

L'emploi des langues en matière militaire dans le cadre des marchés publics : quelques observations sur la loyauté procédurale et les moyens d'ordre public

Note sous l'arrêt
C.E., 18 décembre 2019, *Avico et csrts*, n° 246.459, pp. 79-81

NICOLAS BERNARD

Référénaire à la Cour constitutionnelle
Collaborateur scientifique au Centre de recherche sur l'État et la Constitution (UCLouvain)
Chercheur associé au Centre interdisciplinaire de recherches
en droit constitutionnel et administratif (USL-B)

« [...] »

XI. MOYEN NOUVEAU

À l'audience du 22 novembre 2019, les requérantes ont soulevé un moyen nouveau, pris de la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966. Elles ont fait valoir, à ce propos, que c'est au mépris notamment de ces lois que certains documents du marché litigieux, qu'elle considère [sic] comme essentiels, sont rédigés en langue anglaise. Elles citent, à ce propos, l'annexe B au cahier spécial des charges, intitulée "*Operational and technical requirements for the services*". En exposant leur moyen en termes de plaidoiries, elles n'ont pas soutenu que l'irrégularité dénoncée les avait lésées, tout en précisant qu'un tel moyen était d'ordre public.

Il ressort de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée [i.e. loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions] que la demande de suspension dont est saisi le Conseil d'État en la présente cause et les moyens soulevés à l'appui de celle-ci doivent être examinés exclusivement dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, ce qui réduit sensiblement les droits de la défense des autres parties ainsi que la contradiction des débats. Cette procédure ne paraît certes pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens. Encore faut-il que le moyen nouveau puisse être débattu en tous ses

aspects à l'audience. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le moyen nouveau est présenté comme étant d'ordre public, il peut se justifier qu'il ne soit pas examiné lorsque l'invocation de ce moyen par la partie requérante apparaît, au vu des circonstances propres au cas d'espèce, comme portant une atteinte avérée à la loyauté procédurale, qui constitue un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours.

En l'espèce, il n'apparaît pas que les requérantes n'étaient pas en mesure de soulever leur moyen nouveau dès l'introduction de leur requête. Elles ne font d'ailleurs valoir aucune circonstance qui les en aurait empêchées.

Au vu des exigences de traitement procédural de la présente demande et des circonstances dans lesquelles les requérantes invoquent pour la première fois à l'audience l'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, leur moyen nouveau doit être déclaré irrecevable.

L'irrecevabilité du moyen nouveau n'empêche certes pas que la légalité des documents du marché, au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, soit examinée d'office par le Conseil d'État au titre d'un moyen d'ordre public qui serait formulé en ce sens et que, si une irrégularité devait être constatée à cette occasion, le moyen qui la dénonce puisse être déclaré sérieux.

Toutefois, le Conseil d'État ne peut – sous peine de méconnaître le principe du contradictoire – considérer comme sérieux au sens de l'article 47 de la loi



du 17 juin 2013 précitée un moyen soulevé dans ces circonstances et ordonner, sur la base de ce moyen, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué si les parties n'ont pas été mises en mesure de s'exprimer utilement sur les différentes questions que peut susciter le traitement d'un tel moyen. Cette exigence doit être combinée avec l'exigence, précédemment évoquée, d'examen de la demande de suspension exclusivement selon la procédure d'extrême urgence.

La jurisprudence et la doctrine pertinentes ont mis en évidence les questions que peut susciter un moyen (soulevé d'office, le cas échéant) pris de la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, et ce particulièrement au regard de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Cette disposition est libellée comme suit :

"Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte".

Cette disposition contraint à se demander si – à la supposer vérifiée – l'irrégularité des documents du marché au regard des dispositions des lois sur l'emploi des langues en matière administrative peut entraîner l'annulation (et, le cas échéant, la suspension) de la décision d'attribution du marché prise en application de ces documents. Par ailleurs, lorsque – comme en l'espèce – le Conseil d'État est saisi d'une demande de suspension au sens de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 précitée, se pose également – pour tirer les conséquences de l'irrégularité constatée – la question de l'applicabilité de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le

Conseil d'État précitées au traitement des recours soumis au régime juridique défini par cette loi du 17 juin 2013.

À raison de l'incidence – sur le sort d'un constat d'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative – des réponses qu'appellent ces questions, celles-ci doivent avoir été débattues utilement par les parties, même lorsque c'est l'instance de recours qui se saisit d'une telle cause d'irrégularité, sous peine de méconnaître le principe du contradictoire. Cette instance ne peut, en soulevant un moyen d'office reposant sur des moyens de fait et de droit non discutés durant la procédure, prendre les parties au dépourvu.

