loi du 17 juin 2013.

2052 P. THIEL, « L'apparente simplicité du système de recours », *M.C.P.*, 2011, liv. 1, pp. 81-82; E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 241-242.

2053 Deuxième considérant 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.

2054 C.J.C.E., 28 octobre 1999, *Alcatel Austria*, C-81/98; M. SCHOUPS et K. LEMMENS, « Rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten », *T.B.O.*, 2010, liv. 3, p. 83.

2055 Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

2056 C.J.C.E., 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, C-503/04.

2057 Actuellement, ces seuils sont de 209.000 euros HTVA pour les marchés de services et de fournitures, et de 5.225.000 euros HTVA pour les marchés de travaux (art. 32 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques).

Une première caractéristique essentielle de ce régime est l'institution du « délai d'attente » de 15 jours aménagé entre l'information des soumissionnaires évincés et la conclusion du marché²⁰⁵⁸. La loi a également étendu ce mécanisme aux marchés de travaux « belges » atteignant la moitié du seuil européen²⁰⁵⁹.

L'existence du délai d'attente permet aux soumissionnaires évincés de solliciter de l'instance de recours (Conseil d'Etat ou juge civil des référés, selon la qualité d'autorité administrative ou non du pouvoir adjudicateur) la suspension de la décision d'attribution²⁰⁶⁰. La suspension de l'exécution de la décision d'attribution emporte de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation du délai d'attente²⁰⁶¹.

La décision d'attribution peut également faire l'objet d'un recours en annulation²⁰⁶².

Le régime des voies de recours est enfin complété par le mécanisme de la déclaration d'absence d'effets, qui mérite de plus amples développements.

2.2 La déclaration d'absence d'effets²⁰⁶³

8. Toute personne intéressée²⁰⁶⁴ peut solliciter du juge judiciaire, statuant comme en référé, une déclaration d'absence d'effets du contrat conclu en violation du droit des marchés publics²⁰⁶⁵. Cette sanction s'apparente à une annulation (rétroactive ou non) du contrat²⁰⁶⁶. Elle est toutefois assortie d'importantes limitations.

9. Tout d'abord, le mécanisme de l'absence d'effets ne peut être mis en œuvre qu'en cas de violation des deux règles les plus importantes du droit des marchés publics :

- d'une part, la conclusion d'un contrat sans publicité européenne, alors que celle-ci était légalement requise ;

2058 Art. 11 de la loi du 17 juin 2013.

2059 Art. 30 de la loi du 17 juin 2013.

2060 Art. 15 de la loi du 17 juin 2013.

2061 Art. 13 de la loi du 17 juin 2013.

2062 Art. 14 de la loi du 17 juin 2013.

2063 De manière générale sur cette sanction, voy. G. NINANE, Articles 17 à 21 de la loi du 17 juin 2013, in S. Van Garssse (éd.), *Commentaire article par article de la (nouvelle) législation des marchés publics*, Bruxelles, Politea, février 2015 ; V. DOR et C. DE KONINCK, *op. cit.*, pp. 109-131 ; R. HEIJSE, « Betreffende de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten » in *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 245-253.

2064 L'action n'est donc pas ouverte à tout tiers quelconque, mais bien à tout tiers ayant un intérêt à ce que le marché soit déclaré sans effets et/ou qu'une sanction de substitution soit prononcée (Civ. Bruxelles, 15 février 2013, *M.C.P.*, 2013, liv. 2, p. 238, somm.). Voy. également P. GOFFAUX, « La Cour constitutionnelle n'annule pas les articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics », note sous C. const., 30 mars 2011, n° 47/2011, *M.C.P.*, 2011, liv. 4, pp. 437-451.

2065 En droit belge, le régime de la déclaration d'absence d'effets fut introduit par la loi du 23 décembre 2009 complétant la loi du 24 décembre 1993 (article 65/17) et est actuellement contenu aux articles 17 à 21 de la loi du 17 juin 2013.

2066 Article 19 de la loi du 17 juin 2013. Pour un exemple d'annulation *ex nunc*, voy. Anvers, 27 juin 2013, *M.C.P.*, 2013, livr. 4, p. 612 (sommaire). Voy. cependant F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, qui estiment que la déclaration d'absence d'effets et la nullité du contrat sont deux figures juridiques distinctes (*op. cit.*, p. 569).

- d'autre part, le non-respect du délai d'attente, pour les marchés qui y sont soumis, ou la conclusion du contrat avant que l'instance de recours ne se soit prononcée sur la demande de suspension. Dans cette hypothèse, le contrat ne pourra toutefois être déclaré sans effets que si cette violation a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme un recours en suspension et est accompagnée d'une violation du droit des marchés publics qui a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

L'article 17 de la loi du 17 juin 2013 prévoit une troisième hypothèse justifiant l'application de la sanction d'absence d'effets, en réalité intimement liée aux deux premières. Il s'agit du cas où l'autorité adjudicatrice a conclu le marché sur la base d'un accord-cadre sans que toutes les conditions soient fixées dans cet accord-cadre, lorsqu'il y a violation des règles procédurales déterminées par le Roi.

Toute violation du droit européen ou belge des marchés publics – et notamment des règles de forme, de compétence, etc. – n'entraîne donc pas l'absence d'effets du contrat.

10. Ensuite, le recours en déclaration d'absence d'effets doit être introduit dans un délai strict²⁰⁶⁷ : trente jours à compter de la publication d'un avis de marché passé ou de la communication de la décision motivée aux candidats et soumissionnaires évincés. À défaut d'une telle publication ou communication, le délai de recours est porté à six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché.

11. En outre, la déclaration d'absence d'effets ne s'applique pas si l'autorité adjudicatrice, bien qu'estimant pouvoir légalement se dispenser d'une publicité européenne préalable, a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence *ex ante* volontaire exprimant son intention de conclure le marché et n'a pas conclu le marché avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis²⁰⁶⁸. Ce mécanisme de « rédemption »²⁰⁶⁹ suppose que l'avis de transparence *ex ante* comprenne, notamment, la justification de la décision de l'autorité de passer le marché sans publicité européenne préalable.

12. Enfin, même lorsque les conditions d'application de la sanction d'absence d'effets sont *a priori* réunies, le juge a la faculté de prononcer des sanctions dites de « substitution » lorsque des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus en tout ou en partie²⁰⁷⁰. Ces sanctions de substitution consistent à abréger la durée du marché ou à imposer une pénalité financière²⁰⁷¹.

2067 Art. 23, § 5, de la loi du 17 juin 2013.

2068 Art. 18 de la loi du 17 juin 2013.

2069 A.L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés publics*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 686.

2070 Art. 20 de la loi du 17 juin 2013.

2071 Art. 22 de la loi du 17 juin 2013.

2.3 Le système européen des voies de recours en matière de marché public : un régime équilibré

13. Il se déduit de ce qui précède que le régime contentieux organisé par le directive «recours» forme un système complet et cohérent qui s'articule, de façon schématique²⁰⁷², autour de trois axes complémentaires :

- un premier axe concerne la *demande de suspension* de la décision d'attribution, dont l'effectivité est garantie par l'aménagement d'un *délai d'attente* ;
- un deuxième axe concerne le mécanisme de la *déclaration d'absence d'effets*, à mobiliser dans des délais stricts, et réservé aux cas en principe exceptionnels où le recours en suspension n'a pas pu être utilement exercé à la suite d'une violation grave du droit des marchés publics par l'autorité adjudicatrice ;
- un troisième axe est constitué du *recours en annulation* de la décision d'attribution et du *recours en dommages et intérêts* qui, sur le plus long terme, complètent l'arsenal contentieux de l'entreprise lésée.

14. L'articulation des axes précités rend à notre sens très claire, au-delà des seuils européens, la réponse à la question du sort des contrats conclus en violation du droit des marchés publics : en dehors des hypothèses limitativement énumérées de suspension²⁰⁷³ ou d'absence d'effets du contrat, c'est la sécurité juridique des contrats qui prévaut. L'annulation de la décision administrative ou l'octroi de dommages et intérêts sont donc sans conséquence sur le contrat irrégulièrement conclu.

