IDÉES ET PERSPECTIVES

La distinction droit privé — droit public et le droit des marchés publics

par Kris Wauters
Professeur à l'UCL
Avocat
et Thomas Cambier
Avocat

I. — Introduction

La dichotomie entre droit public et droit privé traverse le parcours d'un étudiant en droit, mais traverse également la vie professionnelle d'un juriste. Toute situation pratique avec des conséquences juridiques devrait pouvoir être rangée dans une de ces deux catégories. Deux problèmes surgissent. *Primo,* la complexité du monde et du droit implique qu'il ne soit pas toujours aisé de déterminer ce qui relève du domaine public ou de la sphère privée. *Secundo*, certaines branches du droit résistent à ce cloisonnement.

La frontière qui sépare l'action publique et le droit privé devient de plus en plus perméable. D'une part, l'action publique est de plus en plus soumise à des règles de droit privé [1]. D'autre part, les relations privées sont de plus en plus soumises à des règles et principes de droit public [2].

L'objet de cet article ne concerne pas, à proprement parler, la distinction droit privé - droit public. D'autres l'on fait récemment et de manière

[1] M. Dreifuss, «L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs. Une application équilibrée des droits de la concurrence et de la consommation», *A.J.D.A.*, 2002, pp. 1373 et s.; C'est l'évolution de l'action publique qui implique l'application des règles et principes de droit privé à des autorités publiques ou à des actions publiques. À titre d'exemple, le développement de partenariats publics-privés, l'accroissement des marchés publics et la privatisation de certains services publics démontrent que les pouvoirs publics n'agissent plus seuls dans la gestion publique. Concernant les nouveaux modes de la gestion publique. Voy. not. E. Gillet, «La nouvelle gestion publique», in E. Gillet (dir.), *Les pouvoirs publics dans un monde en mutation*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 19 et s.

[2] Le rôle croissant du principe d'égalité et de non-discrimination constitue un exemple de l'application des principes de droit public dans le cadre de la sphère privée. Une autre question intéressante concerne le développement de la régulation notamment dans les secteurs énergétiques Voy. not. P. Boucquey, «Le développement de la régulation», in E. Gillet (dir.), *Les pouvoirs publics dans un monde en mutation*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 117 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

brillante [3]. La présente contribution traite des influences de cette distinction sur la réglementation applicable aux marchés publics, et inversement. Cette branche du droit démontre d'une excellente façon que la dichotomie entre le droit public et le droit privé n'est pas toujours limpide.

Le droit des marchés publics ne fait pas l'objet d'une étude approfondie dans le *curriculum* d'un étudiant en droit. Il existe certains cours spécialisés, souvent à option, qui abordent la matière. Cependant, au niveau européen, le secteur des marchés publics est considéré comme un domaine déterminant dans le cadre de la réalisation du marché intérieur [4]. Des directives qui régissent les marchés publics ont été adoptées afin d'obtenir une réglementation plus ou moins harmonisée au sein des différents États membres. Ainsi, ce droit est suffisamment important pour en faire des analyses doctrinales. Au niveau de la distinction droit public-droit privé, l'analyse est certainement intéressante.

La condition première de tout marché public est l'existence d'un contrat. Selon l'article 1.2 a) de la directive 2004/18 [5], un marché public est un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Il est tradionnellement admis en Belgique comme en France que le marché public est un contrat [6]. Le contrat est un concept juridique propre au droit privé. La matière semble donc, à première vue, relever du droit privé. Certains auteurs, surtout flamands, soutiennent d'ailleurs que la notion de contrat suppose *a priori* l'application du droit privé. [7] Nous estimons que la question mérite une réponse plus nuancée.

Fortement influencée par le droit français, la Belgique a introduit la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de l'administration [8]. Traditionnellement, on considère le marché public comme un contrat administratif. En France, cette distinction est issue de la problématique de la

[3] P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit public existe-t-il?», *Rev.dr.ULB*, 2006, pp. 16 et s.

[4] K. LENAERTS et P. VANNUFFEL, *Constitution Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 268 et 269.

[5] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.* n° L 134 du 30 avril 2004, p. 0114.

[6] L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 41 et s.

[7] D. D'HOOGHE et M. GELDEN, «De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst», in *Tendensen in het bedrijfsrecht : de eenzijdige wijziging van het contract*, Anvers, Kluwer, 2003, pp. 96 à 105.

[8] Sur cette question voy. not. K. WAUTERS, «Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België?», in *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure 2011, pp. 589 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

répartition des compétences entre le Conseil d'État et les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Concernant les contrats administratifs en France, le Conseil d'État est seul compétent pour connaître de tout litige survenu à la conclusion, l'exécution ou à la fin du contrat. Il en résulte qu'un droit autonome leur est applicable. Ces contrats sont régis par des principes de droit public tels qu'appliqués par la haute juridiction administrative. Dans le cadre de ces contrats, des pouvoirs exorbitants sont reconnus aux autorités administratives, cela afin de gérer de manière optimale le service public. De la sorte, les règles applicables aux contrats administratifs sont reconnues comme relevant du droit public.

Au regard de la théorie du contrat administratif, on pourrait conclure que la distinction droit privé - droit public n'implique pas de difficulté en matière de marchés publics : en principe, le droit public s'applique. Ceci contredit le constat établi ci-dessus. La jurisprudence de la Cour de Justice concernant l'interprétation de la notion de «pouvoir adjudicateur» [9] associée aux règles applicables en Belgique en matière de répartition des compétences entre le Conseil d'État et le pouvoir judiciaire, rend la matière plus complexe et relativise l'intérêt pratique de la théorie du contrat administratif et de la distinction droit public-droit privé.

Sur base de la jurisprudence de la CJUE, un pouvoir adjudicateur peut être une personne juridique de droit public ou de droit privé (Voir II.A.). Chaque catégorie sera soumise à l'application de la réglementation sur les marchés publics. Cependant, eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la notion d'autorité administrative, les pouvoirs adjudicateurs de nature privée, pour l'attribution de leurs marchés publics, relèvent de la compétence des cours et tribunaux du pouvoir judiciaire. L'attribution d'un tel contrat sera considérée comme un acte juridique de droit privé et donc soumise, d'une part, au droit privé et, d'autre part, à la réglementation sur les marchés publics, traditionnellement considérée comme relevant du droit public.

La *summa divisio* traverse la matière des marchés publics. Certains marchés publics sont de nature privée, d'autres de nature publique. Mais à chaque contrat s'appliquent des règles et principes des deux catégories du droit. On le démontrera en parcourant le champ d'application du droit des marchés publics, l'attribution et l'exécution d'un marché public ainsi que le système de protection juridictionnelle. Une approche exhaustive de toutes

[9] L'article 1.9 de la directive 2004/18/CE donne une définition de ce qu'on entend par 'pouvoir adjudicateur'. Pour une étude récente sur le sujet voir P. NIHOUL, «La notion de «marché public» : éléments transversaux et matériels», *M.C.P.*, 2011, pp. 5-36. Voir aussi point II.A. de la présente étude.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

les situations intéressantes ne peut être assurée dans le cadre de la présente contribution.

II. — Champ d'application

Le champ d'application de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service [10] est déterminé par l'article 1.2. a) de la directive 2004/18 qui comporte la définition susmentionnée de la notion de marché public. Une jurisprudence abondante de la CJUE analyse chaque élément de la définition. La présente contribution n'a pas pour objet d'analyser en profondeur ces arrêts [11].

L'élément prépondérant qui permet de distinguer un marché public d'un simple contrat de service, fourniture ou de travaux qui n'est pas soumis à la directive 2004/18, demeure la présence d'un pouvoir adjudicateur. Le demandeur des prestations doit pouvoir être qualifié de pouvoir adjudicateur afin que la réglementation sur les marchés publics s'applique. La nature de ce pouvoir adjudicateur conditionne, au niveau national, la qualité du contrat. La qualité du contrat détermine les règles applicables au contrat : droit privé ou droit public.

