

La complexification du droit des contrats et marchés publics⁽¹⁾

KRIS WAUTERS

Professeur UCL et avocat

Cela résonne comme un mantra : le droit est complexe. Le droit des marchés publics et, par extension, le droit des contrats publics, n'échappent pas à cette complexité. S'agit-il d'une idée populiste ou est-ce que cette complexité est mesurable? Dans le contexte de la création d'une nouvelle revue scientifique, il importe de tenter d'objectiver cette complexité.

La réalité peut être objectivée selon des critères. Peter Schuck, professeur à la Yale University, a proposé une méthode pour mesurer la complexité d'une réglementation, méthode qui semble particulièrement adaptée au droit des marchés et des contrats publics. Il définit un système juridique complexe de la manière suivante :

I define a legal system as complex to the extent that its rules, processes, institutions, and supporting culture possess four features : density, technicality, differentiation, and indeterminacy or uncertainty⁽²⁾.

La notion de « densité » signifie que la réglementation essaie d'encadrer de manière détaillée le comportement diversifié des acteurs sur le terrain. Une réglementation complexe nécessite une certaine expertise technique, afin de comprendre et d'appliquer des distinctions souvent très variées contenues dans cette réglementation (*technicality*). Les règles applicables lorsqu'une autorité publique veut conclure un contrat, sont créées à différents niveaux. Les sources sont nationales et internationales. En outre, le juge joue un rôle important dans le développement des règles applicables (*differentiation*). Finalement, le nombre de règles conduit à l'imprévisibilité et à l'insécurité (*uncertainty*).

Ainsi, les critères sont fixés. Est-ce que le droit applicable à la passation, l'exécution des contrats et marchés publics et à la protection juridictionnelle répond à l'ensemble de ces critères?

Les quatre contributions⁽³⁾ présentées le 1^{er} avril 2011 permettent de donner un début de réponse.

Density

Une réglementation complexe essaie de fixer en détail le comportement des acteurs sur le terrain. Ces acteurs doivent savoir comment ils doivent agir lorsqu'ils se trouvent dans une situation concrète. En parcourant les thèmes exposés pendant la journée d'étude, on peut distinguer quatre acteurs : le pouvoir adjudicateur, les candidats dans le cadre de la passation du contrat, la partie qui exécute le contrat et le juge.

La mission du pouvoir adjudicateur lors de l'attribution d'un marché public s'alourdit. Sur base du principe d'égalité, les obligations du pouvoir adjudicateur s'amplifient de plus en plus. Un bon exemple est l'application de ce principe dans le cadre de la procédure négociée, les négociations étant de plus en plus encadrées. Un pouvoir adjudicateur a également une obligation d'information et de transparence davantage étendue, obligation formalisée notamment dans la loi du 23 décembre 2009. Pour la procédure d'adjudication, la réglementation sur les marchés publics prévoit une procédure détaillée. Cette procédure a encore été affinée par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence. La future réglementation belge ne semble pas être moins détaillée dans ce cadre. Carlos De Wolf a, dans sa contribution, donné de bons exemples, lorsqu'il parle de l'examen de la régularité des offres. Cependant, le principe d'un traitement égal, est un principe fondamental qui ne concerne pas uniquement l'attribution des contrats publics mais toutes les matières régies par le droit européen.

Les candidats ou soumissionnaires lors de la passation d'un contrat public ou ceux qui exécutent un contrat public, sont confrontés aux mêmes règles détaillées. Cela implique pour eux un coût supplémentaire et des investissements supplémentaires. L'introduction d'une telle offre demande un effort accru et les entreprises doivent constamment

(1) Ce texte est une reprise des conclusions exprimées lors de la journée d'étude du 1^{er} avril 2011 à l'occasion du lancement de la présente revue.

(2) P.H. SCHUCK, « Legal complexity : some causes, consequences, and cures », *Duke Law Journal*, 1992, vol. 42, 3.

(3) Voir le premier numéro de la revue.



perfectionner leur connaissance de ce droit spécifique. De plus, Isabelle Cooreman a démontré dans sa contribution que l'exécution d'un marché public est gouvernée par des règles très détaillées et très formalistes.

Afin d'obtenir gain de cause, lorsqu'il y a une illégalité, le législateur a créé pour les candidats d'une attribution de marché public, un système de protection juridictionnelle complexe et parfois difficilement applicable. Le législateur a prévu un système très détaillé en essayant de tenir compte de plusieurs différences : en dessous ou au dessus des seuils européens, autorité administrative ou non, quels acteurs. Patrick Thiel a soulevé dans sa contribution différents points problématiques. Ainsi, le juge se trouve de plus en plus encadré dans sa fonction. Il devient difficile de prévoir l'interprétation du droit à bref délai dans cette matière complexe.