15. L'article 21 de la loi du 17 juin 2013 semble confirmer cette intuition en droit belge : « Sauf dans les cas prévus aux articles 13 [demande de suspension] et 17 à 20 [déclaration d'absence d'effets], le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit ».

La portée de cette disposition, ainsi que son équivalent sous les seuils européens (article 30, alinéa 3, de la loi), n'est pas explicitée par les travaux parlementaires de la loi et fait l'objet de discussions en doctrine²⁰⁷⁴. La controverse porte principalement sur le sens qu'il convient de réserver au terme « marché » et sur la possibilité pour le Conseil d'Etat de suspendre la décision d'attribution d'un marché déjà conclu au regard de la persistance ou non de l'intérêt à agir du requérant. Il ne semble toutefois pas contestable que l'instance de recours visée par cette disposition est *au minimum* le juge judiciaire. Dès lors,

2072 A.L. DURVIAUX note à juste titre que « L'articulation précise des recours en suspension et du recours en déclaration d'absence d'effets et en annulation du contrat reste complexe » (« L'arrêt s.a. *Spatial Intelligence Genuine et Generic Solutions* : une nouvelle étape dans le contrôle de la passation des marchés publics par le Conseil d'Etat », *J.L.M.B.*, 2011, liv. 12, p. 582).

2073 A la suite de la suspension de la décision d'attribution, le contrat est lui aussi suspendu, s'il a été conclu en violation du délai d'attente (art. 13 de la loi du 17 juin 2013).

2074 E. THIBAUT, *op. cit.*, pp. 270-272 ; S. JACQUES, « Commentaire d'arrêts du Conseil d'Etat », *M.C.P.*, 2015, liv. 1, pp. 71-75.

pour certains auteurs, cette disposition met fin à la controverse relative au sort du contrat conclu à la suite d'une décision d'attribution illégale : ce contrat est désormais, sauf les cas expressément énumérés par la loi du 17 juin 2013, « *onaantastbaar* »²⁰⁷⁵.

16. Certes, l'article 21 vise l'hypothèse où une instance de recours souhaiterait déclarer un marché *dépourvu d'effets* ; le cas de l'annulation d'un tel marché en vertu du droit commun n'est pas explicitement couvert²⁰⁷⁶.

Ce constat est d'autant plus troublant que l'ancêtre de l'article 21 de la loi du 17 juin 2013 était auparavant contenu à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cette disposition prévoyait qu'« 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 préjudice de l'application du § 4 [autorisant le juge des référés à annuler un contrat conclu en violation du délai d'attente] ». Le législateur avait à l'époque clairement exprimé son souhait de garantir la sécurité juridique en rendant le contrat intouchable, sauf exception²⁰⁷⁷.

L'abandon, dans la loi du 24 décembre 1993, puis dans celle du 17 juin 2013, du terme « annulation » au profit de l'expression « dépourvu d'effets » signifie-t-il qu'une annulation du contrat serait encore possible ?

Nous ne le pensons pas. D'une part, les travaux parlementaires de la loi du 23 décembre 2009 modifiant la loi du 24 décembre 1993 font apparaître que le

2075 C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, *Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten na de wet van 23 december 2009: commentaar, rechtspraak, teksten*, Anvers, Maklu, 2010, pp. 118-119 ; J. GEERTS et H. DE GROOF, « Het lot van de 'gesloten' opdracht na de schorsing van de gunningsbeslissing door de Raad van State », in *Chronique des marchés publics 2012-2013*, Bruxelles, EBP, 2013, pp. 19-29 ; adde J. STEVENS, « Overheidsopdrachten : de standstill staat niet stil... », *C.D.P.K.*, 2010, p. 170 ; C. DE KONINCK et P. FLAMEY, « Overheidsopdrachten : de wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen : algemene inleiding en tekstgeschiedenis », Anvers, Maklu, 2007, p. 421 ; en ce sens, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 3 novembre 2014, 14/746/C, inédit.

2076 F. VANDENDRIESSCHE et J. CARLE, « Kan een overheidsopdracht die niet meer onverbindend kan worden verklaard, wel nog nietig worden verklaard ? », note sous C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-19/13, *T.B.P.*, 2015/6, p. 333 ; J. RIEMSLAGH, « Het einde van de Feyfer-Formanova-rechtspraak. De schorsing van betekende gunningsbeslissingen door de Raad van State na de wet van 23 december 2009 », *T. gem.*, 2011, liv. 4, p. 240, note infrapaginale 3.

2077 Une importante disposition nouvelle précise au § 1^{er} qu'une fois conclu, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, qui serait fondée sur l'attribution irrégulière du marché. L'irrégularité peut concerner n'importe quelle étape de la procédure de passation, par exemple la sélection. 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. La compétence d'annulation de la décision d'attribution par le Conseil d'État est quant à elle inchangée, vu que cette compétence ne peut concerner le contrat. La suspension ou l'annulation par le juge reste également possible pour des raisons autres qu'une attribution irrégulière. Cette disposition ne porte cependant pas préjudice à l'application du § 4 du même article, en matière de sanction du non-respect d'un délai d'attente. Dans cette hypothèse en effet et selon les modalités dudit paragraphe, un soumissionnaire pourra demander au juge qu'il prononce l'annulation du contrat. » (Projet de loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., s.o. 2005-2006, n° 51-2237/001, p. 64).

législateur a voulu reprendre, sans modification, le principe auparavant contenu à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 16 juin 2006²⁰⁷⁸. D'autre part, le législateur a utilisé la même expression (« dépourvu d'effets ») à l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013, c'est-à-dire en-dessous des seuils européens, où le mécanisme de la déclaration d'absence d'effets ne peut pas être mis en œuvre. Il nous semble donc que le législateur a entendu l'expression « dépourvu d'effets » dans un sens large, qui couvre toutes les hypothèses où un contrat pourrait être privé de ses effets, notamment à la suite d'une annulation.

17. Avec d'autres auteurs²⁰⁷⁹, l'on s'interroge du reste sur le sens qu'aurait l'agencement ci-avant décrit des voies de recours en matière de marchés publics européens, selon un système cohérent et complet propre à cette matière, si le droit commun national permettait aussi, et de surcroît sans la moindre restriction, d'obtenir l'annulation pure et simple du marché: *lex specialis derogat generalis*²⁰⁸⁰.

Sauf suspension de la décision d'attribution (entraînant la suspension de l'exécution du marché conclu en violation du délai d'attente) et sauf déclaration d'absence d'effets, il n'est donc pas possible d'autrement suspendre ou annuler un marché public²⁰⁸¹.

La controverse exposée ci-dessous, à propos des marchés dispensés de publicité européenne, quant à la possibilité d'obtenir la nullité (relative ou absolue) du contrat par les voies de droit commun n'a par conséquent pas lieu d'être au-dessus des seuils européens²⁰⁸².

18. Eric Thibaut s'interroge sur la compatibilité de cette conclusion avec l'article 8.2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999 qui dispose que « Chaque Partie prévoit dans son droit interne que tout contractant dont le consentement a été vicié par un acte de corruption peut demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages-intérêts »²⁰⁸³.

2078 A propos du futur article 65/21 de la loi du 24 décembre 1993, le projet de loi indique que cette disposition « pose le principe en vertu duquel le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière des marchés publics ou des mesures les transposant. Ce principe était déjà présent dans l'article 2, § 1^{er}, in fine de la loi du 16 juin 2006 précitée. Il ne porte évidemment pas préjudice à l'application des articles 78 et 82 à 85 ni à l'obtention de dommages et intérêts après la conclusion du marché » (Doc. parl., Ch. repr., s.o. 2009-2010, n° 52-2276/001, p. 37).

2079 A.L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés publics et de contrats publics*, Bruxelles, la Charte, 2014, pp. 707-708; F. VANDENDRIESSCHE et J. CARLE, *op. cit.*, p. 333; F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, *op. cit.*, pp. 568-569.