A. Pouvoir adjudicateur

L'article 1.9., alinéa 1er de la directive 2004/18 considère comme pouvoir adjudicateur : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

La nature des deux premières catégories n'est pas contestable. L'État et les collectivités publiques sont des personnes juridiques de droit public. Le droit public s'applique lorsqu'elles prennent des décisions unilatérales. Ceci vaut également pour les associations formées par ces deux catégories de pouvoirs adjudicateurs.

La troisième catégorie, les organismes de droit public, est plus difficile à identifier. On retrouve dans l'article 1.9., alinéa 2 de la directive 2004/18 les

[10] *J.O.* L 134 du 30 avril 2004, pp. 114-240.

[11] On distingue le champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae.* Sur la question Voy. not. G. Laenen, J. Debièvre, m.m.v. J Geerts, «Het toepassingsgebied van de regelgeving inzake overheidsopdrachten : capita selecta», in *Actualités du droit des marchés publics/Actualia overheidsopdrachten*, dir. D. Renders et K. Wauters, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 9 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

critères auxquelles un organisme doit répondre pour recevoir la qualité de pouvoir adjudicateur, critères qui ont été repris dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services (article 2, §2, 8°) et dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics, et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (article 2,1°, 2) :

a créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;

b doté de la personnalité juridique, et

c dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Il existe une jurisprudence abondante de la CJUE qui tente de clarifier les différents critères cumulatifs énoncés. Il n'est pas dans notre intention d'analyser exhaustivement cette jurisprudence. D'autres, l'on fait encore récemment [12].

Il ne ressort pas de la définition et des critères énoncés que la personne juridique doit être une autorité publique. Il revenait à la CJUE de déterminer si des personnes juridiques de droit privé pouvaient également être qualifiées de pouvoir adjudicateur.

En examinant les différents critères, la CJUE a jugé que le caractère public ou privé de la personne juridique ne conditionnait pas la reconnaissance d'un pouvoir adjudicateur. Le premier et le troisième critère qui permettent d'identifier un pouvoir adjudicateur sont des critères ouverts à des personnes juridiques de droit privé. Ils caractérisent le contrôle dont peut se prévaloir une autorité publique sur la personne juridique indépendante, qui sera caractérisée comme un pouvoir adjudicateur.

La CJUE a donné une interprétation fonctionnelle et autonome de ces différents critères. Dans l'arrêt University of Cambridge, la CJUE devait s'exprimer sur le statut d'une université érigée sous l'empire du droit privé [13]. La Cour, pour déterminer si l'Université devait être qualifiée de

[12] Voy. not. les développements de P. THIEL concernant les organismes d'intérêt public, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 127 et s.; I. VAN KRUCHTEN et C. DUBOIS, «A la recherche — ou à la poursuite? — des organismes de droit public… Essai d'une grille d'analyse au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», *CPDK*, 2009, pp. 591 et s.

[13] C.J.U.E., 3 octobre 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, not. considérant 19.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

pouvoir adjudicateur, s'est posée la question de savoir si elle était financée majoritairement par un ou plusieurs autres pouvoirs adjudicateurs. À cet égard, la Cour a jugé qu'une bourse ou subvention attribuée à des étudiants pouvait être qualifiée de financement. Implicitement, la Cour a reconnu que le caractère public ou privé de l'Université n'était pas important pour la qualifier de pouvoir adjudicateur.

Dans un arrêt *Commission c. Espagne*, la CJUE s'est montrée claire à ce sujet : «il convient de souligner que l'effet utile tant des directives 92/50, 93/36 et 93/37 que de la directive 89/665 ne serait pas pleinement préservé si l'application de ces directives à une entité répondant aux trois conditions susmentionnées pouvait être exclue du seul fait que, conformément au droit national auquel elle est soumise, sa forme et son régime juridique relèvent du droit privé. Eu égard à ces considérations, l'on ne saurait interpréter la notion d' 'organisme de droit public' employée à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, des directives 92/50, 93/36 et 93/37 en ce sens qu'il serait loisible aux États membres d'exclure d'emblée les sociétés commerciales sous contrôle public du champ d'application personnel de ces directives et, partant, de la directive 89/665» [14].

Un pouvoir adjudicateur peut donc être une personne de droit public ou de droit privé. Cela a des conséquences sur les règles juridiques — en dehors de la réglementation sur les marchés publics — applicables aux décisions unilatérales du pouvoir adjudicateur et sur l'ordre juridictionnel compétent.

Ainsi, la dichotomie se confirme. Cependant, pour l'application de la réglementation sur les marchés publics, la qualité du pouvoir adjudicateur est sans incidence. Il n'y a donc pas de distinction à cet égard.

B. Nature du contrat

Le marché public a été considéré en Belgique et en France comme un contrat administratif auquel des règles dérogatoires au droit privé devront être appliquées. Jusqu'à la transposition des premières directives européennes, la législation sur les marchés publics était uniquement applicable à des personnes considérées par le Conseil d'État comme des autorités administratives.

Même après la transposition de ces directives, le Conseil d'État s'estimait compétent pour connaître des actes détachables de tout marché public. Chaque décision d'attribution était considérée comme un acte administratif unilatéral. À ces décisions s'appliquent les règles et les principes de droit

[14] C.J.U.E., 15 mai 2003, C-214/00, *Commission c. Espagne*, considérants 56-57.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

public. Indépendamment du caractère public ou privé du pouvoir adjudicateur, le Conseil d'État se déclarait donc compétent et appliquait le droit public à la décision d'attribution.

L'arrêt *Gimvindus* de la Cour de cassation du 14 février 1997 annonçait un possible revirement de cette jurisprudence administrative constante. Par cet arrêt, la Cour de cassation a confirmé que pour qualifier un organisme d'autorité administrative au sens de l'article 14, §1er des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il était nécessaire que cet organisme puisse prendre des décisions obligatoires vis-à-vis des tiers [15].

Dans un arrêt du 10 juin 2005, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence dans le cadre de l'attribution d'un marché public. Cet arrêt répond aux interrogations concernant la compétence du Conseil d'État lorsque le pouvoir adjudicateur est une personne juridique de droit privé créée par une autorité de droit public.

La Cour considère : «Qu'une société, fût-elle créée par une autorité administrative et soumise au contrôle de cette autorité, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, n'acquiert pas le caractère d'une autorité administrative; qu'à cet égard, il importe peu que sa mission soit d'intérêt général» [16].

Conformément à cette affirmation, le Conseil d'État ne pouvait plus se déclarer compétent pour connaître de la décision d'attribution d'un marché public dont le pouvoir adjudicateur est une société de droit privé. Selon cette jurisprudence, il ne s'agit pas d'une autorité administrative.

À maintes reprises, le Conseil d'État s'est alors déclaré incompétent pour contrôler la légalité des actes détachables d'un marché public attribué par une personne créée sous la forme de droit privé.

Cependant, notamment dans un arrêt du 17 juin 2011, la chambre francophone du Conseil d'État a, dans le cadre de la qualification d'un pouvoir adjudicateur fait la présente distinction [17] : *d'une part, les personnes morales créées par les pouvoirs publics, fût-ce sous une forme de droit privé, aux fins d'assurer une mission de service public et, d'autre part, les personnes morales de droit privé, nées de la seule initiative privée, mais agréées ou contrôlées par les pouvoirs publics pour assumer une mission de service public; que les premières sont partie intégrante de l'administration, et qu'elles peuvent être qualifiées d'autorités administratives, même si elles ne sont pas fondées à*

[15] Cass., 14 février 1997, *Pas.*, 1997, I, pp. 88 et s.; Voy. aussi Cass., 6 septembre 2002, C020177N.