Technicality

La question de savoir pourquoi peu de juristes se spécialisent dans le droit des marchés publics se pose régulièrement. Souvent, une des réponses est le caractère technique de ce droit qui empêche les juristes d'approfondir leurs connaissances. Un juriste plutôt pratique est démotivé par le système apparemment formaliste d'attribution et par le système compliqué de protection juridictionnelle en matière de marchés et contrats publics. Les contributions de la journée d'étude abordent le caractère technique de la matière de deux manières.

Carlos De Wolf traite, dans sa contribution, de la jurisprudence de la chambre néerlandophone du Conseil d'Etat qui, dans le cadre des procédures en extrême urgence, ne veut pas faire d'examens techniques approfondis. Carlos De Wolf montre une certaine compréhension pour cette jurisprudence tenant compte du cadre dans lequel le Conseil d'Etat doit rendre ses décisions.

A côté de cette complexité (la technicité de la matière juridique), l'objet du marché public est également de plus en plus technique dans cette société complexe. De bons exemples sont les contrats ICT conclus par les autorités publics dans le cadre d'un management moderne. Il est très difficile pour un juriste de vérifier si une autorité publique a examiné de manière correcte les différentes offres sur le plan de leur qualité technique.

Les autorités publiques se font assister de plus en plus par des spécialistes. Cependant, le juge n'a pas toujours les mêmes moyens. Dans le cadre d'une protection juridictionnelle effective, la question est posée de savoir si une application conforme au droit européen n'impose pas au Conseil d'Etat, dans le cadre de la procédure en extrême urgence, d'accepter des expertises? Lors de l'attribution d'un marché, les autorités publiques peuvent tenir compte de cette problématique et prévoir un délai plus étendu afin de conclure le contrat.

La technicité de la matière concerne surtout le droit applicable lors de l'attribution et de l'exécution des contrats publics. Pierre Nihoul renvoie notamment à la jurisprudence *in house*, ou encore, de manière plus précise, à la jurisprudence *quasi-in-house*, et à l'arrêt « Commission contre Allemagne ». La jurisprudence de la Cour de Justice contient, dans ce cadre, plusieurs nuances qui rendent parfois difficile la collaboration entre autorités publiques. En outre, pour les entreprises présentes sur le marché, il s'agit d'un nouvel élément dont elles doivent tenir compte pour conserver leurs chances. Les systèmes de contrôle de régularité des offres ont également un caractère fort technique, dans le cadre duquel l'autorité publique et les entreprises doivent veiller à ne pas faire de faux pas.

Differentiation

En sa totalité, le droit n'est plus un bloc monolithique. Peu de situations sont encore régies par un seul système juridique. Dans sa version retravaillée du *Algemeen Deel* de la série prestigieuse « De beginselen van het Belgisch privaatrecht » Walter Van Gerven a mis en évidence le caractère pluristratifié de notre système juridique. Ainsi, il constate le phénomène par lequel le système juridique belge est de plus en plus encadré par le droit international et plus spécialement par le droit européen et le droit CEDH⁽⁴⁾. A ces strates, il faut encore ajouter, depuis les années '70, celle liée au mouvement de fédéralisation.

Au niveau des contrats publics, l'influence du droit européen est déterminante. En France, par exemple, cela a provoqué l'utilisation d'un nouveau concept qui englobe les contrats administratifs et les contrats de droit privé. Ainsi, on parle de

(4) W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, « Algemeen deel », in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 21.



plus en plus du contrat public⁽⁵⁾, ce qui explique une partie du titre français de la présente revue. En effet, le droit européen ne fait pas de distinction entre les contrats de droit privé et les contrats de droit public. Même la distinction entre un contrat et un acte unilatéral n'a plus d'importance pour certains aspects du droit européen, comme l'a démontré Pierre Nihoul dans le champ d'application de l'obligation de transparence et du principe d'égalité.

Le plus grand impact concernant les contrats conclus avec des autorités publiques, provient des directives en matière d'attribution de marchés publics et l'interprétation qu'en donne la Cour de Justice. Ce droit européen prend un autre point de départ pour appliquer et interpréter cette réglementation en matière d'attribution des marchés publics. En préambule des directives, on confirme qu'elles ont pour objet de réaliser le marché intérieur et d'assurer une concurrence libre. Ces objectifs économiques sont le fil rouge pour la Cour de Justice afin d'interpréter les directives. Ainsi, on obtient une interprétation autonome européenne de notions qui pourtant sont assez connues.

