L'ANNULATION DE LA DÉCISION D'ATTRIBUTION D'UN CONTRAT ADMINISTRATIF ET SES CONSÉQUENCES CIVILES

par

François BELLEFLAMME [1]
Avocat au barreau de Bruxelles et
Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis

1. L'arrêt commenté, prononcé par la Cour d'appel de Liège le 10 mars 2009, met un terme à l'un de ces calvaires procéduraux que peuvent vivre les concurrents évincés dans le cadre du contentieux des contrats administratifs. Le concurrent évincé est ici la société JCDecaux, à laquelle l'arrêt commenté ne laisse que la maigre consolation d'avoir soulevé, pendant une quinzaine d'année, une série de questions intéressantes devant le Conseil d'État et devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Toute cette affaire concernait l'attribution d'un contrat de mobilier urbain par la ville de Namur. Le procédé commence à être très connu : par un contrat de mobilier urbain, une collectivité publique permet à un opérateur privé d'exploiter une série d'emplacements publicitaires sur la voie publique, à charge pour cet opérateur de placer et d'entretenir les mobiliers urbains convenus qui servent de support à ces emplacements publicitaires, et éventuellement d'assurer un service en lien avec ce mobilier urbain, qu'il s'agisse par exemple de la diffusion d'informations municipales ou du fonctionnement d'un service de location de vélos.

2. Deux multinationales exercent une large domination sur ce marché. La ville de Namur était de longue date liée à l'une des deux, la S.A. JCDecaux. En 1989, le collège des bourgmestre et échevins de la ville de Namur, estimant que «*pour assainir la situation, il y a lieu de supprimer toute obligation quelconque de la Ville à l'égard des sociétés*» avec lesquelles elle a contracté par le passé en matière d'abribus publicitaires, décide de proposer au conseil communal de «renoncer» aux contrats existants et «*d'approfondir l'examen du cahier spécial des charges relatif au marché*». La ville résilie le contrat qui la lie à la société JCDecaux [2]. Elle lance un nouvel appel d'offres pour un marché, scindé en deux lots, qui «*a pour objet la fourniture, le placement, la réparation, l'entretien d'abribus* (lot 1) *et de dispositifs publicitaires (caissons d'information)* (lot 2) *permettant également la diffusion d'informations communales sur le domaine public de la Ville de Namur, et l'exploitation commerciale de ces espaces publicitaires pendant une période de 15 (quinze) ans*». Et au terme de la procédure d'attribution, elle attribue un des deux lots du marché à la multinationale concurrente, la S.A. City advertising (devenue depuis lors S.A. Clear channel) et renonce à attribuer l'autre lot, par une décision du 17 juin 1996.

3. Informée de cette décision, la S.A. JCDecaux introduit alors deux recours : une requête en annulation de la décision d'attribution du nouveau contrat devant le Conseil d'État et une citation devant les juridictions civiles de l'ordre judiciaire. C'est d'abord le Conseil d'État qui se prononcera, par deux arrêts d'annulation des décisions de la ville de Namur de 1999 et 2006 [3]. De son côté, la procédure civile a donné lieu à un jugement du tribunal de première instance de Namur du 22 juin 2000 puis à l'arrêt commenté. Nous rappellerons d'abord les termes du débat devant le Conseil d'État, qui nous paraissent utiles pour comprendre

[1] L'auteur remercie vivement Bruno Lombaert et François Tulkens pour leur relecture attentive et pour leurs conseils.

[2] L'arrêt commenté nous indique que cette décision a fait l'objet d'un recours de la société JCDecaux devant le juge civil.

[3] C.E., n° 78.378 du 27 janvier 1999, *Société anonyme J.C.Decaux Belgium*; C.E., n° 164.737 du 14 novembre 2006, *Société anonyme J.C.Decaux Belgium.*

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

les tenants et aboutissants de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège (1). Nous tenterons ensuite de situer l'arrêt commenté dans les débats qui portent sur les conséquences civiles à déduire de l'annulation d'une décision d'attribution d'un contrat (2).

1. LES PROCÉDURES DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT

4. Devant le Conseil d'État, la S.A. JCDecaux prend un premier moyen de la violation, en substance, de l'article 234 de la Nouvelle loi communale, qui prescrit que «*le conseil choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et en fixe les conditions*». En effet, la délibération par laquelle le conseil communal avait décidé de procéder à un appel d'offres général ne mentionnait pas qu'il eût approuvé le cahier spécial des charges. La ville de Namur soutient par ses écrits en réponse que tel a pourtant bien été le cas, et elle offre d'en apporter la preuve : la délibération contient les mots «contrat», «conditions» et «projet» qui ne peuvent faire référence, selon elle, qu'à un cahier spécial des charges; le conseil communal adopte une nouvelle délibération par laquelle il atteste avoir bien approuvé le cahier spécial des charges; enfin, la direction générale des pouvoirs locaux du ministère de la Région wallonne fournit une attestation de ce que le cahier spécial des charges a bien été soumis à la tutelle «*ainsi que la délibération du conseil communal qui l'approuve*».

Il échet de rappeler à cet égard que suivant l'enseignement traditionnel, il est en général permis à l'administration de prouver l'accomplissement des formalités de l'acte par tous les moyens en sa possession. Monsieur Huberlant justifiait cet enseignement, d'une part, par l'obligation de déposer le dossier administratif devant le Conseil d'État et, d'autre part, par le caractère authentique des actes de l'administration – l'autorité pouvant le plus souvent prouver l'accomplissement d'une formalité par différents documents revêtus de la même force probante [4]. À propos de ce caractère authentique, il faut rappeler que les articles 1317 et suivants du Code civil reconnaissent une telle valeur à l'acte qui a été reçu par un officier public, en ce qui concerne les faits que cet officier public a pour mission de constater, et pour autant que les solennités requises aient été respectées. De nombreux actes administratifs rentrent dans ces conditions. Notamment, il a été jugé à de nombreuses reprises que le procès-verbal de délibération d'un conseil communal était un acte authentique et faisait pleine foi de son contenu tant qu'une inscription de faux n'avait pas été dirigée contre lui [5].

Les choses sont cependant un peu particulières dans le cas de la preuve des délibérations des organes communaux. L'article 108 de la Nouvelle loi communale prévoit en effet que le secrétaire communal dresse procès-verbal des séances du conseil communal et du collège des bourgmestre et échevins. «Par essence», le procès-verbal doit mentionner toutes les opérations de la séance, c'est-à-dire le texte complet de toutes les décisions intervenues avec leur motivation, la suite réservée à tous les points de l'ordre du jour n'ayant pas fait l'objet d'une décision, le contenu de toutes les motions, interpellations, amendements, et les décisions y afférentes. Le procès-verbal doit également constater que toutes les formalités légales ont été accomplies. Autrement dit, non seulement le procès-verbal établit avec une valeur authentique les délibérations du conseil et du collège, mais encore il sera la seule preuve recevable de ces délibérations et de l'accomplissement des formalités préalables (par exemple, le scrutin secret) [6].

Le Conseil d'État suit en l'espèce cette doctrine traditionnelle [7]. Il estime que les articles 108 et 108bis de la nouvelle loi communale instaurent un mode de preuve unique des délibérations du conseil communal et du collège communal. Ces dispositions prévoient que les délibérations des organes communaux font l'ob-

[4] C. Huberlant, «Rapport sous C.E.(3e ch.), 3 juillet 1973, *Verslype*, *R.J.D.A.*, 1973, pp. 276 et s., spécialement 281 et 283 (voyez également sur ce sujet *Pandectes*, t. III, v° «Acte administratif», n° 228; Cass., 17 janvier 1901, *Pas*., 1901, I, p. 106; C.E., n° 11.826 du 24 mai 1966, *Dierickx).*

[5] M. Pâques, «Acte administratif et acte authentique», *A.P.T.*, 1996, p. 90; B. Lombaert et M. Nihoul, «Tous les moyens sont-ils bons pour s'exonérer d'une taxe en matière d'immeubles abandonnés? Politique fiscale, proportionnalité du taux, preuve de la publication du règlement et force majeure exonératoire», note sous Civ. Bruxelles (32e ch.), n° 2001/14.430/A et n° 2001/14.431/A, 16 janvier 2003, *Rev. Dr. Com*., 2003, n° 3, p. 48.

[6] C. Huberlant, *op. cit.*

[7] C.E., n° 78.378 du 27 janvier 1999, *Société anonyme J.C.Decaux Belgium*.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

jet d'un procès-verbal. C'est ce procès-verbal qui constitue l'acte authentique constatant les diverses décisions et qui fait foi jusqu'à inscription de faux [8]. Par son arrêt, le Conseil d'État considère en outre que ce procès-verbal constitue la *seule* preuve recevable de la délibération : «*une preuve suffisante de l'approbation du cahier spécial des charges par le conseil communal ne saurait être trouvée ni dans la référence à des décisions précédentes du Collège ou de commissions de travail internes à la Commune, ni dans des échanges de courrier antérieurs ou postérieurs, ni dans des attestations délivrées pour les besoins du présent recours*».

Par ailleurs, le Conseil d'État constate encore que le cahier spécial des charges a subi une modification substantielle en cours de procédure, qui n'a été ratifiée par le conseil communal qu'après l'attribution du marché [9].

Dès lors que le marché litigieux n'était pas relatif à la gestion journalière de la commune, ni ne résultait d'une urgence impérieuse découlant d'événements imprévisibles, le Conseil d'État conclut que la ville de Namur a violé l'article 234 de la Nouvelle loi communale et il annule la décision d'attribution du marché. Le motif de l'annulation reste toutefois purement formel et cela ne sera pas sans conséquence pour la suite.

5. Il n'est pas sans intérêt de relever que la qualification du contrat en cause n'avait causé aucune difficulté : tant pour la ville de Namur que pour le Conseil d'État, il semble avoir été évident que le contrat de mobilier urbain devait être qualifié de marché public. Cette qualification peut pourtant donner lieu à quelques hésitations, tant parce que l'autonomie de l'entrepreneur semble relever d'une «logique concessive» [10] que parce la qualification de marché public impose de reconnaître le droit d'exploiter les panneaux publicitaires comme le «paiement» du marché public, ce qui peut déconcerter. En réalité, le contrat de mobilier urbain se situe dans cette zone grise où il est difficile de distinguer la concession du marché public.