[16] Cass., 10 juin 2005, C. 035009.N, www.cass.be; également Cass., 30 mai 2011, C.10.0508.N, www.cass.be.

[17] C.E., 17 juin 2011, n° 213.949, *S.A. Energys c. ASBL Haute Ecole Leonard de Vinci.*

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

prendre des décisions obligatoires vis-à-vis de tiers, alors que les secondes ne seront qualifiées d'autorités administratives que si elles sont habilitées à prendre et lorsqu'elles prennent unilatéralement des décisions obligatoires à l'égard des tiers; que la haute école Léonard de Vinci, partie adverse, relève de la seconde catégorie, en manière telle qu'elle ne peut être qualifiée d'autorité administrative lorsqu'elle attribue un marché public.

Cet arrêt, rendu au fond, contredit la jurisprudence de la chambre flamande du Conseil d'État. Cette chambre vérifie uniquement la nature juridique du pouvoir adjudicateur [18]. Cette dernière jurisprudence est plus conforme à celle de la Cour de cassation. Cependant, il nous semble plus logique que des pouvoirs adjudicateurs, érigés et contrôlés par des autorités administratives, soient eux-mêmes qualifiés comme telles. De tels pouvoirs juridiques seront souvent considérés par la CJUE comme des situations «quasi-in-house» [19].

Sur la base de cette jurisprudence, le législateur a décidé, par une 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, d'apporter des clarifications à la problématique de la répartition des compétences en matière d'attribution des marchés publics. L'article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 [20] prévoit que le Conseil d'État est seul compétent lorsque le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative et que le juge judiciaire est seul compétent lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas une autorité administrative. Seul le juge judiciaire est compétent au stade de l'attribution en matière de paiements de dommages et intérêts, de l'exécution et de la terminaison du contrat quelque soit la nature du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, la Cour de cassation d'abord et le législateur, ensuite, ont déterminé quel droit serait applicable à la décision d'attribution d'un marché public. Lorsque le Conseil d'État doit se déclarer incompétent, la décision d'attribution n'est pas un acte administratif unilatéral mais un acte de droit privé soumis aux règles et principes de droit privé et à la réglementation sur les marchés publics. Dans ces circonstances, le marché public sera un

[18] Notamment C.E., 3 mars 2011, n° 211.775, *NV Pit Antwerpen*; C.E., 8 août 2011, n° 214.772, *BVBA Euroscript Del Belgium*.

[19] Sur la jurisprudence *In House* voy. not. K. WAUTERS, «*In house* : tussen hamer en aambeld», in *Chronique des marchés publics 2007-2008*, EBP, Bruxelles, pp. 329 et s.; Ch. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, «In House». Et si la solution venait de l'arrêt «*Coditel Brabant*»…?», *CPDK*, 2009, pp. 90 et s.

[20] Sur les recours voy. not. V. DOR et C. DE KONINCK, *Les recours juridiques en matière de marchés publics. La directive 2007/66/CE et l'introduction d'un livre IIbis dans la loi du 24 décembre 1993*, Waterloo, Kluwer, 2010.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

contrat de droit privé. Mais, lorsque le Conseil d'État est compétent pour contrôler la décision d'attribution du contrat, il applique la réglementation spécifique des marchés publics et le droit public. La décision d'attribution est un acte administratif unilatéral. Dans ces circonstances, le marché public est un contrat de droit public.

C. Droit applicable

Le droit applicable à la décision d'attribution dépend donc de la nature du pouvoir adjudicateur. En effet, la décision sera soit un acte juridique privé soit un acte administratif unilatéral. Cela a également des conséquences sur le droit applicable à un tel acte juridique. Dans le cadre de la présente contribution, nous nous limitons à quelques exemples.

1. Principes de bonne administration

Une jurisprudence constante du Conseil d'État et de la Cour de cassation juge que les autorités publiques sont tenues au respect des principes de bonne administration à considérer comme des principes généraux de droit.

Ils sont uniquement applicables aux décisions prises par des autorités administratives [21]. Le Conseil d'État l'a confirmé de la manière suivante : «dat daarentegen de beginselen van behoorlijk bestuur vanzelfsprekend gericht zijn tot het actief bestuur» [22]. Par conséquent, ces principes ne sont pas applicables aux actes détachables des marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur de droit privé.

Dans la pratique, on constate que des parties introduisant une affaire devant le juge, siégeant en référé, invoquent à tort la transgression des principes généraux de droit public.

2. La loi sur la motivation formelle du 29 juillet 1991

Sur base de l'article 1er de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs [23], les autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État sont seules soumises à l'obligation de motiver de manière formelle leurs décisions.

Il en ressort que cette même obligation ne vaut pas pour les décisions d'attribution prises par un organisme de droit privé, qui est considéré comme un pouvoir adjudicateur. Il est vrai que la loi du 24 décembre 1993

[21] F. VANDENDRIESSCHE, «Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur», in I. OPDEEK et M. VAN DAMMEN (dir.), *De beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, p. 46.

[22] C.E., 19 octobre 2006, n° 163.774, *Verdonck*.

[23] *M.B.*, 12 septembre 1991.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

relative aux marchés publics prévoit actuellement des obligations de motivation formelle qui valent pour tous les pouvoirs adjudicateurs. Cependant, les autorités administratives sont soumises à une obligation de motivation plus stricte, en vertu de la loi du 29 juillet 1991.

3. Transparence administrative

La transparence administrative impose à l'administration de garantir au citoyen un accès aux documents administratifs (article 32 de la Constitution).

Il revient au législateur de déterminer les modalités de cet accès. Ainsi, le législateur fédéral, toujours compétent en matière des marchés publics, a prévu les modalités d'accès par la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration. Cette loi fédérale prévoit, comme la plupart de ces textes législatifs, que ces obligations de transparence incombent aux autorités administratives au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État [24]. Vis-à-vis des organismes de droit privé, une entreprise ne pourra pas se prévaloir des mêmes garanties. Seules valent les protections reprises dans la loi du 24 décembre 1993.

4. Droit privé

Les décisions d'attribution prises par des organismes qui n'ont pas la qualité d'autorité administrative constituent, dans le cadre du droit des obligations l'acceptation, par le pouvoir adjudicateur, de l'offre émise par le candidat retenu. Il s'agit d'un acte juridique de droit privé. Pour un tel acte, le droit privé est plus qu'un droit supplétif. A côté de la réglementation sur les marchés publics, c'est uniquement le droit privé qui s'applique.

D. Conclusion de la Section II

Le droit européen a adopté une réglementation sur l'attribution des marchés publics sans considérer la nature du pouvoir adjudicateur. Cependant, le droit interne distingue les pouvoirs adjudicateurs qui ont la qualité d'autorité administrative et ceux qui ne l'ont pas. Cette distinction conditionne le droit applicable à la décision d'attribution du marché.

Ce sont les règles répartitrices de compétences, fondées sur la notion d'autorité administrative qui imposent cette distinction. Ainsi, le Conseil d'État applique aux décisions d'attribution des «marchés publics de droit public» les règles spécifiques aux marchés publics et les règles et principes

[24] D. Renders, Th. Bombois, Ch. Thiebaut, B. Gors et L. Vansnick, *Droit administratif*, T. III, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 71 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

de droit public. Aux «marchés publics de droit privé», les cours et tribunaux appliqueront outre le droit privé, la réglementation sur les marchés publics.

La réglementation sur les marchés publics a traditionnellement été considérée comme relevant du droit public. Cette matière est toujours enseignée dans le cadre du cours de droit administratif. En raison des évolutions influencées par le droit européen et la jurisprudence de la Cour de cassation, un tel cloisonnement ne reflète plus l'exacte réalité.