2080 K. WAUTERS et M. A. KHAYLI observent que « Tant l'activité contractuelle de l'administration que la notion de contrat dans le cadre de l'action publique sont au demeurant régies par le droit commun (...). Ce principe s'efface néanmoins lorsque le législateur intervient pour encadrer certains contrats spécifiques – par exemple les marchés publics – ou lorsque certains éléments du contrat appellent l'application du droit public » (« Quand la frontière entre le contrat et le règlement se trouble », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.520).

2081 En ce sens, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 3 novembre 2014, 14/746/C, inédit.

2082 F. BELLEFLAMME, « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011/3, p. 267.

2083 E. THIBAUT, *op. cit.*, p. 270.

Cette contradiction n'est à notre avis qu'apparente. Les articles 21 et 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 doivent être lus comme empêchant, sauf exception, d'annuler ou de déclarer sans effets un contrat conclu *en violation des règles d'attribution des marchés publics contenues dans la loi du 15 juin 2006 et ses arrêtés d'exécution*.

La loi du 16 juin 2006 prévoyait en ce sens qu'une fois conclu, le contrat ne peut plus faire l'objet d'une annulation « fondée sur une passation irrégulière ». A sa suite, les articles 65/21 et 65/30 de la loi du 24 décembre 1993 visaient les violations « du droit communautaire en matière de marchés publics » et des mesures nationales qui en assurent la transposition. S'il est vrai que la loi du 17 juin 2013 ne comporte plus cette précision, elle doit à notre avis être sous-entendue, dès lors que le législateur n'a pas souhaité modifier le régime précédent sur ce point²⁰⁸⁴.

Les articles 21 et 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 ne devraient donc pas faire obstacle à l'annulation d'une convention conclue en violation de normes qui ne relèvent pas spécifiquement du droit de l'attribution des marchés publics. Il peut notamment s'agir des dispositions pénales réprimant la corruption publique ou privée (art. 246 et suivants du Code pénal; art. 504bis et 504ter du Code pénal) ou les ententes (art. 314 du Code pénal)²⁰⁸⁵.

2.4 L'arrêt *Fastweb* : tentative d'ajustement de l'équilibre

19. L'arrêt *Fastweb* rendu par la Cour de justice le 11 septembre 2014 abonde selon nous dans le sens d'une impossibilité de déclarer sans effet un contrat public hors les hypothèses limitativement énumérées par la directive « recours »²⁰⁸⁶.

20. Dans cette affaire, le ministère italien de l'Intérieur avait conclu en 2003 une convention avec Telecom Italia pour la gestion et le développement des services de télécommunications. Le 15 décembre 2011, peu avant l'expiration de cette convention, le ministère a décidé de renouveler cette convention, sans organiser de mise en concurrence. La nouvelle convention a une durée de sept ans et une valeur de plus d'un demi-milliard d'euros. Le ministère a publié un

2084 Proposition de loi devenue loi du 17 juin 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., s.o. 2012-2013, n° 2752/001, p. 16, article 21 : « Cet article contient le principe selon lequel le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours (sauf dans les cas mentionnés aux articles 13 et 17 à 20). Il reprend sans le modifier, l'article 65/21 de la loi du 24 décembre 1993, inséré par la loi du 23 décembre 2009. Les mots "quelle qu'elle soit" ont toutefois été ajoutés pour souligner que l'instance de recours est, selon le cas, le Conseil d'État ou le juge judiciaire » (nous soulignons). Voy. égal. *ibid.*, article 53, p. 28.

2085 S'agissant des ententes, le droit des marchés publics comprend par ailleurs son propre jeu de sanctions (art. 49 de l'arrêté royal établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics). Celles-ci incluent la faculté pour l'autorité de résilier unilatéralement le marché.

2086 C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-19/13, *J.T.*, 2015, liv. 8, pp. 197-200 et obs. M. VANDERSTRAETEN, « Déclaration d'absence d'effets *versus* sécurité juridique des contrats : un équilibre européen » ; *T.B.P.*, 2015, liv. 6, pp. 328-331 et note F. VANDENDRIESCHE et J. CARLE ; S. MAEYAERT, « Europees rechtsbeschermingscompromis inzake overheidsopdrachten begrenst vrijheid nationale rechter », *Entr. et dr.*, 2014, liv. 4, pp. 440-448 ; A. BROWN, « When will publication of a voluntary *ex ante* transparency notice provide protection against the remedy of contract ineffectiveness ? Case C-19/13 *Ministero dell'Interno v Fastweb SpA* », *P.P.L.R.*, 2015, liv. 1, pp. NA10-NA16.

avis de transparence *ex ante* volontaire et respecté un délai d'attente de dix jours entre cette publication et la conclusion du contrat.

Un concurrent de Telecom Italia, Fastweb, a introduit un recours devant le tribunal administratif régional du Lazio, qui a considéré que les raisons invoquées par le ministère pour utiliser la procédure négociée sans publicité n'étaient pas admissibles. Le tribunal a déclaré le contrat sans effets non pas sur la base du mécanisme de déclaration d'absence d'effets issu du droit européen, vu la publication d'un avis de transparence *ex ante*, mais sur la base d'une disposition propre au droit italien²⁰⁸⁷.

En appel, le Conseil d'État italien s'est interrogé sur les conséquences qu'il convenait de tirer de l'annulation de l'attribution en cause s'agissant des effets du contrat. Il a en substance posé les questions suivantes à la Cour de justice :

- si les conditions relatives à l'usage d'un avis de transparence *ex ante* sont réunies, est-il « automatiquement interdit » au juge national de prononcer (sur la base du droit interne) l'absence d'effets du contrat, même s'il a constaté la violation des normes permettant d'attribuer le marché par procédure négociée sans publicité ?
- dans l'affirmative, l'impossibilité de prononcer l'absence d'effets du contrat en application du droit national, nonobstant l'illégalité constatée, est-elle conforme au droit à un recours effectif (consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et au principe de non-discrimination ?

21. La Cour de Luxembourg répond en deux temps à la première question. Tout d'abord, elle rappelle les termes de l'article 2, § 7, de la directive 89/665, selon lesquels les effets de la suspension ou de l'annulation d'une décision illégale sont déterminés par le droit national, sauf dans les cas prévus aux articles 2^{quinq}uies à 2^{sept}ies (absence d'effets et sanctions de substitution). La Cour en déduit que pour les situations visées par la sanction d'absence d'effets, « les mesures qui peuvent être prises aux fins des recours dirigés contre les pouvoirs adjudicateurs ne sont déterminées que selon les règles prévues par cette directive » (§ 42).

La Cour note en outre que le régime d'absence d'effets du contrat et ses exceptions « tend à concilier les différents intérêts en cause, à savoir ceux de l'entreprise lésée à qui il importe de réserver la faculté d'introduire un référé précontractuel et l'annulation du contrat illégalement conclu ainsi que ceux du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise sélectionnée qui impliquent d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets du contrat » (§ 44).

2087 A savoir l'article 122 du code italien de procédure administrative, qui permet au juge qui annule l'attribution d'un marché public d'établir s'il convient de déclarer le marché dépourvu d'effets en tenant compte, en particulier, des intérêts des parties, de la possibilité effective pour le requérant d'obtenir l'adjudication à la lumière des vices constatés, de l'état d'exécution du contrat et de la possibilité de le reprendre (point 36 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014).

22. S'il n'est donc pas permis aux juridictions nationales de déclarer un marché dépourvu d'effets lorsqu'un avis de transparence *ex ante* a été publié et suivi d'une période d'attente, la Cour nuance immédiatement son propos en obligeant l'instance de recours à exercer un contrôle effectif sur la réunion des conditions permettant de faire échec à la sanction d'absence d'effets (§ 46).

La Cour rappelle ainsi que l'avis de transparence doit comprendre une justification claire et non équivoque des raisons ayant conduit le pouvoir adjudicateur à estimer qu'il pouvait passer le marché sans publication préalable d'un avis de marché.

Enfin, et surtout, la Cour invite l'instance de recours à vérifier que le pouvoir adjudicateur a agi «de manière diligente» et qu'il «pouvait estimer» que les conditions du recours à la procédure négociée sans publicité étaient effectivement réunies (§ 50). Eu égard aux conclusions de l'avocat général Bot²⁰⁸⁸, l'on comprend que la publication d'un avis de transparence ne suffit pas à faire obstacle à la déclaration d'absence d'effets : l'instance de recours doit en outre s'assurer que l'autorité a agi «de bonne foi», sur la base d'une croyance légitime que le recours à la procédure négociée sans publicité était autorisée.

