

53. En revanche, si ladite instance constate que ces conditions sont réunies, celle-ci est tenue de maintenir les effets du marché en application de l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665.

54. Il convient, dès lors, de répondre à la première question que l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un marché public est passé sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* alors que cela n'était pas autorisé en vertu de la directive 2004/18, cette disposition exclut que ce marché soit déclaré dépourvu d'effets lorsque les conditions énoncées à ladite disposition sont remplies, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

Sur la seconde question.

55. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, dans l'hypothèse où il serait répondu par l'affirmative à la première question, si l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665 est valide au regard du principe de non-discrimination et du droit à un recours effectif au sens de l'article 47 de la Charte.

56. À cet égard, Fastweb soutient que la publication d'un avis en cas de transparence *ex ante* volontaire au *Journal officiel de l'Union européenne* et le respect du délai de suspension minimal de dix jours entre cette publication et la conclusion du marché n'assurent pas le respect du principe de protection juridictionnelle effective. En effet, une telle publication ne garantit pas que les concurrents potentiels soient informés de l'attribution d'un marché à un opérateur économique déterminé, en particulier si la publication intervient pendant une période où les activités sont réduites ou interrompues.

57. S'agissant du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, l'article 47, premier alinéa, de la Charte énonce que toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues audit article.

58. Il résulte d'une jurisprudence constante que la fixation de délais raisonnables de recours, sous peine de forclusion, dans l'intérêt de la sécurité juridique, protégeant à la fois le particulier et l'administration concernés, est compatible avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective. De tels délais ne doivent pas être de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (voy., en ce sens, arrêt *Pelati*, C-603/10, EU:C:2012:639, point 30 et jurisprudence citée).

59. En outre, les dispositions de la directive 89/665, destinées à protéger les soumission-

naires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur, visent à renforcer les mécanismes existants pour assurer l'application effective des règles de l'Union en matière de passation de marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Une telle protection ne peut être effective si l'intéressé n'est pas en mesure de se prévaloir de ces règles vis-à-vis du pouvoir adjudicateur (voy., en ce sens, arrêt *Commission c. Autriche*, EU:C:2004:386, point 20).

60. Ainsi, une protection juridictionnelle effective exige que les intéressés soient informés d'une décision d'attribution 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 conclusion (voy., en ce sens, arrêts *Commission c. Espagne*, C-444/06, EU:C:2008:190, points 38 et 39, ainsi que *Commission c. Irlande*, C-456/08, EU:C:2010:46, point 33).

61. L'article 2^{quinq}uies, § 4, deuxième tiret, de la directive 89/665 garantit, en prévoyant la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* d'un avis exprimant une intention de conclure un marché, au sens de l'article 3^{bis} de la directive 89/665, la transparence de l'attribution d'un marché. Cette disposition vise ainsi à assurer que tous les candidats potentiellement concernés soient en mesure de prendre connaissance de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché. En outre, conformément au troisième tiret de cette disposition, le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter un délai de suspension de dix jours. Ainsi, les intéressés sont mis en mesure de contester en justice l'attribution d'un marché avant que le contrat ne soit conclu.

62. En outre, il convient également de souligner que, même lorsque le délai de suspension d'au moins dix jours calendaires, prévu à l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665, est écoulé, les opérateurs lésés peuvent introduire une action en dommages et intérêts en vertu de l'article 2, § 1^{er}, sous c), de la directive 89/665.

63. À cet égard, ainsi que cela ressort du point 44 du présent arrêt, il convient de tenir compte du fait que, par l'exception prévue à l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665, le législateur de l'Union vise à concilier différents intérêts, à savoir ceux de l'entreprise lésée, en lui ouvrant le droit d'introduire un référé précontractuel et d'obtenir l'annulation du marché illégalement conclu, ainsi que ceux du pouvoir adjudicateur et de l'entreprise sélectionnée, en limitant l'incertitude juridique qui pourrait résulter de l'absence d'effets du marché.