En pratique, on observe ainsi que les collectivités publiques qualifient le contrat de mobilier urbain tantôt de concession, tantôt de marché public – comme en l'espèce. Les exposés des faits des différentes décisions de jurisprudence font état de qualifications diverses, sans que la question ait été tranchée comme telle à notre connaissance. Nous relèverons également l'ordonnance du Parlement bruxellois du 25 novembre 2010, réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos [11]. Le Parlement bruxellois a clairement opté pour la qualification de concession (art. 2) : «*Il est institué un service public concernant l'organisation d'un système automatisé de location de vélos pour le transport de personnes sur tout le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale est autorisé à attribuer à une ou plusieurs personnes juridiques, privées ou publiques, l'exploitation à titre temporaire d'un service automatisé de location de vélos, sous forme d'une concession d'utilité publique.*» Les travaux préparatoires de l'ordonnance sont assez éclairants sur les motifs de ce choix : le développement et l'exploitation d'un tel service exigeraient un savoir-faire spécifique, et le concessionnaire serait tenu d'exploiter le service public à ses frais et risques contre une indemnité payée par l'usager [12]. Il est permis de penser

[8] M. Hanotiau, «Dix ans de fonctionnement du conseil communal à travers la jurisprudence du Conseil d'État», *Rev. dr. com.*, 1992, n° 3, p. 196; dir. P. Lambert, *Manuel de droit communal*, tome 1er, *Nouvelle loi communale*, Nemesis 1992, pp. 150 et 151.; *R.P.D.B.*, v° «Communes», pp. 183 et s.

Le caractère authentique exige évidemment que le procès-verbal sur feuille volante ait été approuvé et contresigné par le bourgmestre. En revanche, la transcription au registre des délibérations n'ajoute rien à la force probante du procès-verbal à approuver en minute. Il ne s'agit que d'une mesure d'ordre administratif exigée par la législation communale, mais dont cette dernière n'exige pas l'accomplissement pour la validité de l'acte en lui-même. La transcription ne constitue pas un élément essentiel de la décision et n'est destinée qu'à établir l'existence de celle-ci. À cela s'ajoute que lorsque la minute diffère de la copie sur le registre, c'est à la minute qu'il convient de se rapporter (*R.P.D.B.*, v° «Communes», nos 527, 528 et 533).

[9] Il était prévu à l'origine que le nombre d'abris serait au minimum de 200, puis ce nombre a été porté à 520.

[10] «*La rationalité de la concession est de conférer le droit de mettre en valeur des biens à la place de la collectivité publique, qui accepte de se retirer.*» (A. Menemenis, «Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux», *A.J.D.A.*, n° 3/2006, p. 124) Les auteurs avaient notamment évoqué l'idée d'une concession de service public, l'idée d'une pure concession domaniale assortie d'obligations de service public (dont on ne voit pas bien la différence avec une concession de service public - D. Lagasse, «Les utilisations collectives et privatives du domaine public», *Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 231), ou encore l'idée d'une «concession de fourniture», dans le cadre d'une classification des concessions en miroir de celle des marchés publics.

[11] *M.B.*, 7 décembre 10.

[12] *Doc. Parl. Bru.*, sess. 2009-2010, n° A-96/1, «Projet d'ordonnance», p. 2; n° A-96/2 «Rapport de la commission», pp. 3 et 7; «Compte rendu intégral», séance du vendredi 12 novembre 2010, p. 28. L'opposition a soutenu que la très grande majorité des recettes du concessionnaire provenaient des contrats publicitaires liés à la concession.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

que le poids du fait accompli n'était pas non plus étranger à ce choix : par cette ordonnance, il s'agissait en effet de consolider une concession qui existait en réalité déjà depuis plus de deux ans [13]. Enfin, consultée au bénéfice de l'urgence, la section de législation du Conseil d'État s'est prudemment limitée à rappeler que la distinction entre marché public et concession relève du droit européen et échappe dès lors à la volonté du Parlement bruxellois; cette distinction dépend du mode de rémunération de l'entrepreneur et des risques qu'il accepte de supporter, et ces éléments n'étaient pas définis avec assez de précision par l'ordonnance pour que le Conseil d'État se prononce [14].

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, il convient donc d'analyser chaque contrat de mobilier urbain en fonction des circonstances de fait, c'est-à-dire en fonction des risques financiers que supporte le cocontractant de l'administration [15] et en fonction de l'autonomie dont il jouit dans le cadre du service qui est lié au mobilier urbain – information municipale ou service de location de vélos. Il nous semble que dans le premier cas au moins, doctrine et jurisprudence ont plutôt analysé le contrat de mobilier urbain comme un marché public de services : l'entrepreneur fournit à la collectivité le service de la jouissance des éléments de mobilier urbain, en échange d'une exonération des redevances qui sont normalement perçues sur l'usage de la voie publique et du droit d'exploiter des emplacements publicitaires, mais il ne se voit transférer aucune autonomie dans le cadre des prestations d'intérêt général qui peuvent y être liées (telles que l'information municipale) [16].

Sur le fond, cette qualification n'était pas un enjeu pour la solution de l'espèce commentée. Sans doute, l'article 234 précité de la Nouvelle loi communale, qui prescrit que le conseil choisisse le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services et en fixe les conditions, ne trouve pas à s'appliquer aux concessions. On considère en revanche que ces dernières sont soumises à l'article 232 de la Nouvelle loi communale, qui prescrit quant à lui que le conseil arrête les conditions de location ou de fermage et de tous autres usages des produits et revenus des propriétés et droits de la commune. Il peut paraître discutable d'appliquer sans nuance cette disposition aux concessions de service public, qui n'impliquent pas nécessairement de concession domaniale. Il ne fait en revanche pas beaucoup de doute que le contrat de mobilier urbain de la ville de Namur y aurait été soumis, dans l'hypothèse où il aurait été qualifié de concession de service. En effet, comme nous l'avons vu, un contrat de mobilier urbain comprend en principe la mise à disposition d'une parcelle du domaine public.

Mais de manière générale, la qualification de marché public, plutôt que de concession par exemple, entraîne des conséquences importantes et bien connues. Elle emporte en effet l'application

[13] Le gouvernement de la région bruxelloise a attribué la concession du service de location automatisée de vélos à la société JCDecaux le 13 novembre 2008. Ce service succédait au service Cyclocity déjà attribué par la Ville de Bruxelles à la même société JC-Decaux. La décision du gouvernement bruxellois a été querellée devant le Conseil d'État, d'abord en référé par un concurrent de l'attributaire, puis en annulation par deux communes bruxelloises. Les requérants avaient pris un moyen du défaut d'un acte législatif qui aurait créé ce service public et qui aurait autorisé le gouvernement à en confier l'exploitation à un tiers. Or, si la demande de suspension avait été déclarée irrecevable, le premier auditeur avait alors estimé en son avis oral que le moyen était fondé (*Doc. Parl. Bru.*, sess. 2009-2010, n° A-96/2 «Rapport de la commission», Exposé introductif, p. 2 et «Compte rendu intégral», séance du vendredi 12 novembre 2010, p. 27; sur l'exigence d'une norme législative pour créer un service public, voyez I. Mathy, «Etre ou ne pas être une personne juridique distincte de l'État, la Communauté ou la Région? L'autonomie avec ou sans personnalité juridique», *in* dir. P. Jadoul, B. Lombaert et F. Tulkens, *Le paraétatisme*, Bruxelles, La charte, 2010, pp. 33 et s.)

[14] *Doc. Parl. Bru.*, sess. 2009-2010, n° A-96/1, «Projet d'ordonnance», Avis de la section de législation du Conseil d'État, p. 7.

[15] À la différence de la notion de marché public, la notion de concession implique que l'autorité transfère à son cocontractant au moins «une part significative» du risque lié à l'exploitation économique, entendu comme le risque d'exposition aux aléas du marché (par exemple la concurrence), le risque d'une inadéquation entre la demande et l'offre de service, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service (P. Nihoul, «La notion de «marché public» : éléments transversaux et matériels», *M.C.P.*, 2011, n° 1, pp. 32 et 33, et la jurisprudence citée de la Cour de justice, notamment C.J.U.E., 10 mars 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*; C.J.U.E., 10 septembre 2009, C-206/08, *Eurawasser;* C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-382/05, *Commission c/ Italie*; C.J.U.E., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*).

[16] M.-A. Flamme, «Des contrats dits de «mobilier urbain» et de quelques autres problèmes», Observations sous C.E. (XII[e]), n° 126.719 du 22 décembre 2003, *N.V. City Advertising Benelux*, *Entr. et dr.*, 2004, pp. 154 et s.; Rapport de Monsieur l'auditeur Lombaert reproduit in C.E., n° 162.256 du 31 août 2006, *S.A. Clear Channel Belgium*; A. Menemenis, «Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux», *A.J.D.A.*, 2006, n° 3, pp. 120 et s.; T.A. Paris, 2 janvier 2008, *A.J.D.A.*, 18 février 2008, p. 305, avec note J.-D. Dreyfus; M.-C. de Montecler, «Le Conseil d'État ouvre la banlieue au vélib'», *A.J.D.A.*, 21 juillet 2008, p. 1407; C.E. fr., 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, *A.J.D.A.*, 2008, n° 33, p. 1816, avec note E. Geffrey et S.-J. Liéber, «Le Vélib' au-delà du «périph» : avenant ou nouveau marché?».

La Cour de justice n'a cependant émis aucune objection à appliquer le régime juridique des concessions à un contrat d'entretien de toilettes publiques urbaines, en contrepartie duquel l'entrepreneur avait reçu le droit de percevoir une redevance auprès des utilisateurs ainsi que le droit d'exploiter des espaces publicitaires (C.J.U.E., 13 avril 2010, C-91/08). L'autonomie dont jouissait le concessionnaire dans ce cas ne paraît pourtant pas très différente *a priori* de l'autonomie du concessionnaire d'information municipale.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

des législations relatives aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et par voie de conséquence, l'application des règles d'information et de délai d'attente, aujourd'hui prévues par la 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. Partant, cette qualification permettrait aujourd'hui au soumissionnaire malheureux d'échapper à toutes les avanies que la société JCDecaux a pu connaître, ainsi que nous l'exposerons dans notre seconde section.

6. Recevant l'arrêt n° 78.378 du 27 janvier 1999 du Conseil d'État, la ville de Namur tente de réparer l'irrégularité de forme qui a été commise et de refaire avec effet rétroactif la procédure d'attribution du marché, en respectant le motif de l'annulation. Considérant, d'une part, qu'il y a lieu de porter remède à l'illégalité constatée, et, d'autre part, qu'il y a lieu de donner à cette décision un effet rétroactif, «*compte tenu de la nécessaire continuité du service public et du contrat*», le conseil communal approuve le cahier spécial des charges, par une décision du 25 octobre 2000 avec effet rétroactif au 28 juin 1995. Le collège des bourgmestre et échevins attribue ensuite le lot 1 à la S.A. City Advertising, par une décision du 13 mars 2001 avec effet rétroactif au 17 juin 1996.