À l'audience du 22 novembre 2019, les parties n'ont pas été en mesure de débattre utilement de ces questions. Il n'apparaît pas – au vu des exigences procédurales précédemment rappelées – qu'elles puissent le faire à ce stade de la procédure, sous peine de retarder (plus encore que ce qu'impose, par ailleurs, l'examen particulièrement fastidieux de la requête introduite en l'espèce) le traitement de la demande de suspension, dans une mesure incompatible avec l'objectif de traitement rapide et efficace des demandes de suspension introduites sur le fondement de la loi du 17 juin 2013.

Dans ces circonstances, l'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative ne peut, à la supposer établie, être invoquée d'office par le Conseil d'État en la présente cause et au stade de l'examen de la demande de suspension, au point que soit déclaré sérieux un moyen formulé en ce sens.

[...] »

*

Introduction

Le 24 octobre 2018, la Défense belge a décidé de remplacer ses avions de combat F-16 par des F-35 *Lightning II*. Cette procédure a suscité moult débats⁽¹⁾, ce qui a fait passer le remplacement des avions de transport de personnes relativement inaperçu. Ces appareils forment la « flotte blanche », qualificatif donné en raison de la couleur classiquement arborée par les aéronefs⁽²⁾. Ses principales

activités consistent à assurer le transport aérien des personnalités politiques belges et européennes. Pour des raisons budgétaires, la Défense a décidé de ne pas acquérir directement ces appareils de transport, mais a privilégié un contrat de services de type *corporate*. Ce contrat de *leasing* commercial s'inscrit dans une vaste tendance d'externalisation des missions militaires. Depuis 2017, de nombreuses activités « accessoires » de la Défense belge ont progressivement été externalisées. Outre le transport

(1) Voy. N. B. BERNARD, « La procédure de remplacement des F-16 : entre transparence et opacité », *R.B.D.C.*, 2019, pp. 161-200.

(2) Sur le rôle actuel dévolu à la flotte blanche, voy. R. FLAMANT et P.-J. PARREIN, *La vision stratégique pour la Défense*, Bruxelles, Ministère de la Défense, 2016, pp. 141-142.



aérien de personnes, c'est aussi le cas du transport automobile commercial, de la garde des casernes et quartiers militaires, ou encore des activités de restauration⁽³⁾. D'un point de vue juridique, l'externalisation de ces missions se réalise exclusivement par le biais de marchés publics de services.

Le 14 octobre 2019, le ministre de la Défense a attribué le marché de services concernant le transport aérien de personnes à la société *Abelag Aviation*. Le 25 octobre 2019, les candidats non retenus ont introduit un recours en suspension en extrême urgence devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, visant à faire suspendre l'exécution du marché, mais aussi à faire annuler la décision d'attribution⁽⁴⁾. L'arrêt a été rendu le 18 décembre 2019. Les requérants ont développé de longs moyens, qui ont été successivement rejetés par la section du contentieux administratif au terme d'une analyse particulièrement fastidieuse due à la longueur de la requête et de ses multiples *addendum*⁽⁵⁾. Cette partie de l'arrêt n'appelle pas de commentaire. Toutefois, à l'audience du 22 novembre 2019, les requérants ont invoqué un *moyen nouveau*, pris de la violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative. L'annexe B au cahier spécial des charges est en effet rédigée en anglais, et un tel moyen est bien entendu d'ordre public. Le Conseil d'État a effectué son examen en deux temps. Tout d'abord, il a déclaré le moyen nouveau *irrecevable* au motif qu'il consiste en « une atteinte avérée à la loyauté procédurale, ce qui constitue un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat du recours »⁽⁶⁾. Ensuite, il a refusé d'examiner lui-même, d'office, le moyen d'ordre public « sous peine de méconnaître le principe du contradictoire ». Le juge administratif considère en effet qu'il « ne peut, en soulevant un moyen d'office reposant sur des moyens de fait et de droit non discutés durant la procédure, prendre les parties au dépourvu », dès lors que les parties n'ont pas pu en débattre à l'audience⁽⁷⁾.

L'analyse de l'évolution de la jurisprudence administrative révèle que l'arrêt du 18 décembre

2019 précise et nuance la position antérieure du Conseil d'État relative au sort à réserver aux moyens d'ordre public, tels que ceux pris de la violation de la législation sur l'emploi des langues en matière administrative (A). L'ancienne position avait d'ailleurs suscité des réactions de la part des pouvoirs publics (B). Dans cette perspective, l'arrêt apporte certaines précisions relatives au rapport qu'entretiennent ces moyens avec la loyauté procédurale qui est attendue des parties (C).