23. La Cour reste muette quant aux indices permettant d'établir que l'autorité a décidé de bonne foi d'utiliser la procédure négociée. L'avocat général Bot précise quant à lui qu'il «ne peut y avoir de sécurité juridique ni de confiance légitime lorsque le pouvoir adjudicateur a agi de mauvaise foi dans l'application de la règle et qu'il a manqué d'une façon délibérée et intentionnelle aux règles de passation des marchés publics»²⁰⁸⁹. À cet égard, il conviendrait selon lui de distinguer «l'erreur commise de bonne foi d'une méconnaissance intentionnelle des règles de passation des marchés publics»²⁰⁹⁰.

L'on devine que l'autorité tentera à tout le moins de démontrer qu'elle a agi sans précipitation²⁰⁹¹, qu'elle a sollicité la rédaction d'avis juridiques internes ou externes²⁰⁹², que ses organes ont effectivement débattu de cette question, etc.

24. La réponse de la Cour à la seconde question préjudicielle était plus prévisible : le délai de dix jours aménagé entre la publication de l'avis de transparence et la conclusion du contrat tend à concilier à la fois les intérêts de l'entreprise lésée à obtenir l'annulation du marché illégalement conclu, et ceux du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise sélectionnée, en limitant l'incertitude juridique qui pourrait résulter de l'absence d'effets du marché, de sorte que ni le droit à un recours effectif, ni le principe de non-discrimination, ne sont violés (§§ 61-65).

2088 Point 82 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

2089 Point 83 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

2090 Point 85 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

2091 Point 112 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014, qui est surpris de la rapidité avec laquelle le ministère de l'Intérieur a attribué le marché, «compte tenu de l'importance de ce contrat aux fins du fonctionnement de l'administration, de la durée dudit contrat (sept ans) et de son montant (521.500.000 EUR), à moins de considérer qu'il était entendu entre le Ministero dell'Interno et Telecom Italia que la convention serait renouvelée».

2092 Point 113 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

25. L'arrêt **Fastweb** fournit deux enseignements essentiels pour notre sujet.

26. Premièrement, dans les situations qui ressortissent au champ d'application du mécanisme d'absence d'effets, le droit national ne pourrait pas prévoir davantage de cas d'application de la sanction d'absence d'effets, et se montrer ainsi plus sévère que le droit dérivé européen.

Il est vrai que le raisonnement de la Cour ne porte *a priori* que sur les cas où la directive *interdit* d'imposer la sanction de la déclaration d'absence d'effets en raison de la publication d'un avis de transparence *ex ante*²⁰⁹³. Il est vrai également que le vingtième considérant de la directive 2007/66 énonce que cette directive « ne devrait pas exclure l'application de sanctions plus sévères en vertu du droit national ».

La Cour souligne néanmoins à maintes reprises l'équilibre que la directive « recours » opère entre le droit à un recours effectif et la sécurité juridique des contrats. Cette justification devrait à notre sens mener à l'impossibilité de déclarer nul ou sans effet un contrat non seulement dans les hypothèses où la directive *interdit* l'imposition de cette sanction, mais aussi dans celles où la directive *ne prévoit pas* l'application de cette mesure (par exemple en présence d'une illégalité moins grave que l'absence de publicité ou le non-respect du délai d'attente).

27. L'arrêt **Fastweb** montre en outre que la Cour est consciente que le recours généralisé et opportuniste à l'avis de transparence, couplé à un délai d'attente court (dix jours²⁰⁹⁴), aurait tôt fait de sonner le glas de l'appel d'offres. Le test de « bonne foi » auquel la Cour invite à procéder constitue une louable tentative de réajustement d'un équilibre menacé de déstabilisation.

28. Ce test de « bonne foi » est cependant d'une évidente complexité et suscitera la perplexité tant des autorités adjudicatrices que des instances de recours²⁰⁹⁵.

L'autorité adjudicatrice est en effet confrontée à un dilemme :

- soit elle est certaine de pouvoir légalement se dispenser de la publication d'un avis de marché, auquel cas elle n'a guère d'intérêt à procéder à la publication d'un avis de transparence ;
- soit elle doute de la légalité du recours à la procédure négociée sans publicité, auquel cas la publication d'un avis de transparence ne fait qu'attirer l'attention sur une illégalité potentielle qui aurait autrement pu passer inaperçue. Pis encore, en cas de recours, l'autorité devra, pour éviter la sanction

2093 F. VANDENDRIESSCHE et J. CARLE, *op. cit.*, p. 333.

2094 A cet égard, l'affirmation de la Cour selon laquelle ce délai permet aux tiers intéressés de contester efficacement l'attribution d'un marché avant que le contrat ne soit conclu s'apparente à une pétition de principe. Il est en effet douteux que la publication d'un avis de transparence et le respect d'un délai de dix jours permette réellement aux tiers intéressés de se manifester (voy. le point 78 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014).

2095 M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, spéc. pp. 202-203.

de l'absence d'effets, prouver qu'elle a estimé de bonne foi pouvoir recourir à la procédure négociée. Or, la publication d'un avis de transparence n'est-elle pas de nature, en soi, à contredire cette croyance légitime²⁰⁹⁶ ?

29. La position de l'instance de recours n'est pas plus confortable : elle devra d'une part apprécier objectivement la légalité du recours à la procédure négociée sans publicité – un exercice qui n'est déjà pas en soi une sinécure – et, d'autre part, se mettre à la place de l'autorité pour déterminer si celle-ci pouvait légitimement *penser* agir dans la légalité²⁰⁹⁷.

30. Sous peine de dissuader encore davantage les autorités adjudicatrices d'utiliser le mécanisme de l'avis de transparence *ex ante* (pourtant déjà peu populaire), la Cour serait donc bienvenue de préciser, si on lui en donne à nouveau l'occasion, les conditions concrètes dans lesquelles il peut légitimement y être recouru pour éviter une déclaration d'absence d'effets ultérieure.

Ces précisions contribueraient à renforcer l'équilibre déjà très stable du contentieux européen des marchés publics. Cet équilibre contraste avec le désordre observé dans le contexte des marchés « belges », auquel nous consacrons la prochaine section.

3. Ordre et désordre publics belges

31. En-dessous des seuils européens, le régime contentieux organisé par la loi du 17 juin 2013 diffère de celui résultant de la transposition de la directive « recours » (3.1).

En l'absence notamment d'un mécanisme spécifique de déclaration d'absence d'effets, la doctrine et la jurisprudence s'interrogent sur la possibilité d'annuler le contrat en vertu du droit commun. Plusieurs thèses peuvent être défendues à cet égard, par ordre d'intensité :

- l'illégalité de l'acte administratif n'a aucune conséquence sur le contrat conclu (3.2) ;

2096 Plus fondamentalement, l'on peut se demander si, dans le doute – même légitime au regard de la complexification du droit de la commande publique – l'autorité ne devrait pas privilégier l'appel d'offres. La Cour rappelle d'ailleurs que la procédure négociée ne peut être utilisée que dans les cas limitativement énumérés par les directives et par la loi (§ 49 de l'arrêt commenté). Ces exceptions à la publicité devraient s'interpréter de manière stricte (voy. notamment C.J.U.E., 8 avril 2008, Commission c. Italie, C-337/05).

2097 On ne peut du reste que s'interroger sur les conséquences d'un tel exercice en termes de responsabilité des pouvoirs adjudicateurs. Le recours illégal à la procédure négociée, et constaté comme tel par le juge, est-il bien constitutif d'une faute lorsque ce même juge a estimé que l'erreur de l'autorité est légitime ? Voici de quoi nuancer encore un peu l'application mécanique du principe de l'identité entre faute et illégalité, et complexifier l'introduction de recours en dommages et intérêts. Sur ce principe et son application, voy. F. GLANSDORFF, « L'indemnité réparatrice : une nouvelle compétence du Conseil d'État vue par un civiliste », *J.T.*, 2014, pp. 475-476 ; B. DUBUISSON, « L'erreur du juge est-elle fatale ? Libres propos », *R.D.C.*, 2013, liv. 10, pp. 1128 et s. ; D. DE ROY, « La responsabilité quasi délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ? », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruges, la Charte, 2007, pp. 82-89, n^{os} 30-49.