Certains auteurs avaient en effet émis l'idée qu'une illégalité dans l'attribution d'un contrat administratif pourrait être réparée *a posteriori*, dans l'hypothèse où l'irrégularité en cause n'aurait qu'un caractère purement formel, par exemple un défaut de motivation formelle ou un vice d'incompétence de l'autorité qui a approuvé le cahier spécial des charges. Le marché pourrait en effet dans un tel cas être attribué à nouveau au même cocontractant (par opposition aux hypothèses dans lesquelles, par exemple, il faudrait constater un motif d'exclusion du soumissionnaire retenu) [17].

Cette décision a fait l'objet d'un rapport très complet de Monsieur le premier auditeur chef de section Derouaux, publié dans cette revue [18]. Monsieur Derouaux examine d'abord la question de savoir si l'annulation de l'acte détachable désignant l'adjudicataire d'un marché doit être tenue pour un cas de réfection impossible. Il constate que tant la doctrine que la jurisprudence ont divergé sur cette question. D'une part, les effets de la décision d'attribution d'un marché public sont épuisés peu après son adoption et paraissent irréversibles. D'autre part, on peut s'interroger malgré tout sur l'hypothèse d'une décision d'attribution annulée pour un motif purement formel. Pour sa part, Monsieur Derouaux estime que lorsque la décision d'attribution du marché a été notifiée et que le marché s'est noué, la réfection de cette décision est vide de sens à défaut d'objet, car il n'y a plus de marché à attribuer. Il ajoute que la référence aux nécessités du service public pour justifier l'effet rétroactif de la réfection masquerait mal le fait que l'on chercherait avant tout à échapper à une condamnation à des dommages-intérêts.

Monsieur Derouaux examine ensuite de manière plus précise l'effet rétroactif de la réfection. Il relève que cette réfection ne saurait être analysée que comme une réfection facultative, laquelle constitue en réalité un acte nouveau. Il met en évidence que le motif de l'annulation prononcée par l'arrêt n° 78.378 du 27 janvier 1999 tenait à la violation de la répartition des compétences entre le conseil communal et le collège échevinal, qui revêt un caractère d'ordre public, et qui ne pouvait dès lors pas faire l'objet d'une ratification ultérieure. Il critique encore les prétendues considérations de nécessité du service public invoquées à l'appui de la réfection rétroactive.

Par son arrêt [19], le Conseil d'État annule la décision de réfection querellée, pour le motif pris de la

[17] P. Goffaux et M. Lucas, «Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public», *A.P.T.*, 1998, t. I, p. 66. Par ailleurs, le Conseil d'État de France admet que la personne publique détermine les conséquences qu'il convient de tirer d'une annulation, sachant que, «*s'il s'agit notamment d'un vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement, celle-ci peut procéder à sa régularisation, indépendamment des conséquences de l'annulation sur le contrat lui-même*». Une commune peut ainsi refaire une procédure de vente de parcelles de son domaine privé, après qu'il ait été constaté que cette procédure était entachée d'une irrégularité dans une formalité de consultation préalable (C.E.fr., 8 juin 2011, *commune de Divonne-les-Bains*, cité et commenté *in A.J.D.A.*, 20 juin 2011, p. 1172).

On peut en outre imaginer que la régularisation de la décision d'attribution intervienne à la suite, non d'une annulation par le Conseil d'État, mais d'une décision de retrait de l'autorité (pour une tentative en ce sens, voyez C.E., n° 202.019 du 17 mars 2010 et Civ. Charleroi (4e), 15 juin 2009, *inédit*). Nous reviendrons plus bas sur cette hypothèse.

[18] B. Derouaux, «La réfection de l'acte annulé est-elle possible en matière de marchés publics?», rapport sous C.E., n° 164.737 du 14 novembre 2006, *A.P.T.*, 2006, t. 2-3, p. 128.

[19] C.E., n° 164.737 du 14 novembre 2006, *SA JC DECAUX BELGIUM c/ Ville de Namur.*

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

violation du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs. Il juge à son tour que les «nécessités de continuité du service public» invoquées pour justifier l'effet rétroactif de la réfection, constituent une pétition de principe sans aucune motivation et sans appui dans le dossier administratif. À la lumière du raisonnement suivi par Monsieur Derouaux, le Conseil semble admettre le *principe* de la réfection de la décision d'attribution d'un marché public, éventuellement avec effet rétroactif, pourvu qu'elle soit motivée autrement. Compte tenu de ce qui avait été écrit par Monsieur Derouaux, on pouvait cependant se demander ce qui pourrait concrètement justifier cet effet rétroactif dans une affaire donnée. Nous reviendrons sur cette question dans la seconde partie de notre commentaire.

On relève par ailleurs une nouvelle fois une tentative récente de consolidation rétroactive d'une procédure d'attribution d'un contrat administratif, par la voie législative. Il a déjà été dit que l'ordonnance bruxelloise du 25 novembre 2010 précitée avait notamment pour objet de consolider une concession de mobilier urbain déjà octroyée par le gouvernement bruxellois, en lui donnant *a posteriori* un fondement législatif. L'ordonnance en cause est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1er janvier 2008, juste au début de la procédure d'attribution de la concession. Lors des travaux préparatoires, cette rétroactivité a été justifiée par les considérations, non autrement étayées, que la rétroactivité était indispensable à la réalisation d'un intérêt général, c'est-à-dire la continuité du service de location de vélo, et que la rétroactivité n'aurait porté atteinte à aucun droit acquis [20]. Cet exemple montre qu'on peut imaginer des réfections rétroactives de procédures d'attribution de contrats administratifs qui ne se heurtent pas à l'objection du défaut d'objet [21]. Il faut toutefois ajouter que l'ordonnance du 25 novembre 2010 fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle enrôlé sous le numéro de rôle 5150 (FR), fondé sur des moyens pris entre autres de la violation des principes de sécurité juridique et de non-rétroactivité.

[20] *Doc. Parl. Bru.*, sess. 2009-2010, n° A-96/1, «Projet d'ordonnance», pp. 3-4; n° A-96/2 «Rapport de la commission»; «Compte rendu intégral», séance du vendredi 12 novembre 2010.

[21] Comme nous l'avons écrit, Monsieur Derouaux avait conclu qu'une nouvelle décision d'attribution d'un contrat déjà noué n'avait pas d'objet.

2. LES PROCÉDURES DEVANT LES JURIDICTIONS CIVILES

7. Par l'arrêt commenté, prononcé trois ans plus tard, la Cour d'appel de Liège tire les conséquences civiles des arrêts prononcés par le Conseil d'État et clôt la procédure civile qui avait été diligentée en parallèle par la société JCDecaux. Devant les juridictions civiles, la société JCDecaux demandait que soit prononcée la nullité du contrat conclu par la ville de Namur, qu'une injonction soit donnée à cette dernière de procéder à une nouvelle mise en concurrence du marché et que la ville de Namur soit condamnée à lui verser des dommages-intérêts.

La demande d'annulation du contrat

8. Le problème que pose la première demande est la conséquence des limites de l'intervention du Conseil d'État et du rapport qui s'impose ensuite entre cette intervention et le travail du juge judiciaire. Traditionnellement, il a été considéré que le Conseil d'État ne saurait connaître d'un contrat passé par une autorité administrative. D'une part, la compétence d'annulation qui lui est attribuée par l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 porte sur les actes des autorités administratives, ce qui exclut les actes bilatéraux, produits à la fois de la volonté de l'administration et d'une autre personne, généralement privée. D'autre part, le contrat donne naissance à des droits subjectifs et le Conseil d'État ne saurait en connaître sans violer les articles 144 et 145 de la Constitution, qui régissent la répartition des attributions entre lui-même et les juridictions de l'ordre judiciaire [22]. Seul le juge judiciaire est dès lors compétent pour connaître du contrat.

Le Conseil d'État a cependant nuancé cette interdiction en transposant, en droit belge, la théorie des actes détachables, qui a été en vigueur en contentieux administratif français pendant tout le XXe siècle [23]. Jusqu'au début du XXe siècle, la

[22] Encore pourrait-on soutenir à cet égard que sont en cause dans un tel contentieux des droits subjectifs de nature politique, et que le Conseil d'État pourrait être rendu compétent pour en connaître...

[23] Voyez à ce sujet R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11e éd., Paris, Montchrestien, 2004, nos 792 et 812 et s; P. Lewalle et L. Donnay, *Contentieux administratif*, 3e éd., Larcier, Liège, 2008, nos 426 et s.; M. Leroy, *Contentieux administratif*, 4e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 231 et s.; D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux*

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

jurisprudence française considérait que les actes administratifs qui précèdent, marquent et suivent une opération constituent un «tout indivisible». Si cette opération pouvait être déférée à un juge de plein contentieux [24], le recours de l'excès de pouvoir, qui n'avait qu'un caractère subsidiaire, était exclu pour la totalité des actes composant cette opération. En 1905, par son arrêt *Martin* [25], le Conseil d'État de France a admis que le recours de l'excès de pouvoir n'était pas subsidiaire. Tout au long du XXe siècle, il a dès lors accepté qu'un nombre croissant d'actes soient «détachés» de l'opération complexe pour être considérés en eux-mêmes et soumis au contrôle de l'excès de pouvoir. Il s'agissait notamment, en matière contractuelle, de la décision de conclure le contrat, de la décision qui autorise une autorité administrative à le conclure ou encore de la décision qui approuve le contrat. Cette théorie a été reprise par le Conseil d'État de Belgique [26]. En revanche, elle est aujourd'hui abandonnée par le Conseil d'État de France, qui a ouvert un recours direct contre les contrats publics aux concurrents évincés de la signature de ces derniers [27].

Un arrêt d'annulation du Conseil d'État s'impose à tous avec autorité de chose jugée; le cas échéant, l'acte détachable disparaît donc de l'ordonnancement juridique comme s'il n'avait jamais existé. Toute la question est de cerner l'impact que l'annulation de la décision d'attribution peut avoir sur le contrat lui-même. D'emblée, le Conseil d'État de France a énoncé par l'arrêt *Martin* que l'annulation de l'acte détachable n'avait par elle-même aucun effet direct sur le contrat [28]. De même, en droit belge, l'annulation de la décision d'attribution du contrat n'a aucun effet sur celui-ci [29]. Il n'y a en principe pas d'«inexistence» ou de «nullité de plein droit» en matière contractuelle. Il faut donc encore saisir un juge judiciaire pour qu'il prononce la nullité du contrat. Il reste alors à se demander si cette possibilité est ouverte au concurrent évincé.

