



**NATIONAL**  
**TENDER** DAY

Les arrêts et jugements les plus marquants rendus par les juridictions de l'Ordre judiciaire en 2020-2021 en matière de passation et d'exécution des marchés publics



National Tender Day | 28 octobre 2021 | 15h15-16h30

# Contenu de la présentation

DÉCISIONS CIVILES (NON PUBLIÉES)

- |      |                                                                                                                                                                                                                                             |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| I.   | Recevabilité du recours et compétence                                                                                                                                                                                                       |
| II.  | Devoir de minutie                                                                                                                                                                                                                           |
| III. | Interaction entre le droit des marchés publics et les aides d'État                                                                                                                                                                          |
| IV.  | Résiliation et mesures d'office                                                                                                                                                                                                             |
| V.   | Problèmes liés à l'exécution                                                                                                                                                                                                                |
| VI.  | Contentieux de l'indemnité réparatrice                                                                                                                                                                                                      |
| VII. | Jurisprudence pertinente en matière de cassation <ul style="list-style-type: none"><li>a) La règle de l'indemnisation forfaitaire de 10 %</li><li>b) Spécifications essentielles</li><li>c) L'évolution de la sanction de nullité</li></ul> |

## Intervenants



**Bérénice Wathelet**

Counsel

T: +32 (2) 500 15 93

M: +32 (4) 93 49 89 17

berenice.wathelet@dlapiper.com



**Maëlle Rixhon**

Avocate

T: +32 (2) 500 15 47

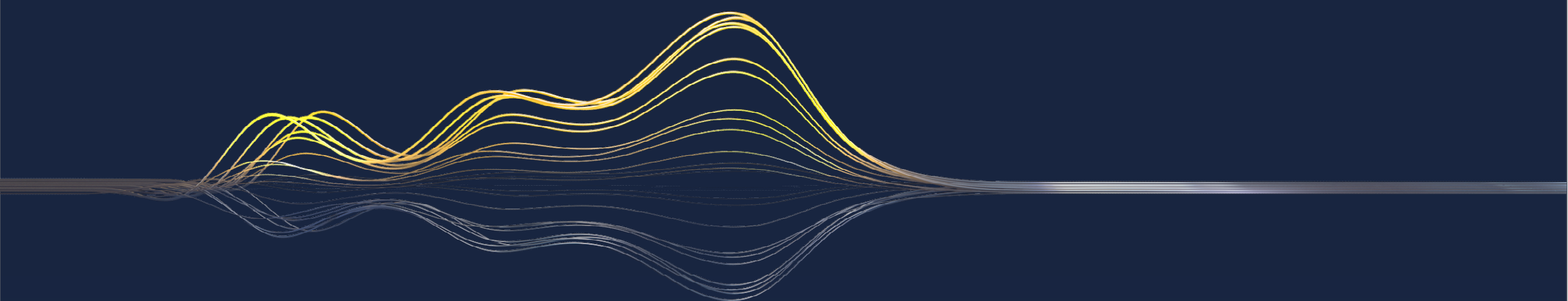
M: +32 (4) 76 97 39 03

maelle.rixhon@dlapiper.com

# Méthodologie et structure de la présentation

- Jurisprudence inédite
- Jugements civils
- Focus sur les enseignements pertinents et les leçons apprises de la pratique





# I. Recevabilité du recours et compétence

# I. Recevabilité du recours et compétence

Opportunité de l'assignation

## Gand, 19 juin 2020 (2016/AR/2109) (1/2)

- Marché public de travaux, dans le cadre duquel l'entrepreneur fait signifier une citation au pouvoir adjudicateur le 30 juillet 2004 afin de percevoir des intérêts moratoires et des dommages et intérêts.
- En vertu de l'article 18, §2 du CGC (aujourd'hui article 73 des RGE), la citation doit être signifiée « *au plus tard deux ans à compter de la date de la notification du procès-verbal de la réception définitive* », étant entendu que si aucun procès-verbal n'a été établi, le délai court à partir de la date de la réception définitive.
- La question se posait de savoir si une citation avait été signifiée dans le délai prévu à l'article 18, paragraphe 2, du CGC, car:
  - la réception provisoire a eu lieu le 28 juin 2000 ;
  - aucun PV de réception définitive n'a été présenté (ni PV de refus de réception définitive) ;
  - citation signifiée le 30 juillet 2004.

# I. Recevabilité du recours et compétence

Opportunité de l'assignation

## Gand, 19 juin 2020 (2016/AR/2109) (2/2)

- Le CSC avait fixé la période de garantie à 2 ans : « *la période de garantie est fixée à 2 ans après la date de la réception provisoire* » où « *la fin de la période de garantie coïncide avec la réception définitive* ».
- La réception provisoire a eu lieu le 28 juin 2000, et donc, en principe, la réception définitive aurait dû avoir lieu le 28 juin 2002.
- L'entrepreneur a invoqué une clause du CSC qui stipulait que : « *La date de l'inspection en vue de la réception définitive sera déterminée par accord entre les différentes parties. L'achèvement n'est jamais supposé. L'expiration du délai ne peut être interprété comme réception* ».
- La Cour a jugé qu'il s'agissait d'une dérogation illégale à l'article 43, § 3 du CGC (actuellement : article 92, § 3 des RGE) qui dispose que « *L'ouvrage qui est trouvé en état de réception définitive est présumé, jusqu'à preuve du contraire, l'avoir été à la date d'échéance du délai de garantie* », aucune dérogation à l'article 43, § 3 du CGC n'ayant été prévue au CSC (comme l'exige l'article 3 du CGC (actuellement: article 9, § 4 des RGE)).
- **Décision de la Cour d'appel de Gand: la réception définitive est présumée avoir eu lieu à la fin de la période de garantie, c'est-à-dire le 28 juin 2002, de sorte que la citation du 30 juillet 2004 est tardive et irrecevable.**

# I. Recevabilité du recours et compétence

Compétence des juridictions civiles

## Gand, 15 juillet 2020 (2020/RK/11) (1/5)

- Pour que les juridictions judiciaires soient compétentes, il est nécessaire que l'objet véritable et direct du recours soit l'affirmation de l'existence d'un droit subjectif, soit le respect d'un tel droit. (voir notamment Bruxelles, 14 avril 1999, *CPDK*, 2000, p. 111 ; Anvers, 28 août 2008, *TMR*, 2009/3, p. 299).
- Le juge doit déterminer si le demandeur invoque effectivement la violation des droits subjectifs dans l'acte introductif d'instance (Anvers, 27 mai 2009, *T.Aann.*, 2010/3, p. 286).
- S'il apparaît que l'objet véritable et direct de la demande n'est pas le respect d'un droit subjectif, mais plutôt qu'un acte ait été affecté ou non par la violation des formes prescrites soit substantiellement, soit sous peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, **les tribunaux de l'ordre judiciaire ne sont alors pas compétents.**

# I. Recevabilité du recours et compétence

Compétence des juridictions civiles

## Gand, 15 juillet 2020 (2020/RK/11) (2/5)

- En l'espèce, les appelants avaient déjà introduit un recours en suspension en extrême urgence devant le Conseil d'État (arrêt n° 247.994), lequel avait été rejeté par le Conseil d'État.
- Il est important de noter ici que le Conseil d'État ne s'est pas déclaré incompétent dans la présente procédure, mais au contraire, qu'il a rejeté la demande de suspension en extrême urgence en l'absence d' « *extrême urgence* ».
- Le fait que le Conseil d'État ait procédé à l'appréciation des conditions d'urgence implique qu'il considérait qu'il était effectivement compétent pour apprécier cette demande.
- La **compétence du Conseil d'Etat relève de l'ordre public** et le Conseil d'État doit soulever d'office une exception d'incompétence si nécessaire (voir notamment CE, 9 mars 2016, n° 234.093).
- Il est donc certain que les prétentions des requérants devant le Conseil d'Etat relèvent entièrement du champ d'application du contentieux objectif et relèvent dès lors pleinement de la compétence du Conseil d'État. Les appelants/requérants ont reconnu ce fait lorsqu'ils se sont tournés vers le Conseil d'État.

# I. Recevabilité du recours et compétence

Compétence des juridictions civiles

## Gand, 15 juillet 2020 (2020/RK/11) (3/5)

- Tant dans la procédure devant le Conseil d'État que dans la procédure en référé, les appelants/requérants dénoncent les mêmes illégalités alléguées, à savoir: une violation des principes démocratiques, l'obligation formelle de motivation, les principes généraux de la « *distanciation sociale* » et le principe « *trias politica* ».
- Dans les deux procédures, la violation d'une norme de **droit objectif** a été soulevée et la légalité d'une décision du pouvoir adjudicateur a été mise en doute sur la base de diverses illégalités alléguées.
- À cet égard, la cour d'appel de Gand a été d'avis qu'un tel recours relevait entièrement du **contentieux objectif** et puisqu'il avait déjà été introduit dans le cadre de ce contentieux objectif devant le Conseil d'Etat, ceci était suffisant pour conclure **que la cour d'appel de Gand n'avait pas la compétence nécessaire en la matière pour apprécier cette demande (puisque'identique).**

# I. Recevabilité du recours et compétence

Compétence des juridictions civiles

## Gand, 15 juillet 2020 (2020/RK/11) (4/5)

- Plus précisément, la cour d'appel de Gand a estimé que les requérants n'avaient **pas suffisamment concrétisé la prétendue violation des « droits subjectifs »**.
  - En particulier, ils n'ont pas démontré qu'ils remplissaient les conditions pour être considérés comme titulaires d'un droit subjectif à la sécurité et à la santé, à savoir que (1) ce prétendu droit à la sécurité et à la santé leur confère directement le pouvoir d'exiger du gouvernement qu'il adopte un comportement particulier et (2) qu'ils ont un intérêt personnel à exiger la mise en œuvre de ce droit (Bruxelles, 13 mars 2020, *JLMB*, 2020/14, p. 631).
- Au contraire, le droit à la sécurité et à la santé laisse un large pouvoir d'appréciation aux pouvoirs publics pour prendre des décisions dans un sens ou dans l'autre. **Un tel pouvoir d'appréciation indique une appréciation de l'opportunité dans le chef des autorités publiques, ce qui implique que les décisions dans ce contexte s'inscrivent dans le cadre d'un contentieux objectif.**
- La Cour d'appel de Gand s'est donc déclarée **incompétente** dans cette affaire (confirmation du jugement *a quo*).