A nouveau, Pierre Nihoul en donne des exemples pertinents lorsqu'il examine le champ d'application matériel de la réglementation. Cette influence se manifeste lorsqu'il parle de la jurisprudence *quasi-in-house* qui restreint, dans une certaine mesure, la possibilité pour les autorités publiques d'organiser leur service public. Un autre exemple typique est, à mon avis, la différence faite par la Cour de Justice, pour la première fois dans l'arrêt «*Beentjes*», entre les critères de sélection et les critères d'attribution. Carlos De Wolf démontre parfaitement que cette différence manque une vision réaliste. Le point de vue de la Cour de Justice ne trouve aucun appui dans la réglementation. Cependant, il s'agit d'une réalité dont doit tenir compte même la plus petite entité publique en Belgique.

Cette influence du droit européen se fait également sentir au niveau de la protection juridictionnelle. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de Justice, à nouveau, on a constaté une évolution vers la situation où la réparation en nature est primordiale et où les états membres doivent garantir aux candidats un droit d'obtenir eux-mêmes l'exécution du contrat. Tenant compte de

l'intérêt général, dans le cadre duquel ces contrats sont conclus, on espère que des procédures urgentes peuvent donner une solution rapide. En Belgique, cela a provoqué l'application généralisée de la procédure en extrême urgence lorsqu'une décision est prise par une autorité administrative. De plus en plus, on en arrive à une situation où la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de marchés publics, ne comporte que des arrêts en extrême urgence. Néanmoins, cette jurisprudence démontre que le Conseil d'Etat fait un examen approfondi. Il en résulte que ses arrêts sont davantage que des ordonnances.

Patrick Thiel soulève, dans sa contribution, des questions concernant ce système de protection juridique, instauré récemment par le législateur. Il semble que la tâche du citoyen ne soit pas simplifiée. La complexité du système ne provient pas uniquement du législateur mais aussi de l'interprétation qu'a donnée la Cour de Cassation de la notion d'autorité administrative. La question est posée : cette notion ne doit-elle pas évoluer par rapport au droit européen? Ceci aurait pour conséquence un système de protection juridique plus cohérent. Dans son arrêt «*Wall AG*», la Cour de Justice a, à mon avis, pour la première fois dans le cadre de l'attribution d'une concession, donné une définition de la notion d'autorité publique⁽⁶⁾. Sur base de cette définition, des personnes juridiques de droit privé pourraient devenir des autorités publiques et elles devront, lors de la conclusion d'un contrat qui peut être qualifié comme une concession, garantir le principe d'égalité de traitement. Cependant, de telles autorités sont considérées par la Cour de Cassation comme des personnes juridiques de droit privé et les actes de tels organismes sont entièrement régis par le droit privé.

Uncertainty

Un système juridique complexe entraînerait de l'insécurité ou de l'imprévisibilité. La complexité d'un système engendre certainement une application plus difficile et un plus grand risque d'incohérence ou d'application fautive.

Dans le cadre du présent thème, j'envisage surtout l'insécurité engendrée par la manière dont la Cour de Justice interprète le droit européen et plus spécialement les directives sur les marchés publics.

(5) L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010, 608 p.; P. Delvolvé, «Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible?», in B. BONNET et P. DEUMIER, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Paris, Dalloz, 2010, 257-274.

(6) C.J.U.E., 13 avril 2010, C-91/08, *Wall AG*, consid. 48-49.



On a déjà mentionné l'emprise de plus en plus grande de cette jurisprudence. Le caractère évolutif de cette jurisprudence a pour conséquence qu'une attitude correcte du pouvoir adjudicateur ou du candidat dans certaines circonstances est presque imprévisible. Dans leurs différentes contributions, les auteurs ont démontrés cet impact.

Cette insécurité peut-elle être résolue par l'adoption de règles juridiques supplémentaires, amenant à un système encore plus complexe? La Cour de Justice peut-elle encore étendre la réglementation de manière jurisprudentielle? On constate ce phénomène également dans notre système juridique. Des dispositions, comme les articles 1134 et 1382 du Code civil, sont sources d'une jurisprudence, qui a rempli des livres entiers en doctrine. On pourrait également considérer ce phénomène comme non-démocratique. Dans une société com-

plexe, le législateur n'a pas la possibilité de régler tout et on devrait faire confiance au pouvoir judiciaire afin de construire l'Etat de droit. A ce moment, il n'y aurait aucun signe que la Cour de Justice ne fait pas ce travail.

En parcourant ces critères plus ou moins objectifs, la conclusion s'impose : le droit des marchés et des contrats publics est en effet devenu complexe. Le droit n'est qu'un reflet de la société. Une approche simpliste de la réalité serait sans doute pire. L'aspiration du juriste à un système clair et cohérent qui sert au mieux l'intérêt général et la protection juridictionnelle des entreprises reste une aspiration intemporelle.

Le chemin semble cependant encore long avant son avènement, aussi, je forme l'espoir que la présente revue pourra y contribuer.