9. Avant d'exposer la réponse que la Cour d'appel de Liège apporte à cette question très ancienne par l'arrêt commenté, il convient d'indiquer encore que les termes du débat ont depuis lors été entièrement modifiés. La matière des marchés publics a en effet été transformée par diverses lois, et en particulier par une loi du 23 décembre 2009 [30]. Si cette loi avait pu trouver à s'appliquer à l'espèce commentée, la situation des parties en aurait certainement été toute différente.

Cette évolution s'est faite sous la pression du droit européen. Traditionnellement, les auteurs remarquaient que les directives «recours» de l'Union européenne laissaient aux États membres

marchés publics, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 385; D. D'Hooghe, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, pp. 856 et s.; M.-A. Flamme, «Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Le sort des contrats irrégulièrement conclu – Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels? – Les modalités du futur standstill», *Entr. et dr.*, 2002, pp. 120 et s.; P. Quertainmont, «Le contentieux de la passation des marchés publics devant le Conseil d'État: tendances récentes», *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 617 et s.

[24] En matière électorale, en matière fiscale, en matière contractuelle…

[25] C.E.fr., 4 août 1905, *Martin*, S.1906.3.49, note M. Hauriou; *Rec.*, p. 749, avec conclusions Romieu.

[26] Pour une liste des décisions que le Conseil d'État de Belgique a accepté de «détacher», voyez D. Batselé e.a., *op. cit.*, p. 386 ou M.-A. Flamme e.a., *Commentaire pratique des marchés publics*, T. 1 B, 6e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, pp. 1848 et s.

[27] C.E.fr. Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *R.F.D.A.*, juillet-août 2007, p. 696, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Didier Casas; C.E.fr. Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *A.J.D.A.*, 3 septembre 2007, p. 1577, avec commentaires F. Lenica et J. Boucher, «Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: «*Never say never*»»; D. Pouyaud, «Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé», note sous C.E.fr. (Ass.), 16 juillet 2007, *R.F.D.A.*, septembre-octobre 2007, p. 923; M. Canedo-Paris, «Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles», *R.F.D.A.*, septembre-octobre 2007, p. 935; voyez également J. Germain, «Les recours juridictionnels ouverts au concurrent évincé contre un marché public communautaire après sa conclusion en France et en Allemagne», *R.F.D.A.*, janvier-février 2009, pp. 49 et s.

[28] On cite souvent le commissaire du Gouvernement Romieu, dans ses conclusions sous l'arrêt *Martin* (voyez M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Tome premier, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 455): «*Vous savez bien que les annulations pour excès de pouvoir n'ont, dans bien des cas, qu'un caractère purement platonique: le juge de l'excès de pouvoir n'a qu'à examiner si l'acte administratif attaqué doit ou non être annulé en raison du vice qui lui est reproché, il n'a pas à se préoccuper des conséquences positives ou négatives de son jugement*».

La jurisprudence française avait évolué à cet égard dans les dernières années du XXe siècle, en attribuant des conséquences de plus en plus importantes à un arrêt d'annulation. Suivant le motif d'annulation de l'acte détachable, la validité du contrat pouvait être mise en cause plus ou moins directement. Il était admis que le cocontractant de l'administration lui oppose directement la nullité du contrat, sans passer par un juge. On imaginait enfin que le tiers évincé mette l'autorité en demeure de réparer l'illégalité constatée, sous la menace d'une demande d'astreinte ou d'un recours en annulation d'une éventuelle décision de refus.

[29] D. Batselé e.a., *op. cit.*, p. 391; K. Ronse et H. Boularbah, «Pleidooi voor een civilistische aanpak van de overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten», note sous Bruxelles, 18 décembre 1997, *C.D.P.K.*, 1998, p. 337; J. Vanden Eynde et J.-M. Wolter, «Les marchés publics et l'intervention du juge des référés judiciaires depuis le 24 décembre 1993», note sous Civ. Bruxelles (réf.), 25 juin 2001, *C.D.P.K.*, 2003, n° 4, p. 704.

[30] 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, *M.B.*, 28 décembre 2009.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

le choix de la sanction qui leur paraissait la plus adéquate, c'est-à-dire l'annulation du contrat ou le paiement de dommages et intérêts au concurrent évincé [31]. Une série d'arrêts de la Cour de justice ont toutefois compliqué les choses [32]. La Cour considère que l'existence même du contrat conclu irrégulièrement et la poursuite de son exécution constituent une sorte de violation continue du droit européen. L'autorisation de maintenir les effets des contrats doit par conséquent être conciliée avec les obligations des États vis-à-vis de l'Union, l'application effective des directives «marchés publics» et la mise en place de moyens de recours efficaces. Selon la Cour, «*s'il est vrai que* (la directive) *autorise les États membres à maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics et protège ainsi la confiance légitime des cocontractants, elle ne saurait, sans réduire la portée des dispositions du traité CE établissant le marché intérieur, avoir pour conséquence que le comportement du pouvoir adjudicateur à l'égard des tiers doive être considéré comme conforme au droit communautaire postérieurement à la conclusion de tels contrats*». Cette jurisprudence était d'ailleurs attendue [33]. Une directive du 11 décembre 2007 du parlement européen et du conseil a ensuite imposé une modification du droit belge [34].

Par la loi du 23 décembre 2009, il est dès lors inséré un Livre II*bis* au sein de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. Ce Livre II*bis* s'applique aux marchés qui atteignent les seuils de publicité européenne et aussi, dans une certaine mesure, à une partie des marchés qui n'atteignent pas ce seuil [35]. Outre des exigences de motivation de certaines décisions et des exigences d'information des candidats, il est prévu un délai d'attente entre la décision d'attribution et la conclusion du marché [36]. La décision d'attribution peut ainsi être soumise en référé à un juge *avant* que le marché ne naisse. Ce délai d'attente devrait avoir pour conséquence que, dans la plupart des cas, la question traitée ici, de l'impact de l'annulation de la décision d'attribution sur la vie du contrat, ne se posera tout simplement plus : la suspension puis l'annulation de la décision d'attribution empêcheront la naissance du contrat.

Mais la réforme ne s'est pas arrêtée là. Par la loi du 23 décembre 2009, il est également mis en place des procédures destinées à faire respecter le délai d'attente. Si le marché est conclu sans respecter le délai d'attente, la suspension de la décision d'attribution entraînera de plein droit la suspension de l'exécution du marché, ce qui permet de manière tout à fait exceptionnelle au Conseil d'État de suspendre un contrat. Par ailleurs, si le marché a été conclu sans respecter le délai d'attente ou sans remplir une formalité de publicité européenne préalable, alors que cela aurait été requis, le soumissionnaire évincé peut demander une déclaration d'absence d'effets au juge judiciaire ; le cas échéant, cette déclaration entraîne l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou éventuellement des seules obligations qui doivent encore être exécutées. En outre, le juge judiciaire peut ne pas considérer que le marché est dépourvu d'effets, mais prononcer une sanction de substitution. Enfin, l'article 65/21 ajoute : «*Sauf dans les cas prévus aux articles 65/13 et 65/17 à 65/20, le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré*

[31] D. Batselé, *op. cit.*, p. 393 ; K. Ronse et H. Boularbah, *op. cit.*, p. 338-339 ; C.J.C.E., 28 octobre 1999, C-81/98, *Alcatel Austria*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 360

[32] C.J.U.E., 10 avril 2003, C-20/01, *Commission c/ Allemagne* ; C.J.U.E., 24 juin 2004, C-212/02, *Commission c/ Autriche* ; C.J.U.E., 18 juillet 2007, C-503/04, *Commission c/ Allemagne* ; C.J.U.E., 3 avril 2008, C-444/06, *Commission c/ Espagne*.

[33] Civ. Bruxelles, 25 juin 2001, RG n° 01/811/C : «*Une indemnisation du soumissionnaire évincé qui serait limitée à une réparation en équivalant paraît peu compatible avec les dispositions de la directive 89/665 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics, telles que mises en lumière par l'arrêt prononcé le 28 octobre 1999 par la Cour de justice des Communautés européennes (Alcatel/Austria).*» (voyez également Civ. Bruxelles (réf.) 1er mai 2001, *Entr. et dr.*, 2002, liv. 1, 94, note). L'intervention prévisible de la Cour de justice avait par ailleurs été l'un des ressorts du revirement de jurisprudence du Conseil d'État en France (voyez les conclusions du commissaire du gouvernement Didier Casas avant C.E.fr. (Ass.), 16 juillet 2007, *R.F.D.A.*, juillet-août 2007, p. 700-701).

[34] Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, notamment article 2.7.

[35] Art. 65/28 et suivants de la loi du 24 décembre 1993. Finalement, le délai d'attente ne s'applique qu'aux marchés qui dépassent «le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne» ainsi qu'aux marchés de travaux qui dépassent la moitié de ce seuil (articles 65/29 et 65/30 de la loi du 23 décembre 2009). Ces marchés sont «*loin de constituer la majorité des marchés publics*» (A. Delvaux, «De la mise en œuvre des recours selon la loi du 23 décembre 2009», *L'entreprise et le droit*, 2010, n° spécial, p. 41 ; voyez également dans le même volume P. Flamey, J. De Koninck et J. Bosquet, «De nieuwe rechtsbeschermingswet van 23 december 2009 inzake overheidsopdrachten : nieuwigheden en beschouwingen»).

[36] Art. 65/11 à 65/13 de la loi du 24 décembre 1993.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution» [37].

Ces dispositions nouvelles bouleversent évidemment les termes du débat que nous exposions au numéro précédent. Elles ont sans doute enlevé beaucoup de son intérêt pratique à la question de principe que nous abordons [38]. Cette question n'a toutefois pas perdu toute sa pertinence. D'abord, certains contrats administratifs, les concessions domaniales et concessions de services publics en particulier, ne sont pas soumis à la législation des marchés publics. Or, nous avons vu plus haut que la distinction entre concession et marché public n'était pas toujours facile à établir. Ensuite, tous les marchés publics ne sont pas soumis à un délai d'attente par la loi du 23 décembre 2009. Enfin, il peut arriver que le concurrent évincé n'apprenne l'irrégularité dont le contrat est entaché qu'après l'échéance du délai d'attente (par exemple, un défaut d'impartialité pour un motif dont personne n'était informé). Dans ces différentes hypothèses, le problème traditionnel abordé par la Cour d'appel de Liège continue à se poser dans les mêmes termes.