A. L'emploi des langues en matière administrative est d'ordre public : l'arrêt *Bull* du 13 février 2014

La Défense est un service public centralisé de l'État dont l'activité s'étend à tout le pays. De premier abord, il semble par conséquent tomber sous le champ d'application des lois coordonnées le 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative. Néanmoins, l'emploi des langues dans l'armée est régi par une loi particulière du 30 juillet 1938 « concernant l'usage des langues à l'armée »⁽⁸⁾. L'article 27 de la loi du 30 juillet 1938 établit que « les avis et les communications que les autorités [militaires] adressent au public sont rédigés conformément aux lois sur l'emploi des langues en matière administrative », de sorte qu'il y a bien lieu d'appliquer à la Défense le même régime linguistique que celui imposé aux autres services publics par les lois coordonnées sur l'emploi des langues. En vertu de l'article 40 desdites lois, tout service public centralisé de l'État doit faire ses communications au public en français et en néerlandais⁽⁹⁾. La Commission permanente de contrôle linguistique a en outre considéré, dans un avis du 13 janvier 1980, que les divers documents de marché public constituent des communications au public⁽¹⁰⁾. Du reste, la réglementation relative aux marchés publics – tant actuelle, qu'ancienne – ne déroge pas aux lois coordonnées, dès lors qu'elle s'applique « sans préjudice de l'application des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière

(3) Voy. *Ibid.*, pp. 194-197.

(4) C.E., 18 décembre 2019, *Avico et csrts*, n° 246.459, p. 1.

(5) L'arrêt, rendu en référé, fait quatre-vingt-cinq pages. La Haute juridiction administrative utilise elle-même le terme « fastidieux » pour qualifier l'examen de la requête qu'elle est tenue d'opérer (*ibid.*, p. 81).

(6) *Ibid.*, p. 79.

(7) *Ibid.*, p. 80.

(8) Loi du 30 juillet 1938 concernant l'usage des langues à l'armée, *M.B.*, 22 août 1938 ; F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2017, p. 83.

(9) Lois coordonnées le 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, *M.B.*, 2 août 1966, art. 40, al. 2.

(10) P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, t. 1, *Commentaire*, Bruxelles, Kluwer, 2018, p. 545 ; K. E. MÖRIC et C. ESTAS, « L'emploi des langues dans le droit des marchés public », *Rev. dr. commun.*, n° 3, 2016, p. 29.



administrative »⁽¹¹⁾. On en déduit que lorsqu'un pouvoir adjudicateur est soumis aux lois coordonnées sur l'emploi des langues – comme c'est le cas du ministère de la Défense –, le cahier des charges doit être rédigé en français et en néerlandais⁽¹²⁾.

Le Conseil d'État considère que le moyen pris de la violation de la réglementation linguistique est d'ordre public⁽¹³⁾. Il le rappelle avec force dans l'arrêt *Bull* du 13 février 2014⁽¹⁴⁾. Les faits à l'origine de l'arrêt peuvent être résumés comme suit. La société *Bull* participe à un marché de prestation de services organisé par la Défense belge, dont l'objet est la location d'une capacité de stockage de données pour le centre de calcul du Ministère de la Défense. L'offre de la société est considérée comme non conforme au cahier des charges. Selon la procédure d'extrême urgence, *Bull* sollicite l'annulation et la suspension de la décision constatant l'irrégularité de son offre ainsi que de la décision d'attribution⁽¹⁵⁾. La requérante invoque comme premier moyen la violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative⁽¹⁶⁾, dès lors que plusieurs annexes du cahier spécial des charges n'ont pas été rédigées en français et en néerlandais, mais uniquement en anglais. Les parties adverse et intervenante dénie l'intérêt au moyen de la requérante, et lui reprochent de ne pas avoir formulé plus tôt l'objection. Par ailleurs, elles considèrent qu'il ne s'agit que d'annexes, et non du « corps » du cahier spécial des charges, mais aussi que l'anglais est langue véhiculaire dans le domaine informatique et, enfin, qu'une rédaction en français et néerlandais des annexes n'a pas été possible, eu égard à la terminologie technique des termes anglais, qui sont tout simplement impossibles à traduire⁽¹⁷⁾. La Haute juridiction administrative répond méticuleusement aux arguments des parties. Elle affirme qu'un tel moyen est d'ordre

public, de sorte que la requérante ne doit pas se prévaloir d'un quelconque intérêt. La tardiveté de la critique est rejetée. Quant à l'utilisation de l'anglais, le Conseil d'État considère que la prétendue annexe est en réalité une « prescription essentielle » du cahier spécial des charges, dès lors qu'elle énonce les conditions techniques du marché. Ensuite, la circonstance que l'anglais soit la langue véhiculaire dans le domaine informatique est un simple usage, qui ne peut primer la loi, d'autant moins lorsqu'elle est d'ordre public. Enfin, l'argument de la terminologie technique est également rejeté. Le Conseil d'État considère que les termes sont traduisibles, mais aussi que les clauses ne comportent pas de terminologie technique. En conséquence, le juge administratif juge le moyen pris de la violation de l'emploi des langues sérieux et suspend *in fine* la décision⁽¹⁸⁾.

