

Faculté de droit et de criminologie

**La place du tiers face aux contrats
publics illégaux à la lumière de
l'arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour
de cassation**

Auteur : Eve Ramaekers (00121640)

Promoteur(s) : Kris Wauters

Lecteur(s) : Thomas Cambier

Année académique 2021-2022

Master [120] en droit, à finalité spécialisée: État et Europe

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	2
TITRE I. NOTIONS.....	2
CHAPITRE 1 ^{ER} . L'ACTE ADMINISTRATIF ET SES DIFFÉRENTS TYPES (NOTIONS ET ENJEUX)	2
CHAPITRE 2. PRINCIPES	5
<i>Section 1. Concurrence</i>	<i>6</i>
<i>Section 2. Égalité et non-discrimination</i>	<i>7</i>
<i>Section 3. Transparence</i>	<i>9</i>
CHAPITRE 3. LES PROTECTIONS JURIDICTIONNELLES ET PRÉVENTIVES	10
<i>Section 1. Les ordres juridictionnels administratif et judiciaire</i>	<i>10</i>
<i>Section 2. Les contentieux objectif et subjectif.....</i>	<i>12</i>
<i>Section 3. La théorie de l'objet véritable et direct du recours</i>	<i>12</i>
<i>Section 4. Les différents types de contentieux touchant la commande publique et les mécanismes de protections préventives et juridictionnels.....</i>	<i>15</i>
CHAPITRE 4. LA THEORIE DE L'ACTE DETACHABLE	18
<i>Section 1. La théorie</i>	<i>19</i>
<i>Section 2. Les actes posés avant la conclusion du contrat.....</i>	<i>20</i>
<i>Section 3. Les actes posés après la conclusion du contrat.....</i>	<i>20</i>
<i>Section 4. Limite de la théorie et perspectives.....</i>	<i>22</i>
TITRE II. RÉGIMES DES NULLITÉS EN DROIT CIVIL ET EN DROIT DES CONTRATS PUBLICS	23
CHAPITRE 1 ^{ER} . DROIT CIVIL	23
<i>Section 1. Conditions de validité d'un contrat</i>	<i>25</i>
<i>Section 2. Théorie des nullités</i>	<i>31</i>
CHAPITRE 2. QUEL(S) RÉGIMES DE NULLITÉ S'APPLIQUE(NT) AUX MARCHÉS PUBLICS ET CONTRATS PUBLICS ?	35
<i>Section 1. Pas de régime général, mais un régime particulier pour certains contrats.....</i>	<i>36</i>
<i>Section 2. Réception de la théorie des nullités dans les contrats publics – évolution et perspectives.....</i>	<i>37</i>
<i>Section 3. Articulation entre le régime des nullités et le mécanisme de déclaration d'absence d'effets.....</i>	<i>44</i>
TITRE III. ARRÊT DU 22 JANVIER 2021 DE LA COUR DE CASSATION	45
CHAPITRE 1 ^{ER} . LES CIRCONSTANCES FACTUELLES ET PROCÉDURALES	45
<i>Section 1. L'octroi par des intercommunales de droits exclusifs sur leurs réseaux à Telenet</i>	<i>45</i>
<i>Section 2. Proximus, un tiers mécontent</i>	<i>47</i>
<i>Section 3. Procédure devant le Conseil d'État et question préjudicielle à la Cour de justice</i>	<i>47</i>
<i>Section 4. Procédure devant le Tribunal de première instance et devant le Cour d'appel d'Anvers.....</i>	<i>50</i>
CHAPITRE 2. CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL RIA MORTIER	52
CHAPITRE 3. ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 22 JANVIER 2021	54
<i>Section 1. L'objet illicite ou le défaut d'objet licite</i>	<i>54</i>
<i>Section 2. Conséquences de la nullité d'un tel accord</i>	<i>55</i>
<i>Section 3. Application concrète de ces principes au cas qui lui était soumis</i>	<i>55</i>
CHAPITRE 4. JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE À L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 22 JANVIER 2021	56
<i>Section 1. Jugement du Tribunal de première instance du Limbourg du 18 octobre 2021</i>	<i>56</i>
<i>Section 2. Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 octobre 2021</i>	<i>57</i>
CONCLUSION.....	58
BIBLIOGRAPHIE	63
RÈGLEMENTATION	63
DOCTRINE.....	64
JURISPRUDENCE	70

Introduction

Nous nous intéressons aux mécanismes de conclusion des contrats publics. Nous nous proposons d'examiner dans quelle mesure des tiers peuvent contester de tels contrats lorsqu'ils sont affectés d'une illégalité et ce, à la lumière de l'arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour de cassation.