10. La question des effets de l'annulation de la décision d'attribution sur la vie du contrat est traditionnellement résolue, en Belgique, par référence à la distinction entre les nullités relatives, qui ne peuvent être invoquées que par les personnes qu'elles protègent, et les nullités d'ordre public, qui peuvent être invoquées par toute personne intéressée. Il s'agit donc de se demander de quel type de nullité peut être entaché un contrat administratif dont la procédure d'attribution a été invalidée par le Conseil d'État. Nous sommes contraint de rappeler ici à notre lecteur un débat déjà largement rebattu et pourtant loin d'être clos [39]. Cette question est épineuse parce qu'elle met en jeu des impératifs divergents de légalité, de sécurité juridique et de continuité du service public. Il n'est même pas aisé d'identifier clairement l'intérêt de la collectivité publique concernée.

La doctrine et la jurisprudence traditionnelles ne reconnaissent pas au concurrent évincé une possibilité d'agir en nullité du contrat administratif conclu de manière irrégulière. Cette attitude reste d'ailleurs majoritaire dans la doctrine aujourd'hui. Les auteurs analysent l'impact de l'annulation de la décision d'attribution au regard de l'article 1108 du Code civil, qui énonce les quatre conditions de validité du contrat, c'est-à-dire le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.

Sachant que la décision d'attribution contient le consentement de l'autorité administrative au contrat, il a paru logique d'analyser les effets de l'annulation de la décision d'attribution par ce biais. L'annulation de la décision d'attribution fait disparaître tout consentement de l'autorité au contrat. Or, en principe, la doctrine civiliste considère que le défaut de consentement ne constitue qu'une cause de nullité relative du contrat. Il en va sans doute ainsi même dans le cas d'une apparence de consentement affectée de vices fondamentaux ou dans le cas d'une erreur tellement grave que les consentements des deux parties ne se seraient en réalité pas rencontrés [40]. Mais il semble que la question demeure controversée sur ce point.

On s'est aussi demandé si la cause du contrat administratif ne pouvait pas être remise en question. L'article 1131 du Code civil prescrit que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause,

[37] Sur ces nouvelles procédures, voyez le numéro spécial de la revue *L'entreprise et le droit*, *Attribution de marchés publics et exigence européenne de recours efficace. Loi du 23 décembre 2009*, Actes du colloque du 5 février 2010 en hommage à M.-A. Flamme, 2010, et en particulier A. Delvaux, «De la mise en œuvre des recours selon la loi du 23 décembre 2009», pp. 41 et s.

[38] Voyez à ce propos X. Close et E. Bertrand, Observations sous Anvers (8e ch.), 27 mai 2009 et T.P.I. Turnhout (réf.), 11 décembre 2008, *Entr. et dr.*, 2010, n° 3, p. 287.

[39] Pour un état récent du débat, voyez V. Dor et C. De Koninck, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, nos 144 et s.; P. Lewalle et L. Donnay, Contentieux administratif, 3e éd., Liège, Larcier, 2008, pp. 1217 et s.; C. De Koninck, P. Flamey et K. Ronse, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2007, n° 144 et s.; C. De Koninck, *Overheidsopdrachtenrecht*, I, 2e éd., Anvers, Maklu, 2004, pp. 275 et s.; M.-A. Flamme e.a., *Commentaire pratique des marchés publics*, T. 1 B, 6e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, pp. 1834 et s.

[40] P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations,* T. Ier, Sources des obligations, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 228-233.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. Mais la cause, condition de validité du contrat, est interprétée comme l'ensemble des mobiles déterminants des parties. Pour être pris en considération dans le cadre d'un contrat à titre onéreux, ces mobiles doivent en outre être entrés dans le champ contractuel. Seule la cause illicite, c'est-à-dire contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, est sanctionnée de nullité absolue. Dans le cas des contrats administratifs, les auteurs ne citent guère à cet égard que la corruption. Pour le reste, la cause n'intéresserait pas l'ordre public [41].

Enfin, les civilistes s'interrogent même sur l'intérêt dont peut se prévaloir le concurrent évincé. Un tiers ne saurait de toutes manières agir en nullité de la convention que si la convention lui cause un préjudice ou pourrait le faire. Certains auteurs et certains juges contestent que tel soit le cas lorsqu'est en cause un appel d'offres, c'est-à-dire que le tiers ne peut démontrer aucun droit subjectif à la conclusion du contrat [42]. La pertinence de cette objection dépend de la possibilité d'une réparation en nature de l'irrégularité commise, c'est-à-dire d'une nouvelle mise en concurrence des candidats, que nous examinons plus bas.

A cela s'ajoute que la demande du concurrent évincé qui sollicite l'annulation du contrat sur base d'une irrégularité de la décision d'attribution constatée par le Conseil d'État, poserait encore des problèmes de répartition des attributions entre le Conseil d'État et les juridictions de l'ordre judiciaire. On a parfois écrit qu'il ne serait pas acceptable que l'annulation prononcée par le Conseil d'État impose au juge civil certaines conséquences en matière de droits subjectifs [43]. Il est cependant permis de penser que c'est déjà largement le cas par exemple en matière de responsabilité des pouvoirs publics; un arrêt d'annulation du Conseil d'État, outre son effet sur les délais de prescription, suffit le plus souvent à démontrer une faute devant le juge de la responsabilité civile [44].

Autrement dit, suivant cette première thèse, seule l'autorité publique pourrait se prévaloir de la nullité du contrat. Elle peut dès lors tenter de réparer l'irrégularité constatée par le Conseil d'État, en fonction de sa nature. Elle peut décider de ne plus assumer les obligations qui lui incombent en vertu du contrat. Quoi qu'il ait déjà accompli, le cocontractant de l'administration auquel une décision d'attribution d'un contrat administratif a été notifiée à tort risque bien de ne pas être payé pour ses frais et pour ses efforts, sauf sous les conditions restrictives de la responsabilité civile ou de l'enrichissement sans cause. L'autorité peut aussi demander l'annulation du contrat à un juge civil. Le plus souvent, elle ne le fera pas. Elle a entamé une collaboration avec un cocontractant et les dommages et intérêts auxquels elle s'expose vis-à-vis de celui-ci, pour les frais qu'il aura déjà consentis et les devoirs qu'il aura déjà effectués, risquent d'être plus lourds que ce qu'elle devrait payer au concurrent évincé [45]. On peut certes s'interroger sur une éventuelle obligation, qui pèserait sur l'autorité publique, de demander l'annulation du contrat, mais les fondements de cette obligation ne paraissent pas très assurés [46].

Quant au concurrent évincé, il en a traditionnellement été déduit que l'annulation de l'acte détachable ne lui permettait pas de demander l'annulation du contrat au juge civil. Dans la seule hypothèse où l'on considérerait que l'autorité publique elle-même a l'obligation de poursuivre l'annulation du contrat, on pourrait imaginer que le concurrent évincé demande au juge civil de l'y condamner sous astreinte, voire, s'il n'avait pas de droit subjectif à faire valoir, qu'il adresse à l'autorité une mise en demeure prévue à

[41] P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations,* T. I[er], *op. cit.*, pp. 302 et s.

[42] M. Von Kuegelgen, «Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités», *Les obligations contractuelles*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 591-592 et 594-595; P. Lewalle, *op. cit*., p. 1228.

[43] K. Ronse et H. Boularbah, *op. cit*., pp. 339 et s.; Y. Hannequart et A. Delvaux, «L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts», in *Liber amicorum Commission Droit et vie des affaires*, n° spécial *Entr. et dr.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 738, spécialement n° 33.

[44] Voyez les nuances émises à ce sujet par D. De Roy, «La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute?», in dir. H. Dumont, P. Jadoul et S. Van Drooghenbroeck, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La charte, 2007, pp. 67 et s.

[45] M. Leroy, *op. cit*., pp. 235-237. Le cocontractant se heurtera cependant à la difficulté de démontrer un lien de causalité entre la faute et son dommage. Souvent, le dommage qui réside dans la perte du contrat ne pourra pas être considéré comme la conséquence de l'irrégularité en raison de laquelle le contrat lui a été attribué à tort.

[46] Y. Hannequart et A. Delvaux, *idem;* C. De Koninck, P. Flamey et K. Ronse, *op.cit.*, n[os] 154 et s.; M.-A. Flamme, *Commentaire pratique...*, *op. cit*., pp. 1912-1913.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

l'article 14, §3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. On voit immédiatement quel «parcours du combattant» représente une telle procédure, similaire à celle qui avait été conçue en France juste avant l'abandon complet de la distinction entre le contentieux de l'acte détachable et le contentieux du contrat. Pour le reste, une exclusion de principe du recours du concurrent évincé a été jugée préférable pour la continuité des services publics et pour leur équilibre financier [47]. Eu égard aux délais de procédure, on considère que de toutes manières, le contrat serait souvent proche de son terme au moment où il viendrait à être annulé, et que les avantages qu'en retirerait le concurrent évincé ne seraient pas à la mesure du trouble jeté dans les affaires publiques [48].

11. Dès lors que la législation sur les marchés publics est généralement présentée comme une législation d'ordre public [49], et dès lors que l'intérêt général est jeu, certains auteurs se sont toutefois demandé s'il ne serait pas plus approprié d'évoquer dans le cas des contrats administratifs une sanction de nullité absolue, qui pourrait donc être postulée par tout tiers intéressé [50]. Il paraît en effet terriblement artificiel de maintenir jusqu'à l'absurde la distinction entre la décision d'attribution, qui peut être appréciée au regard des règles du droit public, et le consentement, qui n'est que l'autre facette du même acte, qui devrait être apprécié au regard des seules règles ordinaires du droit civil. A cela s'ajoute qu'il paraît manifestement inadéquat de considérer le consentement d'une autorité publique comme celui d'un particulier, c'est-à-dire comme une question d'ordre purement privé. Pour l'autorité, le consentement n'est pas l'expression d'une liberté, mais l'exercice d'un pouvoir, soumis au principe de légalité. Enfin, même en droit civil, il existe des controverses sur un éventuel caractère d'ordre public de certains vices de consentement les plus graves.