La distinction droit public-droit privé semble, *a priori*, évidente. Cependant, des règles de droit public ou de droit privé s'imposent au marché public indépendamment de la nature du pouvoir adjudicateur. Ce constat vaut au stade de l'attribution comme de l'exécution de tout marché public.

III. — L'ATTRIBUTION DU CONTRAT

La procédure d'attribution des marchés publics est réglée par un éventail détaillé de dispositions européennes et internes. Ces règles valent pour tous les marchés publics, en ce compris ceux de droit privé. Elles se basent sur des directives européennes en principe considérées comme des sources de droit public [25]. Cependant, la place et le temps nous manquent pour aborder ces dispositions en détail.

Dans le cadre de cette contribution, il nous semble intéressant de traiter deux sujets spécifiques : l'application de certains principes de droit public (A.) et des principes de la responsabilité précontractuelle (B.).

Le premier exemple démontre que des principes de droit public sont applicables à tous les marchés publics, même s'ils sont qualifiés en droit interne de droit privé. La théorie de la responsabilité précontractuelle des pouvoirs adjudicateurs illustre l'application d'un mécanisme de droit privé à tous les marchés publics.

A. Principes de droit public au niveau européen

Il existe, au niveau européen, certains principes que la Cour de Justice applique aux marchés publics indépendamment de toute base législative. Il s'agit du principe d'égalité et de l'obligation de transparence. Ce principe

[25] Concernant la nature de cette réglementation, des questions peuvent naître une fois la directive transposée en droit interne. Il semble incertain qu'une règle de droit public, car inscrite dans une directive, ne soit pas une règle de droit privé lorsque, transposée en droit belge, elle s'applique à une décision d'attribution considérée comme un acte juridique de droit privé.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

et l'obligation qui en découle doivent être, à l'origine [26], considérés comme des sources de droit public [27]. Le droit européen est appréhendé comme une branche du droit public international. Par ailleurs, il s'agit de règles dérogatoires au droit commun des contrats [28].

La Cour de Justice a, à notre estime, repris pour la première fois de manière expresse le principe d'égalité dans un arrêt *Commission contre Danemark* [29]. Dans cette affaire, la Cour devait s'exprimer sur un marché public à attribuer par un pouvoir adjudicateur danois concernant la construction d'un pont. Il était reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir attribué le marché à un candidat dont l'offre était irrégulière. Ainsi, les différents candidats auraient été traités de manière inégale.

La Cour juge de la manière suivante : «si la directive ne fait pas expressément mention du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, il n'en demeure pas moins que le devoir de respecter ce principe correspond à l'essence même de cette directive qui, selon son neuvième considérant, vise notamment le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics et qui, en son Titre IV, énonce des critères de sélection et d'attribution du marché tendant à garantir une telle concurrence». (consid. 33). La directive 2004/18/CE contient actuellement ce principe d'un traitement égal.

L'obligation de transparence dans le cadre de l'attribution d'un marché public apparaît initialement dans la jurisprudence de la Cour de Justice de manière indirecte dans l'arrêt *Beentjes* : «En vue de satisfaire à l'objectif de la directive d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs» [30].

L'affaire des *bus wallons* a permis à la Cour de confirmer pour la première fois le principe de transparence sur base des considérants de la direc-

[26] Comme dans la note de bas de page précédente, il faut se poser la question de savoir si le principe d'égalité et l'obligation de transparence seront toujours des principes de droit public une fois transposés en droit interne. Nous ne le croyons pas.

[27] Contrairement aux directives européennes transposées en droit belge, ces principes sont développés par la CJUE dont la jurisprudence s'impose aux cours et tribunaux des Etats membres.

[28] Bien que dans le cadre du droit des contrats de plus en plus d'obligations caractérisent la volonté d'assurer le principe d'égalité. L'action en cessation accordée au centre pour l'égalité des chances constitue un exemple intéressant du rôle grandissant du principe d'égalité au cœur des relations privées. Voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «L'action en cessation de discriminations», in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les actions en cessation*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 323 et s.

[29] C.J.U.E., 22 juin 1993, C-243/89, *Commissie c. Danmark*.

[30] C.J.U.E., 20 septembre 1988, 31/87, *Beentjes*, considérant 21.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

tive 90/531 [31] : «La procédure de comparaison des offres devait donc respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres» [32].

Ensuite, la Cour a décrit plus en détail les conséquences de cette obligation de transparence pour les pouvoirs adjudicateurs : «Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication» [33].

L'obligation de transparence vise : «à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires auquel doit obéir toute procédure de passation de marché régie par la directive» [34]. Cette obligation a été reprise dans la directive 2004/18.

Comme susmentionné, le droit de l'Union européenne n'effectue aucune distinction parmi les pouvoirs adjudicateurs. Au niveau du droit interne, il semble donc que cette jurisprudence doive s'appliquer tant aux marchés publics attribués par une autorité administrative qu'à ceux attribués par une personne de droit privé. Dès lors, bien que la décision d'attribution prise par un pouvoir adjudicateur de droit privé soit un acte juridique privé, les cours et tribunaux devront vérifier sa conformité avec les principes généraux du droit européen tels que développés par la CJUE.

B. Responsabilité précontractuelle

Le contrat de marché public se conclut au moment où l'entrepreneur choisi reçoit la signification de la décision d'attribution. À partir de ce moment, les règles contractuelles sont applicables. Cependant, avant cette période, tout pouvoir adjudicateur peut engager sa responsabilité précontractuelle [35].

Par son arrêt *La Flandria* rendu le 5 novembre 1920 [36], la Cour de cassation consacre la responsabilité civile des pouvoirs publics. L'affaire

[31] Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.* L 297 du 29 octobre 1990, pp. 1-48.

[32] C.J.U.E., 25 avril 1996, C-87/94, *Commissie c. België*, considérant 54.

[33] C.J.U.E., 12 décembre 2002, C-470/99, *Universale Bau*, considérant 92.

[34] C.J.U.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner*, considérant 29.

[35] Sur ce sujet voy. aussi B. MAERTENS, «Precontractuele aansprakelijkheid tijdens de gunningsfase en in een onderhandelingsprocedure in het bijzonder», in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, EBP, Bruxelles, pp. 449 et s.

[36] Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, pp. 193 et s., concl. de monsieur le premier avocat général LECLERQ.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

concernait la chute dommageable d'un arbre appartenant au domaine public. La Cour profite de cette affaire pour jeter les bases de la responsabilité quasi délictuelle de la puissance publique [37]. Comme tout justiciable, les autorités administratives doivent réparer les dommages causés par leur faute.

Dans un arrêt du 10 décembre 1981 [38], la Cour de cassation érige les articles 1382 et 1383 du Code civil en fondements de la responsabilité précontractuelle. En effet, la Cour assimile la faute précontractuelle à une faute quasi délictuelle. Dès lors toute personne (privée ou publique) doit se conduire en homme raisonnable, normalement prudent et diligent dès la phase précontractuelle. Bien que l'entame de négociations n'implique aucune obligation de contracter, une rupture unilatérale des discussions peut constituer une faute qui cause un dommage à l'autre partie.

Il faut signaler que certains auteurs soutiennent que la responsabilité précontractuelle possède d'autres fondements juridiques : le principe de bonne foi et l'abus de droit [39]. La bonne foi prévue à l'article 1134 du Code civil s'appliquerait également à la formation du contrat, elle est érigée en principe général de droit [40]. Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a pas encore confirmé cette doctrine.