64. Eu égard à ce qui précède, il convient de constater que l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665, en ce qu'il prévoit le main-

tien des effets d'un marché, n'est pas contraire aux exigences découlant de l'article 47 de la Charte.

65. Il en va de même du principe de non-discrimination qui poursuit, dans le domaine du marché public, les mêmes objectifs d'assurer, notamment, la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voy., notamment, arrêts *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, point 48, et *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, point 28). En effet, ainsi qu'il a déjà été constaté au point 61 du présent arrêt, l'article 2^{quinq}uies, § 4, deuxième tiret, de la directive 89/665 vise à assurer que tous les candidats potentiellement concernés soient en mesure de prendre connaissance de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché et, ainsi, d'introduire un recours contre une telle décision visant à contrôler la légalité de celle-ci.

66. Au vu de ce qui précède, il convient de répondre à la seconde question que l'examen de celle-ci n'a révélé aucun élément de nature à affecter la validité de l'article 2^{quinq}uies, § 4, de la directive 89/665.

[...]

Observations

Déclaration d'absence d'effets versus sécurité juridique des contrats : un équilibre européen

1. En l'espace d'une vingtaine d'années, le contentieux des marchés publics a connu une remarquable mutation, principalement sous l'influence du droit européen¹.

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 »².

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 contrat³.

La directive 2007/66/CE marque un nouveau tournant dans l'affirmation de l'effectivité des voies de recours en matière de marchés publics⁴. Son treizième considérant insiste sur l'importance de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré au moyen

(1) P. THIEL, « L'apparente simplicité du système de recours », *M.C.P.*, 2011, livr. 1, pp. 81-82.

(2) Deuxième considérant de la di-

rective 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives re-

latives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *J.O.* L 395 du

30 décembre 1989, p. 33.

(3) C.J.C.E., 28 octobre 1999, *Alcatel Austria*, C-81/98.

(4) Directive 2007/66/CE du Parle-



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 européen⁵.

2. 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 1993⁶ (article 65/17) et est actuellement contenu aux articles 17 à 21 de 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.

Ces dispositions permettent à toute personne intéressée⁷ de solliciter du juge judiciaire, statuant comme en référé⁸, une déclaration d'absence d'effets du contrat conclu en violation du droit des marchés publics. Cette sanction s'apparente à une annulation (rétroactive ou non) du contrat⁹. Elle est toutefois assortie d'importantes limitations.

3. 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 ;

— 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.

4. Ensuite, le recours en déclaration d'absence d'effets doit être introduit dans un délai strict¹⁰ : 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.

5. 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 avis¹¹. Ce mécanisme de « rédemption »¹² 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.

6. 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 partie¹³. Ces sanctions de substitution consistent à abréger la durée du marché ou à imposer une pénalité financière¹⁴.

7. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'arrêt commenté, le premier par lequel la Cour se prononce sur l'exception découlant de la publication d'un avis de transparence *ex ante*^{14bis}. Les faits de cette affaire peuvent être résumés comme suit.

En 2003, le ministère italien de l'Intérieur a conclu 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 décide 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.

Un concurrent de Telecom Italia, Fastweb, a introduit un recours devant le tribunal administratif régional du Lazio tendant à l'annulation de l'attribution du marché et à la déclaration de l'absence d'effets du contrat conclu. Le ministère de l'Intérieur s'est défendu en indiquant avoir publié un avis de transparence *ex ante* volontaire et avoir respecté un délai d'attente de dix jours entre cette publication et la conclusion du contrat. Dans l'avis de transparence, le ministère justifiait le recours à la procédure négociée sans publicité par la circonstance que, pour des raisons techniques, le marché ne pouvait être confié qu'à un opérateur économique déterminé, en l'occurrence Telecom Italia.