Le Conseil d'État lui-même a évoqué la possibilité, pour le concurrent évincé, de solliciter l'annulation du contrat à la suite de l'annulation ou même de la suspension de l'acte détachable [51]. Toute la question était de savoir si le requérant en suspension de l'acte détachable pouvait encore démontrer un préjudice grave et difficilement réparable alors que le contrat était déjà conclu. Par deux arrêts, le Conseil a jugé qu'il était envisageable qu'à la suite d'une suspension, l'autorité administrative, voire le concurrent évincé lui-même, sollicite l'annulation du contrat auprès du juge civil, prévenant ainsi la réalisation du dommage. La suspension de l'acte détachable conservait donc un intérêt même après la naissance du contrat. Ces arrêts sont restés isolés. L'Assemblée générale du Conseil d'État a finalement décidé que le concurrent évincé ne pouvait plus justifier d'un risque de préjudice grave difficilement réparable une fois que le contrat avait été conclu [52]. Cependant, par cet arrêt, le Conseil d'État ne revient pas sur ce qu'il avait dit précédemment. Il considère simplement que dès lors que le conten-

[47] D. Batselé e.a., *op. cit*., p. 393; voyez également Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, n° 29, p. 1267.

[48] J. Vanden Eynde et J.-M. Wolter, *op.cit*., p. 709; Y. Hannequart et A. Delvaux, *op. cit.,* n° 33.

[49] La loi d'ordre public est celle qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. Il n'est jamais possible d'y déroger. Elle est sanctionnée d'une nullité absolue.

Une telle nullité ne peut être couverte. Elle doit être soulevée par le juge. Elle peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation. Elle peut être invoquée par toute personne intéressée. Le tiers dispose de l'intérêt à agir en nullité dans la mesure où sa situation personnelle est affectée par la subsistance de l'acte incriminé (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 740 et s., spécialement 760-761; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations,* T. Ier, *Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 338 et T. II, *Sources des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 955; P. Wery, *Droit des obligations*, volume 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, p. 295)

La doctrine enseigne que les législations qui concernent les marchés publics, qui protègent les intérêts financiers des collectivités publiques, en font partie (voyez par exemple C. De Koninck, P. Flamey et K. Ronse, *op. cit.*, n° 150 et P. Goffaux et M. Lucas, «Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public», *A.P.T.*, 1998, t. I, note 43). Il est permis de rester songeur devant cette appréciation, tant en raison de sa généralité (toutes les dispositions légales relatives aux marchés publics se voyant reconnaître un caractère d'ordre public) qu'au regard du motif avancé (qui pourrait être transposé dans tous les secteurs de l'action administrative).

De son côté, le Conseil d'État a déjà admis à de nombreuses reprises qu'un moyen pris de la législation des marchés publics a un caractère d'ordre public, quand la critique renvoie à une violation du «principe fondamental de concurrence» (C.E., n° 200.246 du 29 janvier 2010, *sprl Ghyssels et Verbeken*; C.E., n° 192.241 du 7 avril 2009, *sprl Gauthier Coton*; C.E., n° 167.381 du 1er février 2007, *sa Les entreprises Gilles Moury*; C.E., n° 163.472 du 11 octobre 2006, *sa Axa Belgium et société en commandite par actions Befimmo*; C.E., n° 151.944 du 30 novembre 2005, *sa «Etablissements Beherman Demoen»*).

[50] P. Goffaux et M. Lucas, *op. cit.*, spécialement pp. 56 et s. et pp. 61-65; P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 310 et s.; M.-A. Flamme, «Le contentieux…», *op. cit.*, pp. 145 et s.; P. Thiel, «Les recours des tiers dans les marchés publics : éléments de jurisprudence», *J.T.*, 1997, pp. 329 et s., spécialement p. 333 et 334.

[51] C.E., 13 octobre 1992, n° 40.734, *E.G.T.A.*; C.E., n° 63.634 du 18 décembre 1996, *Strukton De Meyer.*

[52] C.E. (Ass.), 15 juin 2000, n° 87.983, *Feyfer et S.C.R.L. Formanova.*

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

tieux du contrat lui échappe totalement, il n'a pas à connaître d'un préjudice qui lui est allégué dans des termes qui font référence à ce contentieux. Par conséquent, il se limite à constater que la suspension de la décision d'attribution ne serait pas susceptible d'éviter le préjudice allégué [53]. Telle est encore la position du Conseil d'État [54]. Entretemps, les deux arrêts évoqués avaient incité les concurrents évincés à se tourner vers les juridictions judiciaires pour demander l'annulation ou la suspension du contrat.

Une série de juges judiciaires ont alors admis que le concurrent évincé justifiait d'un droit subjectif qui lui permettait de demander l'annulation, voire la suspension, du contrat administratif. Ils en font un corollaire du droit du concurrent évincé à obtenir réparation en nature de son dommage (cfr. ci-dessous) et à nouveau de l'obligation qui pèserait sur l'administration de tirer toutes les conséquences d'une annulation de la décision d'attribution. Ils considèrent que la convention est nulle de nullité absolue et porte atteinte, par sa seule existence, au droit à l'égalité que peuvent revendiquer les soumissionnaires. Les juridictions judiciaires semblent particulièrement sensibles au risque d'une politique du fait accompli de la part des autorités administratives [55]. Ces décisions judiciaires sont souvent intervenues au terme de procédures de référés. Cela n'empêche en principe pas d'en tirer des conséquences sur l'étendue des pouvoirs du juge judiciaire. En effet, les compétences du juge des référés sont par essence limitées à ce dont le juge du fond lui-même peut connaître ; un juge des référés ne pourrait donc suspendre un contrat à la demande du concurrent évincé que si le juge du fond lui-même était compétent pour l'annuler [56]. Il y a sans doute deux raisons à cette importance du référé. D'une part, c'est en référé que la balance entre les inconvénients de l'annulation pour l'autorité publique et les avantages qu'en retirerait le concurrent évincé peut être le plus favorable à ce dernier. D'autre part, on constate que le juge des référés accepte d'intervenir de plus en plus profondément dans le fonctionnement des pouvoirs publics [57].

12. Dans l'affaire commentée, le tribunal de première instance de Namur avait, par un jugement du 22 juin 2000, «*dit pour droit que le contrat passé entre la Ville de Namur et la S.A. City Advertising en vertu de la délibération du Collège des Bourgmestre et Echevins en date du 17 juin 1996, est frappé de nullité absolue*» et rejeté le surplus des prétentions de JCDecaux au motif d'une part, qu'il n'était pas prouvé que l'illégalité constatée lui avait causé un dommage certain et d'autre part, que «*le choix de la manière d'assurer au mieux l'intérêt général et de répondre aux besoins de la collectivité ressortit à la compétence et au pouvoir d'appréciation de l'Autorité administrative*». La Cour d'appel de Liège réforme ce jugement.

La Cour d'appel ne remet pas en cause l'existence d'une nullité absolue. Elle constate seulement que le cocontractant de l'administration, la S.A. City advertising, n'est pas partie à la cause. Elle considère que l'action introduite par la S.A. JCDecaux tend à faire disparaître une convention qui confère des droits subjectifs à la S.A. City advertising, par une décision qui serait sans autorité de chose jugée envers celle-ci et sans que celle-ci n'ait eu l'occasion de se défendre. Elle juge

[53] F. Gosselin et N. Van Laere, «Le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : une voie sans issue?», *A.P.T.*, 2001, p. 154, spéc. p. 161 ; M.-A. Flamme, «Le contentieux…», *op. cit.*, p. 151 ; voyez également M.-A. Flamme, Observations sous C.E. (VI^e), n° 84.481 du 28 décembre 1999, *Entr. et dr.*, 2000, p. 208, qui cite un rapport de Monsieur le Premier Auditeur Derouaux : «(…) *ce n'est pas au départ d'une conception que le Conseil d'État aurait du droit du soumissionnaire évincé à une réparation en nature ou par équivalent, qu'il est conduit à déclarer sans intérêt la suspension de l'acte détachable après la conclusion du contrat, mais seulement en considération du fait que suspendre l'acte détachable ne peut en aucun cas avoir pour effet de remettre en cause le contrat conclu, en manière telle que le risque de préjudice généralement invoqué se trouve entièrement consommé par la conclusion du contrat.*»

[54] C.E., 11 septembre 2006, n° 162.409, *Mouzon.*

[55] Voyez les références citées par P. Goffaux et M. Lucas, *op. cit.* et par V. Dor et C. De Koninck, *op. cit.*, note 332 ; voyez notamment Bruxelles, 25 mars 1993, cité et commenté in P. Lewalle, *op. cit.*, p. 1225 et M.-A. Flamme e.a., *Commentaire pratique…*, pp. 1837 et s. et 1905 et s. ; J. Vanden Eynde et J.-M. Wolter, *op. cit.*, p. 708 ; Bruxelles, 18 décembre 1997, *C.D.P.K.*, 1998, p. 331 ; Civ. Bruxelles (réf.), 22 juin 1999, *C.D.P.K.*, 2000, p. 226 ; Civ. Bruxelles (réf.), 19 novembre 1999, RG n° 99/1155/C ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 février 2000, R.G. n° 2000/78/C ; Civ. Bruxelles (réf.), 25 juin 2001, RG n° 01/811/C. Le caractère d'ordre public de la nullité du contrat peut également être admise lorsque l'autorité administrative prétend échapper à ses obligations contractuelles en se fondant sur sa propre irrégularité (Civ. Bruxelles, 22 février 2008, inédit, cité par P. Thiel et E. Thibaut, «Chronique de jurisprudence 2008», *Entr. et dr.*, 2010, p. 396).

[56] K. Ronse et H. Boularbah, *op. cit.*, p. 340 ; J. Vanden Eynde et J.-M. Wolter, *op. cit.*, p. 710.

[57] À ce sujet, voyez B. Lombaert, F. Tulkens et A. Van Der Haegen, «Cohérence et incohérence de la théorie de l'objet véritable et direct du recours», *in* dir. H. Dumont, P. Jadoul et S. Van Drooghenbroeck, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 51 et s.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

qu'une telle demande viole le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la convention européenne, et l'interdiction faite au juge de prononcer par voie de dispositions générales, prescrite aux articles 6 et 811 du Code judiciaire. À titre surabondant, la Cour d'appel ajoute que le droit de réclamer la nullité de la convention n'est de toute manière pas absolu et que les avantages découlant pour la S.A. JC Decaux de l'annulation d'un contrat qui arrive à son terme, seraient sans commune mesure avec le trouble que cette annulation causerait à la continuité du service public [58]. Evidemment, au jour où la Cour d'appel était appelée à se prononcer, le contrat initial de quinze ans était proche de son terme, et, quelles que devaient être les décisions de la ville de Namur à propos de la suite du service, elles ouvriraient de nouvelles possibilités de recours à la société JCDecaux.