S'appuyant sur les écrits de I. Durant, P. Wéry considère que : «Pour intéressants qu'ils soient ces raisonnements ne sont pas indispensables à la reconnaissance juridique des différents devoirs qui incombent à tout négociateur. L'article 1382 du Code civil est, à cet égard suffisant : il permet en effet, par le critère de l'homme raisonnable, normalement diligent et prudent, de circonscrire la norme de comportement de référence, la conduite et la rupture des pourparlers» [41].

La Cour d'appel de Liège, après avoir admis la liberté contractuelle du pouvoir adjudicateur, a jugé que : «en cas d'accord de principe qui ne peut tenir lieu de contrat ou en cas de négociations sérieuses et suivies, la rupture brusque des pourparlers peut constituer une faute justifiant l'octroi de dommages et intérêts» [42].

---

[37] Voy. not. Ch. Panier, «Vive le régime judiciaire!», obs. sous Cass., 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 26 et 27.

[38] Cass., 10 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, pp. 494 et s.

[39] P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 519.

[40] Pour un aperçu de cette théorie et du conflit doctrinal Voy. not. B. De Coninck et C. Delforge, «La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre. Régime général et sanctions», in M. Vanwijk-Alexandre et P. Wéry (sous dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 84 et s.; Voy. ég. B. Maertens, *op. cit.*, pp. 499 et s.

[41] P. Wéry, *Droit des obligations. Volume I. Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 323.

[42] Liège, 28 février 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 181 et 182.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

La nature civile de la théorie de la responsabilité précontractuelle ne souffre d'aucun doute, et ce, quelle que soit la nature du négociateur. Cependant, une remarque mérite d'être soulevée; quand un tribunal juge de la responsabilité précontractuelle d'une autorité administrative, il pourrait être amené à contrôler ses actes sur base des principes de bonne administration. Ces principes sont des principes de droit public.

C. Conclusion de la Section III

Pour l'application de certains principes de droit public international, la qualification du contrat en droit interne est sans incidence. Ainsi, le régime des marchés publics résiste à la distinction droit public — droit privé. Un même constat se fait en ce qui concerne la responsabilité précontractuelle. Une théorie de droit privé s'applique à tous les marchés publics.

IV. — L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Le contentieux de l'attribution n'épuise pas toutes les difficultés que suscitent les marchés publics. En effet, en pratique, il y a autant de litiges dans le cadre de l'exécution du contrat que lors de la procédure d'attribution. L'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et son annexe, le cahier général des charges, comprennent les règles spécifiques applicables à l'exécution de tous les marchés publics, indépendamment de la nature du contrat. Ces règles sont de nature impérative. C'est-à-dire que les parties ne peuvent pas déroger à une grande partie des dispositions sauf motivation expresse dans le cahier spécial des charges (article 3 de l'A.R. du 26 septembre 1996).

Dans cette section, trois sujets en rapport avec la *summa divisio* droit public — droit privé seront abordés. Le premier concerne l'application supplétive du droit commun des contrats à l'exécution des marchés publics (A.). Ensuite, le rôle des principes généraux de bonne administration sera examiné (B). Finalement, nous évoquerons la théorie de l'imprévision (C).

A. Code civil : droit «supplétif»

Le marché public est un contrat. Les dispositions du Code civil s'appliquent, lorsque l'arrêté royal du 26 septembre 1996 et son annexe, le cahier général des charges, ne prévoient pas de solution à une problématique soulevée au stade de l'exécution du marché public.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Les règles du Code civil ont un caractère supplétif, même si le marché public est conclu par une autorité administrative [43]. En réalité, la théorie du contrat administratif, telle qu'appliquée en France, n'a pas de sens en Belgique [44]. Le seul pouvoir exorbitant reconnu aux autorités administratives, à côté de la réglementation des marchés publics, demeure la résiliation unilatérale du contrat pour motifs d'intérêt général [45].

Le rôle des juges de l'ordre judiciaire, au stade de l'exécution, est donc d'appliquer les dispositions spécifiques du cahier général des charges et, lorsque cette réglementation ne prévoit rien, d'appliquer le droit commun des contrats.

L'article 1134 du Code civil s'impose aux marchés publics. Les parties sont en principe tenues par le contrat qu'elles ont signé et elles doivent l'exécuter de bonne foi.

B. Principes de bonne administration

Les principes de bonne administration sont applicables aux décisions d'attribution prises par des autorités administratives [46]. Il s'agit d'un acte administratif individuel détachable du contrat qui peut être suspendu ou annulé par le Conseil d'État. C'est la théorie de l'acte détachable qui explique l'application des principes de bonne administration par le Conseil d'État.

L'application des principes de bonne administration aux décisions prises par une autorité administrative lors de l'exécution d'un contrat demeure plus délicate. Une fois le contrat conclu, seuls les cours et tribunaux sont compétents. Le Conseil d'État se déclare, en principe, incompétent pour annuler ou suspendre des décisions prises dans le cadre d'un contrat [47].

---

[43] D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainemont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 192, n° 197; D. De Keuster, «De risicoverdeling tussen bouwheer en aannemer», in *Chronique des Marchés Publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, p. 345.

[44] K. Wauters, «Zin of onzin van het een leer van het administratief contract», in *Liber amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, pp. 589 et s.

[45] Cass., 31 mai 1978, *R.W.*, 1978-1979, p. 1229.

[46] K. Wauters, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 140-141 en 145.

[47] Cependant, la décision d'attribution n'est pas le seul acte détachable du contrat dont peut connaître le Conseil d'État. À cet égard Voy. not. C.E. n° 142.998, 12 avril 2005, *s.a. Watco*; «La décision du conseil communal de modifier les clauses et conditions d'un marché conclu avec une société par l'adoption d'un avenant est un acte unilatéral certes impuissant à modifier à lui seul l'ordonnancement juridique, lequel ne le serait que si le contractant accepte ce qui n'est qu'une offre, même précédée de négociations entre les services de la ville et ledit cocontractant auquel il est loisible de refuser et de s'adresser au juge du contrat pour obtenir des dommages et intérêts. Un tel acte est un acte administratif unilatéral détachable tant du contrat initial que de l'éventuelle convention résultant de l'acceptation de l'offre par le contractant».

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Il nous semble pourtant que les principes de bonne administration soient également applicables aux décisions prises par une autorité administrative dans le cadre de l'exécution d'un contrat. La Cour de cassation estime que les autorités publiques sont, pour tous leurs actes, soumises aux obligations issues de l'article 1382 du Code civil, notamment à l'obligation de prudence [48]. Les principes de bonne administration peuvent être considérés comme une application publiciste du principe civil de prudence [49]. Lorsqu'on estime que le principe de prudence est d'application à tous les actes d'une autorité publique, il va de soi que les principes de bonne administration y sont également applicables. Ainsi, comme le mentionne L.-P. Suetens : «Beginselen van behoorlijk bestuur zijn ongeschreven algemene rechtsbeginselen, welke de overheid bij elk optreden moet in acht nemen» [50].

L'application des principes de bonne administration aux décisions prises pendant l'exécution d'un contrat n'a pas encore fait de manière expresse l'objet d'une décision publiée. Au courant de notre recherche, on en a, néanmoins, trouvé une indication. Dans un *obiter dictum* d'un arrêt concernant un contrat de fourniture d'électricité, la Cour de cassation a accepté l'application des principes de bonne administration de la manière suivante : «Attendu que le principal général du droit de la continuité du service public tend uniquement à assurer la permanence et le fonctionnement des institutions publiques; Que ce principe n'impose pas nécessairement l'accomplissement continu ou permanent des services auxquels le citoyen a droit, même si les obligations des autorités sont soumises au contrôle des normes d'une bonne administration» [51].

La doctrine ne s'est pas souvent exprimée sur ce problème. Certains auteurs considèrent comme une évidence l'application des principes de bonne administration au stade de l'exécution tenant compte de leur valeur générale [52]. Dans notre thèse de doctorat, nous avons plaidé pour une

[48] A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 837-853.