Le tribunal administratif a accueilli le recours de Fastweb, en considérant que les raisons invoquées par le ministère pour utiliser la procédure négociée sans publicité n'étaient pas des raisons techniques, mais plutôt des raisons d'opportunité (tenant essentiellement aux difficultés pratiques découlant de l'attribution du marché à un autre opérateur économique : coût du changement, temps d'adaptation, etc.). Tout en annulant la décision d'attribution, le tribunal a estimé qu'il ne pouvait pas prononcer l'absence d'effets du contrat sur la base de l'article 121, § 5, du code italien de procédure administrative, qui transpose l'article 2^{quinq}ues, § 4, de la directive 89/665, le ministère ayant satisfait à l'obligation de transparence *ex ante*. En revanche, le tribunal a déclaré le contrat *dépourvu d'effets* sur pied de l'article 122 du code précité, qui, hors les cas visés à l'article 121, 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 reprendre¹⁵.

En appel, le Conseil d'État italien a confirmé l'annulation de l'attribution en cause. Il a jugé que le ministère n'avait pas démontré que les conditions pour recourir à une procédure négociée sans publicité étaient réunies. En revanche, le Conseil d'État s'est interrogé sur les conséquences qu'il convenait de tirer d'une telle annulation s'agissant des effets du contrat en cause. 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 natio-

ment 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, J.O. L 335 du 20 décembre 2007, p. 31.

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

(6) Loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

(7) 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, livr. 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, livr. 4, pp. 437-451.

(8) Article 24 de la loi du 17 juin 2013.

(9) 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 (somm.).

(10) Article 23, § 5, de la loi du 17 juin 2013.

(11) Article 18 de la loi du 17 juin 2013.

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

(13) Article 20 de la loi du 17 juin 2013.

(14) Article 22 de la loi du 17 juin 2013.

(14bis) À propos de cet arrêt, voy. égal. S. MAEYERT, « Europees rechts-

beschermingscompromis inzake overheidsopdrachten begrenzt vrijheid nationale rechter », *Entr. et dr.*, 2014, livr. 4, pp. 440-448 et 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, livr. 1, pp. NA10-NA16.

(15) Point 36 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.



nal de prononcer 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 (en l'occurrence, l'article 122 du Code de procédure administrative), 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 ?

8. 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 2quinquies à 2septies* (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). En d'autres termes, dans les situations qui ressortissent au champ d'application du mécanisme d'absence d'effets, le droit national ne pourrait pas prévoir *d'avantage* de cas d'application de la sanction d'absence d'effets, et se montrer ainsi plus sévère que le droit dérivé européen.

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).

9. 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 si celui-ci « 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 Bot¹⁶, 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.

10. 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 »¹⁷. 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 »¹⁸.

L'on devine que l'autorité tentera à tout le moins de démontrer qu'elle a agi sans précipitation¹⁹, qu'elle a sollicité la rédaction d'avis juridiques internes ou externes²⁰, que ses organes ont effectivement débattu de cette question, etc.

En pratique, l'instance de recours se trouvera dans une situation pour le moins inconfortable : d'un côté, elle aura constaté le recours illégal à la procédure négociée ; de l'autre elle devra déterminer si l'autorité pouvait néanmoins légitimement arriver à la conclusion inverse. Autrement dit, le juge aura décidé A, mais pourrait être amené à concéder que l'autorité a de bonne foi décidé B...

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 illégalité²¹, et complexifier l'introduction de recours en dommages et intérêts.

11. La réponse de la Cour à la seconde question préjudicielle était plus prévisible : la fixation de délais raisonnables de recours, sous peine de forclusion, dans l'intérêt de la sécurité juridique, est compatible avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, pourvu que ces délais ne soient pas de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union.

Le délai de dix jours aménagé par l'article 2quinquies, § 4, de la directive 89/665 à partir de la publication de l'avis de transparence permet selon la Cour aux tiers intéressés de contester efficacement l'attribution d'un marché avant que le contrat ne soit conclu²². En outre, même lorsque ce délai est épuisé, les opérateurs lésés peuvent introduire une action en dommages et intérêts.