Il convient de noter que l'arrêt est rendu sous l'empire de l'« ancienne version » des lois coordonnées sur le Conseil d'État⁽¹⁹⁾, ce qui a une incidence sur l'examen de l'intérêt du requérant au moyen. Comme aujourd'hui, il était requis que le moyen invoqué en suspension soit « sérieux », ce qui signifie qu'il doit apparaître recevable et susceptible d'annulation, à première vue et dans l'état du dossier, sans nécessiter un long et méticuleux examen, ce qui serait incompatible avec la notion de référé⁽²⁰⁾. Le caractère susceptible d'annulation renvoyait à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées, ancienne version, qui établissait seulement que « la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements » des autorités administratives. L'article 14 précité n'exigeait pas, contrairement à aujourd'hui, que l'irrégularité ait exercé une

(11) Voy., pour la réglementation actuelle, arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, *M.B.*, 23 juin 2017, art. 60, § 1^{er}; arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 mai 2017, art. 53, § 1^{er}; arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, 1^{er} février 2012, art. 55, § 1^{er}. En ce qui concerne l'ancienne réglementation, voy. arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, *M.B.*, 11 février 2013, art. 58, § 1^{er}; arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, art. 53, § 1^{er}.

(12) P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, op. cit., p. 545.

(13) F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, op. cit., p. 481.

(14) C.E., 13 février 2014, *Bull*, n° 226.429. Sur cet arrêt, voy. K. E. MÖRIC et C. ESTAS, « L'emploi des langues dans le droit des marchés public », op. cit., pp. 22-39 et Q. PEIFFER, « L'emploi des langues dans les marchés publics sous l'angle du droit constitutionnel », *A.P.T.*, n° 4, 2014, pp. 656-663.

(15) C.E., 13 février 2014, *Bull*, préc., p. 1.

(16) Plus précisément leur article 40, alinéa 2.

(17) C.E., 13 février 2014, *Bull*, préc., pp. 13-17.

(18) C.E., 13 février 2014, *Bull*, préc., pp. 17-20.

(19) L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État a été modifié par la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, *M.B.*, 3 février 2014, art. 2, qui entre en vigueur le jour de sa publication, alors que la requête à l'origine de l'arrêt *Bull* a été introduite le 26 décembre 2013.

(20) D. RENDERS, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 312.



influence sur le sens de la décision prise, privé le justiciable d'une garantie ou affecté la compétence de l'auteur de l'acte⁽²¹⁾. Dans cette perspective, et eu égard à la législation applicable au moment de rendre sa décision, le Conseil d'État considère dans l'arrêt *Bull* le moyen sérieux. Le contenu des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative constitue en effet une formalité « prescrite à peine de nullité ». Plus encore, le juge administratif affirme que les annexes apparaissent comme un élément essentiel du cahier spécial des charges⁽²²⁾. Il prend ainsi position dans la controverse doctrinale de l'époque. En effet, une première partie de la jurisprudence considère alors que le moyen d'ordre public est toujours recevable, peu importe l'intérêt du requérant au moyen. D'autres arrêts, au contraire, sont moins catégoriques et analysent, en dépit du caractère d'ordre public du moyen, l'intérêt du requérant, pour rejeter le cas échéant ledit moyen si la violation n'a eu aucune incidence sur le contenu de l'acte attaqué, n'a pas lésé la partie, ou encore n'a pu nuire à la compréhension de l'acte attaqué⁽²³⁾.

Comme nous venons de le préciser, la Sixième réforme de l'État a introduit un alinéa 2 à l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Désormais, il est spécifié que « les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte »⁽²⁴⁾. Selon la doctrine, depuis l'ajout de cet alinéa, le moyen d'ordre public ne pourrait dès lors plus automatiquement être considéré comme « sérieux »⁽²⁵⁾. La controverse doctrinale mentionnée

ci-dessus n'est toutefois pas définitivement tranchée par le législateur, qui affirme en effet – dans les travaux préparatoires toutefois⁽²⁶⁾ – que le nouveau régime « n'affecte, cependant, pas la jurisprudence relative aux dispositions qui sont d'ordre public »⁽²⁷⁾. Comme le précise Frédéric Gosselin, le législateur n'a donc « pas explicitement tranché la controverse et a en réalité renvoyé dos à dos les jurisprudences divergentes qui viennent d'être évoquées et qui existaient au moment de l'adoption de cet article »⁽²⁸⁾. L'arrêt *Siemens* du 5 février 2015 semble toutefois aller dans le sens privilégié par la doctrine, dans le contentieux spécifique de la législation relative à l'emploi des langues en matière administrative. Dans cette décision, le juge administratif interprète l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2 nouveau, des lois coordonnées sur le Conseil d'État de telle sorte que le moyen d'ordre public pris de la violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative n'est recevable que si la partie requérante peut se prévaloir d'un intérêt, notamment si la violation a concerné une partie substantielle de la décision⁽²⁹⁾ : « *wel is het zo dat, hoewel de taalwetgeving in bestuurszaken van openbare orde is en iedere overtreding ervan, desnoods ambtshalve door de Raad van State mag worden opgeworpen, die overtreding betrekking moet hebben op een substantieel onderdeel van de besluitvorming. De aangevoerde miskennis van de taalwetgeving moet de besluitvorming op wezenlijke wijze hebben beïnvloed of verhinderd hebben dat die werd beïnvloed* »⁽³⁰⁾. Dans cet arrêt, le juge administratif considère que le moyen concerne une partie substantielle de la décision attaquée pour rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la défenderesse⁽³¹⁾. *In fine*, le juge suspend la décision

(21) Voy. *infra*.