- le pouvoir adjudicateur est tenu, en vertu du principe de légalité et le cas échéant de l'autorité de chose jugée associée à un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat, de mettre fin au contrat irrégulièrement conclu (3.3);
- le pouvoir adjudicateur, voire des tiers au contrat, peuvent se prévaloir du droit civil des vices du consentement ou de la cause illicite en vue d'obtenir l'annulation du contrat irrégulièrement conclu (3.4).

Le débat en la matière reste largement ouvert et illustre la situation de déséquilibre qui caractérise en droit belge les relations entre le principe de légalité et celui de sécurité juridique (3.5).

3.1 Esquisse des voies de recours sous les seuils européens

32. Une première différence fondamentale, sous les seuils de publicité européenne, tient à l'absence d'obligation pour l'autorité adjudicatrice de respecter un délai d'attente entre la communication de la décision d'attribution et la conclusion du contrat (sauf pour les marchés de travaux atteignant la moitié du seuil européen²⁰⁹⁸).

La seconde différence est la conséquence de la première: à défaut d'obligation d'aménager un délai d'attente – et même si l'autorité choisit d'aménager volontairement un tel délai –, il n'y aura ni suspension automatique du marché conclu en cas de suspension de la décision d'attribution, ni déclaration d'absence d'effets (ou sanctions de substitution).

Ces deux différences appellent le constat que les marchés belges sont les « parents pauvres »²⁰⁹⁹ de la protection juridictionnelle des marchés publics.

33. Le système des voies de recours sous les seuils s'articule par conséquent autour de deux axes seulement:

- un premier axe concerne la *demande de suspension* de la décision d'attribution, dont l'effectivité n'est toutefois pas assurée, vu l'absence de délai d'attente et l'absence de suspension automatique des effets du contrat en cas de suspension de la décision d'attribution;
- un second axe est constitué du *recours en annulation* de la décision d'attribution et du *recours en dommages et intérêts*.

34. La question se pose de l'existence et de l'étendue d'un éventuel troisième axe, autorisant l'*annulation du contrat* lui-même.

2098 Art. 30 de la loi du 17 juin 2013.

2099 E. THIBAUT, *op. cit.*, pp. 271-272.

3.2 La thèse de l'absence d'incidence sur le contrat de l'illégalité de l'acte administratif sous-jacent

35. Conformément à l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013, applicable en-dessous des seuils européens, « Une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit ». Si l'on s'en tient à une lecture littérale de cette disposition, l'illégalité de l'acte administratif ne peut affecter le contrat une fois celui-ci conclu.

A l'instar de l'article 21 au-dessus des seuils, les intentions du législateur en adoptant l'article 30, alinéa 3, prêtent néanmoins à discussion (cf. *supra*, n° 15). A notre sens, cette disposition s'adresse toutefois clairement au juge judiciaire et lui interdit de priver d'effets – notamment au moyen d'une annulation – le contrat conclu.

36. La majorité de la jurisprudence semble rejoindre cette conclusion, en se fondant toutefois moins sur l'article 21 précité que sur la théorie de l'acte détachable et – s'agissant des tiers au contrat – sur l'article 1165 du Code civil, en vertu duquel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties à celles-ci²¹⁰⁰.

37. Cette conclusion peut paraître insatisfaisante au regard de la différence de traitement qu'elle crée selon que l'on se situe en-dessous ou au-dessus des seuils européens :

- au-dessus des seuils, toute personne intéressée peut obtenir, dans les hypothèses prévues par la loi, la déclaration d'absence d'effets du contrat irrégulièrement conclu ;
- en-dessous des seuils, ni le pouvoir adjudicateur, ni les tiers ne pourraient obtenir une quelconque annulation du contrat.

Certes, l'on arguera que cette différence de traitement est raisonnablement justifiée au regard de l'importance des contrats concernés. Toute la loi du 17 juin 2013 repose d'ailleurs sur une telle différenciation des régimes de protection en fonction du montant du contrat. L'on peut toutefois se demander si ce critère purement économique est toujours adéquat et s'il ne conviendrait pas de rendre moins radicale la différence de traitement précitée. Plusieurs thèses, exposées ci-dessous, vont dans ce sens.

2100 V. DOR et C. DE KONINCK, *op. cit.*, p. 99 ; V. DOR et M. VASTMANS, « Le contentieux des marchés publics », in *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 743-744 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Bruges, La Chartes, 1993, p. 685, n° 1416 ; M.-A. FLAMME, PH. MATHEI, PH. FLAMME, A. DELVAUX et CL. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6° éd., C.N.C., Bruxelles, 1997, p. 1915.

3.3 La thèse de l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de mettre fin au contrat

38. Fidèle à la théorie de l'acte détachable, le Conseil d'Etat considère qu'en principe, le recours contre un acte détachable est sans effet direct sur le contrat²¹⁰¹.

Néanmoins, des arrêts rendus en matière de fonction publique nuancent quelque peu la portée de ce principe. Le Conseil d'Etat a en effet jugé qu'un contrat à prestations successives – tel un contrat de travail en l'espèce – peut être résilié de manière unilatérale et qu'en sa qualité d'autorité administrative, la partie adverse est tenue au respect des règles et principes généraux du droit dont le principe de légalité ainsi que celui du respect de l'autorité de chose jugée d'un arrêt d'annulation. Le Conseil d'Etat en conclut que la partie requérante dispose d'un intérêt à agir contre l'acte détachable, malgré la conclusion du contrat²¹⁰².

Ainsi, si le recours à l'encontre de l'acte détachable est sans effet *direct* sur le contrat, l'autorité administrative n'en aurait pas moins l'obligation, en cas d'annulation de l'acte détachable, de résilier le contrat irrégulièrement conclu. J. SOHIER et M. CHOMÉ confirment que «le contrôle exercé par la Cour des Comptes ou, dans les communes, par le Receveur devrait rendre la rupture du contrat inéluctable, puisqu'ils seraient en droit de s'opposer au paiement des rémunérations qui seraient dues en vertu d'un contrat illégal»²¹⁰³.

39. A notre connaissance, cette jurisprudence n'a pas été transposée au droit des marchés publics. Dans cette matière, le Conseil a jugé qu'un requérant conservait son intérêt à agir contre l'acte détachable en dépit de la conclusion du contrat²¹⁰⁴, mais cette conclusion n'est pas explicitement motivée par la circonstance que le pouvoir adjudicateur aurait l'obligation, en cas d'arrêt de suspension ou d'annulation, de résilier le contrat irrégulièrement conclu. Le Conseil d'Etat se contente en effet d'indiquer, de façon elliptique, que «les situations problématiques qui pourraient se poser en raison de la suspension éventuellement ordonnée sont imputables à l'autorité adjudicatrice qui a fait le

2101 C.E. (ass. gén.), 1^{er} février 2013, n° 222.357, *s.a. Vanache Firefighting engineering*; cette jurisprudence a été initiée par un arrêt du 24 octobre 1949, n° 137, *Grisar*, qui reprend l'enseignement de la jurisprudence *Martin* du Conseil d'Etat de France (4 août 1905, *Rec.*, 1905, p. 749). Sur l'acte détachable, voy. le v° correspondant dans P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

2102 C.E., 1^{er} février 2012, n° 217.647, *Decock*. Cet enseignement a été confirmé par des arrêts du 24 avril 2012, n° 219.034, *Dumont* et du 29 juin 2012, n° 220.130, *Dembour*.

2103 J. SOHIER et M. CHOMÉ, «Le Tribunal du Travail: juge administratif», in *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 727.