Dès lors que cette disposition 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, ni le droit à un recours effectif, ni le principe de non-discrimination, ne sont violés (§§ 61-65).

12. Cet arrêt *Fastweb* est riche d'enseignements à plusieurs titres.

13. Tout d'abord, alors que l'on pouvait au premier abord trouver certains attraits à la publication d'un avis de transparence *ex ante*²³, ce mécanisme nous semble désormais voué à l'abandon :

— soit une autorité adjudicatrice 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 cette autorité 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 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 légitime²⁴ ?

14. Certes, nul doute que l'arrêt commenté s'inspire de la louable préoccupation de ne pas vider la sanction de déclaration d'absence d'effets de toute sa substance²⁵ : le re-

(16) Point 82 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

(17) Point 83 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

(18) Point 85 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

(19) 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 ».

(20) Point 113 des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

(21) 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, livr. 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.

(22) Cette affirmation 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).

(23) En ce sens, A.L. DURVIAUX, *Pré-*

cis..., op. cit., p. 686.

(24) 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).



cours généralisé et opportuniste à l'avis de transparence, couplé à un délai d'attente court (dix jours), aurait tôt fait de sonner le glas de l'appel d'offres. L'on admettra cependant que la pratique actuelle est très éloignée de telles extrémités, et que l'arrêt commenté prive dès aujourd'hui l'avis de transparence *ex ante*... de tous ses effets.

15. Néanmoins, l'arrêt commenté a le mérite de souligner que les limitations et exceptions à la sanction d'absence d'effets témoignent du souci du législateur européen (et à sa suite, du législateur belge) de concilier deux objectifs : d'une part, le droit à un recours effectif des candidats ou soumissionnaires évincés ; d'autre part, la sécurité juridique des contrats conclus par les autorités adjudicatrices.

Plus largement, l'équilibre entre ces deux objectifs résulte de l'agencement des voies de recours en matière de marchés publics. En ce sens, le considérant 27 de la directive 2007/66/CE éclaire comme suit les relations entre les procédures ordinaires de recours — en particulier la suspension — et les possibilités de déclarer sans effets le contrat concerné :

« Sachant que la présente directive renforce les procédures de recours nationales, particulièrement en cas de marchés de gré à gré illégaux, il conviendrait d'encourager les opérateurs économiques à recourir à ces nouveaux mécanismes. Par souci de sécurité juridique, l'invocabilité de l'absence d'effets d'un marché est limitée dans le temps. L'effectivité de cette limitation dans le temps devrait être respectée ».

16. On en déduit que le système des voies de recours en matière de marchés publics s'articule, de façon schématique²⁵, 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. En dehors de ces hypothèses exceptionnelles, c'est la sécurité juridique des contrats qui prévaut ;

— 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 ; le résultat de telles procédures est cependant sans impact sur le contrat éventuellement conclu.

17. En ce sens, l'arrêt *Fastweb* ne manquera pas d'alimenter le débat, en droit belge, relatif aux effets d'une décision administrative illégale sur le contrat subséquent.

Sans entrer dans les détails de cette controverse²⁷, on rappellera que selon une certaine jurisprudence, apparemment approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2012²⁸, la réglementation des marchés publics — ou à tout le moins une partie de celle-ci — serait d'ordre public. En conséquence, une violation du droit des marchés publics pourrait être invoquée par tout tiers en vue de faire constater la nullité *absolute* du contrat conclu en suite d'une telle violation²⁹.

La doctrine majoritaire, à laquelle nous nous joignons, s'oppose à cette conception et estime que la constatation d'une illégalité de la décision d'attribution n'a pas d'impact sur le contrat conclu³⁰.

18. À notre sens, cette conclusion s'impose d'autant plus pour les marchés européens relevant du champ d'application de la sanction d'absence d'effets. Cette sanction est une sorte d'annulation du contrat³¹ et l'arrêt commenté interdit aux juridictions nationales de

prononcer cette annulation en dehors des hypothèses prévues par la directive.