# I. Recevabilité du recours et compétence

Compétence des juridictions civiles

**Gand, 15 juillet 2020 (2020/RK/11) (5/5)**

- **À retenir** : pour déterminer la compétence (et sa répartition entre les juridictions de droit commun et le Conseil d'État), il convient de se référer à **l'objet de la demande tel que formulé dans l'acte introductif d'instance**.
- En ce sens: **Anvers, 27 mai 2009, T.Aann. 2010/3, p. 286:**
  - « *En faisant référence à une prétendue violation de la réglementation sur les marchés publics, la citation implique clairement une demande de suspension de la décision administrative contestée et non une demande de prévention (ou de réparation) d'une violation illégale d'un droit subjectif.* »



# I. Recevabilité du recours et compétence

Intérêt actuel

## Entr. Anvers (référé), 23 juin 2020 (C/20/00026) (1/2)

- Dans cette affaire, le président du tribunal de l'entreprise d'Anvers, siégeant en référé, a jugé que, **dès lors que l'exécution en nature d'un marché public n'est pas (ou plus) possible, il n'y a plus d'intérêt actuel à introduire une demande de suspension.**
- En l'espèce, le pouvoir adjudicateur, avait déjà notifié à l'adjudicataire la décision d'attribution dont la demanderesse demandait la suspension par lettre recommandée du 19 février 2020.
  - Vu qu'en l'espèce, il n'était question ni un marché public européen ni un marché pour lequel le montant de l'offre à approuver HTVA dépassait la moitié du montant fixé pour la publication européenne (221 000 euros en 2019), le pouvoir adjudicateur **n'était pas tenu de respecter un délai d'attente** avant de procéder à la conclusion du contrat (article 11 de la Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics).
- En conséquence, le marché a été conclu dès la notification de l'attribution, c'est-à-dire le 19 février 2020.

# I. Recevabilité du recours et compétence

Intérêt actuel

## Entr. Anvers (référé), 23 juin 2020 (C/20/00026) (2/2)

- Ainsi, en l'espèce, le président du tribunal de l'entreprise d'Anvers, siégeant en référé, a considéré ce qui suit :

*« L'accord ayant été conclu le 19 février 2020, le demandeur n'a plus d'intérêt actuel dans sa demande de suspension. En effet, la protection juridique préventive offerte par l'introduction d'une demande de suspension vise à offrir au demandeur la possibilité de continuer à exécuter la commande lui-même, en nature. Cette exécution en nature n'est plus possible une fois la commande conclue.*

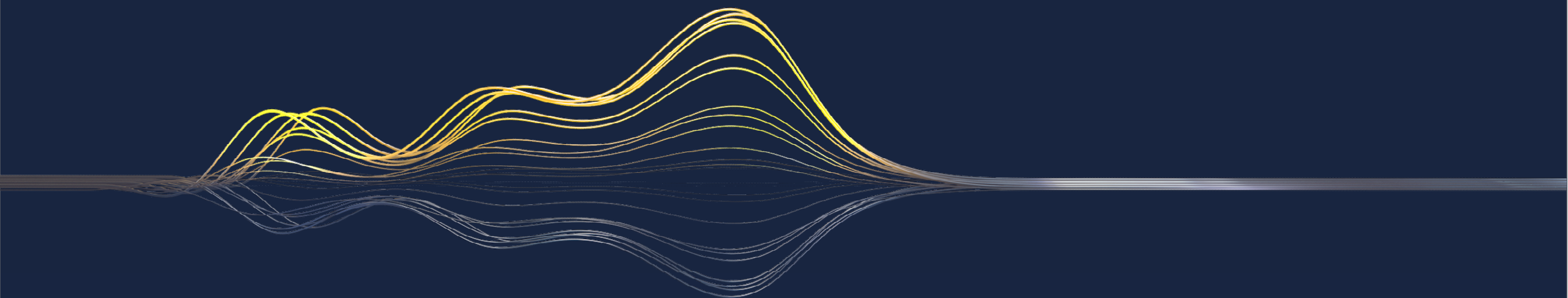
*Le demandeur n'ayant aucun intérêt actuel dans sa demande de suspension, sa demande est irrecevable. »*

# I. Recevabilité du recours et compétence

## Légalité des critères d'attribution

### Civ. Bruxelles, 30 juillet et 6 août 2020 (2020/69/C et 2020/70/C)

- Ces deux ordonnances concernent des demandes de suspension de décisions d'attribution d'un pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un marché public de services de sécurité informatique.
- Dans ces affaires, le tribunal se prononce sur la **légalité des critères d'attribution** :
  - Dans la première ordonnance, le juge considère les **critères d'attribution illicites**, sur base de l'article 81 § 3, al. 2, de la loi du 17 juin 2016. En effet, « *la grande **disparité des prix** remis démontre que des soumissionnaires se sont mépris de la définition prévue par les documents du marché - et donc sur la signification du critère qui concerne les services. Si tous les soumissionnaires avaient pu interpréter cette définition de la même manière, il y a tout lieu de supposer que leurs prix n'auraient pas présenté une telle disparité* ». Cette illégalité apparente suffisant à justifier la suspension demandée, il n'y a pas lieu selon le tribunal d'examiner les autres moyens invoqués par la demanderesse.
  - A l'inverse, dans la seconde ordonnance, le juge **rejette** l'argument selon lequel le manque de précision du libellé du critère d'attribution violerait le principe d'égalité et de transparence, en raison de l'absence d'intérêt qu'a en l'espèce le demandeur à invoquer cet argument dans le cadre de sa demande de suspension. Il n'y a en effet pour lui « ***pas de lien causal entre la violation alléguée et la perte du marché litigieux*** ». Ainsi, le tribunal considère la demande du demandeur non fondée.



## II. Le devoir de minutie

# II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie partagé

**Gand, 26 novembre 2020 (2017/AR/2073) (1/4)**

- **Faits :**

- Au cours des années 1991 - 1992, des travaux ont été réalisés à Ostende pour la construction de conduites sous pression ainsi que pour la construction d'une station de pompage.
- Le pouvoir adjudicateur avait déjà élaboré une étude et un projet sur les travaux à réaliser dans la phase préparatoire de ce grand projet.
- À cette fin, un marché public a été attribué à deux entrepreneurs.
  - À leur tour, ils ont sous-traité les travaux à un sous-traitant.
  - Une société a agi en tant que bureau d'études (tâche = contrôle et coordination de l'exécution des travaux)
- Les 73 parties intimées dans cette affaire ont été confrontées à des dommages dans leurs maisons à la suite des travaux, plus précisément des affaissements et des fissures.

## II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie partagé

### Gand, 26 novembre 2020 (2017/AR/2073) (2/4)

- Le bureau d'études s'est vu confier une tâche de simple contrôle et de coordination.
- Toutefois, selon la Cour d'appel de Gand, cela ne change rien au fait que la société: « en tant que spécialiste de l'architecture, et malgré la mission limitée qui lui avait été accordée, aurait dû lire de manière critique l'étude préliminaire et ne pas l'accepter sans discernement. Si elle l'avait fait, elle aurait pu et aurait dû signaler au pouvoir adjudicateur les dangers de la méthode qu'elle proposait dans les plans et devis. Elle aurait dû proposer une alternative ou refuser toute coopération supplémentaire sur le projet. »



## II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie partagé

### Gand, 26 novembre 2020 (2017/AR/2073) (3/4)

- Cependant, la Cour d'appel de Gand s'est prononcée sur une **responsabilité partagée** – le pouvoir adjudicateur ayant également un devoir de diligence dans cette affaire
- « *La Cour d'appel partage l'avis des experts selon lesquels le dommage aurait pu être évité si le bureau d'études avait agi en tant que bureau d'étude et d'ingénierie prudent, mais il ne s'agit pas d'en porter l'entière responsabilité en ce qui concerne la partie « étude de la conception ». C'est le pouvoir adjudicateur qui a fait l'étude préliminaire et rédigé le cahier des charges, ce qui en fait bien plus que le simple client des travaux. S'il commet lui-même une erreur dans l'étude et la conception et sous-traite ensuite la simple exécution de la conception et le contrôle des travaux à un autre bureau d'ingénierie, ce bureau ne devrait pas être responsable des erreurs du pouvoir adjudicateur* ».



# II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie partagé

## Gand, 26 novembre 2020 (2017/AR/2073) (4/4)

- **Ce qui précède s'applique *mutatis mutandis* aux contractants concernés** : le simple fait que les contractants soient soumis à une obligation de diligence n'empêche pas que le pouvoir adjudicateur reste responsable en cas d'ignorance négligente et illégitime, ou en cas de non-respect des mesures de sécurité et des techniques spécifiques nécessaires dans le concept qu'il a développé.
- **Décision** : (i) le pouvoir adjudicateur, (ii) le bureau d'études, et (iii) les entrepreneurs concernés ont tous commis des erreurs au sens de l'art. 1382 du Code civil et ont donc été tenus solidairement responsables de l'indemnisation des dommages causés par leurs erreurs répétées.
  - **Devoir de minutie partagé = responsabilité partagée !**

# II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie dans le chef du pouvoir adjudicateur

## Entr. Anvers (référé), 8 juin 2021 (C/21/00018)

- En l'espèce, le pouvoir adjudicateur, a exclu l'offre d'un soumissionnaire au motif que l'un des trois projets de référence présentés par ce même soumissionnaire ne témoignait pas d'une « *combinaison de structure en acier et d'éléments de façade en béton* », bien que cela ait été demandé dans le cahier spécial des charges.
- Le soumissionnaire indique toutefois que les codes de couleur sur les plans soumis montrent clairement qu'il existe des structures en acier. Cela a finalement été également reconnu par le pouvoir adjudicateur.
- La discussion en l'espèce ne porte donc que sur la **question de savoir si l'offre du soumissionnaire était suffisamment claire à cet égard ou si le pouvoir adjudicateur était en droit d'exclure l'offre sans demander d'éclaircissements.**
- Cette affaire constitue un cas d'application intéressant au regard de la doctrine sur l'article 66, § 3 de la loi sur les marchés publics, et apporte une nuance pertinente à la jurisprudence constante du Conseil d'État à cet égard (voir ci-dessous).

## II. Au sujet du devoir de minutie

Cadre législatif concernant l'article 66, § 3 de la loi marchés publics

### Article 66, § 3 de la loi marchés publics sur la demande *a posteriori* d'informations complémentaires

- « Sans préjudice de l'article 39, § 6, paragraphe 2, lorsque les informations ou la documentation à présenter par le candidat ou le soumissionnaire sont ou semblent incomplètes ou incorrectes ou lorsque des documents spécifiques sont manquants, le pouvoir adjudicateur **peut** demander au candidat ou au soumissionnaire concerné de présenter, compléter, dans un délai approprié, à condition que ces demandes soient formulées dans le **plein respect des principes d'égalité de traitement et de transparence** et, *lorsque la procédure ouverte ou restreinte est utilisée, sans que cela donne lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre.* »

➤ Il s'agit donc d'une possibilité, mais pas une obligation!