[49] W. Van Gerven, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-1983, pp. 961-978; I. Opdebeek, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992, pp. 30-32; K. Leus, «Het zorgvuldigheidsbeginsel», in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, *op. cit.*, p. 107.

[50] L.-P. Suetens, «*Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht*», *T.B.P.*, 1970, p. 380, nr. 3; Voy. aussi W. Van Gerven et M. Wyckaert, «*Overeenkomsten met de overheid*», *T.P.R.*, 1987, p. 1744.

[51] Cass., 12 février 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 201, note D. De Roy.

[52] F. Vandendriessche, «Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur», in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, *op. cit.*, p. 52, nr. 67; R. Janvier et K. Janssens, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 181; W. Rauws, «Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid», in M. De Vos et I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, Die Keure, 2005, pp. 156-163; *contra* : A. De Becker, *Een onderzoek naar de juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Bruxelles, doctorat VUB, 2007, pp. 448-452 et A. De Becker, *De overheid en haar personeel*, Brugge, Die Keure, 2007, p. 581.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

application généralisée de ces principes sur base de la portée générale du principe de prudence issu des articles 1382 et 1134 C.civ. [53]. Le principe de bonne foi basé sur l'article 1134 du C.civ. peut, en effet, être considéré comme une application du principe de prudence dans le cadre de l'exécution d'un contrat [54]. Les principes de bonne administration sont une expression publiciste du principe de bonne foi, auquel tout contractant est tenu à tous les stades de tout contrat [55].

Ainsi, des principes de droit public s'appliqueront à une relation qui relève du droit privé (relation contractuelle). Cela démontre que le droit des marchés publics traverse la distinction doit privé-droit public. En l'espèce, cette constatation ne vaut que pour les contrats conclus par une autorité administrative. Pour les autres pouvoirs adjudicateurs, le droit privé, à côté de la réglementation sur les marchés publics, s'appliquera seul.

C. Théorie de l'imprévision

L'article 16, §2 du Cahier général des charges établit que : «L'adjudicataire n'a droit en principe à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger. Toutefois, l'adjudicataire peut soit pour demander une prolongation des délais d'exécution, soit lorsqu'il a subi un préjudice très important, pour demander la révision ou la résiliation du marché, se prévaloir de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement ne pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires». Par la suite, la disposition donne une liste non exhaustive de circonstances qui permettent l'application cette théorie.

Dans un arrêt du 30 octobre 1924, la Cour de Cassation a défini l'imprévision comme suit : «théorie qui tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il

[53] K. Wauters, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomst*, Intersentia, 2009, pp. 141 et s.

[54] J. Van Ryn et X. Dieux, «La bonne foi dans le droit des obligations», *J.T.*, 1991, pp. 290-291 ; *contra* : L. Cornelis, «Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?», *T.P.R.*, 1990, pp. 19-20.

[55] J. Putzeys, S. Gehlen et J. Bourtembourg, «La bonne foi, critère d'appréciation de l'acte administratif», in *La bonne foi*, Conférence du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 403 : Ces auteurs se demandent si les principes de bonne administration ne sont pas l'expression d'une obligation morale de l'administration d'agir de bonne foi.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte» [56].

La théorie de l'imprévision demeure une exception au droit commun des contrats et au principe de la convention-loi (article 1134 Code civil). Si le rejet de la théorie par le droit privé à suscité des controverses doctrinales [57], la jurisprudence majoritaire demeure opposée à son application [58]. Ainsi, comme l'explique P. Wéry dans son précis consacré au droit des obligations : «C'est la force obligatoire du contrat qui explique cette intransigeance de la jurisprudence : dès lors que l'exécution en nature de l'obligation demeure possible, celle-ci doit être assumée, quoi qu'il en coûte au débiteur. Et ni l'écoulement du temps ni l'équité n'autorisent le juge à affranchir une partie du contrat devenu déséquilibré à le réviser» [59].

De l'article 16, §2, il ressort que, pour l'application de l'imprévision, les circonstances doivent :

— être non imputables au pouvoir adjudicataire qui a pris toutes les diligences nécessaires,

— être imprévisibles,

— bouleverser les conditions du marché public [60].

La théorie permet de prolonger les délais du marché et, plus restrictivement, de réviser les termes du contrat ou de procéder à sa résiliation. Ce n'est que lorsqu'il a subi un préjudice très important que l'adjudicataire peut obtenir du juge la révision ou la résiliation du marché. Par révision du contrat il faut généralement entendre la modification du prix fixé forfaitairement.

La théorie de l'imprévision est traditionnellement considérée comme une réponse au principe du forfait et aux pouvoirs «exorbitants» du pouvoir adjudicateur [61]. Issue du cahier général des charges, cette théorie s'applique à l'ensemble des marchés publics. Dès lors, des contrats

[56] Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 565; Voy. ég. D. PHILIPPE, «L'imprévision», *J.T.*, 2007, pp. 738 et s.

[57] D. PHILIPPE estime à cet égard que «les valeurs éthiques conduisent à reconnaître la possibilité d'adapter le contrat à son économie lorsque l'exécution du contrat deviant insupportable pour l'une des parties», *op. cit.,* p. 741.

[58] Cass., 20 avril 2006, nr. C030084N.

[59] P. WÉRY, *op. cit*., p. 514.

[60] Ces conditions sont cumulatives.

[61] Sur les origines de la théorie voy not. M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ, P. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, La Conf. Nat. De la Construction, Bruxelles, 1996, pp. 343 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

de droit privé se voient appliquer une théorie dérogatoire au Code civil [62].

Cependant, cette affirmation doit être nuancée. En effet, d'une part, selon une doctrine récente, la théorie de l'imprévision doit être interprétée restrictivement [63] et, d'autre part, il existe des succédanés [64] de la théorie applicables aux contrats de droit commun. Par ailleurs, dans la pratique, on assiste à un développement croissant des clauses aménagent les changements de circonstances en cours d'exécution, dites clauses de «*hardship*» [65].

Nonobstant le rejet de cette théorie par la Cour de Cassation dans le cadre du droit privé, elle s'applique aussi bien aux marchés publics de droit public que de droit privé sur base de l'article 16, §2 CGC.

D. Conclusion de la Section IV

Quelle que soit la nature du contrat, le droit privé s'applique de manière supplétive aux dispositions du cahier général des charges.

Il faut cependant admettre qu'à l'exécution de tous les marchés publics s'applique, à titre principal, un droit dérogatoire au droit privé et, de manière supplétive, le droit commun des contrats. La théorie de l'imprévision nous offre un exemple intéressant de l'application d'une disposition dérogatoire au droit civil.

La question de l'application des principes de bonne administration au stade de l'exécution des marchés de droit public demeure ouverte. Si la jurisprudence admettait l'application de ces principes lors de l'exécution d'un marché, le droit applicable à l'exécution des contrats de droit public comprendrait d'une part, le cahier général des charges et supplétivement le droit privé et, d'autre part, les principes de bonne administration.

[62] La nature de la théorie de l'imprévision peut sembler incertaine. Si elle est dérogatoire au droit commun des contrats, elle n'est pas forcément une notion de droit public. En effet, d'autres pays l'appliquent en tant que théorie de droit civile (Pour une approche de droit comparé. Voy. not. A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 601 et s.).

[63] P. Thiel, *Mémento des marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2012, p. 774.

[64] P. Wéry, *op. cit.*, pp. 516 à 520.

[65] Sur la question voy. not. D. Philippe, *op. cit.*, p. 740.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

V. — PROTECTION JURIDICTIONNELLE

A. La compétence du pouvoir judiciaire issue de l'article 159 de la Constitution

En Belgique, en ce qui concerne les décisions prises par les autorités administratives, il existe une compétence parallèle du Conseil d'État et des cours et tribunaux du pouvoir judiciaire. Les deux ordres sont compétents pour vérifier la légalité d'un acte administratif.