2104 C.E., 28 octobre 2010, n° 208.513, *n.v. Spatial Intelligence Genuine & Generic It Solutions*; C.E., 29 juillet 2014, n° 228.132, *B.S.T. Réviseurs d'entreprises*; C.E., 24 juillet 2014, n° 228.104, *Van Mol Brandweermateriaal*; A.L. DURVIAUX, «L'arrêt SA Spatial intelligence...», *op. cit.*, pp. 580-581; S. JACQUES, *op. cit.*, pp. 71 et s.; L. VERMEIRE et I. VOS, «Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten bij de Raad van State: een eerste stand van zaken na de rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 en de hervorming van de Raad van State in 2014», *T.B.P.*, 2015/6, pp. 295-296; plus récemment, voy. C.E., 12 janvier 2015, n° 229.780, *spri Entreprise Paul Fraiteur*; C.E., 12 mars 2015, n° 230.499, *s.a. Scheerlinck Sport*; C.E., 24 décembre 2015, n° 233.365, *Pinchart, Collee & Giuliani*.

choix délibéré et volontaire de ne pas respecter le délai d'attente, bien qu'elle n'y était pas légalement tenue»²¹⁰⁵.

A notre avis, parmi ces « situations problématiques » figure l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de tenir compte de l'autorité de chose jugée de l'arrêt de suspension ou d'annulation de l'acte détachable. A l'instar de ce que suggèrent les arrêts précités en matière de fonction publique, l'on pourrait imaginer que le pouvoir adjudicateur a à tout le moins le devoir de résilier promptement le contrat, c'est-à-dire d'y mettre fin unilatéralement, sans effet rétroactif. Une telle obligation n'aurait évidemment de sens que pour les contrats qui donnent lieu à une exécution successive²¹⁰⁶. Toutefois, en suivant ce raisonnement, le pouvoir adjudicateur ne devrait à notre estime être tenu de mettre fin au contrat que si cette résiliation est autorisée par le droit commun ou par les documents du marché, en sorte qu'il ne sera en principe pas redevable de dommages et intérêts au cocontractant du fait de cette résiliation.

40. Soulignons que le raisonnement qui précède repose sur le postulat que le Conseil d'Etat est encore en mesure, après la signature du contrat, de suspendre l'acte détachable sous-jacent. Or, au regard des articles 21 et 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013, qui visent l'instance de recours « quelle qu'elle soit », il est douteux que le Conseil d'Etat soit encore compétent pour suspendre la décision d'attribution après la conclusion du marché (sauf lorsque ledit marché a conclu en violation du délai d'attente obligatoire)²¹⁰⁷.

3.4 La thèse de la nullité (relative ou absolue) du contrat irrégulièrement conclu

41. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence nuance la théorie de l'acte détachable et recourt au droit commun des vices de consentement en vue d'annuler un contrat irrégulièrement conclu.

P. GOFFAUX écrit ainsi que « La décision administrative de conclure le contrat et le consentement de l'administration à ce contrat sont en fait une seule et même réalité juridique, une seule et même expression de volonté qui tantôt est présentée avec les habits du contentieux administratif et se dénomme alors décision d'attribution (ou de conclusion) du contrat et tantôt prend les traits du droit civil et est alors appelée consentement au contrat. Dans cette analyse, l'annulation de la décision de conclure le contrat entraîne alors disparition rétroactive du consentement, ce qui prive la convention d'un des éléments essentiels à sa validité et entraîne donc sa nullité »²¹⁰⁸.

2105 C.E., 24 décembre 2015, n° 233.365, *Pinchart, Collee & Giuliani*. Dans le même sens, du côté néerlandophone: C.E., C.E., 24 juillet 2014, n° 228.104, *Van Mol Brandweermateriaal*; C.E., 28 octobre 2010, n° 208.513, *n.v. Spatial Intelligence Genuine & Generic It Solutions*.

2106 D. RENDERS, « La sortie de vigueur du contrat octroyant une subvention », in *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 391.

2107 J. BOURTEMBOURG et C. DONY, « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ? », *Chronique des marchés publics 2014-2015*, Bruxelles, EBP, 2015, pp. 389-418, spéc. pp. 414-418.

2108 P. GOFFAUX, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, v° Acte détachable (théorie de l'-).

Le défaut de consentement de l'autorité autoriserait donc celle-ci – voire l'obligerait²¹⁰⁹ – à demander l'annulation du contrat.

42. Cette analyse est confortée par un arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2012, à propos de l'annulation par l'autorité de tutelle de la décision d'un collègue des bourgmestre et échevins de conclure un contrat de travail²¹¹⁰.

A supposer que cet enseignement puisse être transposé au droit des marchés publics, il reste à déterminer si un tiers au contrat peut se prévaloir de sa nullité (ce qui n'était pas le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 5 mars 2012).

43. Cette question renvoie au caractère relatif ou absolu de la nullité qui affecte le contrat.

Nous n'entrons pas dans le détail de cette polémique et renvoyons aux excellentes études consacrées à ce sujet²¹¹¹.

Mentionnons seulement qu'une partie de la doctrine estime que la réglementation des marchés publics est d'ordre public, et emporte donc une nullité absolue des contrats conclus en violation de cette réglementation²¹¹².

44. Diverses décisions de justice concluent dans le même sens à la nullité absolue du contrat conclu en violation des procédures de passation des marchés publics²¹¹³.

2109 F. BELLEFLAMME note toutefois que les fondements d'une telle obligation ne sont pas très assurés (*op. cit.*, p. 268, et les réf. citées).

2110 Cass., 5 mars 2012, S.09.0096.F, *M.C.P.*, 2012/1, pp. 63-69, avec les conclusions de l'avocat général M. GENICOT; *Rev. dr. comm.*, 2013/2, pp. 20-26 et note G. DELANNAY; *Entr. et dr.*, 2013/4, pp. 400-420 et obs. G. VAN HOOREBEKE.

2111 K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, spéc. pp. 625-629; F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, pp. 259-275; V. DOR et C. DE KONINCK, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 97-106.

2112 F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 269 et les réf. citées; C. DE KONINCK, «Gevolgen niet-naleving overheidsoopdrachtenwetgeving», *Mercatus.be*, 13 novembre 2014; M. FLAMME et Ph. FLAMME, «Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant – Le sort des contrats irrégulièrement conclus – Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels? – Les modalités du futur *standstill*», *Entr. et dr.*, 2002, pp. 135 et s. Plus largement, P. Goffaux est partisan de la nullité absolue, «dès lors que l'administration est censée toujours poursuivre un objectif d'intérêt général» (P. GOFFAUX, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, v° Acte détachable (théorie de l'–)). Cette justification nous semble cependant confondre les notions d'intérêt général et d'ordre public: toutes les règles concourant à la poursuite de l'intérêt général ne touchent pas nécessairement aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité.

2113 Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P.*, 2012, p. 564; Bruxelles, 18 novembre 2011, *MCP*, 2011/1, p. 141; Civ. Termonde, 18 décembre 2009, *Entr. Dr.*, 2013/1, p. 68. Voy. égal. la jurisprudence citée par K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, pp. 614 et s. Notons qu'en France, le Conseil d'Etat a ouvert à tout tiers lésé un recours de pleine juridiction permettant de contester la validité d'un contrat administratif (C.E. Fr., 4 avril 2014, n° 358944, *Département du Tarn et Garonne*, *M.C.P.*, 2014/2, pp. 163-168 et note A.-G. TOLLINCHI, «Contrats administratifs et marchés publics: bientôt 66 millions de requérants»). Auparavant, le Conseil d'Etat de France avait déjà relativisé la théorie de l'acte détachable en ouvrant un tel recours à certains tiers, les candidats évincés (C.E., 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic Travaux Signalisation*). La situation française doit néanmoins être strictement distinguée du contentieux administratif belge: en France, l'action en annulation du contrat portée devant le Conseil d'Etat est une action de pleine juridiction, de sorte que le juge administratif peut adapter son dispositif à la gravité de l'irrégularité constatée, en prenant en compte tous les intérêts en jeu. Par conséquent, la juridiction administrative peut non seulement annuler le contrat, mais aussi modifier certaines de ses clauses ou octroyer des dommages et intérêts aux tiers lésés. Ces moyens de pleine juridiction permettent de réconcilier les exigences du principe de légalité et celles du principe de sécurité

Dans un arrêt du 28 décembre 2013, la Cour d'appel de Bruxelles a estimé que cette nullité absolue n'est « *pas contraire au principe de sécurité juridique* » et peut être soulevée par le pouvoir adjudicateur lui-même, malgré le fait que la violation des procédures de passation des marchés publics est constitutive d'une faute dans son chef²¹¹⁴. Dans le même arrêt, la Cour d'appel de Bruxelles a par ailleurs estimé que le cocontractant choisi sans mise en concurrence est lui aussi fautif, car il aurait en l'espèce « *dû s'inquiéter du respect de la réglementation en cause* ». A défaut de ce faire, et à défaut de démontrer que si la réglementation des marchés publics avait été respectée, il aurait nécessairement obtenu le contrat aux mêmes conditions, le cocontractant ne peut pas réclamer des dommages et intérêts pour compenser son manque à gagner²¹¹⁵.