**OPTIONAL**

## II. Au sujet du devoir de minutie

**NO OBLIGATION**

Détour : la vision du Conseil d'Etat

### Article 66, § 3 de la loi marchés publics: une possibilité mais pas une obligation

- Le Conseil d'État a jugé, à plusieurs reprises, que la possibilité de demander des informations complémentaires, combinée au devoir de minutie, n'implique pas une obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur (CE, 25 février 2020, n° 247.137, *NV Medialed*) :

*« Si, en vertu de l'article 66, paragraphe 3, point 1, de la loi de 2016 sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur a la possibilité, dans les conditions qui y sont énoncées, y compris le principe d'égalité de traitement, de demander à un candidat de compléter ou d'expliquer les informations et documents relatifs à la sélection, cette possibilité n'est pas une obligation, même pas en combinaison avec le devoir de minutie.*

*De plus, il incombe avant tout au candidat d'élaborer sa candidature avec le soin nécessaire. Même si le guide de sélection ne prévoit pas expressément que certains documents doivent être ajoutés sous peine de nullité, l'autorité peut, semble-t-il, décider de ne pas sélectionner sur la base de la seule constatation qu'un document expressément demandé et devant être joint dans le cadre de la sélection qualitative n'a pas été joint par le candidat. »*

## II. Au sujet du devoir de minutie

Détour : la vision du Conseil d'Etat

### Article 66, § 3 de la loi marchés publics: une possibilité mais pas une obligation

- Dans un certain nombre de cas, le candidat non sélectionné ou le soumissionnaire non sélectionné a fait valoir que le pouvoir adjudicateur avait violé le principe de proportionnalité ou le devoir de minutie parce qu'il n'avait pas demandé les informations manquantes sur les critères de sélection avant de décider de ne pas le sélectionner. Le Conseil d'État a rejeté cet argument notamment dans les affaires suivantes:
- lorsque le soumissionnaire n'avait pas fourni toutes les références requises (CE, 12 mai 2021, n° 250.590, *s.r.l. F.A.C.T. Security*) ;
- lorsque le soumissionnaire n'avait joint qu'un seul CV à son offre au lieu des trois CV requis (à titre de preuve de la capacité technique et professionnelle (CE, 7 novembre 2017, n° 239.784, *bvba BEO*) ;
- lorsque les références fournies ne précisaient pas la portée de la mission demandée (CE, 8 mars 2019, n° 243.914, *NV Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*) ;
- lorsque le soumissionnaire n'a pas fourni de preuves suffisantes de l'existence de l'engagement d'un tiers sur la capacité duquel il s'est fondé (CE, 12 novembre 2013, n° 225.428, *NV Mediatrader*) ;
- lorsqu'il ne ressort pas clairement des références données qu'il s'agit de conduites d'eau potable ayant les dimensions minimales requises (CE, 19 novembre 2019, n° 246.121, *BVBA Wargo*).

# II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie dans le chef du pouvoir adjudicateur

## Entr. Anvers (référé), 8 juin 2021 (C/21/00018)

- Cette affaire nuance la jurisprudence susmentionnée du Conseil d'État. Ainsi, en l'espèce, le tribunal de l'entreprise d'Anvers (division d'Anvers) constate ce qui suit :
  - « *le pouvoir adjudicateur a raison en ce sens que l'article 66, paragraphe 3, n'impose pas d'obligation, mais offre « seulement » une opportunité au pouvoir adjudicateur. Cependant, en ne demandant pas d'éclaircissements, le pouvoir adjudicateur prend le risque d'une décision erronée en cas de doute raisonnable.* »
- En l'espèce, il était évident que le pouvoir adjudicateur excluait une référence (et donc une offre) qui, tant sur la forme que dans les faits, remplissait les conditions du cahier spécial des charges. Ainsi, il a été jugé dans cette affaire :
  - « *le pouvoir adjudicateur pouvait en effet avoir des doutes raisonnables quant à la question de savoir si les documents présentés démontraient l'existence de cette structure en acier. Elle a pris le risque de ne pas demander d'éclaircissements à cet égard et, sur cette base, a pris une décision fondée sur une analyse erronée des faits. L'offre du soumissionnaire a été illégalement exclue* ».

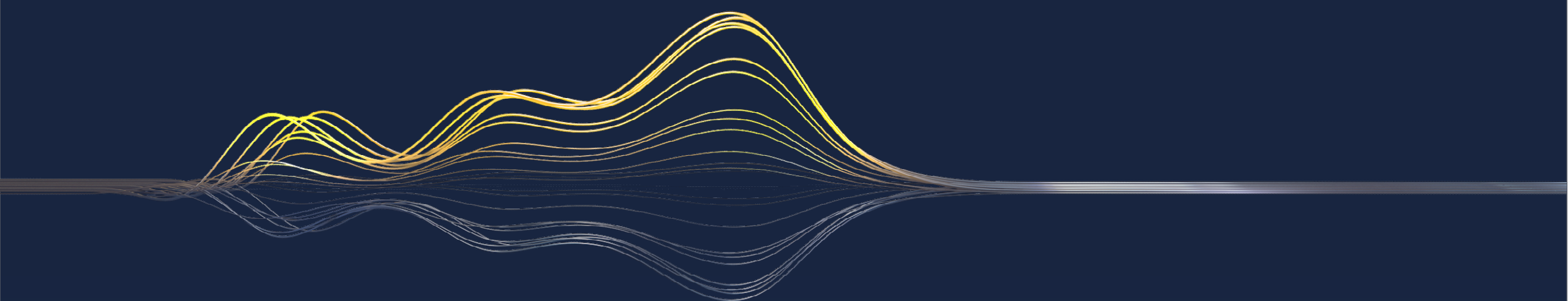
# II. Au sujet du devoir de minutie

Devoir de minutie dans le chef du pouvoir adjudicateur

## Entr. Anvers (référé), 8 juin 2021 (C/21/00018)

- Toutefois, étant donné que le rejet de l'offre du soumissionnaire n'a pas eu d'incidence sur le classement des offres, la décision d'attribution n'a pas été suspendue en l'espèce.
- Cela ne change rien au fait que les principes de la présente affaire restent importants et constituent une nuance intéressante à la jurisprudence établie du Conseil d'État à cet égard : **en d'autres termes, en cas de doute, il convient toujours de poser une question de clarification au candidat ou au soumissionnaire.**
  - Une telle méthode atténue le risque d'erreur de jugement.
  - Cela fait également partie du devoir de minutie qui incombe à chaque pouvoir adjudicateur.

**When in  
doubt...  
Don't**



### III.

## Interaction entre le droit des marchés publics et les aides d'État

# III. Marchés publics et les aides d'État

Les lots, la concurrence et les aides d'État

## Gand, 3 novembre 2020 (2019/AR/548)

- Dans cette affaire, le principal point d'opposition concernait un contrat de vente dans le cadre duquel **79 parcelles de terres agricoles ont été vendues en un seul lot**, à la suite de quoi l'appelant, en tant qu'agriculteur indépendant et acteur de faible envergure du secteur agricole, a fait valoir qu'il n'avait pas eu de possibilité raisonnable de participer aux enchères et d'acheter une (ou plusieurs) parcelle(s) de terrain.
- **Contexte:**
  - À l'époque, le pouvoir adjudicateur était propriétaire de 79 parcelles de terres agricoles d'une superficie totale d'environ 450 hectares et situées à Zeeuws-Vlaanderen (Pays-Bas).
  - Le pouvoir adjudicateur a décidé de vendre ces terres.
  - La vente s'est faite au moyen d'une procédure ouverte.
  - Après plusieurs appels d'offres, un soumissionnaire a fait l'offre la plus élevée (17 513 000 EUR) → propriétaire.

Gand 3 novembre 2020  
(2019/AR/548).

« En proposant les 79 lots individuels à la vente en un seul lot, le pouvoir adjudicateur a prévu un critère d'attribution qui pourrait être considéré comme sélectif et discriminatoire à l'égard des soumissionnaires potentiels. En imposant cette condition, l'opération pourrait être considérée comme **non conforme au marché**. Elle ne concerne pas la vente d'une parcelle, ni de parcelles contiguës qui, ensemble, forment un tout ou qui, sur la base de critères économiques ou d'autres critères pertinents fondés sur le marché spécifique aux parcelles elles-mêmes, aurait nécessité qu'elles soient vendues en un seul lot. »

# III. Marchés publics et les aides d'État

Les lots, la concurrence et les aides d'État

## Gand, 3 novembre 2020 (2019/AR/548)

- Dans cet **arrêt provisoire**, la cour d'appel a estimé qu'il pouvait y avoir **sélectivité** en l'espèce (à laquelle ni (i) les intentions de l'acheteur ni (ii) la liberté politique du pouvoir adjudicateur ne peuvent être compromises) :
  - « Cette **sélectivité** peut être comprise comme signifiant que la procédure était réservée exclusivement aux entreprises d'une certaine taille qui étaient en mesure de financer le prix de vente total de toutes les parcelles (individuelles) d'un même lot. »
  - « **Le fait que le pouvoir adjudicateur ait eu ou non l'intention** de ne pas agir en fonction du marché, de fausser la concurrence ou de vendre (apparemment) en dessous des valeurs de valorisation et donc d'accorder ou non une aide à l'acheteur **n'a aucune importance** et n'exclut pas le fait que (le cas échéant involontairement) une aide d'État ait été accordée, qui doit être régularisée. »
  - « Le pouvoir adjudicateur souligne que l'appelant et le juge entrent dans le champ du choix (politique) libre et discrétionnaire du gouvernement en appréciant la décision de vendre les parcelles en un seul lot. **Les choix politiques du gouvernement ne lui permettent pas d'accorder une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE.** »

# III. Marchés publics et les aides d'État

Les lots, la concurrence et les aides d'État

## Gand, 3 novembre 2020 (2019/AR/548)

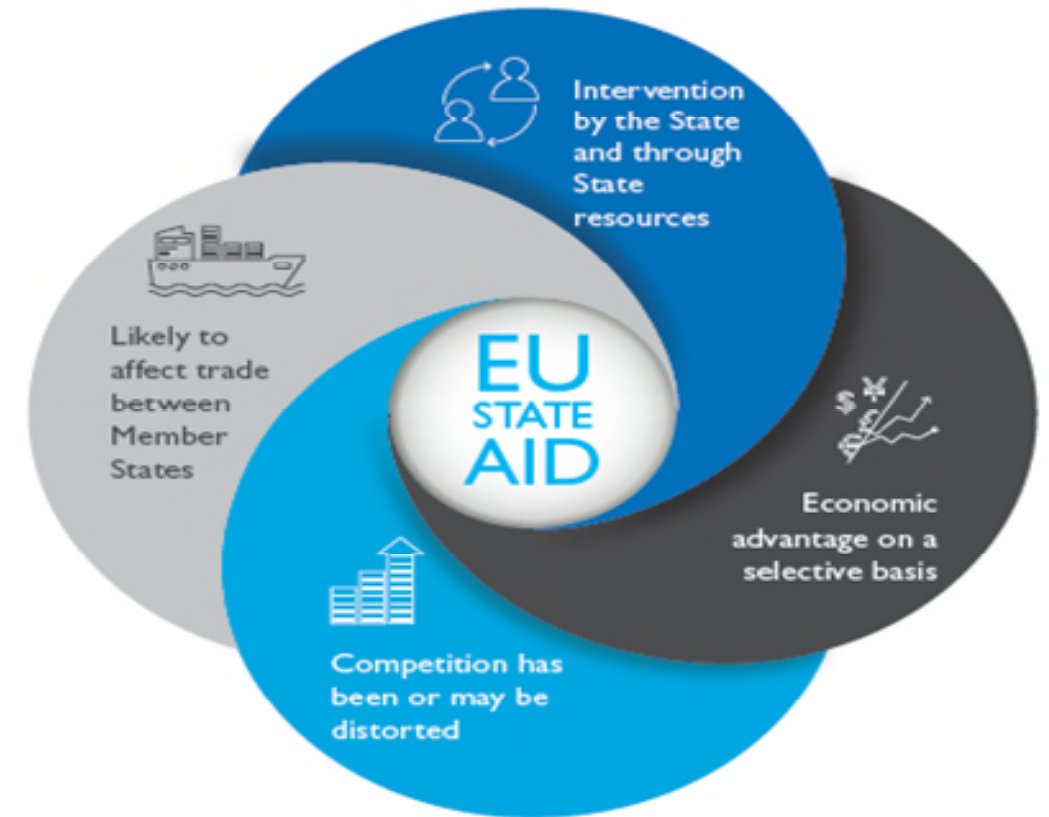
- L'effet direct du régime de contrôle des aides d'État incombe à la Commission et aux juridictions nationales (*CJUE, 21 novembre 2013, C-284/12, Deutsche Lufthansa, § 27*).
- Ce qui est intéressant dans cette affaire, c'est que la cour d'appel a désigné la **Commission européenne** en tant qu'expert sur la base de l'article 19, 2e alinéa, combiné à l'article 875*bis* du Code judiciaire pour fournir une assistance en ce qui concerne les problèmes susmentionnés :
- « Pour ces motifs, la Cour estime nécessaire de notifier l'opération à la Commission européenne et de demander à la Commission d'examiner la compatibilité de toute aide octroyée avec le marché intérieur et de lui donner un avis en la matière, en l'informant ainsi si l'opération en cause doit être qualifiée d'aide d'État au sens des articles 107 et 108 TFUE et, dans l'affirmative, de la manière de calculer exactement le montant de l'aide ou de la manière permettant de régulariser la situation. »