Le Conseil d'État est soumis à des conditions plus strictes quant à la recevabilité du recours, mais dispose d'une compétence plus élargie (annulation et suspension). Le pouvoir judiciaire, compétent au contentieux des droits subjectifs, contrôle la légalité des actes administratifs par le biais de l'article 159 de la Constitution qui lui impose de refuser d'appliquer tout acte administratif irrégulier.

Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et la haute juridiction administrative se fonde sur la théorie de l'objet véritable et direct de la demande. Cette théorie ne fait pas l'objet de cette contribution [66]. Il est clair que ce débat ne se pose pas lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas une autorité administrative, dès lors que l'article 159 de la Constitution ne concerne que les actes administratifs unilatéraux individuels et réglementaires. Une personne de droit privé n'adopte pas d'actes administratifs soumis à la censure de non-application de l'article 159.

Un juge de l'ordre judiciaire, qui en principe applique les règles du droit civil, a une compétence élargie pour vérifier la légalité des actes d'une autorité administrative. Par conséquent, des questions de droit public peuvent être soulevées devant le pouvoir judiciaire. Dès lors, l'autorité administrative répond de ses violations aux règles du droit public devant le Conseil d'État et devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire.

Sur la base de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux du pouvoir judiciaire vérifient si les actes des autorités administratives sont conformes aux normes supérieures. Cette disposition et les articles 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État forment les outils principaux pour examiner la légalité d'un acte administratif [67].

[66] Sur la question voy. not. B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, «La théorie de l'objet véritable et direct du recours», in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VANDROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruges, La Charte, 2007, pp. 26 et s.

[67] J. THEUNIS, «De 'exceptie van onwettigheid' (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden?», *R.W.*, 2008, p. 1266.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

Elle est un des fondements de notre État de droit et de notre système constitutionnel [68].

L'article 159 a un caractère d'ordre public, ce qui implique que le juge a l'obligation de mettre à l'écart des actes administratifs illégaux et qu'il doit le soulever d'office [69]. La disposition a également un caractère général. La Cour de Cassation a admis que le contrôle sur base de l'article 159 de la Constitution vaut aussi bien pour des actes individuels [70] que pour des actes réglementaires. Sur base de cette jurisprudence, les cours et tribunaux ont la compétence de vérifier la légalité de la décision d'attribution. De plus, la généralité de l'article implique que toutes les juridictions du Royaume soient contraintes de refuser d'appliquer un acte administratif illégal, avec la nuance pour les actes individuels [71]. Il faut noter que dans le cadre de la loi du 23 décembre 2009, les cours et tribunaux ont encore uniquement cette compétence concernant la procédure en obtention de dommages et intérêts. Les procédures qui ont trait à l'éventuelle suspension de l'acte administratif relèvent de la compétence exclusive du Conseil d'État.

Enfin, devant les cours et tribunaux, une illégalité peut être soulevée à tout moment pour autant que la demande de base ne soit pas prescrite. Il s'agit d'une différence majeure par rapport au Conseil d'État où, pour les actes individuels, il faut introduire la demande dans les 60 jours de la prise de connaissance de la décision sous peine d'irrecevabilité. Pour les actes réglementaires, les parties doivent soulever l'illégalité dans la requête introductive, sauf si le moyen soulevé est lui-même d'ordre public.

De la sorte, un juge civil a, en Belgique, la possibilité de mettre en cause les actes pris par une autorité administrative. À nouveau, le droit public et le droit privé se croisent dans le cadre d'un même contentieux. En effet la procédure menée devant le juge civil sera régie par le droit judiciaire. Afin

[68] K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 356.

[69] J. DE BISTHOVEN, concl. Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, 991; Cass., 26 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 774 : «Ieder met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan en moet nagaan of de besluiten en verordeningen waarop een vordering, verweer of exceptie is gegrond, met de wet overeenstemmen»; Le Conseil d'État juge que l'application de l'article 159 de la Constitution est d'ordre public et qu'il faut dès lors admettre que l'illégalité est d'ordre public : voy. not. C.E., n° 14.473, 26 janvier 1971, *Van Look*; C.E., n° 29.523, 9 mars 1988, *O.C.M.W. Vorst*; C.E., n° 58.935, 28 mars 1996, *Anckaert en Meyfroodt*; C.E., n° 88.476, 29 juin 2000, *Loontjens*.

[70] Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 431, note Ph. QUERTAINMONT; Cass., 22 mars 1993, *Pas.*, I, p. 308; Cass., 9 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 2000, p. 257, note D. LAGASSE; Cass., 12 septembre 1997, *J.T.*, 1997, 840. A propos des actes administratifs individuels le Conseil d'État juge que leur légalité ne peut plus être contestée une fois le délai pour agir en annulation écoulé.

[71] Cass., 12 mars 1942, *Arr.Cass.* 1942, p. 23, concl. HAYOIT DE TREMICOURT; Cass., 13 octobre 1969, *Arr. Cass.*, 1970, p. 156; Cass., 12 septembre 1997, *J.T.*, 1997, p. 840.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

de condamner l'autorité administrative auteur d'une illégalité, le juge civil se basera sur l'article 1382 du Code civil. En effet, la Cour de cassation a confirmé, à maintes reprises, l'unicité entre l'illégalité et la faute [72].

B. L'action en cessation

Siège de cette action commerciale, l'article 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché à la protection du consommateur (LPMC) dispose [73] : «Le président du tribunal de commerce constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Il peut ordonner l'interdiction des pratiques du marché visées aux articles 83 à 99 de la loi précitée lorsqu'elles n'ont pas encore débuté, mais qu'elles sont imminentes».

Comme le résument F. Moïses et R. Simar : «Parallèlement aux contentieux de l'attribution du marché public qui opposent le soumissionnaire évincé au pouvoir adjudicateur il existe une jurisprudence relative à des actions en cessation poursuivies entre entreprises concurrentes qui soumissionnent pour un même marché public» [74].

Il était en effet admis qu'un soumissionnaire, qui adopte un comportement contraire aux usages honnêtes en matière commerciale et qui porte atteinte aux intérêts professionnels d'un autre «vendeur» sous l'égide de l'ancien article 94/3 de la loi sur les pratiques du commerce et la protection des consommateurs, s'expose aux risques d'une action en cessation devant le Président du tribunal de commerce. Il s'agit d'une autre protection juridictionnelle offerte au soumissionnaire évincé, parallèlement aux actions devant le Conseil d'État ou les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, pour contrôler l'attribution du marché public, et plus spécifiquement ici, l'offre d'un soumissionnaire.

Dans son arrêt du 21 avril 2010 la Cour d'appel de Bruxelles a précisé que [75] :

«L'article 94/3 (anciennement article 93) de la LPCC suivant lequel, «est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par

[72] Voy. not. D. Renders, Th. Bombois, Ch. Thiebaut, B. Gors et L. Vansnick, *op. cit.*, pp. 182 et s.

[73] Sur l'action en cessation fondée sur la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce, l'information et la protection du consommateur. Voy. not. J.-F. Michel, «Les actions en cessation en droit de la consommation», in J.-F. van Drooghenbroeck (sous coord.), *Les actions en cessation*, Bruxelles, Larcier, CUP, 2006, pp. 93 et s.

[74] F. Moïses et R. Simar, «Contentieux des marches publics, pratiques du marché déloyales et action en cessation», in *Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP, p. 206.