Dans cette perspective, nous procédons dans une première partie (titre I) à différents rappels portant sur les concepts et notions mobilisés dans cette matière, en particulier l'acte administratif (chapitre 1^{er}), sur les principes applicables en matière de commande publique (chapitre 2), sur les différents types de contentieux touchant la commande publique et les protections préventives et juridictionnelles des opérateurs économiques (chapitre 3) et, pour finir, sur la théorie de l'acte détachable (chapitre 4). Ces différents rappels et singulièrement ceux effectués à propos de la théorie de l'acte détachable nous permettent d'éclairer le contexte dans lequel s'inscrit l'arrêt commenté du 22 janvier 2021. La seconde partie (titre II) est consacrée au régime des nullités en droit civil et en droit des contrats publics. Nous nous penchons ensuite (titre III) sur l'arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour de cassation et les décisions rendues par la suite. Nous proposons enfin, dans la conclusion, d'examiner quels en sont les enseignements de cet arrêt, notamment au regard de la protection des tiers évincés.

Titre I. Notions

Chapitre 1^{er}. L'acte administratif et ses différents types (notions et enjeux)

Les administrations¹ sont chargées de la gestion de la collectivité en poursuivant l'intérêt général². Dans l'accomplissement de cette mission, les administrations effectuent des opérations matérielles et posent des actes, c'est-à-dire des « manifestations de volonté destinées à produire des effets juridiques »³ soit par eux-mêmes (on parle alors d'acte administratif unilatéral), soit parce qu'ils rencontrent l'accord de volonté d'une autre partie (on parle alors de contrat).

S'agissant du premier type d'acte, nous savons que les administrations disposent d'un pouvoir de commandement qu'elles tirent de la Constitution et les différentes règles prises en vertu de celle-

¹ Définir la notion même d'administration ou de service public est complexe. « La notion de service public pouvant être prise dans son sens organique ou matériel [...] il est communément admis que ces deux questions renvoient plus généralement encore à celle de la détermination de ce qu'un système juridique considère soit comme relevant du droit public ou du droit privé, soit comme pouvant être identifié organiquement comme une entité publique ou privée. » (A. L. DURVIAUX, « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *J.T.*, 2004, p. 17.)

² « [L]'administration, dans ses manifestations quotidiennes, apparaît comme un faisceau de services créés et contrôlés par les pouvoirs publics pour assurer la satisfaction des besoins collectifs jugés essentiels » (M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. I, p. 39).

³ D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 242 et 243.

ci. Ce pouvoir de commandement permet aux administrations d'imposer⁴, par leur seule volonté⁵, des effets juridiques aux membres des collectivités dont elle sont chargées d'assurer la gestion. Cette situation juridique nouvelle s'impose sans recours préalable au juge en vertu des privilèges dits du préalable et de l'exécution d'office⁶. On peut donc définir l'acte administratif unilatéral comme étant « une manifestation unilatérale de volonté des autorités administratives, destinée à produire des effets de droit. L'unilatéralité a pour caractéristique que l'acte modifie ou empêche de modifier l'ordonnancement juridique par l'effet de la seule volonté de l'autorité administrative, sans qu'un consentement soit requis ». ⁷

S'agissant du second type d'acte, nous constatons que les administrations peuvent⁸ être parties à un contrat. En droit civil, l'article 1101 de l'ancien Code civil définit la notion de contrat comme étant « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». L'article 5.4 du nouveau Code civil⁹ dispose que « le contrat, ou convention, est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes avec l'intention de faire naître des effets de droit ». En droit administratif, on retient généralement que « l'acte administratif bilatéral¹⁰ est celui par lequel une personne morale de droit public s'accorde avec une autre personnalité juridique¹¹, de droit public ou de droit privé, en vue de

⁴ « [L]'action de l'administration se distingue de celles des particuliers par un accroissement de pouvoir » (M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 6).

⁵ Le fait qu'il suffise d'une volonté, en l'occurrence celle de l'administration, pour produire des effets juridiques se manifeste dans l'utilisation du terme « unilatéral » (D. RENDERS, *op. cit.*, p. 247).

⁶ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 331.