Cette solution est confirmée, en droit belge, par l'article 21 de la loi du 17 juin 2013, qui dispose que « 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 ».

Quoi de plus logique au regard de l'agence-ment ci-avant décrit des voies de recours en matière de marchés publics, qui forment un système complet et cohérent de sanctions spécifiques à cette matière ? Avec d'autres auteurs³², l'on s'interroge en effet sur le sens qu'aurait ce régime spécifique, en particulier en matière de déclaration d'absence d'effets, si le droit commun national permettait aussi, et de surcroît sans la moindre restriction, d'obtenir l'annulation pure et simple du marché.

19. Dans ce contexte, l'arrêt commenté est une confirmation bienvenue, dans le domaine de la déclaration d'absence d'effets, que le droit national ne peut bouleverser l'équilibre européen souhaité entre l'effectivité des recours précités et la sécurité juridique des contrats : le juge ne pourrait pas considérer un contrat dépourvu d'effets ou nul dans des circonstances qui relèvent, en droit européen, d'une exception à l'application de cette sanction. Cette limitation n'emporte aucune violation du droit à un recours effectif des entreprises lésées, mais relève d'une juste interprétation du principe de sécurité juridique qui, à un moment, doit prévaloir sur d'autres considérations légitimes³³.

Maxime VANDERSTRAETEN

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université Saint-Louis-Bruxelles
et à l'Université libre de Bruxelles

(25) En ce sens, voy. points 65 et s. des conclusions de l'avocat général Bot du 10 avril 2014.

(26) 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'État », *J.L.M.B.*, 2011, livr. 12, p. 582).

(27) Récemment, voy. 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 ; F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, « Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsoverdrachten dan toch nietig worden verklaard ? », note sous Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P.*, 2012, livr. 9, pp. 565-570 ; F. BELLEFLAMME, « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*,

2011, pp. 259-275.

(28) R.G. n° C.11.0738.F, *A.P.T.*, 2013, livr. 1, p. 118, B. Lombaert. K. Wauters et T. Cambier notent qu'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 (*op. cit.*, p. 621).

(29) Dans le même sens, le Conseil d'État de France a jugé dans un arrêt n° 358.944 du 4 avril 2014, que « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles » (*M.C.P.*, 2014/2, p. 163 et note A.-G. TOLLINCHI, « Contrats administratifs et marchés publics : bientôt 66 millions de requérants »).

(30) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de raad van state en de gewone recht-*

banken, Bruges, la Charte, 1993, p. 685, n° 1416 ; M.-A. FLAMME, P. MATHEI, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., C.N.C., Bruxelles, 1997, p. 1915 ; 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 ; F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, *op. cit.*, pp. 565-567 ; 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 et s. ; 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.

(31) P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 445. L'article 19 de la loi du 17 juin 2013 utilise d'ailleurs explicitement le terme « annulation ». Contra : F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, *op. cit.*, p. 569.

(32) A.L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés publics et de contrats publics*, Bruxelles, la Charte, 2014, pp. 707-708.

(33) La Cour constitutionnelle a récemment rappelé que la sécurité juridique est un principe inhérent à l'ordre juridique interne ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme, et s'oppose à ce qu'un litige se poursuive indéfiniment (C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.7.2.). J. Geerts et H. De Groof confirment que « Deze zeer ingrijpende "bescherming" of beter onaantastbaarheid van een gesloten opdracht/overeenkomst wordt gerechtvaardigd op grond van de rechtszekerheid. Op een bepaald moment moeten de aanbestedende overheid én de gekozen inschrijver immers de zekerheid hebben dat de overeenkomst zonder verdere problemen zal kunnen worden uitgevoerd. » (« Het lot van de "gesloten" opdracht na de chorsing van de gunningsbeslissing door de Raad van State », *Chronique des marchés publics 2012-2013*, Bruxelles, EBP, 2013, pp. 555-578).