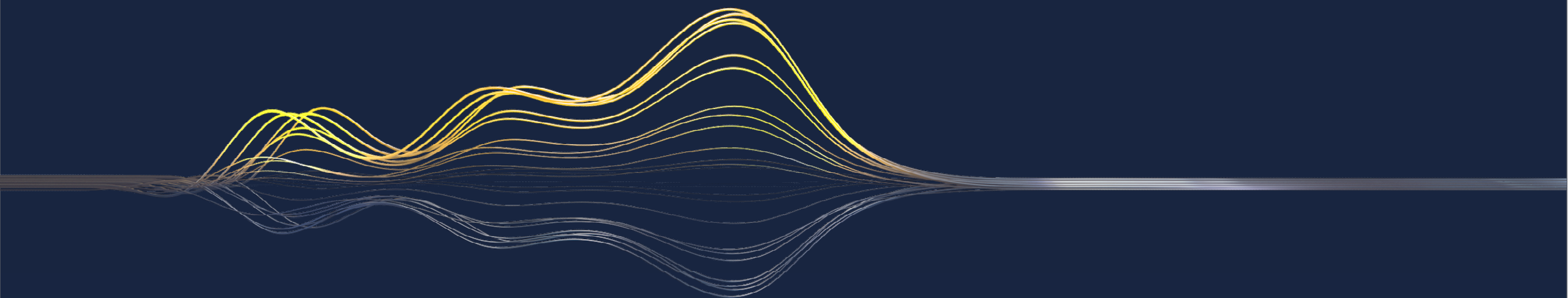


# III. Marchés publics et les aides d'État

Interaction entre les marchés publics et les aides d'État

- *Pour mémoire*: 4 critères cumulatifs en matière d'aides d'État conformément à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE
- Interaction entre les marchés publics et les aides d'État : *"two sides of the same coin"*?
  - Aide d'Etat = marché public
  - Mais pourtant: aide d'Etat  $\neq$  marché public
  - Peut donner lieu à des conflits d'intérêts !





# IV. Résilience et mesures d'office

# IV. Résiliation et mesures d'office

Résiliation du marché

**Entr. Anvers, 29 avril 2021 (A/19/05158)**

- **Faits :**

- L'école pour enseignement spécialisé de Reet devait être rénovée.
- À cette fin, un marché public a été lancé.
- Le pouvoir adjudicateur accuse l'adjudicataire du marché de ne pas avoir exécuté le marché conformément au cahier spécial des charges et d'avoir construit la route du chantier avec des déchets de démolition contenant de l'amiante.
- En raison de l'inexécution persistante, le pouvoir adjudicateur a lancé un nouveau marché public pour la poursuite de l'exécution des prestations.
- Le pouvoir adjudicateur souhaite donc résilier le contrat avec l'adjudicataire du marché et réclamer des dommages-intérêts (la résiliation étant essentiellement fondée sur l'abus de confiance).

# IV. Résiliation et mesures d'office

Résiliation du marché

**Entr. Anvers, 29 avril 2021 (A/19/05158)**

- Une action en résolution de droit commun est-elle possible dans le cadre d'un marché public ?
- **OUI !**

*« l'adjudicataire semble considérer que le recours aux possibilités de dissolution d'un contrat en vertu du droit commun serait contraire à la réglementation sur les marchés publics qui offre un certain nombre de possibilités qui lui sont propres en cas de difficultés avec un contractant.*

***L'adjudicataire n'indique aucune disposition de la réglementation sur les marchés publics qui empêcherait le pouvoir adjudicateur d'invoquer une résolution de droit commun.***

*L'affirmation selon laquelle l'administration est tenue de recourir aux mesures d'office prévues par la législation sur les marchés publics ne peut être suivie. »*

# IV. Résiliation et mesures d'office

Résiliation du marché

**Entr. Anvers, 29 avril 2021 (A/19/05158)**

- Une dissolution peut-elle être invoquée après le lancement d'une nouvelle procédure?
- **OUI !**
  - Bien que l'adjudicataire ait fait valoir que le nouveau marché public lancé par le pouvoir adjudicateur équivaut essentiellement à une dissolution du contrat et que « *dissoudre ce qui a déjà été rompu n'est pas possible* », le tribunal de l'entreprise d'Anvers a donné raison au pouvoir adjudicateur :
    - « *Le pouvoir adjudicateur a déclaré que la nouvelle procédure n'était qu'une anticipation du jugement concernant la résolution judiciaire réclamée conformément à l'article 1184 du Code civil.*
    - *Ce raisonnement peut être suivi. [...]*
    - *Si la résolution est autorisée, elle a un effet rétroactif et la nouvelle procédure aura été entamée après celle-ci. C'est tout à fait possible. »*

# IV. Résiliation et mesures d'office

Résiliation du marché



**Entr. Anvers, 29 avril 2021 (A/19/05158)**

- L'abus de confiance peut-il être utilisé comme justification de la résolution ?
- **Non, pas à la légère en tout cas.**
- Le tribunal de l'entreprise d'Anvers reconnaît que « *l'abus de confiance est manifeste* », mais fixe la barre de la **résolution du contrat en vertu de l'article 1184 du code civil relativement élevée** (« *une telle collaboration est évidemment plus difficile, mais n'est pas impossible* »). Il en conclut que l'action en résolution ne peut être accueillie en l'espèce :
  - « *Il est tout à fait possible que les problèmes aient été de nature à faire perdre toute confiance en certaines personnes impliquées dans les travaux [...], mais cela doit être objectivement prouvé* » ;
  - « *La raison pour laquelle ces constatations ont conduit à un **abus de confiance absolu** n'est pas davantage expliquée par le pouvoir adjudicateur* » ;
  - « *Pour qu'un contrat soit rompu, il faut non seulement apporter une preuve suffisante de l'abus de confiance, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, mais il faut que **cette confiance ne puisse être rétablie dans le cadre du chantier pour lequel le contrat a été conclu.*** » (c'est-à-dire une impossibilité permanente !)

# IV. Résiliation et mesures d'office

Résiliation du marché

**Entr. Anvers, 29 avril 2021 (A/19/05158)**



- **Quid des indemnités ?**

- Puisque la résolution n'a pas été prononcée en faveur du pouvoir adjudicateur (voir la slide précédente), il a été jugé dans cette affaire « *que le marché public avait été rompu unilatéralement par le pouvoir adjudicateur* ».
- Par conséquent, l'adjudicataire a eu droit à une indemnisation conformément à l'article 1794 du code civil.
- Cependant, la question s'est posée de savoir comment cette indemnisation serait calculée. Bien que le droit des marchés publics prévoie une compensation fixe de 10 % dans diverses situations, le manque à gagner de 10 % du montant du marché n'a pas pu être démontré en l'espèce.
- Par conséquent, le tribunal de l'entreprise d'Anvers a jugé que « *la charge de la preuve du préjudice économique concret peut être considérée comme difficile en raison de l'absence d'une feuille de route pour le calcul du préjudice, de sorte qu'une telle estimation forfaitaire peut être acceptée* ».
  - Voir aussi : Mons, 10 mai 2019, MCP-OOO, 2019/3, p. 292.
  - Ainsi que : CE, 24 novembre 2020, n° 248.999, *bvba Steenhout*.

# IV. Résiliation et mesures d'office

## Résiliation et cautionnement

### Civ. Bruxelles, 9 janvier 2020 (2018/6503/A)

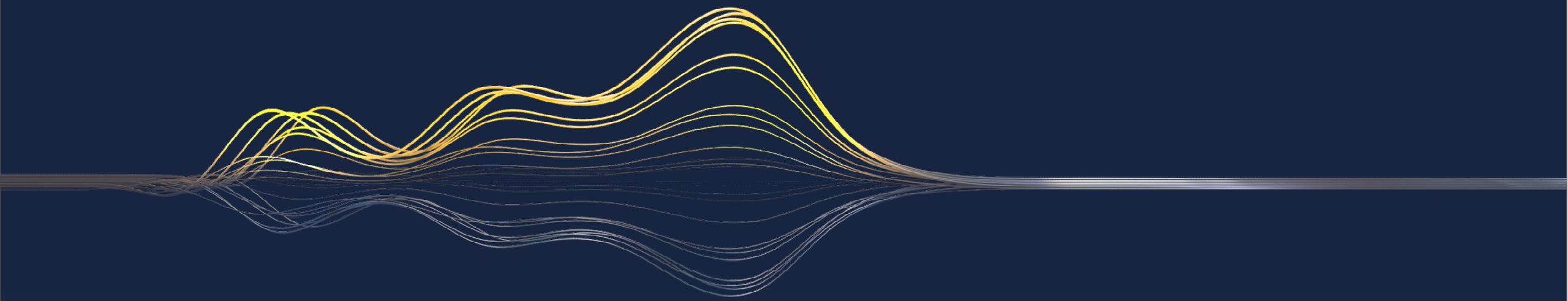
- Attribution d'un marché de services de nettoyage.
- Plusieurs PV de manquement ainsi que des pénalités pour défaut d'inexécution – contestés par l'adjudicataire.
- Demande de résiliation du contrat – cautionnement non restitué à l'adjudicataire.
- L'adjudicataire assigne le pouvoir adjudicateur en justice : il demande la libération des montants retenus à titre de pénalité, considère que la résiliation unilatérale n'était pas fondée et demande de libérer le cautionnement.
- **Décision du tribunal :**
  - Concernant les montants retenus à titre de pénalités : le juge considère que « *la sanction financière des pénalités n'est **pas conditionnée par l'existence d'un préjudice** dans le chef du pouvoir adjudicateur. Cette sanction réglementaire a pour objectif de contraindre l'adjudicataire à respecter ses engagements et garantir le respect du jeu de la concurrence entre soumissionnaires* ».
  - Concernant la résiliation demandée par le pouvoir adjudicateur : le tribunal la considère comme fondée, car, bien que chacun des manquements pris isolément ne soit pas suffisant grave pour justifier la résiliation unilatérale du marché, « *la succession de tous ces manquements constitue bien, quant à elle, un manquement justifiant la résiliation* ». « *En conséquence, la totalité du cautionnement est acquise de plein droit au pouvoir adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires* ».