(22) K. E. MÖRIC et C. ESTAS, « L'emploi des langues dans le droit des marchés public », *op. cit.*, pp. 24 et 25. Sur l'évolution de la jurisprudence relative à la question, voy. F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, *op. cit.*, pp. 482 et 483.

(23) *Ibid.*, pp. 481-483.

(24) Lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, *M.B.*, 21 mars 1973, art. 14, § 1^{er}, al. 2, inséré par la loi du 20 janvier 2014, *M.B.*, 3 février 2014, art. 2.

(25) F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, *op. cit.*, pp. 484 et 485 ; K. E. MÖRIC et C. ESTAS, « L'emploi des langues dans le droit des marchés public », *op. cit.*, p. 25.

(26) Pour rappel, les affirmations mentionnées dans les travaux préparatoires sont dépourvues de portée normative : elles ne revêtent qu'une portée interprétative. Sur cette question, voy. N. B. BERNARD, « Les choix légistiques du Constituant comme limites formelles au contrôle de la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2018, pp. 471-473.

(27) Projet de loi portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2012-2013, n° 2277/1, p. 11.

(28) F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, *op. cit.*, p. 484.

(29) Dans l'arrêt *Siemens*, la société éponyme avait déposé une offre dans le cadre d'un marché de fourniture de circuits de voie à joints électriques lancé par *Infrabel*. Cette offre n'avait pas été retenue par *Infrabel*. *Siemens* a introduit une demande en suspension en extrême urgence contre la décision de non-attribution et la décision d'attribution à la société *Alstom*. La société requérante a notamment invoqué la violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, dès lors que divers documents du marché, mais également des décisions envoyées par *Infrabel*, avaient été exclusivement rédigés en français et non en néerlandais (C.E., 5 février 2015, *Siemens*, n° 230.117, pp. 17-22 ; K. E. MÖRIC et C. ESTAS, « L'emploi des langues dans le droit des marchés public », *op. cit.*, p. 29).

(30) C.E., 5 février 2015, *Siemens*, préc., p. 18, souligné par nous.

(31) C.E., 5 février 2015, *Siemens*, préc., pp. 18 et 19.



querellée pour violation des lois sur l'emploi des langues en matière administrative⁽³²⁾.

Une incertitude demeure toutefois. Tant dans l'affaire *Bull* que dans l'affaire *Siemens*, l'arrêt a été rendu selon l'ancienne procédure de suspension en matière de marchés publics, telle qu'organisée par la loi du 24 décembre 1993⁽³³⁾, et pas selon la nouvelle, prévue par la loi du 17 juin 2013⁽³⁴⁾. La transposition des principes dégagés par le juge administratif à la procédure visée par la loi du 17 juin 2013 reste à ce stade incertaine.

B. La tentative d'assouplissement de l'ordre public : l'avant-projet de loi modifiant les lois du 15 juin 2006 et du 13 août 2011

L'arrêt *Bull* a suscité d'importantes réactions de la part des autorités publiques. La Commission des marchés publics a réagi en suggérant un assouplissement de la législation relative aux marchés publics en matière d'emploi des langues, pour autoriser l'usage de l'anglais en ce qui concerne les spécifications techniques relatives aux domaines spécialisés, qui ne sont souvent disponibles qu'en cette langue⁽³⁵⁾. À la suite de cette suggestion, le Conseil des ministres du Gouvernement Di Rupo a approuvé en avril 2014 un avant-projet de loi « insérant une dérogation spécifique et exceptionnelle à l'emploi des langues dans la législation relative aux marchés publics », qui « vise à créer une possibilité de dérogation spécifique et exceptionnelle à l'emploi des langues imposé par les lois coordonnées dans le cadre des marchés publics », assortie de strictes conditions et s'appliquant « à des marchés complexes dans des domaines spécialisés pour lesquels les spécifications techniques ne sont généralement disponibles qu'en anglais »⁽³⁶⁾.