⁷ K. WAUTERS et T. CAMBIER, « L'annulation des concessions domaniales », *Rev. prat. im.*, 2015/3, p. 183 et auteurs cités.

⁸ L'article 2 de la directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession consacre un principe de libre administration par les pouvoirs publics dans les termes suivants : « Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics ». La jurisprudence de la Cour de justice est fixée dans le même sens : « Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics » (C.J.C.E., arrêt *Stadt Halle*, 11 janvier 2005, C-26/03, EU:C:2005:5, point 48). Un an plus tard, à la question de savoir si était compatible avec le droit communautaire une législation nationale ne fixant aucune limite à la liberté de choix de l'administration publique entre les différentes formes d'attribution du service public, la Cour a répondu que « les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination en raison de la nationalité et de transparence, ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui permet à une collectivité publique d'attribuer un service public directement à une société dont elle détient entièrement le capital, à condition que la collectivité publique exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette dernière réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient » (C.J.C.E., arrêt *Anav*, 6 avril 2006, C-410/04, EU:C:2006:237, point 33).

⁹ La loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, publiée au Moniteur belge le 1^{er} juillet 2022, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023 (le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge).

¹⁰ Par opposition à l'acte administratif unilatéral.

¹¹ La question de savoir si les parties sont suffisamment autonomes les unes par rapport aux autres intéresse la jurisprudence depuis de longues années. Ainsi, il ne peut y avoir de relation contractuelle au sens strict si l'une des parties ne jouit pas d'une marge d'autonomie telle qu'elle empêche l'autre d'exercer sur elle un contrôle analogue à

produire des effets juridiques. »¹² Ces effets de droit peuvent consister¹³ à donner naissance à des obligations, transférer un droit subjectif ou encore modifier ou éteindre un droit ou une convention préexistants¹⁴. Selon que des motifs d'intérêt général sont prépondérants ou non dans la relation qui s'instaure alors, on parle de contrat de l'administration ou de contrat administratif¹⁵. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque l'intérêt général n'est pas directement en jeu, le contrat ne diffère en rien des contrats privés et le droit commun s'applique. A l'inverse, lorsque l'intérêt général est poursuivi ou guide l'attitude de l'administration, par exemple dans le choix de son partenaire, le contrat est conclu en dérogation aux règles de droit commun¹⁶. Les règles de droit privé ont vocation à être appliquées tant qu'une règle de droit administratif n'y fait pas échec¹⁷. D'aucuns parlent de clause exorbitante, c'est-à-dire dérogatoire au droit commun, inhabituelle en droit commun, voire même illicite en droit commun¹⁸.

Parmi les contrats administratifs, figurent ceux qui ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique (tels les contrats de concession domaniale ou les PPP¹⁹) et ceux qui font au contraire l'objet d'une telle réglementation. A propos de ceux-ci, il faut constater que, principalement sous l'impulsion du droit européen^{20,21}, les dispositions spécifiques qui ont vocation à les encadrer se sont multipliées et complexifiées. Retenons principalement la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, celle du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et l'ensemble de leurs

celui que cette autre partie exerce sur ses propres services (C.J.C.E., arrêt *Teckal*, 18 novembre 1999, C-107/98, EU:C:1999:562).

¹² D. RENDERS, *op. cit.*, p. 411.

¹³ P. WÉRY, *Droit des obligations, vol. 1 : Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 72.

¹⁴ Des actes administratifs unilatéraux peuvent avoir les mêmes effets, sans pour autant relever de la notion de contrat. Pour reprendre la typologie de M. Pâques, l'acte unilatéral de l'administration peut tantôt imposer, tantôt autoriser, tantôt « créer une obligation, un droit ou un ensemble de droits et d'obligations ». Dans ce dernier cas, la relation est « consensuelle, mais non contractuelle » en ce sens que l'administration ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction, mais se contente de proposer. Il en va ainsi des nominations ou des subventions qui, sans être des contrats, exigent tout de même la participation, le consentement de son destinataire. (M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 98 et 99.)

¹⁵ M. PÂQUES, *ibidem*, p. 271 et s.

¹⁶ K. WAUTERS et E. SAITOVA, *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction*, Limal, Anthemis, 2021, p. 281 à 311 ; K. WAUTERS et A. PERCY, « Le visage contractuel de l'administration » in *Les visages de l'État*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 821 et s.

¹⁷ D. RENDERS, *op. cit.*, p. 413 à 414.