13. Le second motif pour lequel la Cour rejette la demande, qui tient à la protection de l'intérêt public, paraît tout à fait essentiel. Nous avons écrit plus haut que c'est en raison des exigences d'intérêt public que plusieurs auteurs refusaient au tiers évincé la possibilité de demander l'annulation du contrat. Il convient donc d'examiner les pouvoirs effectivement exercés par le juge du contrat, et la mesure dans laquelle ces pouvoirs lui permettent de tenir compte de l'intérêt public.

En France, en même temps qu'il permettait au tiers évincé de demander l'annulation du contrat, le Conseil d'État reconnaissait au juge du contrat de larges pouvoirs : en fonction du vice constaté, du temps écoulé, de l'état d'exécution du marché, le juge du contrat pourra prononcer l'annulation ou la résiliation du contrat, modifier certaines de ses clauses, ordonner des mesures de régularisation, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés… [59] Mais il est vrai que le contentieux du contrat se présente d'une manière très différente dans ce pays [60]. Et il ne semble pas clair que dans le cadre du nouveaux recours prévu en droit administratif français, le tiers puisse saisir le juge administratif uniquement d'une nullité d'ordre public ou également d'une nullité relative [61].

En droit belge, s'il est nécessaire de reconnaître une nullité d'ordre public pour justifier que la demande des tiers soit recevable, il peut paraître *a priori* difficile d'accepter que le juge s'en affranchisse et ne prononce finalement pas la nullité du contrat. Les parties et le juge semblent dès lors enfermés dans l'alternative suivante : soit le juge ne peut pas intervenir, soit il doit annuler. Si le contrat lui-même est nul de nullité d'ordre public, ce vice ne peut se résoudre que par une annulation totale. Sachant que personne ne saurait renoncer valablement à invoquer une nullité d'ordre public, et sachant que la validité d'un contrat s'apprécie au moment de sa conclusion, aucune confirmation ni consolidation n'est en principe possible. Le juge, quant à lui, ne saurait se substituer aux parties et appliquer une autre sanction que celle qui découle du texte [62]. Le contrat sera dissous. Le cas échéant, la nullité opèrera en principe avec effet rétroactif, sauf dans le cas d'un contrat à prestations successives. Les choses devront être remises dans leur pristin état. Les prestations déjà effectuées devront être restituées, en principe en nature, à défaut par équivalent [63].

Il nous semble toutefois que cette analyse «maximaliste» des effets du contrôle du juge judiciaire à la demande du concurrent évincé, doit être nuancée. D'abord, puisque nous avons dit que le juge civil était souvent saisi en référé, il convient de rappeler que le juge des référés doit

[58] Le principe de la continuité du service public joue ici un rôle similaire à celui qui est le sien dans la théorie du fonctionnaire de fait ou dans celle de l'immunité d'exécution de la puissance publique; la Cour s'appuie de manière expresse à cet égard sur la doctrine citée : P. GOFFAUX et M. LUCAS, *op. cit.*, pp. 66-67.

[59] C.E.fr. Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *A.J.D.A.*, 3 septembre 2007, p. 1577, avec commentaires F. LENICA et J. BOUCHER, «Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : «*Never say never*»»; C.E.fr. (Ass.), 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *A.J.D.A.*, 1er février 2010, p. 142, avec note «Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge?»; D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 928.

[60] C'est le juge administratif, et non le juge judiciaire, qui connait de ce contentieux. Il s'agit d'un contentieux subjectif de pleine juridiction, dans le cadre duquel le juge administratif remplace le cas échéant les actes dont il est saisi par ses propres décisions, en fonction des circonstances de fait et de droit qui se présentent à la date où il se prononce (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 11e éd., Paris, Montchrestien, 2004, pp. 221 et s.). Ces pouvoirs pourraient éventuellement être comparés aux sanctions de substitution que le nouvel article 65/22 de la loi du 24 décembre 1993 donne compétence au juge judiciaire de prononcer.

[61] M.-C. VINCENT-LEGOUX, «Sur une tentative d'extension du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle», *R.F.D.A.*, septembre-octobre 2007, pp. 954-955.

[62] M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, pp. 570 et s. et pp. 607 et s.

[63] P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations,* T. II, *op. cit.*, p. 937; P. WERY, *op. cit.,* p. 290 et s.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

effectuer la balance des intérêts en présence [64]. Il n'a d'ailleurs pas manqué de le rappeler dans le contentieux qui nous intéresse [65]. Ensuite, l'autorité administrative elle-même peut tenter de réparer les irrégularités qui lui sont reprochées, comme nous l'avons évoqué dans la première partie de notre commentaire. On observe ici que les approches civile et administrative paraissent se combiner pour justifier la rétroactivité de cette réfection. Sous l'angle du droit civil, la rétroactivité est nécessaire pour déjouer la cause de nullité absolue et pour ne pas se voir reprocher de l'avoir couverte *a posteriori*. Sous l'angle du droit administratif, la menace de l'annulation du contrat à la demande du concurrent évincé, avec le trouble qui en résulterait pour l'intérêt public, pourrait constituer une justification acceptable du caractère rétroactif de la réfection, en fonction des circonstances de l'espèce. Enfin, il faut encore évoquer la théorie de l'abus de droit. C'est ce que constate la Cour d'appel de Liège. Le concurrent évincé qui sollicite l'annulation du contrat plutôt que des dommages et intérêts commet un abus de droit lorsque les avantages qu'il peut espérer retirer de l'annulation du contrat sont sans commune mesure avec le trouble qui en résultera pour le service public, soit qu'il ne démontre pas de chances raisonnables d'obtenir le contrat dans le cadre d'une nouvelle attribution, soit que le contrat soit déjà entièrement ou presque entièrement exécuté, soit que le contrat ne puisse par nature pas être terminé par un autre soumissionnaire… [66] Ces trois mécanismes garantissent malgré tout une certaine protection de l'intérêt public.

14. Le premier motif pour lequel la Cour d'appel refuse d'annuler le contrat, c'est-à-dire l'absence du cocontractant de l'administration à la cause, nous paraît en revanche plus étonnant. D'une part, en droit judiciaire, la relativité de la chose jugée ne signifie pas qu'une décision doit être dépourvue de tout effet à l'égard des tiers [67]. Les tiers disposent d'ailleurs d'un recours spécifique, la tierce opposition, pour contester les effets d'un jugement qui porte préjudice à leurs droits. Spécifiquement en matière contractuelle, on relève que lorsque la nullité du contrat est prononcée à la demande des parties, elle s'impose aux tiers même s'ils ont entre-temps acquis certains droits [68]. Il paraît par ailleurs inhérent au pouvoir d'injonction des juridictions judiciaires à l'égard des autorités publiques, d'entraîner éventuellement des conséquences pour des tiers au procès [69]. D'autre part, il paraît excessif d'affirmer que les droits de la défense excluraient le moindre effet externe d'une décision de justice. Les droits de la défense bénéficient d'abord aux parties au procès. La Cour de cassation a admis les procédures diligentées sur requête unilatérale, pourvu que, précisément, «*les personnes intéressées aient la possibilité de former un contredit en garantie de leurs droits*» [70]. C'est ainsi que, en droit judiciaire belge à nouveau, s'il est admis qu'un jugement produise certains effets externes, le plus important est que la vérité légale attachée à la décision ne développe la plénitude de ses effets qu'entre les parties – les tiers conservant la possibilité d'introduire un recours [71]. Le Conseil d'État de France, dont il a été dit qu'il accepte désormais d'annuler le contrat lui-même, a prononcé son arrêt sans que le cocontractant de l'administration ait été présent ni appelé à la cause [72]. En outre, la Cour d'appel disposait toujours de la possibilité de rouvrir les débats pour permettre aux parties à la cause de citer en intervention forcée le cocontractant de l'autorité – dont on n'imaginerait d'ailleurs pas qu'il fût resté dans l'ignorance de ces procédures [73].

[64] G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, Tome I, *Les institutions judiciaires : organisation et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 403.

[65] Civ. Bruxelles (réf.), 18 février 2000, R.G. n° 2000/78/C.

[66] C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *op. cit.*, n^os^ 161 et s.

[67] A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2e éd., Liège, 1987, p. 282.

[68] M. VON KUEGELGEN, *op. cit.*, p. 611.

[69] T. BOMBOIS, «Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique… Vol au-dessus d'un nid de vipères?», *C.D.P.K.*, 2005, n° 1, p. 44.

[70] Cass (1re ch.), 14 janvier 2005 (2 arrêts), *R.C.J.B.*, 2006, n° 3, p. 491, avec note J.-F. VAN DROOGHENBROECK et S. VAN DROOGHENBROECK, «Référé et procès équitable».

[71] A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2e éd., Liège, 1987, p. 282.

[72] C.E.fr. (Ass.), 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*. Mais l'honnêteté oblige à ajouter encore une fois que le contentieux du contrat doit s'analyser de manière très différente devant les juridictions administratives françaises de ce qu'il est devant les juridictions civiles belges (cfr. ci-dessus).

[73] On observe que l'article 65/17 nouveau de la loi du 24 décembre 1993, qui organise la procédure de déclaration d'absence d'effets, prescrit que «L'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire sont appelés à la cause».

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

La demande de réparation en nature

15. Ensuite, la Cour d'appel de Liège requalifie la seconde demande, portant sur une injonction de procéder à une nouvelle mise en concurrence du marché, comme une demande de réparation en nature de l'illégalité et donc de la faute commise. Cette demande est évidemment liée à la précédente, mais la Cour d'appel de Liège la rejette en s'appuyant sur une motivation supplémentaire.

De manière générale, le principe est celui de la réparation en nature des dommages causés de manière illicite, même lorsque le fautif est une autorité publique. Les Cours et tribunaux peuvent donc ordonner une réparation en nature à une autorité publique. La réparation en nature paraît même dans le cas des autorités publiques encore plus préférable que jamais. D'une part, la réparation par équivalent est critiquée comme «une sorte de scandale» qui permet «aux pouvoirs publics d'acheter – aux frais des citoyens – le droit de se comporter de manière imprudente ou illégale» (il y a là une dérive qu'on peut tout particulièrement craindre en matière de marchés publics, compte tenu des intérêts en jeu). D'autre part, les préjudices qui peuvent découler d'une décision administrative ne sont pas toujours évaluables en argent. Ce n'est donc que lorsque la réparation en nature est impossible que l'on recourra à une réparation par équivalent [74].