# IV. Résiliation et mesures d'office

## Résiliation et cautionnement

### Civ. Bruxelles, 19 février 2021 (2019/2594/A)

- Attribution d'un marché public de travaux.
- L'adjudicataire demande à sa banque d'émettre le cautionnement en faveur du pouvoir adjudicateur.
- Conflit lié à la réception effective de la décision d'attribution du marché → PV de manquement.
- Résiliation du marché → le pouvoir adjudicateur réclame à la banque de l'adjudicataire la libération à son profit du cautionnement constitué.
- **Décision du tribunal :**
  - Le tribunal juge que le courrier recommandé par lequel le pouvoir adjudicateur approuve l'offre de l'adjudicataire suffit pour considérer que le marché est conclu.
  - Le refus pur et simple de l'adjudicataire d'exécuter le marché public au seul motif que le marché public n'aurait pas été conclu (il soutenait qu'il n'avait pas en sa possession de copie de la décision d'attribution) constitue un manquement grave de la part de l'adjudicataire.
  - Le tribunal considère que c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a résilié le marché et condamne la banque à libérer le cautionnement en faveur du PA et l'adjudicataire à le garantir.



# V. Problèmes liés à l'exécution

# V. Problèmes liés à l'exécution

Réclamation pour travaux supplémentaires

## Gand, 21 mai 2021 (2017/AR/1541) (1/4)

- Litige relatif à l'exécution d'un marché public portant sur le renouvellement de la structure de toiture et de façade d'un bloc collectif.
- L'adjudicataire réclame une indemnisation pour l'exécution de divers travaux supplémentaires, en particulier « *le fait que la mission à effectuer a nécessité beaucoup plus de travaux et de coûts, qui dépassent le prix initialement fixé par lui et supposément accepté par le pouvoir adjudicateur* ».
- Appréciation *in concreto* par la cour d'appel de divers travaux supplémentaires :
  - Amiante: dans les spécifications, seul l'amiante dans les tôles ondulées avait été prise en compte, tandis que l'amiante était également présente dans les cadres de fenêtres.
    - Le cahier spécial des charges contenait un devis forfaitaire pour « *l'enlèvement des anciennes fenêtres, y compris tous les matériaux de ces fenêtres et qui leur sont associés* ».
    - Étant donné que l'adjudicataire n'a pas tenu compte de la présence possible d'amiante au-dessus des cadres de fenêtre, on ne pouvait pas s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur sache que de l'amiante pouvait être présent au-dessus des fenêtres et aurait dû le signaler à l'entrepreneur (il n'y avait pas non plus d'inventaire d'amiante).
    - L'ancien article 56 des RGE n'était pas applicable, en l'absence de dépassement du seuil de 2,5% du montant initial du marché.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Réclamation pour travaux supplémentaires

## Gand, 21 mai 2021 (2017/AR/1541) (2/4)

- Appréciation *in concreto* par la cour d'appel de divers travaux supplémentaires :
  - Fixations supplémentaires pour les fenêtres et travaux de façade supplémentaires : demande d'indemnisation supplémentaire en raison d'informations incorrectes dans le cahier spécial des charges / défaut du pouvoir adjudicateur *cf.* ancien article 54 des RGE.
    - Réclamations formulées dans les délais, c'est-à-dire dans un délai de 30 jours (*cf.* anciens articles 52 à 53 des RGE).
    - Les dessins/coupes transversales principaux ne sont pas suffisamment clairs pour l'entrepreneur et induisent en erreur, avec pour conséquence que le devis en question vise le prix le plus bas.
    - Le cahier spécial des charges comportait l'obligation pour les soumissionnaires d'effectuer une visite du site en vue de la remise de leur offre.
    - Une telle visite du site n'aurait pas pu conduire, compte tenu de l'incomplétude et du caractère quelque peu trompeur du cahier spécial des charges, à l'appréciation de ces imperfections par un soumissionnaire normalement prudent et diligent.
    - Erreur / manquement de la part des deux parties est identique.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Réclamation pour travaux supplémentaires

## Gand, 21 mai 2021 (2017/AR/1541) (3/4)

- Appréciation *in concreto* par la cour d'appel de divers travaux supplémentaires :
  - Bac à fleurs : l'enlèvement de bacs à fleurs a donné lieu à des travaux supplémentaires dans le chef de l'entrepreneur ; réclamation au titre de l'ancien article 54 des RGE pour défaillance du pouvoir adjudicateur.
    - Réclamations formulées dans les délais, c'est-à-dire dans un délai de 30 jours (cf. anciens articles 52 à 53 des RGE).
    - Le bac à fleurs était apparemment ancré à un point tel que l'armature utilisée (en béton armé) a dû être enlevée.
    - L'adjudicataire aurait dû s'y attendre et en tenir compte dans une certaine mesure, mais de l'avis de la cour pas complètement, en raison de l'incomplétude quelque peu trompeuse des spécifications techniques du cahier spécial des charges.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Réclamation pour travaux supplémentaires

## Gand, 21 mai 2021 (2017/AR/1541) (4/4)

- Appréciation *in concreto* par la cour d'appel de divers travaux supplémentaires :
  - Échafaudages et grues : l'adjudicataire réclame le paiement intégral d'un montant forfaitaire pour le montage d'échafaudages et de grues, puisque le pouvoir adjudicateur a appliqué une réduction de prix à ce poste parce qu'il n'a pas été entièrement exécuté par l'adjudicataire.
    - La cour constate que l'entrepreneur n'a pas effectué l'installation de la façade demandée conformément aux exigences du cahier spécial des charges ;
    - La cour n'accepte pas l'argument selon lequel l'échafaudage de façade réalisé serait plus coûteux que celui prévu dans les document du marché, dès lors qu'il est clair que la méthode de mise en œuvre utilisée n'est pas conforme à celle préconisée par le cahier spécial des charges.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Pénalités générales journalières

## Civ. Bruxelles, 8 mai 2020 (18/4092/A)

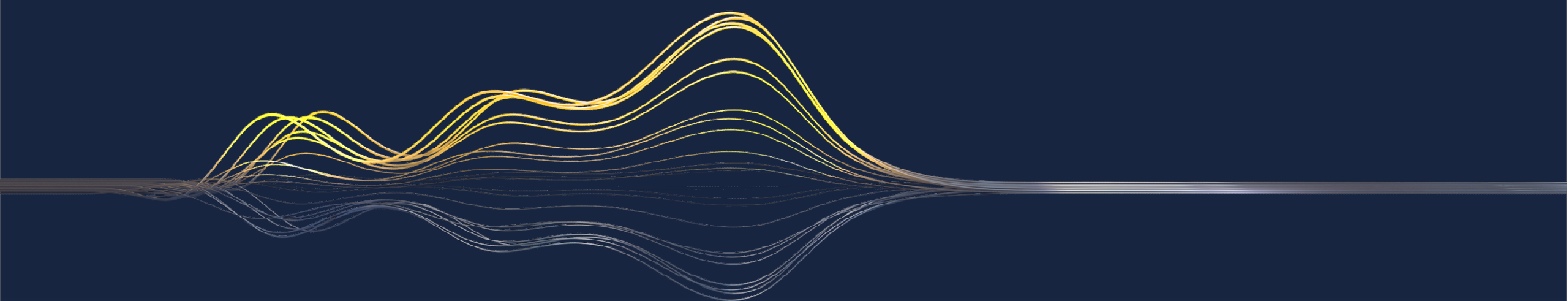
- Dans cette affaire, l'adjudicataire conteste la résiliation du marché par le pouvoir adjudicateur basé sur le retard d'exécution. Le tribunal donne raison au pouvoir adjudicateur.
- Raisonement intéressant du tribunal concernant *pénalités générales journalières* :
  - Le tribunal considère que cette sanction n'est **pas conditionnée par la preuve de l'existence d'un préjudice** et ce, pour une raison de respect de la concurrence entre soumissionnaires.
  - De plus, l'application de ces pénalités n'est pas exclue par le fait que le pouvoir adjudicateur ait pris la décision de recourir à la résiliation du marché ; **si** ces pénalités se rapportent à des manquements qui ont été constatés durant la période qui a précédé la date de la résiliation.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Réclamation pour travaux supplémentaires et demande de remboursement de pénalités

## Civ. Bruxelles, 5 février 2021 (2018/7057/A et 2018/7059/A)

- Litiges relatifs à l'exécution d'un marché public de travaux portant sur le drainage et l'assainissement de voies, de dépose de quais et d'appareil de voie entre Saint-Ghislain et Blaton.
- Problèmes en cours d'exécution : PV d'interruption et de reprise établis par le pouvoir adjudicateur (avec prolongation du chantier), ainsi que des PV d'infraction infligeant des pénalités à l'adjudicataire.
- L'adjudicataire assigne le pouvoir adjudicateur en justice pour réparation du dommage qu'elle estime avoir subi suite à la prolongation du chantier.
- Appréciation du tribunal:
  - Concernant la demande d'indemnisation pour le dommage : rejet de la demande, parce que l'adjudicataire « *n'a jamais dénoncé le fait que les interruptions de chantier aient pu lui causer le moindre préjudice, et spécialement dans le délai de 30 jours prévu à l'article 52 al. 4 de l'AR du 14 janvier 2013* ».
  - Concernant la demande de remboursement de pénalités versées au pouvoir adjudicateur suite aux PV d'infraction : le tribunal la demande pour tous les PV d'infraction, sauf un seul. En effet, s'appuyant sur **l'article 44 § 2 al 2 de l'AR du 14 janvier 2013**, le courrier de contestation de l'adjudicataire a été émis chaque fois *après le délai de 15 jours prévu à l'article précité*.
    - Pour un des PV, le tribunal donne raison à l'adjudicataire en ce que le pouvoir adjudicateur n'avait jamais expressément mentionné ce problème, et quand bien même, ce PV a été adressé à l'adjudicataire de manière tardive, ne lui laissant de la sorte pas le temps de remédier au problème.



## VI. Contenieux de l'indemnité réparatrice

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Indemnité réparatrice et marchés publics

## Quid des dommages et intérêts devant les juridictions civiles ?

- Dans un [arrêt du 12 mars 2021 de la cour d'appel de Gand \(2018/AR/1011\)](#), les grandes lignes concernant le contentieux des dommages et intérêts dans le cadre d'une procédure civile ont de nouveau été clairement exposées :
  - L'art. 16 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics est considéré comme une application spéciale de l'art. 1382 du code civil (compte tenu des exigences spécifiques en matière de faute, de dommage et de lien de causalité entre les deux) ;
  - L'art. 16 de la loi du 17 juin 2013 (en lien avec les art. 1382-1383 du code civil) exige plus précisément une faute/violation spécifique du droit par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire une violation bien définie des règles de passation des marchés publics, qui a causé un préjudice (c'est-à-dire avec un lien de causalité) à un opérateur économique participant au marché public ;
  - Le juge civil (art. 144 de la constitution) est compétent pour statuer sur une telle demande en vertu de l'art. 1382 du code civil et de sa *lex specialis* (c'est-à-dire la loi du 17 juin 2013) ;
  - La demande de dommages et intérêts en application de cette *lex specialis* concerne les demandes relatives à des applications spécifiques de l'art. 1382 du code civil, qui peuvent également être considérées comme des demandes d'application d'un prétendu droit subjectif (aux dommages et intérêts), et ce « *même si la faute alléguée résulte d'un traitement administratif illégal* ».