¹⁸ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 273.

¹⁹ Les partenariats publics privés ne font pas l'objet en Belgique d'une réglementation propre et sont appréhendés autant que faire se peut à travers les réglementations relatives aux marchés publics et aux concessions (K. WAUTERS et E. SAITOVA, *op. cit.*, p. 282).

²⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

²¹ Il convient de rester attentif au fait que le droit européen a développé une conception autonome de la notion de contrat, la qualification retenue en droit interne ne pouvant élever l'application des directives relatives aux marchés publics et aux concessions. Ainsi, la Cour a déjà considéré que « pour établir si le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée au sens de la loi n° 85-704 relève du champ d'application de la directive 92/50, il y a lieu d'examiner si les critères établis à l'article 1^{er}, sous a), de cette dernière sont remplis. Cette disposition ne comportant aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, il n'y a pas lieu de rechercher la qualification que le droit français donne audit contrat. » (C.J.C.E., arrêt *Commission c. République française*, 20 octobre 2005, C-264/03, EU:C:2005:620, point 36).

arrêtés d'exécution. Ces réglementations particulières s'étendent à tous les aspects de la commande, de son élaboration, à son exécution, en passant par sa passation²².

Au regard de ce qui précède, nous nous rendons compte qu'il est important d'identifier à quel type d'acte administratif on est confronté et de savoir si une opération donnée doit être qualifiée de contrat puis, dans l'affirmative, de déterminer de quel type de contrat il s'agit et par voie de conséquence quelle réglementation spécifique va s'appliquer le cas échéant²³. Cet exercice a suscité dans presque toutes ses étapes un très important contentieux dont les balises ont été progressivement fixées par la doctrine²⁴ et la jurisprudence²⁵.

Chapitre 2. Principes

Dans l'accomplissement de leurs missions, les administrations sont astreintes au respect de différents principes tantôt énoncés explicitement dans un texte, tantôt résultant d'une jurisprudence constante et établie ou encore de règles non écrites admises par tous²⁶. Certains de ces principes sont valables pour tous les types d'action administrative, d'autres sont propres ou prennent un relief particulier lorsqu'il s'agit de les appliquer aux commandes publiques.

En effet, sur cette dernière considération, nous ne pouvons, par exemple, manquer de constater que ces principes en énervent directement d'autres applicables en droit civil des contrats comme le principe d'autonomie de la volonté qui est pourtant un principe fondamental en la matière.²⁷ Ainsi, la liberté de choisir son co-contractant, de même que celle de négocier le contenu du contrat pourtant inhérentes²⁸ au principe d'autonomie de la volonté, cèdent devant les principes de mise en concurrence, d'égalité de traitement et de légitime confiance et autres principes généraux²⁹.

²² Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, B. DUPREZ, Y. LIBERT, I. PAIVA, P. THIEL, M. VASTMAN, *Le droit des marchés publics en Belgique*, 2^e éd., Larcier, 2019, p. 18.

²³ G. VANDERMEEREN, « La commande publique d'équipement urbain », in *Chronique des Marchés Publics 2019-2020*, Bruxelles, EBP, 2020, p. 402 ; K. WAUTERS, « La qualification du contrat », *M.C.P.*, 2017/2, p. 157 à 160 ; F. MOISES et A. VANDEBURIE, « L'application de la réglementation des marchés publics aux opérations immobilières des pouvoirs publics et aux P.P.P. immobiliers », *M.C.P.*, 2011/4, p. 411 ; K. WAUTERS, « Acte mixte : une nouvelle catégorie d'actes juridiques administratifs », *M.C.P.*, 2020/3, p. 369 et s.

²⁴ S'agissant de la doctrine, nous pouvons spécialement évoquer la thèse de M. Pâques sur le contrat dans l'action administrative (M. PÂQUES, *op. cit.*) ou encore le commentaire qu'a donné A. L. Durviaux de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 juillet 2016 (A. L. DURVIAUX, « Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 22 juillet 2016 », *M.C.P.*, 2017/2, p. 197 à 212).

²⁵ En ce qui concerne la jurisprudence, nous épinglerons justement l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 juillet 2016 (Bruxelles, 22 juillet 2016, R.G. n°2015/AR/389, *M.C.P.*, 2017/2, p. 197).

²⁶ P. LEWALLE, « Les règles non écrites dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir. Les principes généraux du droit », *Rev. Adm.*, n° spécial, 1999, p. 30 à 47.