Plus précisément, l'avant-projet de loi proposait une modification de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services⁽³⁷⁾, et de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité⁽³⁸⁾. Dans chacune de ces lois, l'avant-projet proposait d'ajouter un article disposant que les pouvoirs adjudicateurs, entreprises publiques et entités adjudicatrices soumis aux lois sur l'emploi des langues en matière administrative peuvent utiliser dans leurs documents de marché une autre langue que le français ou le néerlandais⁽³⁹⁾. L'exposé des motifs précisait que l'application stricte des lois coordonnées peut susciter d'importants problèmes lors de la rédaction ces documents, notamment en ce qui concerne le volet technique du cahier spécial des charges. En effet, certains marchés complexes dans des domaines spécialisés exigent la mention de spécifications techniques disponibles uniquement en anglais, impossibles à traduire en français, néerlandais ou allemand, ou du moins pas avec une précision suffisante, ce qui risque de nuire à la compréhension des entreprises intéressées. Plus généralement, l'application des lois coordonnées est présentée comme une entrave à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux en ce qui concerne les marchés lancés au niveau européen, voire international. L'Agence européenne de défense, par exemple, insiste sur l'emploi de l'anglais dans les documents de marché, de sorte à garantir la libre concurrence⁽⁴⁰⁾.

Trois conditions étaient imposées par l'avant-projet de loi pour déroger à la législation relative à l'emploi des langues. *Premièrement*, la nature du marché et ses spécifications techniques particulières empêchent que tout ou partie des documents

(32) *Ibid.*, p. 22.

(33) Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, *M.B.*, 22 janvier 1994, art. 65/15, inséré par la loi du 23 décembre 2009, art. 2.

(34) Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, *M.B.*, 21 juin 2013, intitulé modifié par la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 17 mars 2017, art. 2.

(35) Q. PEIFFER, « L'emploi des langues dans les marchés publics sous l'angle du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 658.

(36) Communiqué de presse du Conseil des ministres du 25 avril 2014, « Emploi des langues dans les marchés publics », disponible en ligne sur : www.news.belgium.be.

(37) Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, abrogée par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, art. 190.

(38) Loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, 1^{er} février 2012.

(39) Avant-projet de loi modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, art. 2 et 3 (non déposé à la Chambre).

(40) Avant-projet de loi précité, pp. 2-4.



soit rédigé dans les langues imposées par lesdites lois coordonnées, parce que la traduction est soit impossible, soit pas assez précise. *Deuxièmement*, le choix d'une autre langue que celle normalement prévue doit être formellement motivé par l'autorité qui lance le marché. *Troisièmement*, le nom et l'adresse de ladite autorité doivent être mentionnés dans les langues prévues par les lois coordonnées. Ces conditions sont cumulatives⁽⁴¹⁾.

L'avant-projet de loi a reçu un avis positif de la Commission permanente de contrôle linguistique⁽⁴²⁾ ainsi que de la Commission des marchés publics⁽⁴³⁾. La section de législation du Conseil d'État a toutefois attiré l'attention sur le respect des règles répartitrices de compétences entre l'État, les communautés et les régions. Elle a rappelé que l'article 129, § 1^{er}, 1^o, de la Constitution attribue la compétence de l'emploi des langues en matière administrative aux communautés française et flamande dans les régions de langue française et néerlandaise, sauf en ce qui concerne « les communes ou groupes de communes contigus à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle ils sont situés » ; pour « les services dont l'activité s'étend au-delà de la région linguistique dans laquelle ils sont établis » ; et, enfin, pour « les institutions fédérales et internationales désignées par la loi dont l'activité est commune à plus d'une communauté ». Dans ces domaines, le législateur fédéral est compétent⁽⁴⁴⁾. Il l'est également sur les territoires des régions de langue allemande et bilingue de Bruxelles-capitale et pour « les communes, services et institutions visés à l'article 129, § 2, de la Constitution ». Il en découlait que l'avant-projet de loi devait se limiter aux pouvoirs adjudicateurs relevant de la compétence l'autorité fédérale⁽⁴⁵⁾. C'est le cas des différents Services publics fédéraux et du Ministère de la Défense, par exemple, mais pas de la plupart des autorités communales ou provinciales situées sur le territoire des régions de langue française et néerlandaise.

Néanmoins, aucune suite n'a été donnée à l'avant-projet de loi : ce dernier n'a pas été déposé à la Chambre, l'accord du Gouvernement du 9 octobre 2014 était muet sur la question, la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ne comportait aucune exception à la législation linguistique⁽⁴⁶⁾, et la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité n'a pas été modifiée en ce sens. La tentative d'assouplissement initiée par le Gouvernement est restée lettre morte.

C. La loyauté procédurale peut tenir l'ordre public matériel en échec : l'arrêt *Avico* du 18 décembre 2019

Les développements qui précèdent illustrent l'importance de l'arrêt *Avico* du 18 décembre 2019 dans le contentieux relatif à l'emploi des langues en matière de marchés publics. Il répond à plusieurs questions fondamentales pour les praticiens, bien qu'il ne lève pas toutes les incertitudes.

Tout d'abord, dans la lignée de l'arrêt *Siemens*, le Conseil d'État tempère le caractère absolu des moyens d'ordre public dans le contentieux de l'extrême urgence. Néanmoins, le recours dont le juge administratif est saisi dans l'arrêt *Avico* – et contrairement à l'arrêt *Siemens* – est introduit sur la base de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. La Haute juridiction administrative adopte toutefois un raisonnement semblable en ce qu'un moyen pris de la violation d'une règle d'ordre public n'est pas *ipso facto* recevable. *In casu*, le Conseil d'État considère que la *loyauté procédurale* peut s'opposer à ce qu'il soit invoqué à l'audience par les requérants, mais aussi à ce que le juge administratif lui-même soulève d'office le moyen. Ce principe, issu de la jurisprudence de la

(41) *Ibid.*, art. 2 et 3.