45. Ainsi conçue, la thèse de la nullité absolue des contrats conclus en violation du droit des marchés publics nous paraît à maints égards trop... absolue.

Nonobstant un obscur arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2012²¹¹⁶, rien ne justifie, à notre estime et à celles d'autres auteurs²¹¹⁷, de considérer que l'intégralité du droit des marchés publics relèverait de l'ordre public. Le Conseil d'Etat a lui-même observé que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne partage un avis à ce point tranché²¹¹⁸.

Au contraire, le Conseil d'Etat a par exemple jugé qu'un moyen pris d'une prétendue violation du principe d'égalité des soumissionnaires n'est pas d'ordre public²¹¹⁹, pas plus que celui pris d'une méconnaissance des dispositions en matière de contrôle de normalité des prix²¹²⁰.

46. Pour que la notion d'ordre public conserve un sens, il conviendrait de réserver ce caractère aux dispositions et principes *essentiels* du droit des marchés

juridique (H. SCHRÖDER et U. STELKENS, « EU Public Contract Litigation », in *EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 451).

2114 Bruxelles (2^e ch.), 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014, pp. 96-97.

2115 Dans le même sens : Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P.*, 2012, p. 564. Cette jurisprudence paraît particulièrement sévère – voire injuste – à l'endroit des entreprises choisies sans mise en concurrence. D'une part, toutes ne sont pas rompues au droit des marchés publics au point d'apprécier avec suffisamment de compétence la marge de manœuvre dont dispose l'autorité pour recourir à la procédure négociée sans publicité. D'autre part, même en cas d'illégalité flagrante, il est commercialement illusoire d'imaginer que le cocontractant pressenti oserait émettre des réserves vis-à-vis de l'usage de cette procédure par l'autorité. Dans le même sens : K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, pp. 622-623.

2116 C.11.0738.F, *A.P.T.*, 2013, pp. 118-124, note B. LOMBAERT, « La réglementation des marchés publics : loi d'ordre public en cassation ? ». Il n'est pas certain qu'il puisse être déduit de cet arrêt que la Cour de cassation ait voulu qualifier d'ordre public l'ensemble de la réglementation sur les marchés publics (K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 621). Du reste, « ce n'est pas parce qu'une matière est considérée comme étant d'ordre public en principe que toutes les règles y relatives le sont aussi » (P. VAN OMME-SLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 365).

2117 F. VANDENDRIESSCHE et J. CARLE, *op. cit.*, p. 331 ; F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, « Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard ? », note sous Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P.*, 2012, pp. 565-567 ; F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 269, note infrapaginale 49 ; B. LOMBAERT, « La réglementation des marchés publics : loi d'ordre public en cassation ? », note sous Cass. 29 juin 2012, *A.P.T.*, 2013, pp. 120-124 ; A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, A. COLPAERT, M. VAN LOON, R. VINCKX et L. VAN VALKENBORGH, « De nietigheid van overeenkomsten wegens de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden », *T.P.R.*, 2011, 1360, n° 3.

2118 C.E., 30 octobre 2014, n° 228.988, *sprl Association des Yernaux*.

2119 C.E., 8 juillet 2008, n° 185.218, *nv PIT Antwerpen*.

2120 C.E., 6 mai 2010, n° 203.721, *nv Ghent Dredging*.

publics, sous peine de paralyser l'action publique par des annulations intempestives de contrats en cours d'exécution²¹²¹.

La détermination de ces dispositions et principes essentiels n'est à l'évidence pas une science exacte²¹²². Par analogie avec l'un des cas où peut être prononcée, au-dessus des seuils, une déclaration d'absence d'effets, l'annulation du contrat à la demande d'un tiers ne devrait à notre sens être possible que dans une seule situation : lorsque le contrat a été conclu sans publicité – belge, par hypothèse –, alors que celle-ci était légalement requise.

47. Cette position peut être justifiée par le fait que le recours à la procédure négociée déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, lequel a été jugé d'ordre public par le Conseil d'Etat²¹²³.

K. WAUTERS et Th. CAMBIER font néanmoins remarquer que l'essentiel des dispositions de la législation sur les marchés publics découle des principes généraux de la commande publique, et notamment du principe de la concurrence, de sorte que la plupart de ces dispositions devraient logiquement être qualifiées d'ordre public²¹²⁴.

L'objection est pertinente et nous proposons d'y répondre en considérant que ce n'est pas le principe de concurrence, de manière indéfinie, qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, mais plus précisément l'obligation pour le pouvoir adjudicateur, sauf exception, de faire publier un avis de marché. De cette manière, les cas de nullité absolue seraient strictement limités à l'hypothèse de la conclusion d'un contrat sans publicité alors que celle-ci s'imposait.

48. Cette approche permet également d'éviter une incohérence entre les recours ouverts aux tiers en-dessous et au-dessus des seuils européens. En effet, si l'on admet qu'au-dessus des seuils européens un contrat ne peut être annulé que dans les hypothèses de déclaration d'absence d'effets (*supra*, n° 14 et s.), il serait paradoxal qu'en-dessous desdits seuils (et donc à l'égard de contrats de moindre importance financière), une telle annulation soit possible sans la moindre restriction.

49. Certes, notre thèse a pour conséquence que, dans certains cas, un contrat illégalement octroyé continuera à sortir ses effets.

2121 F. BELLEFLAMME observe cependant que certains mécanismes garantissent malgré tout une certaine prise en compte de l'intérêt public, en particulier devant le juge civil des référés : l'application de la balance des intérêts, la réfaction rétroactive de l'irrégularité par l'autorité et l'abus de droit (*op. cit.*, p. 272).

2122 F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, *op. cit.*, pp. 566-567.

2123 C.E., 29 janvier 2010, n° 200.246, *sprl Ghysels et Verbeken*; C.E., 7 avril 2009, n° 192.241, *sprl Gauthier Coton*; C.E., 1^{er} février 2007, n° 167.381, *sa Les Entreprises Gilles Moury*; C.E., 30 novembre 2005, N° 151.944, *sa Etablissements Beherman Demoen*.

2124 K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, pp. 627 et 633.

Cela n'a néanmoins rien d'une hérésie lorsque l'on songe aux conséquences économiques et sociales de l'annulation d'un contrat en cours d'exécution²¹²⁵.

Le principe du maintien légitime d'une décision illégale dans l'ordre juridique n'est d'ailleurs pas inconnu de notre droit :

- en droit des marchés publics, l'instance de recours peut opérer une balance des intérêts et décider de ne pas accorder la suspension de la décision d'attribution lorsque ses conséquences négatives pour l'intérêt public l'emporteraient sur ses avantages²¹²⁶ ;
- la suspension ordonnée par le Conseil d'Etat est levée si aucune requête en annulation n'a été introduite contre le même acte, de sorte que l'acte jugé *prima facie* illégal « revit »²¹²⁷ ;
- le pouvoir adjudicateur qui découvre que l'adjudicataire s'est rendu coupable d'une entente en contravention de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 peut certes résilier le marché, mais peut aussi continuer son exécution et imposer d'autres sanctions, comme une pénalité²¹²⁸ ;
- de manière plus générale, le principe de sécurité juridique motive l'adoption de délais de recours, au-delà desquelles un acte administratif, même illégal, ne peut plus être attaqué au contentieux de la légalité.

