

Prologue

Pour une révision du système de protection juridictionnelle en droit des contrats publics

DAVID RENDERS⁽¹⁾

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles*

1. La revue *Marchés et Contrats Publics* avait une maman. À dix ans à peine, elle l'a perdue, de façon tragique.

C'était l'été. Sur la route qui me ramenait de Scandinavie, j'apprenais le drame qui était survenu dans un coin reculé de notre petite Belgique, non loin de la frontière luxembourgeoise, à Gouvy.

Cette maman, c'était notre estimée collègue et amie, la professeure Ann Lawrence Durviaux.

2. En un peu plus de vingt-cinq ans de carrière, je n'ai pas eu de très nombreux contacts avec Ann Lawrence. Mais les contacts que j'ai eus furent toujours d'une rare intensité.

L'un d'eux sonne, aujourd'hui, comme nul autre.

La *Revue*, c'était son idée. Elle lui cherchait, comme qui dirait, un autre parent. C'est ainsi qu'elle m'appela pour me demander de l'être.

Je lui aurais bien dit oui, si je n'attendais pas, de mon côté, au même moment, une – ou un – collègue, alors en passe d'être sélectionné pour étudier et enseigner, en tout particulier, les contrats publics.

J'avais donc dit à Ann Lawrence que le mieux serait sans doute de confier ce projet exaltant à cette – ou à ce – collègue futur qui devait bientôt me rejoindre au Centre Montesquieu d'études de l'action publique.

C'est ainsi qu'apprenant la nomination du professeur Kris Wauters à l'UCLouvain, je mis Ann Lawrence en contact avec Kris... *Zoals ze in Vondels's taal zeggen, is de rest geschiedenis...*

3. Au début de l'été 2021, c'est précisément Kris qui, à son tour, m'a demandé si j'accepterais de rédiger le prologue francophone du numéro « anniversaire » qui paraît aujourd'hui.

Je n'hésitai pas un instant, en repensant à la genèse de la *Revue*, sans, par contre, imaginer

– est-il besoin de l'écrire ? – ce que la suite de l'été réserverait de dramatique...

4. Ann Lawrence n'était pas seulement la maman de la *Revue*. Elle était aussi une personnalité généreuse, dotée d'une ouverture d'esprit hors du commun et douée d'une grande imagination. Elle aimait le droit, passionnément. Elle aimait la justice, aussi.

Pour célébrer la *Revue* et, avec elle, sa maman, c'est l'actuel système de protection juridictionnelle en droit des contrats publics que j'ai choisi de mettre à l'honneur.

5. Le système de protection juridictionnelle en vigueur est complexe. Il multiplie les distinctions en tous genres, sur la base de critères dont la pertinence peut être questionnée. Il est, par ailleurs, fait de zones d'ombre et de questions non résolues.

Dans le cadre imparti, l'on ne peut tout envisager, encore moins tout développer. L'on se contente, dès lors, de relever un certain nombre de difficultés qui concernent principalement le contentieux de l'attribution des contrats publics, mais aussi – même si c'est dans une moindre mesure – le contentieux de l'exécution.

Les difficultés relevées n'ont pas la prétention d'être exhaustives. Elles visent, plus prosaïquement, à illustrer l'imperfection du système de protection juridictionnelle actuellement institué, pour démontrer l'utilité, sinon la nécessité, qu'il y aurait à le revoir.

6. Au nombre des difficultés que chacun est amené à rencontrer, ne peut-on pas se poser les questions suivantes ?

– De manière générale, quelle est la pertinence d'avoir institué deux régimes juridictionnels différents pour les contrats publics, selon que ceux-ci entrent ou non dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 ?

(1) Le présent texte a été établi avec la précieuse collaboration de Pauline Abba, assistante à l'UCLouvain et avocate au barreau de Bruxelles, de Caroline Delforge, assistante à l'UCLouvain et avocate au barreau de Charleroi, et de Kevin Polet, assistant à l'UCLouvain et avocat au barreau du Brabant wallon.