(42) Avis du 17 septembre 2014 de la Commission permanente de Contrôle linguistique.

(43) Avis du 31 mars 2014 de la Commission des marchés publics.

(44) Plus précisément, l'emploi des langues dans « les communes ou groupes de communes contigus à une autre région linguistique et où la loi prescrit ou permet l'emploi d'une autre langue que celle de la région dans laquelle ils sont situés » relève de la compétence du législateur spécial.

(45) Avis du 19 juin 2014 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, ainsi que la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité », pp. 10 et 11. Sur la question de la conformité de l'avant-projet de loi avec les règles répartitrices de compétences, voy. la remarquable étude de Q. PEIFFER, « L'emploi des langues dans les marchés publics sous l'angle du droit constitutionnel », *op. cit.*, pp. 658-660.

(46) K. E. MÖRIC et C. ESTAS, « L'emploi des langues dans le droit des marchés public », *op. cit.*, pp. 38 et 39 ; Q. PEIFFER, « L'emploi des langues dans les marchés publics sous l'angle du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 658.



Cour européenne des droits de l'homme⁽⁴⁷⁾, connaît un essor considérable en droit de la procédure civile⁽⁴⁸⁾. Il participe à l'idée que « le procès n'est pas une forme de combat où tous les coups sont permis. Il y a un minimum de *fair-play* à respecter. Chacune des parties doit se comporter loyalement et de bonne foi tant vis-à-vis du juge que de son adversaire »⁽⁴⁹⁾. Le développement de la loyauté procédurale en droit civil est tel que certains arrêts de la Cour de cassation semblent la considérer comme un principe général de droit⁽⁵⁰⁾, même si deux arrêts récents tendent à infirmer cette thèse⁽⁵¹⁾. À tout le moins, il est permis de considérer la loyauté procédurale comme un corollaire du principe du contradictoire, garanties du droit au procès équitable en droit civil⁽⁵²⁾.

Dans l'arrêt *Avico*, le juge administratif considère que la procédure d'extrême urgence réduit en elle-même, et de manière sensible, les droits de la défense ainsi que le principe du contradictoire. En théorie, la procédure d'extrême urgence ne s'oppose pas à ce que soient soulevés des moyens nouveaux, mais il faut que ces moyens puissent être débattus sous tous leurs aspects à l'audience, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. En outre, même un moyen présenté comme étant d'ordre public peut ne pas être examiné si son invocation apparaît comme une atteinte avérée à la loyauté procédurale. En l'espèce, rien n'indique que les requérantes n'étaient pas en mesure de soulever ce moyen dès l'introduction de la requête, et le soulever tardivement apparaît déloyal. Le Conseil d'État conclut donc qu'« au vu des exigences de traitement procédural de la présente demande et des circonstances dans lesquelles les requérantes invoquent pour la première fois à l'audience l'irrégularité des documents du marché au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, leur moyen nouveau doit être déclaré irrecevable »⁽⁵³⁾. Mais ce n'est pas tout. Dans un deuxième temps, la Haute juridiction administrative affirme que « l'irrecevabilité du moyen nouveau n'empêche certes pas que

la légalité des documents du marché, au regard des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, soit examinée d'office par le Conseil d'État au titre d'un moyen d'ordre public qui serait formulé en ce sens et que, si une irrégularité devait être constatée à cette occasion, le moyen qui la dénonce puisse être déclaré sérieux »⁽⁵⁴⁾. Mais à nouveau, le Conseil d'État considère que ce serait méconnaître le principe du contradictoire que de considérer le moyen à soulever d'office comme sérieux au sens de l'article 47 de la loi du 17 juin 2013.

En outre, le raisonnement du juge administratif dans l'arrêt *Avico* diffère de celui privilégié dans l'arrêt *Siemens*, car il n'examine pas la question de savoir si l'irrégularité concerne une partie essentielle de la décision, alors que les annexes dont il est question dans l'arrêt du 18 décembre 2019 semblent manifestement constituer des éléments essentiels du marché public. En effet, le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, calculée selon un critère de prix ainsi qu'un critère technique. Or, la cote attribuée aux offres pour le critère « TECHNIQUE » est calculée de la manière prévue par l'annexe rédigée en anglais⁽⁵⁵⁾. Dans l'arrêt *Avico*, la violation de la loyauté procédurale suffit pour ne pas considérer le moyen comme sérieux. La question du caractère essentiel de l'annexe est en réalité esquivée par le juge administratif : il se demande explicitement si l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État – lequel exige que l'irrégularité concerne une partie essentielle de la décision – s'applique aux recours soumis à la loi du 17 juin 2013. Il considère en tous cas que cette question doit être débattue utilement par les parties, ce qui n'a pas été le cas à l'audience et ce qui n'est plus possible à ce stade de la procédure sans la retarder de manière contraire à l'objectif de rapidité et d'efficacité propre à la procédure de suspension d'extrême urgence⁽⁵⁶⁾. Cette question devra par conséquent être débattue au stade de l'annulation, pour autant que la partie requérante décide de poursuivre la procédure.