[75] Bruxelles, 21 avril 2004, F-20100421-6.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux interêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs», instaure une norme générale de comportement suivant laquelle toutes les dispositions du droit positif belge ont vocation à entrer dans le champ d'application des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale. Le président du tribunal de commerce est compétent pour examiner, dans le cadre de la LPCC, *toute violation d'une disposition légale qui constitue* ***en elle-même*** *un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale*» (Passage mis en italique et surligné par nous)

L'action en cessation peut intervenir avant l'attribution du marché public [76]. Lorsqu'elle intervient après la conclusion du contrat, la cessation des effets de l'offre contraires aux pratiques et usages honnêtes implique que les effets du marché public doivent cesser. Une nouvelle procédure devra être entamée.

L'exemple classique demeure les offres à perte ou qui proposent des prix anormalement bas [77]. Conformément à l'article 101 de LPMC : «toute vente à un prix qui n'est pas au moins égal au prix auquel l'entreprise a acheté le bien ou que l'entreprise devrait payer lors du réapprovisionnement, après déduction des éventuelles réductions accordées et définitivement acquises».

La démonstration concrète et effective d'une telle offre s'est souvent avérée hasardeuse [78]. En effet, il revient au soumissionnaire évincé de produire sa propre marge bénéficiaire ou le décompte de ses frais propres généraux ou propres au marché afin de démontrer que le prix concerné est à perte ou anormalement bas [79]. Si la notion de vente à perte peut être objectivée sans trop de discussion, celle de prix anormalement bas demeure plus délicate [80]. Il s'agit de la détermination du juste prix [81].

À notre estime, cette jurisprudence s'écarte de l'objet de la LPMC. En effet, toute illégalité ne constitue pas forcément et *a priori* une distorsion de la concurrence. On semble confondre le champ d'application de l'action et son fondement. Certes, le président du tribunal du commerce est compétent pour statuer sur toute violation du droit positif. Dans le cadre de l'action en cessation, il lui reviendra alors de vérifier s'il y a violation de la norme et, ensuite, si cette violation constitue bien un acte contraire aux

[76] F. Moïses et R. Simar, *op. cit.,* p. 210; J.-F. Michel, *op. cit*., p. 120.

[77] L'article 101 L.P.M.C. prohibe toute vente de bien à perte. Il est admis que la vente de perte a bien peut être sanctionnée dans le cadre de l'article 94/3 L.P.C.C.; Cass., 25 octobre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 350, note R. Steennot.

[78] F. Moïses et R. Simar, *op. cit*., p. 211.

[79] F. Moïses et R. Simar, *op. cit*., p. 212.

[80] Comm. Bruxelles, 4 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 109.

[81] À cet égard voy. not. les contributions de G. Raepers et N. Schmitz, *in Marchés publics et justes prix,* Bruxelles, Dulbea, 1971, pp. 164 à 166 et pp. 171 et s.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

usages honnêtes en matière commerciale, tels que visés par la LPMC. Nous estimons que le seul fait de ne pas respecter une disposition du droit positif belge ne suffit pas pour établir, *in abstracto*, une inégalité entre les entreprises et à fonder une action en cessation.

Par ailleurs, la jurisprudence considère que la violation de toute norme de droit positif belge peut justifier une action en cessation. Nous nous interrogeons donc sur le rôle à donner aux dispositions de l'ordre juridique international et, plus précisément, aux normes issues du droit européen. Le dispositif de l'arrêt ne semble pas vouloir limiter sa portée aux seules dispositions du droit belge mais concerne l'ensemble des règles qui s'imposent aux entreprises soumises à la loi belge sur les pratiques du marché.

Dès lors l'ensemble des marchés publics est tributaire d'une action en cessation lorsque le soumissionnaire est une «entreprise». Il s'agit d'une action commerciale portée devant le président du tribunal de commerce. Mais, au regard de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, le président contrôlera le respect de la légalité au sens large, sans distinction entre le droit public et le droit privé [82].

L'application de l'action en cessation en matière de marché public ne constitue pas une évolution isolée. En matière de droit de l'urbanisme, l'action en cessation se développe dans un cadre similaire. En effet, outre l'action en cessation protectrice de l'environnement, un vendeur peut agir en cessation des effets d'un permis d'urbanisme ou d'environnement obtenu par un autre vendeur. Il devra prouver que l'obtention illégale de ce permis lui porte préjudice, ce qui au regard de la jurisprudence récente de la Cour d'appel de Bruxelles ne devrait pas poser de difficultés.

VI. — Conclusion

La volonté de distinguer ce qui relève du domaine public de ce qui relève de la sphère privée remonte aux origines du droit. Le droit, en constante évolution, répond aux exigences d'un monde en perpétuel mouvement. Dès lors, les volontés d'hier ne peuvent plus être rencontrées de la même manière aujourd'hui. La multiplication des branches du droit, leur complexification, la place du droit européen, le rôle de l'état et l'évolution des exigences auxquelles il doit répondre expliquent, entre autres, les hésitations actuelles à catégoriser une situation juridique ou une matière. Par ailleurs, il y a une unité fondamentale du système juridique et une complémentarité

[82] La notion de prix anormalement bas et la jurisprudence du Conseil d'État à cet égard pourrait fonder une action en cessation.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

entre le droit privé et le droit public qui s'opposent à un cloisonnement des différentes branches du droit [83].

D'une part, nous assistons à une régulation de la vie privée. Le rôle accru de l'exigence d'égalité et de non-discrimination impose à l'État d'intervenir de plus en plus dans la sphère privée, par l'intermédiaire, par exemple, du centre pour l'égalité des chances. Ces exigences concernent toutes les branches du droit comme, par exemple, le droit du travail ou le droit de bail. Telle une autorité administrative, un employeur ne peut plus licencier un travailleur sans motif valable.

D'autre part, l'organisation de la gestion de l'État se «privatise» de plus en plus. L'accroissement des P.P.P. et autres contrats publics en témoigne. La privatisation de certains services publics démontre également que ce qui relevait incontestablement du droit public hier ne l'est plus aujourd'hui. À titre exemple, citons encore le statut contractuel des agents de l'état, devenu aujourd'hui le statut ordinaire.

L'évolution du droit des marchés publics témoigne des difficultés grandissantes que suscite la *summa divisio* de notre droit. Premièrement, le droit européen ne distingue pas le droit privé du droit public. Cela provoque, en droit interne, des situations confuses. La notion de pouvoir adjudicateur telle que reprise par le droit européen, combinée avec la notion belge d'autorité administrative impose, en droit interne, de distinguer, au stade de l'attribution, les contrats de droit public des contrats de droit privé.

Cependant, la qualification «de droit privé» ou «de droit public» d'un marché «public» n'épuise pas toutes les difficultés. En effet, comme cette contribution tend à le démontrer, la nature du contrat n'empêche pas que des règles d'un autre ordre s'appliquent.

Il faut admettre que la matière transcende toute catégorisation. Cela implique que le pouvoir judiciaire n'applique pas seulement des règles de droit privé. Il doit également se référer aux règles et principes de droit public, tels qu'appliqués par le Conseil d'État et la CJUE. Ce qui était une difficulté devient une opportunité qui permet de rompre avec une volonté archaïque de classer les branches du droit. Cette opportunité permet de constater que la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire sont, en Belgique, complémentaires et non concurrentes.

Concernant les marchés publics, la *summa divisio* conserve un intérêt théorique mais son intérêt pratique demeure limité et risqué. À notre estime, il est inexact et inapproprié de chercher à cataloguer un marché

[83] À cet égard voy. Y. AGUILA, «Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés», *A.J.D.A.*, 2009, p. 905.

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques

public afin de le soumettre au droit public ou au droit privé. Tout marché public est soumis à la fois au droit public et au droit privé selon les circonstances d'espèce.

Kris WAUTERS et Thomas CAMBIER

this Jurisquare copy is licenced to Université Catholique de Louvain - Service central des bibliothèques