Gand, 12 mars 2021  
(2018/AR/1011).

« L'obligation de mener d'abord une procédure de suspension et/ou d'annulation (qui devrait même être obtenue au préalable) pourrait inutilement entraver/hypothéquer l'accès à la justice pour une partie lésée et, de même, elle pourrait sérieusement entraver/hypothéquer sa capacité légalement existante à demander, d'une manière relativement simple, sa "pleine" indemnisation légale [....]. De même, cela pourrait sérieusement entraver/hypothéquer sa possibilité existante de jure d'essayer d'obtenir son indemnisation "complète" prévue par la loi, puisque **cela peut être fait d'une manière beaucoup plus simple et procéduralement plus économique**, étant donné la compétence traditionnellement existante du juge civil d'accorder une indemnisation après vérification de la légalité ou non de l'acte administratif **en application de l'art. 159 de la constitution, qui est d'ordre public** ».

Gand, 12 mars 2021  
(2018/AR/1011).

« Il ne ressort d'aucun des moyens/points de vue avancés par les parties que (et pourquoi) l'appelant aurait dû d'abord demander et obtenir l'annulation dans un délai relativement court de 60 jours (ou aurait dû engager et obtenir la procédure de suspension dans un délai encore plus court), **alors qu'en outre il dispose encore d'un délai beaucoup plus long** (d'au moins cinq ans au sens de l'art. 2262bis, §1, alinéa 2, et éventuellement alinéa 3, du Code civil) pour introduire une demande de dommages et intérêts sur base d'un droit subjectif en vertu des articles 1382-1383 du code civil en combinaison avec l'article 159 de la constitution [...]. »

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Indemnité réparatrice et marchés publics

## **Quid des dommages et intérêts devant les juridictions civiles ?**

- En d'autres termes, l'arrêt du 12 mars 2021 de la cour d'appel de Gand (2018/AR/1011) confirme l'affirmation selon laquelle le fait que la requérante n'ait *a priori* pas demandé l'annulation de la décision en cause devant le Conseil d'Etat ne la prive pas du droit de poursuivre pour la première fois, et de manière tout à fait recevable, une demande de dommages et intérêts civils devant le juge civil.
- Il s'agit d'une jurisprudence constante et qui a également été confirmée dans les arrêts suivants :
  - Gand, 15 janvier 2021 (2018/AR/359) ;
  - Gand, 14 février 2020 (2017/AR/0296) ;
  - Gand, 13 novembre 2020 (2018/AR/684).
    - Dans cet arrêt, la cour d'appel a, en outre, confirmé sa compétence, ou son pouvoir de vérifier la légalité d'une décision d'attribution, et ce nonobstant le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur dans ce contexte (cf. compétence du Conseil d'État → s'applique donc également dans les litiges civils).

Gand, 13 novembre  
2020 (2018/AR/684).

*« Le juge (civil), lorsqu'il est saisi pour appréciation, est tenu de vérifier la légalité, y compris son caractère raisonnable et proportionné, de la décision d'attribution du marché public ; même si le pouvoir adjudicateur invoque son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, il faut vérifier si les limites pertinentes n'ont pas été dépassées et si le pouvoir d'appréciation discrétionnaire n'a pas été ou n'est pas invoqué pour rendre le contrôle de la décision potentiellement illégale plus difficile voire impossible. Ce n'est pas parce que le pouvoir adjudicateur et/ou son architecte disent que tout s'est bien passé au moment de l'attribution que c'est donc automatiquement le cas et/ou même qu'il ne peut plus y avoir de contrôle [...]. »*

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Indemnité réparatrice et marchés publics

## **Quid des dommages et intérêts devant les juridictions civiles ?**

- Ceci étant dit, et malgré l'accès à la justice encouragé par la jurisprudence susmentionnée, engager une action en dommages et intérêts devant les tribunaux civils ne doit pas être fait à la légère.
- Un bon exemple d'application est l'arrêt du 15 juillet 2020 de la Cour d'appel de Gand (2020/RK/11), dans lequel les appelants ont été sanctionnés parce qu'ils ont **réclamé devant le juge civil la même chose que celle pour laquelle ils ont été débouté par le Conseil d'État**. Cela a été qualifié par la Cour d'appel d'abus de procédure :
  - Une action peut être **vexatoire** non seulement lorsqu'une partie a l'intention de causer un préjudice à une autre partie, mais aussi lorsqu'elle exerce son droit d'agir en justice d'une manière qui dépasse manifestement le cadre de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente (**Cass., 2 mars 2015, P&B, 2015/5, p. 196**).
  - Une partie **abuse de son droit d'intenter une action** si sa demande devant le tribunal civil a déjà été rejetée dans le cadre d'une procédure administrative sur la base des mêmes arguments (**Liège, 22 novembre 2017, FJF, 2018/5, p. 163**).
- → Cela a entraîné une **augmentation de l'indemnité de procédure de 3 000 EUR**.

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Indemnité réparatrice et marchés publics

## Gand, 24 mars 2021 (2019/AR/1162) (1/3)

- Faits :

- Un pouvoir adjudicateur lance un marché public pour la conception de salles de classe.
- L'offre d'un des soumissionnaires est classée avec le prix le plus bas, mais le prix est considéré comme anormalement bas, de sorte que le contrat est attribué à un autre soumissionnaire.
  - Pour une décision concernant des prix anormalement élevés, voir [Civ. Bruxelles, 27 janvier 2021 \(2018/7443/A\)](#).
- Le pouvoir adjudicateur décide de lancer un nouveau marché public parce la décision d'attribution ne peut être approuvée, puisqu'il a été établi que le pouvoir adjudicateur n'avait pas respecté le délai minimal de remise des offres.
- Le second marché est finalement attribué à l'« *autre soumissionnaire* ».
- Le soumissionnaire qui avait remis l'offre au prix le plus bas est d'avis que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur en ne lui attribuant pas le marché et réclame donc une indemnité équivalente à 10 % du montant de son offre.

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Indemnité réparatrice et marchés publics

## Gand, 24 mars 2021 (2019/AR/1162) (2/3)

- Appréciation par la cour d'appel :
  - La réclamation est fondée sur la responsabilité extracontractuelle. Dès lors la faute, le dommage et le lien causal doivent être démontrés.
  - Faute : il est incontestable que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur en méconnaissant les dispositions légales en matière de marchés publics en ce qui concerne le délai minimal de remise des offres; sans erreur, il n'y aurait eu aucune raison de lancer un nouveau marché public.
  - Dommage : l'inexécution en raison d'une erreur donne lieu à une indemnisation de 10 % du montant de l'offre.

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Indemnité réparatrice et marchés publics

## Gand, 24 mars 2021 (2019/AR/1162) (3/3)

- Appréciation par la cour d'appel :
  - Lien causal :
    - L'institut considère que le prix du soumissionnaire qui avait remis l'offre la plus basse est anormalement bas et que l'offre a donc dû être déclarée substantiellement irrégulière (il n'y avait pas de lien causal entre le dommage et la faute parce que le marché ne pouvait de toute façon pas lui être attribué).
    - La question de savoir si le prix peut être considéré comme anormalement bas dépend des circonstances concrètes qui sont en principe appréciées sur une base discrétionnaire par le pouvoir adjudicateur. Voir en ce sens Civ. Bruxelles, 27 janvier 2021 (2018/7443/A).
    - Aucun élément concret justifie spécifiquement que les prix déclarés devaient être considérés comme anormalement bas :
      - Il n'est pas précisé pour quels articles spécifiques il y a des raisons de supposer que certaines exigences qualitatives et/ou techniques minimales ne seraient pas réalisables pour le prix indiqué.
      - Le prix suggéré ne différait que de 4,92 % du prix moyen de toutes les offres.
      - Le prix proposé ne différait que de 2,62 % du prix de l'adjudicataire, considéré comme régulier.
      - Il n'a pas été démontré que le soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse a été traité sur un même pied d'égalité avec les autres soumissionnaires.

# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Interaction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle

## Civ. Bruxelles, 5 février 2021 (2019/3094/A) (1/2)

- **Faits** :

- Cette affaire oppose un pouvoir adjudicateur, qui, dans le contexte d'un accord-cadre, a conclu plusieurs marchés relatifs à l'achat ou la location d'une ou plusieurs imprimantes. Ce marché entraîne automatiquement la conclusion d'un contrat de maintenance pour les imprimantes, qui inclut notamment la fourniture de cartouches.
- L'adjudicataire, n'ayant pas reçu le paiement de toutes les cartouches commandées, adresse une facture au pouvoir adjudicateur d'un montant de 117.714, 51 euros pour la fourniture de 390 cartouches.
- Le pouvoir adjudicateur répond qu'il n'a pas connaissance d'une telle masse de commande et soupçonne un de ses employés d'avoir détourné à son profit tout ou partie de ces cartouches.
- Le pouvoir adjudicateur ne payant pas, l'adjudicataire l'assigne devant le tribunal de première instance de Bruxelles pour manquement à sa responsabilité contractuelle, ainsi qu'à sa responsabilité extracontractuelle.

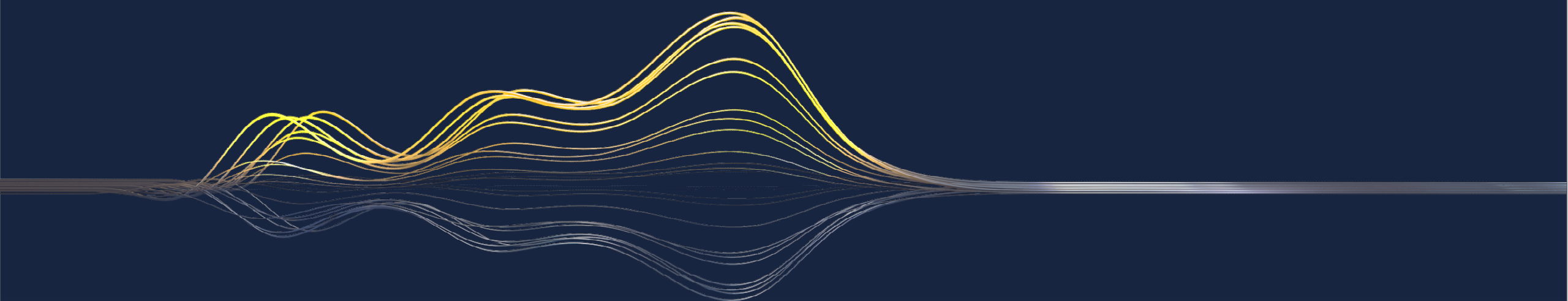
# VI. Contentieux de l'indemnité réparatrice

Interaction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle

## Bruxelles, 5 février 2021 (2019/3094/A) (2/2)

- **Appréciation du tribunal :**

- Sur la responsabilité contractuelle : le tribunal considère que l'adjudicataire n'a pas respecté les dispositions du marché en ce qu'elle « *n'a pas mis en place un système de contrôle des commandes de cartouche passées par téléphone ou par email* ». De plus, son comportement est considéré comme **non conforme au principe d'exécution de bonne foi**, car il aurait pu détecter le détournement des cartouches. Le tribunal considère ainsi que l'adjudicataire a ainsi commis une double faute contractuelle.
- Sur la responsabilité extracontractuelle : le tribunal indique que **sans cette double faute contractuelle**, les 390 cartouches n'auraient pas été commandées et subtilisées → **le dommage de l'adjudicataire ne se serait pas produit**. Le tribunal indique que : « *parce que l'adjudicataire ne démontre pas à partir de quand les 390 cartouches litigieuses ont été subtilisées, elle ne prouve pas de lien causal entre la faute reprochée [à l'employé] du pouvoir adjudicateur [et le dommage]. Dans ces conditions, ce dernier ne peut pas voir sa responsabilité extracontractuelle mise en cause sur la base de l'article 1384, al. 3, du Code civil* ».



## VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

La règle de l'indemnisation forfaitaire de 10 %

**Cass., 12 mars 2020 (C.19.0144.N), TBO, 2020, p. 351.**

**10%**

- L'article 16, paragraphe 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics prévoit que, si l'autorité compétente décide d'attribuer le marché, celui-ci doit être attribué par procédure ouverte ou restreinte au soumissionnaire qui a présenté l'offre régulière la plus basse, sous peine du paiement d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant hors TVA de cette offre.
- En l'espèce, le soumissionnaire auquel le marché n'avait pas été attribué avait calculé le montant de **10 % des dommages et intérêts réclamés non seulement sur la base de son prix d'offre, mais également sur le nombre d'années pour lesquelles le marché pouvait éventuellement être renouvelé par le pouvoir adjudicateur.**
  - Le cahier spécial des charges prévoyait la possibilité d'un renouvellement annuel du contrat, avec un maximum de trois prolongations. Le soumissionnaire lésé a ainsi été indemnisé à hauteur de 40 % du montant de son offre.
  - La cour d'appel de Bruxelles a en partie suivi le soumissionnaire dans ce raisonnement, mais a jugé – en raison du caractère hypothétique de la ou des prolongations – que le soumissionnaire lésé n'avait que 50 % de chances de la survenance de la prolongation de trois ans et a accordé une indemnité de  $(10\% + (3 * 5\%)) = \mathbf{25\%}$  sur le montant de son offre.

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

La règle de l'indemnisation forfaitaire de 10 %

**Cass., 12 mars 2020 (C.19.0144.N), TBO, 2020, p. 351.**

- La Cour de cassation a jugé que cette indemnité supplémentaire était **contraire au caractère forfaitaire du régime d'indemnisation prévu à l'article 16 de la loi** :
  - l'indemnité de dix pour cent à laquelle a droit le soumissionnaire est de nature forfaitaire ;
  - le caractère forfaitaire de l'indemnité s'oppose donc à ce que le soumissionnaire réclame une indemnisation plus élevée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil ;
  - en accordant ainsi au soumissionnaire, rejeté à tort, une indemnité supérieure à l'indemnité forfaitaire de dix pour cent, la cour d'appel ne justifie pas sa décision.
- Dans cet arrêt, la Cour de cassation a ainsi jugé que, si, dans le cas d'un marché public, un marché n'a pas été attribué au soumissionnaire ayant le prix le plus bas, **ce soumissionnaire n'a droit qu'à une indemnité forfaitaire de 10 % du prix de son offre** *(et donc pas plus pour le nombre d'années pendant lesquelles le marché en cause peut être prolongé par le PA si nécessaire)*.

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

La règle de l'indemnisation forfaitaire de 10 %

**Cass., 12 mars 2020 (C.19.0144.N), TBO, 2020, p. 351.**

Quid en cas de remise en concurrence injustifiée ?

- En conclusion, si, dans le cadre d'un marché public, un pouvoir adjudicateur décide à tort de ne pas attribuer un marché, mais d'en lancer un nouveau, créant ainsi un droit à indemnisation pour le soumissionnaire lésé, **le régime forfaitaire d'indemnisation de 10 % ne s'applique pas**, mais le régime de responsabilité de droit commun fondé sur les articles 1382 et 1383 du code civil, lui, s'applique.
- Dans ce cas, le préjudice effectivement subi devra être indemnisé, même s'il dépasse 10 % du prix de l'offre du soumissionnaire lésé.

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

Spécifications essentielles

**Cass., 4 juin 2020 (C.18.0299.N), RW, 2020-21, p. 1425.**



- **Faits**

- Le demandeur a répondu à un appel d'offres général de la commune de Beveren concernant l'achat d'un camion pour les pompiers. Cependant, il n'a pas obtenu le marché.
- Le demandeur a alors réclamé des dommages et intérêts sur base de l'article 15 de la loi de 1993 (désormais et ci-après article 16, paragraphe 3, de la loi de 2016). Le demandeur a soutenu que le PA avait commis une faute en acceptant l'offre d'un autre soumissionnaire, laquelle était irrégulière parce que le véhicule qui y était décrit ne répondait pas aux exigences techniques imposées par le cahier spécial des charges.
  - ⇔ le PA a fait valoir qu'il n'avait pas commis de faute. En effet, aucune des deux offres ne répondait aux exigences techniques, après quoi l'offre la plus basse a été acceptée.
  - Comme la juridiction de première instance, la cour d'appel a jugé que la demande de dommages et intérêts n'était pas fondée puisque le PA avait justifié dans le rapport d'évaluation que l'offre du demandeur s'écartait des exigences des spécifications techniques sur deux points essentiels.
  - Le demandeur ne l'a pas contesté, mais soutient que l'adjudicataire s'écarte encore plus des exigences du cahier des charges.
  - **La cour d'appel décide que, puisque le demandeur lui-même ne peut prouver le fait qu'il ait soumis une offre régulière, il ne peut pas réclamer de dommages et intérêts pour ne s'être pas vu attribuer le marché.**

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

## Spécifications essentielles

**Cass., 4 juin 2020 (C.18.0299.N), RW, 2020-21, p. 1425.**

- Dans son seul moyen en cassation, le demandeur fait valoir que, en concluant que son offre était irrégulière, la cour d'appel a méconnu le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur en substituant son jugement à celui du pouvoir adjudicateur.
- **La Cour de cassation a jugé ce moyen non fondé.**
  - La Cour considère que **l'appréciation de la question de savoir si une dérogation constitue une disposition essentielle du cahier des charges nécessite uniquement une interprétation juridique de la notion de « disposition essentielle »** et des dispositions pertinentes du cahier des charges auxquelles il est dérogé dans l'offre, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière.
  - Selon la Cour de cassation, il **appartient avant tout au PA** d'établir si la dérogation concerne ou non une disposition essentielle du cahier des charges, mais le juge peut contrôler l'interprétation juridique faite par l'autorité sur la base de tous les éléments du dossier.
    - Importance de la qualification → article 76, § 1, paragraphe 4, 3° : non-respect des « exigences considérées comme substantielles dans le cahier des charges » → offre substantiellement irrégulière

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

## Spécifications essentielles

### **Détour : jurisprudence constante du Conseil d'État**

- Jurisprudence constante du Conseil d'Etat :
  - Selon la jurisprudence du Conseil d'État, il appartient en premier lieu au PA de déterminer si une spécification est essentielle ou non (CE, 16 mai 2017, n° 238.201, *NV Iveco Belgium*).
  - Cela doit être évalué **in concreto** (CE, 28 mars 2019, n° 244.041, *NV Security Guardian's Institute* ; CE, 29 avril 2014, n° 227.233, *Aclagro*).
  - **Exigence substantielle** = « l'exigence à laquelle l'auteur du cahier des charges a entendu donner une importance telle que son non-respect pourrait nuire à l'égalité de traitement des soumissionnaires ou à la comparabilité des offres, ou pourrait compromettre la bonne exécution du marché » (CE, 14 novembre 2019, n° 246.091, *BVBA Postalia Belgium*).
  - Le fait que certaines exigences du cahier des charges n'aient pas été expressément désignées comme essentielles ne signifie pas pour autant qu'elles ne peuvent pas constituer des clauses essentielles (CE, 14 juillet 2017, n° 238.828, *NV Decat Energy Technics*).
  - Les **spécifications servent de base et de point de référence initial** pour évaluer s'il s'agit d'un écart par rapport à une disposition essentielle des spécifications (I. VOS, "De rol van de rechter bij de beoordeling van afwijkingen van technische bestekbepalingen", *MCP-OOO*, 2012, p. 353, nr. 7).

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

*Détour* : jurisprudence constante du Conseil d'État

**CE, 19 janvier 2021, n° 249.527, *Bv technisch handels- en adviesbureau vandentempel***

- **Méfiez-vous de l'utilisation du terme « doit » !**

- « *L'utilisation du verbe "doit" ici peut être considérée comme imposant en principe une obligation contraignante aux soumissionnaires. Il ne semble pas s'agir d'une énumération purement indicative.* »
- **Tant dans le chef du soumissionnaire** : en tout état de cause, exigence minimale, dont le non-respect est prescrit sous peine de nullité de l'offre.
- **Que dans le chef du PA**: en l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait attribué le marché à un soumissionnaire qui ne répondait pas à une exigence obligatoire (précédée de « *shall* »), arguant que l'irrégularité en question était « *tout au plus insignifiante* ». Le Conseil d'État n'a pas suivi cette argumentation et a décidé de suspendre la décision d'attribution.

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

Spécifications essentielles

## **Détour : jurisprudence constante du Conseil d'État**

- Il s'agissait de savoir si les spécifications techniques du cahier des charges étaient respectées ou non.
- La jurisprudence du Conseil d'État accorde au PA un large pouvoir d'appréciation à cet égard :
  - Il incombe principalement au PA de déterminer les spécifications techniques contenues dans les documents du marché et de les interpréter. C'est en effet l'autorité qui exige et détermine (CE, 21 octobre 2019, n° 245.830, *NV SMTOW e.a.*).
  - Le Conseil d'État a jugé à plusieurs reprises que les écarts par rapport aux spécifications techniques sont, en principe, substantiellement irréguliers et donc nuls. (CE, 16 mai 2017, n° 238.203, *BVBA Wegrosan e.a.* ; CE, 11 juillet 2017, n° 238.805, *NV Uitrustig Schreder*).
- **La question de la détermination du caractère essentiel du cahier des charges relève-t-elle désormais de l'interprétation ou de l'appréciation ? (CE ⇔ Cass)?**

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

Spécifications essentielles

**Cass., 4 juin 2020 (C.18.0299.N), RW, 2020-21, p. 1425.**

- Dans son appréciation, l'avocat général part de la distinction entre les compétences liées et les compétences discrétionnaires (importante pour déterminer l'étendue du contrôle juridictionnel) :
  - **Compétences liées** = contrôle étendu → la constatation que la loi a été violée suffit ;
  - **Compétences discrétionnaires** = contrôle marginal → la violation de la loi doit être « *manifestement déraisonnable* ».
- Selon l'avocat général, la question de la distinction entre compétence liée et discrétionnaire du PA ne se pose qu'après qu'il a été établi si une dérogation concerne une disposition essentielle du cahier spécial des charges, c'est-à-dire seulement après la qualification juridique de la spécification du cahier spécial des charges dont l'offre s'est écartée:
  - Le PA n'a qu'à **déterminer si la dérogation concerne une disposition essentielle du cahier spécial des charges, qui est en principe une question juridique et ne **nécessite pas de jugement d'opportunité**** (conclusions de l'avocat général, p. 4).
  - La Cour de cassation a suivi ce raisonnement.