(47) J.-M. SAUVÉ, « La qualité de la justice administrative », *RF adm. publ.*, 2016, p. 671.

(48) Voy. not., sur la question, T. MALENGREAU, « La loyauté procédurale dans la mise en état des causes civiles », *A.D.L.*, 2015, pp. 69 et s.

(49) D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, t. XIII, *La procédure notariale*, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 27, pp. 92 et 93.

(50) Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 27 novembre 2014, n° C.13.0466.F. Voy., à ce sujet, T. MALENGREAU, « La loyauté procédurale : la consécration ? », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 27 novembre 2014, *J.T.*, 2015, pp. 755-757.

(51) Cass. (1^{re} ch.), 13 décembre 2019 et Cass. (1^{re} ch.), 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, pp. 53 et s. et note T. MALENGREAU et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La loyauté procédurale abjurée », *J.T.*, 2021, pp. 54 à 57.

(52) Voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et loyauté procédurale : une double exigence du procès équitable », *A.P.T.*, 2006, pp. 33-37.

(53) C.E., 18 décembre 2019, *Avico et csrts*, préc., p. 79.

(54) *Ibid.*

(55) C.E., 18 décembre 2019, *Avico et csrts*, préc., p. 5.

(56) *Ibid.*, pp. 80 et 81.



Conclusion

L'arrêt *Avico* tempère la rigueur des principes de la législation relative à l'emploi des langues en matière administrative dans le contentieux de l'extrême urgence tel que prévu par la loi du 17 juin 2013. L'ordre public n'est pas absolu : la loyauté procédurale peut lui faire obstacle. L'arrêt connaîtra sans doute une suite au contentieux de l'annulation. Le Conseil d'État devra alors se positionner quant à l'articulation entre, d'une part, la procédure de suspension d'extrême urgence prévue dans les lois coordonnées sur le Conseil d'État et, d'autre part, celle figurant dans la loi du 17 juin 2013. Si le juge administratif décide d'appliquer à la seconde les principes de la première, il y a fort à parier qu'il annulera la décision d'attribution du marché à *Abelag Aviation*, dès lors que la violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues concerne une partie substantielle de la décision. Dans cette perspective, on ne peut qu'inciter le législateur à tempérer la rigueur de la législation linguistique dans la matière des marchés publics, de manière semblable à ce qui était prévu par l'avant-projet de loi modifiant les lois du 15 juin 2006 et du 13 août 2011 ; et ce en veillant bien entendu au respect des règles répartitrices de compétences telles que rappelées

par la section de législation du Conseil d'État dans son avis susmentionné. En l'état, les lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative imposent un formalisme excessif, et artificiel, pour certains marchés très techniques, comme c'est souvent le cas dans le domaine de la Défense, où l'anglais est, par ailleurs, langue véhiculaire pour la plupart sinon la totalité des opérations militaires.

À notre sens, l'arrêt *Avico* a tout d'un arrêt de principe en ce qu'il établit sans équivoque que le respect de la loyauté procédurale vise à préserver le caractère contradictoire des débats et peut tenir en échec un moyen d'ordre public au contentieux de l'extrême urgence⁽⁵⁷⁾. Il atteste en tous cas de l'entrée progressive du principe de loyauté procédurale dans le procès administratif (la jurisprudence administrative actuelle, tant des chambres francophones que néerlandophones du Conseil d'État, ne comporte qu'une quinzaine d'arrêts consacrés à la loyauté procédurale, ce qui est relativement peu). Ce faisant, le Conseil d'État pose les jalons d'un ordre public « procédural » qui, en fonction des circonstances de l'espèce, peut s'opposer à l'invocation de moyen d'ordre public que l'on qualifiera de « matériel », tel que la violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative⁽⁵⁸⁾⁻⁽⁵⁹⁾.

(57) Au contentieux de l'annulation, voy. C.E., 20 juin 2017, *S.A. European Air Transport*, n° 238.588, p. 4 et C.E., 13 octobre 2020, *Barbier*, n° 248.572, pp. 19-20.

(58) Nous transposons ici le raisonnement et l'expression de Jean-François van Drooghenbroeck concernant le droit de la procédure civile (voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Une victoire pour la loyauté procédurale », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} mars 2012, *J.T.*, 2012, p. 463).

(59) Nous tenons à remercier vivement, et amicalement, Delphine de Jonghe pour sa relecture attentive, ses remarques et ses précieuses suggestions.