- En particulier, pourquoi l'intérêt au recours est-il apprécié plus soupagement selon que le contrat entre ou non dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 ?
 - Pourquoi les délais de recours – spécialement, le délai de recours en suspension d'extrême urgence – et leur point de départ ne sont-ils pas identiques pour tous les contrats, que ceux-ci entrent ou non dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 ?
 - Pourquoi, dans la quasi-totalité des cas, les recours en suspension d'extrême urgence qui sont dirigés contre les décisions d'attribution de contrats échappant au champ d'application de la loi du 17 juin 2013 – notamment les concessions de services dont le montant estimé est inférieur à 5.382.000 € – sont-ils rejetés pour le motif que l'extrême urgence n'est pas établie, alors que lorsque la loi du 17 juin 2013 est applicable, l'extrême urgence est purement et simplement présumée ? Envisagée sous cet angle, la sévérité jurisprudentielle dont fait montre le Conseil d'État au sujet de la notion d'extrême urgence en matière de contrats échappant au champ d'application de la loi du 17 juin 2013 est-elle bien justifiée ?
 - Pourquoi le délai d'attente est-il applicable aux seuls contrats publics visés par la loi du 17 juin 2013 ? N'est-ce pas inciter l'adjudicateur à conclure rapidement les contrats non concernés par le délai d'attente, en vue d'empêcher toute éventuelle contestation ? Cette situation, qui aboutit, pour certains contrats, à empêcher l'opérateur économique irrégulièrement évincé d'obtenir le contrat, est-elle acceptable ?
 - De même, l'octroi de dommages et intérêts – ou d'une indemnité réparatrice – suffit-il à pallier la non-obtention d'un contrat dont l'attribution n'a pas été précédée d'un délai d'attente ? L'obtention du contrat en tant que telle n'est-elle pas, dans bien des cas, plus intéressante que de l'argent, notamment en termes de renommée et de références, sachant, qui plus est, que le temps d'une procédure en dommages et intérêts – ou en indemnité réparatrice – est un temps long qui n'apporte, de ce fait, pas un avantage aussi rapide au requérant que l'obtention du contrat proprement dit.
 - Est-il acceptable que la dualité des régimes de protection juridictionnelle conduise, en cas de doute au sujet de la qualification du contrat ou au sujet du montant estimé du contrat, à imposer au requérant qu'il envisage toutes les situations possibles et multiplie ainsi les recours, sur différents fondements, afin de se donner les meilleures chances d'obtenir gain de cause ? Ne s'agit-il pas d'une perte de temps et d'argent tant pour l'opérateur économique que pour l'adjudicateur et la justice ?
 - Est-il justifié que la distinction entre les contrats qui sont soumis à la loi du 17 juin 2013 et les autres aboutisse à ce que la réclamation déposée auprès d'un médiateur institutionnel suspende, pour un temps, le délai d'introduction du recours en annulation pour certains contrats, alors que tel n'est pas le cas pour d'autres, à tout le moins si on interprète l'article 19, alinéa 3, des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » de façon littérale ?
 - Quelle est la pertinence d'avoir institué, au sein de la loi du 17 juin 2013, deux régimes juridictionnels différents, selon que le pouvoir adjudicateur est ou non une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » ?
- La situation n'est-elle pas problématique à trois titres au moins ? Pourquoi existe-t-il des différences de jurisprudence entre les deux ordres juridictionnels, par exemple celle relative à l'absence d'intérêt à agir devant les juridictions de l'ordre judiciaire lorsque le contrat est conclu en l'absence de délai d'attente ? Par ailleurs, pourquoi les conditions de traitement des affaires ne sont-elles pas identiques devant les deux ordres juridictionnels, notamment en termes de délais ? Enfin, tout doute quant à la qualification de l'adjudicateur en tant qu'autorité administrative ne conduit-elle pas à devoir multiplier les recours, sachant que la notion d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées « sur le Conseil d'État » est, qui plus est, instable par nature ?
- Quelle est la pertinence de distinguer les contrats en fonction de leur valeur estimée ou du montant de la dépense à approuver ? En quoi la valeur estimée justifie-t-elle réellement que le délai d'attente ne soit pas appliqué à certains contrats, ce qui prive de toute effectivité l'introduction d'un recours en suspension d'extrême urgence ? En quoi la dépense à approuver justifie-t-elle que certaines garanties en termes de motivation et de communication des décisions ne soient pas applicables ? La valeur estimée et la dépense à approuver d'un contrat suffisent-elles à traduire – à tout le moins à elles seules – l'importance du contrat ? Par ailleurs, les seuils retenus ne sont-ils pas trop élevés ?
 - Quelle est la place, mais aussi la pertinence, de la théorie de l'acte détachable ?
 - Comment justifier que seules certaines illégalités soient susceptibles d'entraîner la déclaration d'absence d'effets du contrat ?



- Comment articuler le régime de la déclaration d'absence d'effets du contrat avec les actions en nullité de droit commun et les actions en cessation de pratiques commerciales déloyales ?
- Dans les relations qui précèdent et qui entourent l'attribution du contrat, quelle importance faut-il donner à la bonne foi du soumissionnaire et quelle doit être la mesure de la collaboration entre les parties ?
- Eu égard au régime particulier reconnu au moyen d'ordre public, la législation et la réglementation sur les marchés publics relèvent-elles de l'ordre public ? Si oui, dans quelle mesure ?
- Comment calculer l'indemnité due au soumissionnaire évincé lorsque la loi n'en établit pas, par avance, le pourcentage forfaitaire ?
Les pratiques jurisprudentielles ne varient-elles pas inutilement sur ce point, dès lors que l'on constate une tendance à se référer au forfait de 10 % prévu par la loi, tantôt pour déterminer l'indemnité totale due, tantôt pour déterminer la marge bénéficiaire du requérant ? Une telle pratique est-elle acceptable ? Quelle doit, notamment, être la place de l'expertise dans le contentieux de l'attribution des marchés publics ?
- En matière d'exécution des contrats publics, est-il justifié que s'agissant des concessions domaniales

– et de services –, la résiliation qui procède de l'*imperium* de l'adjudicateur soit susceptible de recours devant le Conseil d'État, alors que celle qui procède d'une clause contractuelle ne l'est pas ?

Cet enseignement jurisprudentiel du Conseil d'État doit-il être étendu aux autres contrats publics, que ceux-ci entrent ou non dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 ?

7. À l'éventail des nombreuses différences ainsi recensées, qui façonnent le système en vigueur, il est, bien sûr, des explications.

Sans doute que les plus récurrentes sont les exigences minimales du droit européen – au-delà desquelles le législateur belge n'est pas tenu et n'est, dès lors, pas nécessairement tenté d'étendre la protection –, et l'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution, qui prescrit que les contestations portant sur les droits subjectifs de nature civile sont exclusivement du ressort des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire.

Mais, devant le caractère inique d'une série de situations concrètes, n'est-il pas temps de repenser certains sujets pour parvenir à une meilleure lisibilité du système et à une plus grande égalité dans les standards de protection du droit public contractuel ?

Le sujet mérite, comme bien d'autres, réflexion.