De tels exemples, où le principe de légalité cède le pas à d'autres impératifs d'intérêt général, pourraient être multipliés. Il est donc malvenu de s'insurger, en soi, contre la persistance d'un contrat irrégulièrement conclu, lorsque la sécurité juridique ou la continuité du service public le justifient.

3.5 Absence d'équilibre

50. Le régime des voies de recours applicable aux marchés dispensés de publicité européenne se caractérise par un profond déséquilibre.

51. A défaut de délai d'attente, le soumissionnaire est tout simplement dépourvu de recours efficace en amont de la conclusion du contrat.

2125 M. FLAMME, PH. FLAMME et CL. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 314-315.

2126 Art. 15 de la loi du 17 juin 2013. Le Conseil d'Etat dispose, depuis sa réforme en 2014, de la possibilité d'opérer une balance des intérêts dans toutes les matières (art. 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ; M. VANDERSTRAETEN et V. TULKENS, « Urgence, extrême urgence, mesures provisoires et balance des intérêts devant le Conseil d'Etat », in *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 145-146).

2127 Art. 17, § 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

2128 Art. 49 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

52. Tous les enjeux de protection juridictionnelle se situent donc en aval de la conclusion du contrat. Ici, deux thèses principales s'affrontent :

- soit l'illégalité de la décision d'attribution est sans aucune incidence sur le contrat. Cette solution revient à priver les tiers de tout recours autre qu'en dommages et intérêts ;
- soit l'illégalité de la décision d'attribution emporte la nullité absolue du contrat, qui pourrait être constatée à la demande de n'importe quel tiers.

53. Dans cette dernière configuration, les régimes applicables en-dessous et au-dessus des seuils sont radicalement opposés :

- s'agissant des marchés soumis à publicité européenne, l'accent est mis sur la protection juridictionnelle des tiers en amont de la conclusion du contrat, tandis que les recours en aval sont très strictement encadrés ;
- les marchés dispensés de publicité européenne, quant à eux, ne donnent lieu à aucune protection en amont, tandis que la validité du contrat pourrait quasiment sans restriction être mise en cause après sa conclusion.

Une telle contradiction n'est pas satisfaisante et appelle à réfléchir à un rééquilibrage du système des voies de recours en-dessous des seuils.

4. Conclusion : en quête d'équilibre et de convergence

54. Les relations entre la nouvelle figure de la déclaration d'absence d'effets et la sanction de droit commun de la nullité demeurent incertaines et largement inexplorées par la jurisprudence²¹²⁹. Au-dessus des seuils européens, nous avons néanmoins exposé les raisons pour lesquelles le mécanisme de déclaration d'absence d'effets devrait *exclude* celui de la nullité de droit commun.

En-dessous des seuils européens, l'absence de délai d'attente obligatoire et de déclaration d'absence d'effets laisse le tiers au contrat largement désarmé face au fait accompli de la conclusion irrégulière du contrat. La tentation d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence d'admettre une action de droit commun en nullité dans cette hypothèse est louable, mais doit à notre sens être réservée au cas extrême de la conclusion d'un contrat sans aucune publicité alors que celle-ci était requise.

55. De manière générale, malgré la différence d'importance économique entre les contrats en-dessous et au-dessus des seuils, les régimes contentieux applicables dans l'un et l'autre cas gagneraient à converger.

De lege ferenda, cette convergence pourrait passer par l'aménagement, en-dessous des seuils, d'un délai d'attente. Il semble en effet difficilement justifiable,

2129 F. VANDENDRIESCHE et J. CARLE, *op. cit.*, p. 331.

au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, que les soumissionnaires participant à des marchés soumis à publicité européenne bénéficient d'une voie de recours efficace en amont de la conclusion du contrat, grâce au délai d'attente, alors que cette faculté ne serait pas offerte aux soumissionnaires participant à des marchés dispensés d'une telle publicité²¹³⁰.

Au niveau européen, la Cour de justice a considéré que le droit à une protection juridictionnelle effective (article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union) exige que les intéressés soient informés d'une décision d'attribution d'un marché public un certain temps avant la conclusion du marché, afin que ceux-ci disposent d'une réelle possibilité d'intenter un recours, dont notamment une demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion²¹³¹. La même conclusion devrait s'imposer sous les seuils.

56. Le régime des voies de recours des marchés publics belges et européens pourrait dès lors être harmonisé comme suit :

- après l'adoption de la décision d'attribution, le pouvoir adjudicateur doit respecter un délai d'attente qui permet aux soumissionnaires évincés d'introduire un recours en suspension devant le Conseil d'Etat²¹³² ;
- la suspension de la décision d'attribution par l'instance de recours emporte automatiquement la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation du délai d'attente ;
- le mécanisme de la déclaration d'absence d'effet est ouvert à toute personne intéressée dans les trois hypothèses suivantes :
 - le contrat a été conclu sans publicité (belge ou européenne, selon les cas), alors qu'une telle publicité était légalement requise ;
 - le marché a été conclu en violation du délai d'attente ;
 - le marché a été conclu sur la base d'un accord-cadre sans respecter les conditions fixées dans cet accord ;
- en-dehors des hypothèses de déclaration d'absence d'effet, le contrat, une fois conclu, ne peut pas être suspendu ou annulé : les tiers doivent se contenter d'un recours en annulation de la décision d'attribution (dont l'issue restera sans incidence sur le contrat) et/ou d'une demande en dommages et intérêts.

2130 J. BOURTEMBOURG et C. DONY, *op. cit.*, pp. 414-417. Ces auteurs font écho à l'arrêt du C.E., 2 juillet 2014, n° 212.533, *s.a. Iuris Link*, selon lequel « refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre, en l'occurrence par le marché passé, poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés, et partant d'égalité entre les justiciables ».

2131 Arrêt *Fastweb* précité, point 60. Voy. égal. C.J.U.E., 23 avril 2015, C-35/15 P(R), *Van Breda*, point 38.

2132 Le cas échéant, certains marchés sous les seuils européens pourraient être dispensés de cette formalité en raison de leur très faible valeur (par exemple les marchés constatés par une facture acceptée).

57. Ainsi conçu, le système des voies de recours devrait permettre d'éviter la politique du fait accompli et, partant, de mettre fin à deux jurisprudences contestables. D'une part, la jurisprudence judiciaire relative à la nullité absolue des contrats irrégulièrement conclus n'aurait plus d'intérêt en matière de marchés publics²¹³³. D'autre part, le Conseil d'Etat aurait désormais un motif pertinent de se déclarer compétent pour connaître de demandes de suspension d'une décision d'attribution *après* la conclusion du contrat: il le fera uniquement lorsque le délai d'attente obligatoire n'a pas été respecté (la suspension de l'acte détachable entraînant dans ce cas la suspension du contrat).

58. Hier comme aujourd'hui, «l'ennemi est la pratique du fait accompli»²¹³⁴. Des impératifs de réalisme économique commandent néanmoins de combattre l'ennemi «à un stade où les violations peuvent encore être corrigées»²¹³⁵. Autrement dit, l'équilibre entre les deux facettes de l'intérêt général que sont la légalité et la sécurité juridique passe par la concentration des moyens de recours en amont de la conclusion du contrat. En règle, les principes de sécurité juridique et de continuité du service public devraient quant à eux prévaloir une fois le contrat conclu²¹³⁶.

2133 La question demeure néanmoins pertinente pour d'autres contrats administratifs, qui ne sont pas soumis à la loi du 17 juin 2013 (F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 267). Il s'agit par exemple des contrats de concession (jusqu'à la transposition en droit belge de la directive 2013/23 sur l'attribution de contrats de concession).

2134 M. FLAMME et Ph. FLAMME, «Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant – Le sort des contrats irrégulièrement conclus – Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels? – Les modalités du futur *standstill*», *Entr. et dr.*, 2002, p. 151.

2135 C.J.C.E., 3 avril 2008, C-444/06, *Commission c. Espagne*, points 38 et 39; C.J.U.E., 28 janvier 2010, C-456/08, *Commission c. Irlande*, point 33.

2136 M. FLAMME et Ph. FLAMME, *op. cit.*, p. 158.