*Le fait que la distinction entre interprétation et appréciation n'est pas aisée à établir peut également être déduit de la considération suivante de l'avocat général :*

*« Cette interprétation nécessite une appréciation factuelle qui doit être déterminée dans chaque cas à la lumière de ses données spécifiques. (...) Lors de l'examen de la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur devra notamment vérifier si la règle à laquelle il a été dérogé est d'une importance telle que la dérogation doit inévitablement conduire à ce que l'offre en question ne soit pas prise en considération » (p. 4)*

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

Spécifications essentielles

**Cass., 4 juin 2020 (C.18.0299.N), RW, 2020-21, p. 1425.**

- Même si la distinction entre interprétation et appréciation n'est pas toujours simple en pratique et parfois quelque peu artificielle, **l'arrêt de la Cour de cassation et les conclusions de l'avocat général doivent être étayés à la lumière du principe d'égalité dans les marchés publics.**
- Si un pouvoir d'appréciation (large ou non) devait être conféré à l'autorité lorsqu'elle évalue si les spécifications étaient essentielles ou non, la comparabilité objective des offres risque d'être compromise.
- **L'arrêt de la Cour de cassation offre l'avantage de la possibilité d'un contrôle juridictionnel COMPLET** et l'avantage de la clarté, tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les soumissionnaires potentiels : l'appréciation du point de savoir si une dérogation concerne une disposition essentielle du cahier des charges n'est qu'une interprétation juridique de la notion juridique de « *disposition essentielle* » et du cahier spécial des charges pertinent dont l'offre s'écarte, de sorte que le PA n'a pas de pouvoir discrétionnaire à cet égard

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

L'évolution de la sanction de nullité

**Cass., 22 janvier 2021 (C.19.0303.N), *NjW*, 2021, p. 348.**



- **Faits** :

- Certains câblo-opérateurs concluent un accord de concession avec Telenet sans consultation de marché.
- Telenet dispose d'un droit exclusif d'utilisation de ses réseaux pour une période de 38 ans.
- Proximus demande l'annulation de cet accord (et du ou des accords connexes) et des dommages et intérêts.
- En première instance, le tribunal a jugé que la demande de Proximus n'était pas recevable pour défaut d'intérêt.
- Devant la cour d'appel d'Anvers, **Proximus fait valoir que les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence affectent l'ordre public et que, en tant qu'opérateur économique potentiel, elle peut prétendre à la nullité.**
  - La cour d'appel d'Anvers a jugé que la demande était recevable, mais non fondée.
  - Selon la cour d'appel, les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence visent avant tout à protéger des intérêts privés. De ce fait, ils ne donnent pas lieu à une nullité absolue. En outre, Proximus ne démontre pas qu'elle a subi un quelconque préjudice du fait de l'absence d'organisation d'une consultation du marché, ni qu'elle avait une chance réelle d'obtenir quelque chose de la consultation du marché.
  - Il n'y a aucune raison de déclarer l'accord (et les accords connexes) nul et non avenu.

# Marchés publics conclus avec un manque de concurrence

*Détour* : la jurisprudence actuelle à cet égard

## Principe général : nullité absolue

- **Généralités** : un contrat conclu en violation de l'obligation de mise en concurrence d'un marché public est frappé de **nullité absolue** (en effet il s'agit de la **violation d'une règle d'ordre public**).
- Cette jurisprudence a par la suite été **confirmée** à plusieurs reprises, notamment par :
  - **Cour d'appel de Bruxelles** :
    - Bruxelles, 23 novembre 2011, *TBP*, 2012/9, p. 564 (note F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS) ;
    - Bruxelles, 28 décembre 2013, *JT*, 2014, p. 96 ;
    - Bruxelles, 13 novembre 2015, *MCP-OOO*, 2017/2, p. 290 ;
    - Bruxelles, 20 avril 2020 (2003/9103/A).
  - **Cour d'appel de Gand** :
    - Gand, 14 février 2014, *NjW*, 2016, p. 170 (note C. DE CONINCK) ;
    - Gand, 6 février 2015, *T.Aann.*, 2016/4, p. 403 (note I. COOREMAN et M. LECOMTE).
  - **Cour d'appel d'Anvers** :
    - Anvers, 6 décembre 2017, *NjW*, 2018, p. 259 (note C. DE CONINCK) ;
    - Anvers, 25 février 2019, *NjW*, 2019, p. 614 (note C. DE CONINCK).

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

L'évolution de la sanction de nullité

**Cass., 22 janvier 2021 (C.19.0303.N), *NjW*, 2021, p. 348.**

- Devant la Cour de cassation, Proximus rappelle, entre autre, que le contrat de concession de services conclu sans consultation de marché crée ou maintient une situation contraire à l'ordre public et est donc nul et non avenue en raison de son objet illicite.
- Afin d'adapter la sanction de la nullité, la Cour de cassation se réfère à **l'objectif de la règle de droit violée, afin de vérifier si la nullité est appropriée pour atteindre l'objectif de la règle** ou si l'objectif est ou peut être atteint par une sanction moins sévère.
- Cf. [Cass., 7 novembre 2019 \*NjW\*, 2019, p. 895](#) : **ce n'est pas la nature de la norme, mais l'objectif spécifique de la norme**, qui est un facteur approprié pour déterminer les conséquences d'une violation de la norme et, partant, pour déterminer si la nullité, au vu des circonstances spécifiques, est susceptible de contribuer à la réalisation de l'objectif de la norme violée.

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

L'évolution de la sanction de nullité

**Cass., 22 janvier 2021 (C.19.0303.N), *NjW*, 2021, p. 348.**

- L'avocat général précise également à cet égard que la question de la nullité devrait se concentrer **non pas tant sur la violation d'une règle d'ordre public, mais sur les conséquences juridiques du contrat**:
- « *L'objectif spécifique de la norme est un élément approprié pour déterminer les conséquences d'une violation de la norme et la sanction de nullité est appropriée lorsque cette sanction est nécessaire pour respecter ou atteindre l'objectif de la norme violée. La violation d'une règle ne doit donc affecter la validité de l'acte que si l'objectif spécifique de la norme violée l'exige. Appliquée à l'affaire dont nous sommes saisis, la nullité de l'accord ne serait pas une sanction appropriée si, par exemple, il était constaté qu'il n'y avait pas d'autres acteurs potentiels du marché éligibles pour conclure le contrat avec les câblodistributeurs. Or, en l'espèce, les juridictions d'appel n'établissent pas l'existence de telles circonstances.* »

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

L'évolution de la sanction de nullité

**Cass., 22 janvier 2021 (C.19.0303.N), *NjW*, 2021, p. 348.**

- L'avocat général souligne que la Cour a un **rôle actif à jouer dans l'appréciation de la sanction de nullité** au vu de la finalité et de l'esprit de la règle de droit violée :

*« Dans le cadre de la même marge d'appréciation, le juge doit cependant aussi pouvoir décider de ne pas annuler le contrat si les conséquences de l'annulation sont totalement indésirables du point de vue de l'intérêt général. »*

*« Par « **raisons impérieuses d'intérêt général** », on entend les raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice et couvrant au moins les motifs suivants : ordre public, sécurité publique, protection des consommateurs, protection des destinataires de services, etc. Ainsi, la juridiction pourrait considérer qu'il est nécessaire que les effets juridiques du contrat d'achat de certains médicaments, tels que les vaccins, continuent d'exister lorsque l'annulation du contrat mettrait en danger la prise en charge des patients et donc la santé publique, soit qu'il est nécessaire que les effets juridiques du contrat continuent d'exister si l'annulation du contrat aurait pour effet de détourner la population de la santé la plus élémentaire. »*

*« À cet égard, la cour d'appel ne constate pas que des raisons impérieuses d'intérêt général rendent nécessaire l'application de la concession. »*

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

L'évolution de la sanction de nullité

**Cass., 22 janvier 2021 (C.19.0303.N), *NjW*, 2021, p. 348.**

- Décision *in concreto* :
  - Par conséquent, la cour d'appel ne justifie pas sa décision en déclarant nul le contrat qui crée une situation **contraire à l'ordre public** en raison de la méconnaissance du principe d'égalité et de transparence, « sans établir qu'il n'y avait pas d'acteur potentiel intéressé sur le marché **ou** que des raisons impérieuses d'intérêt général exigent la poursuite de la concession ».
  - ➔ **la finalité de la sanction de nullité !**
    - En d'autres termes, l'application ou non de la sanction de nullité dépend de la prise en compte des valeurs et des intérêts sous-jacents. **Le juge doit refaire cet exercice d'équilibriste pour chaque affaire et se prononce donc en fin de compte sur l'opportunité de la sanction de nullité.**

# VII. Jurisprudence pertinente en matière de cassation

L'évolution de la sanction de nullité

**Cass., 22 janvier 2021 (C.19.0303.N), *NjW*, 2021, p. 348.**

- L'arrêt de cassation analysé s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle **plus nuancée**.
- C'est-à-dire en ligne avec les critiques émises par la doctrine envers une théorie des nullités trop stricte et l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation limitant la sanction de la nullité.
- Cela s'inscrit également dans le cadre de la réforme prévue du droit des obligations.
- **Ce n'est pas tant la nature de la règle de droit qui est au centre de la question de l'annulation, mais plutôt la finalité de la règle de droit**. Toute violation d'une règle de droit impérative, même si elle est d'ordre public, n'entraîne pas automatiquement la nullité.
  - **La sanction de la nullité, comme toute sanction, doit être proportionnée au but recherché**. Dans le cas contraire, la sanction de la nullité doit être rejetée et une autre sanction doit être prononcée (comme l'inopposabilité ou les dommages et intérêts), voire aucune sanction ([Exposé des motifs du projet de loi visant à insérer le livre 5 « Des obligations » dans le nouveau code civil, Chambre 2018-19, n° 3709/1, p. 69-77](#)).
  - **Ainsi, en vertu du droit actuel et futur, une doctrine de la nullité plus nuancée s'applique !**

Merci pour votre attention.

Des questions ?



**Bérénice Wathelet**

Counsel  
Brussels  
Berenice.wathelet@dlapiper.com

M: +32493498917



**Maëlle Rixhon**

Avocate  
Brussels  
Maele.rixhon@dlapiper.com

M: +32476973903

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct legal entities. Further details of these entities can be found at [www.dlapiper.com](http://www.dlapiper.com).

This publication is intended as a general overview and discussion of the subjects dealt with, and does not create a lawyer-client relationship. It is not intended to be, and should not be used as, a substitute for taking legal advice in any specific situation. DLA Piper will accept no responsibility for any actions taken or not taken on the basis of this publication. This may qualify as “Lawyer Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

Copyright © 2021 DLA Piper. All rights reserved.