À nouveau, cette question a fait l'objet de discussions fondamentales en droit des marchés publics. Longtemps, les juridictions judiciaires ont jugé que le soumissionnaire évincé n'avait pas de droit subjectif à l'attribution du marché, fût-ce une adjudication, et qu'il n'avait pas davantage de droit à l'indemnisation d'un dommage purement aléatoire. Pour remédier à cette situation, il a été prévu au sein de la législation des marchés publics que le soumissionnaire qui remettait l'offre la plus basse devait se voir attribuer le marché et dans le cas contraire, avait droit à des dommages et intérêts, fixés à dix pour cent du montant de la soumission litigieuse [75]. Il a souvent été déduit de cette disposition une exclusion du principe de la réparation en nature, pour la matière des marchés publics [76]. À cela s'ajoute que l'intérêt public en jeu et la marge d'appréciation dont jouit généralement l'autorité administrative s'accommoderaient mal, suivant certains auteurs, d'une réparation en nature [77].

Messieurs Goffaux et Lucas ont cependant critiqué cette exclusion de la réparation en nature, en montrant qu'elle faisait fi du contexte jurisprudentiel dans lequel la disposition invoquée avait été ajoutée à la législation des marchés publics; selon eux, le législateur aurait seulement entendu remédier à la faible protection juridique que la jurisprudence de l'époque garantissait au soumissionnaire évincé [78]. Dans le cas particulier des appels d'offres, qui impliquent une marge d'appréciation discrétionnaire de l'autorité administrative, puisque l'on admet la réparation par équivalent de la perte d'une chance d'obtenir le contrat, il nous semble que la réparation en nature pourrait précisément être de retrouver cette chance dans le cadre d'une nouvelle mise en concurrence. En soi, une telle injonction ne porte pas atteinte à la marge d'appréciation discrétionnaire dont jouissent les autorités administratives. De leur côté, les juges ont admis de plus en plus largement que les droits subjectifs du concurrent évincé ne se limitaient pas à des dommages et intérêts. À nouveau, cette évolution a été particulièrement marquée dans le cadre des procédures de référés civils [79].

Cette évolution, si elle se confirmait, atténuerait nous semble-t-il grandement l'intérêt de la théorie des actes détachables. Il nous semble en effet qu'il y a bien un lien logique entre le développement du recours de l'excès de pouvoir et les limites de l'office du juge du contrat. En droit français, comme en droit belge, on considérait

[74] Cass., 26 juin 1980, *A.J.D.A.*, 1981, p. 126, avec les observations de D. Deom, «De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics»; T. Bombois, «Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique… Vol au-dessus d'un nid de vipères?», *C.D.P.K.*, 2005, n° 1, p. 40.

[75] «*Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre.*» (Article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et article 24 de la loi du 15 juin 2006).

[76] Voyez par exemple M.-A. Flamme e.a., *Commentaire pratique..., op. cit.,* p. 1916 et 1917 et Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, n° 29, p. 1267.

[77] K. Ronse et H. Boularbah, *op. cit.*, pp. 343 et s.

[78] *Op. cit.*, pp. 59-61. Voyez également D. Batselé e.a., *op. cit.*, pp. 403-404.

[79] E. Van Nuffel, *op. cit.*, p. 159 et s.; K. Ronse et H. Boularbah, *op. cit.*, p. 338; Bruxelles, 18 décembre 1997, *C.D.P.K.*, 1998, p. 331; Civ. Bruxelles (réf.), 22 juin 1999, *C.D.P.K.*, 2000, p. 226; Civ. Bruxelles (réf.), 19 novembre 1999, RG n° 99/1155/C; Civ. Bruxelles (réf.), 25 juin 2001, *C.D.P.K.*, 2003, n° 4, p. 699, avec note J. Vanden Eynde et J.-M. Wolter, «Les marchés publics et l'intervention du juge des référés judiciaires depuis le 24 décembre 1993».

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

traditionnellement qu'un tiers ne pouvait pas demander l'annulation du contrat ni la réparation en nature, et qu'il ne pouvait demander au juge du contrat que des indemnités. Un tel obstacle incitait le justiciable à rechercher d'autres moyens d'action. Aujourd'hui que le Conseil d'État de France accepte qu'un concurrent évincé demande l'annulation du contrat, il n'y a plus de raison qu'il soit encore recevable à demander uniquement l'annulation d'un acte préalable et le recours de l'excès de pouvoir est exclu [80]. De même, si le juge judiciaire se déclarait systématiquement compétent, en Belgique, pour connaître d'une demande d'annulation du contrat introduite par un tiers et surtout d'une demande de réparation en nature – c'est-à-dire d'une injonction de nouvelle mise en concurrence, on peut s'interroger sur l'intérêt que présenterait encore le recours de l'excès de pouvoir dirigé contre l'acte préalable [81].

La Cour d'appel de Liège, dans l'arrêt commenté, reprend quant à elle le raisonnement traditionnel combattu par Messieurs Goffaux et Lucas, et notamment la référence à l'avis de la section de législation du Conseil d'État sur la modification initiale de la loi du 4 mars 1963. Elle estime que ce raisonnement traditionnel aurait été confirmé par l'article 2, § 1er, al. 2 de la loi du 16 juin 2006 (depuis lors abandonné). Elle ajoute que la demande formulée devant elle reviendrait à priver l'autorité administrative de sa marge d'appréciation discrétionnaire, notamment en ce qui concerne le lot 2 du marché en cause, que l'administration pouvait toujours décider de ne pas attribuer [82].

La demande de dommages et intérêts

16. Enfin, il restait à examiner la demande de dommages et intérêts. En ce qui concerne la faute, elle réside généralement dans l'illégalité commise [83]. En ce qui concerne le dommage et le lien de causalité, dans le cas des contrats pour l'attribution desquels l'autorité exerce une appréciation discrétionnaire en tout cas, le concurrent évincé ne peut jamais se prévaloir de la perte d'un droit à se voir désigné; il devra démontrer la perte d'une chance certaine d'être désigné. La démonstration de cette chance dépendra évidemment de la nature de l'illégalité constatée par le Conseil d'État [84].

En l'espèce, la Cour d'appel de Liège rejette la demande de dommages et intérêts en jugeant que le lien de causalité entre la faute de la ville de Namur – déduite de l'illégalité de la décision d'attribution – et le dommage, n'était pas démontrée. Suivant la Cour, la différence entre les deux offres était telle que toute autre attribution du marché aurait abouti au même résultat. Si la S.A. JCDecaux n'a pas invoqué d'autre irrégularité que celle qui avait motivé l'arrêt d'annulation du Conseil d'État, il est en effet difficile de comprendre, à la seule lecture de l'arrêt commenté, comment le défaut d'approbation du cahier spécial des charges par le conseil communal a pu lui causer un dommage. Cependant, nous imaginons que d'autres irrégularités avaient été soulevées, ne serait-ce que parce que la société JCDecaux ne s'était pas contentée d'invoquer un seul moyen devant le Conseil d'État. D'autres irrégularités pouvaient dès lors être en rapport avec la perte d'une chance certaine d'obtenir le contrat. Dès lors que ces autres moyens ne ressortent ni des arrêts du Conseil d'État ni de l'arrêt de la Cour d'appel, il est toutefois difficile de formuler une appréciation à cet égard.

CONCLUSION

Le tableau général qui se dégage de cette affaire n'est guère encourageant. La société JCDecaux a dû poursuivre des procédures pendant quinze ans devant diverses juridictions. Quant aux délais d'examen de ses différents recours, nous nous limiterons à constater qu'ils ne paraissent pas exceptionnels, mais qu'ils ont pour conséquence que l'arrêt définitif relatif à un

[80] C.E.fr (Ass.), 16 juillet 2007, n° 291.545.

[81] On cite généralement à cet égard l'avantage de voir sa cause jugée par un juge spécialisé en droit administratif et l'avantage que représente, pour le requérant, l'obligation faite à l'autorité administrative de déposer l'intégralité du dossier administratif de la décision querellée (voyez par exemple C. De Koninck, *op. cit.*, p. 285).

[82] Art. 15 de la loi du 14 juillet 1976 devenu art. 18 de la loi du 24 décembre 1993.

[83] Voyez à cet égard D. De Roy, «La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute?», in H. Dumont, J. Jadoul, S. Van Drooghenbroeck, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La charte, 2006, pp. 67 et s.

[84] D. Batselé e.a., *op. cit.*, p. 405; P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, *op. cit.*, p. 331; V. Dor et C. De Koninck, *op. cit.*, nos 197 et s.; C. De Koninck, *op. cit.*, pp. 286 et s.; M.-A. Flamme, *Commentaire pratique…, op. cit.*, pp. 1928 et 1929.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /

contrat de quinze ans ne peut pas être prononcé avant que ce contrat ne soit pratiquement terminé. Les procédures diligentées devant le Conseil d'État, qui ont abouti à la constatation d'une seule irrégularité de forme, ne semblent pas avoir été d'une grande aide à la requérante. La Cour d'appel de Liège, de son côté, a statué sur les demandes civiles sans se livrer à un nouvel examen complet de la régularité administrative de la procédure de conclusion du contrat.

De manière générale, au niveau des principes, nous sommes encore loin de disposer d'un véritable juge du contrat administratif, comme il existe aujourd'hui en droit français, avec toute une gamme d'interventions disponibles. Cependant, il paraît possible que les juridictions civiles examinent la validité des contrats administratifs à la demande des tiers évincés, d'une manière qui soit à la fois soucieuse des droits de ceux-ci et des nécessités du service public, si l'autorité administrative elle-même adopte une attitude diligente et tente de réparer ce qui doit l'être. Davantage, c'est précisément le pouvoir du juge civil d'annuler le contrat administratif qui pourra justifier des décisions administratives réparatrices assorties d'un effet rétroactif.

En pratique, on constate toutefois que les situations de chacune des parties, et en particulier celle du tiers évincé, restent marquées par une extrême incertitude, tant en ce qui concerne les recours qui sont ouverts à ce tiers évincé qu'en ce qui concerne les modalités de ces recours. Au vu de toutes les avanies subies dans notre affaire par la société JC-Decaux, et sous réserve bien entendu des contrats publics qui rentrent dans le champ d'application de la loi du 23 décembre 2009, il nous paraîtrait audacieux d'affirmer qu'en Belgique, le système de contrôle juridictionnel de la régularité des commandes publiques approcherait de la perfection.

A.P.T. 3/2011
Bruylant - © Groupe Larcier
Facultés Universitaires Saint-Louis /