²⁷ Pour une présentation de la théorie de l'autonomie de la volonté et des principales critiques dont elle est la cible, nous renvoyons à P. WÉRY, *op. cit.*, p. 127 et s.

²⁸ Seule liberté de contracter ou de ne pas contracter demeure intacte. Notons tout de même que « la décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité. Cette décision doit cependant être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle » (C.E. (6^e ch.), 17 juin 2021, n°250.927, sa Nelles Frères).

²⁹ P. NIHOUL, *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 105 et 106.

Avant d'aborder au chapitre 3 les questions de protections préventives et juridictionnelles, dans ce qui suit, pour la bonne compréhension du présent travail, nous examinons spécifiquement³⁰ trois de ces principes qui gouvernent l'action administrative, en particulier lorsqu'il s'agit de conclure un contrat. Ces principes touchent à l'ordre public. Nous reviendrons plus loin sur cette notion d'ordre public car d'une part, elle figure parmi les conditions de validité des contrats et est à ce titre mobilisée dans la théorie des nullités. D'autre part, elle constitue l'élément fondamental de l'approche dite « de droit public »³¹ par le prisme de laquelle les contrats publics conclus au mépris des principes de concurrence, d'égalité et de transparence sont considérés comme étant de nullité absolue.

Section 1. Concurrence

Le principe de mise en concurrence peut être vu comme la pierre angulaire du droit de la commande publique³². Il apparaît tant dans les considérants des directives européennes que dans les arrêts de la Cour de justice. Le principe de mise en concurrence est essentiel à la mise en place du marché intérieur³³. Plus généralement, le bon fonctionnement de ce marché intérieur dépend notamment de la mise en place d'un droit européen de la concurrence³⁴. Le but fondamental des règles de concurrence de l'Union³⁵ est de veiller à ce que celle-ci ne soit pas faussée. Une concurrence efficace n'est pas une fin en soi mais une condition pour la réalisation d'un marché intérieur libre et dynamique, et agit comme un instrument parmi de nombreux autres en faveur du bien-être économique général³⁶.

Partant, lorsqu'il est question des marchés publics, la réglementation européenne vise l'ouverture à la concurrence la plus large possible, la participation la plus large possible et ce, tant au bénéfice du marché intérieur qu'à celui du pouvoir adjudicateur concerné³⁷. C'est ainsi que tant l'article 18, §1^{er}, al.2, de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics que l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics disposent qu'« un marché ne peut être conçu dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ».

³⁰ Pour l'examen des principes de proportionnalité, d'impartialité, *patere legem quam ipse fecisti* et de minutie, nous renvoyons à I. VAN KRUCHTEN et F. VISEUR, « Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés public », in *Les principes généraux de droit administratif, actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 722 et s.

³¹ C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *Entr. et dr.*, 2020/3, p. 278.

³² P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 105.

³³ Art. 3, §3, du traité de l'Union européenne.

³⁴ Le droit de la concurrence « comprend l'ensemble des règles qui vont avoir pour objet de rendre effective la liberté de concurrence, interdisant autant que possible tout comportement ayant pour effet ou objet de réduire ou d'annihiler la concurrence sur le marché. Ces comportements seront en effet mis hors la loi et considérés comme illicites » (H. CULOT, Y., DE CORDT, H., JACQUEMIN et Th. LEONARD, « Le droit européen de la concurrence », in *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 1999, p. 423).

³⁵ Les règles fondamentales du droit européen de la concurrence figurent dans le droit primaire, au Titre VII du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

³⁶ Parlement européen, Fiches thématiques sur l'Union européenne, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/82/politique-de-la-concurrence>.

³⁷ P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 106.

Le principe de concurrence requiert que le pouvoir adjudicateur recueille plusieurs offres, afin de comparer les prix et déterminer ce que le marché est en mesure d'offrir. Il contraint l'autorité à s'abstenir de toute action qui aurait pour objet ou pour effet de restreindre la libre concurrence³⁸.

Il s'agit d'un principe d'ordre public³⁹ qui ne peut être atteint qu'en assurant respect de l'égalité et un degré suffisant de publicité, de transparence.⁴⁰ « La concurrence est un principe de base du droit des marchés publics et découle de l'obligation des autorités publiques d'égalité de traitement et de non-discrimination des personnes morales. Cette obligation d'égalité de traitement signifie que chacun doit avoir des chances égales de se voir attribuer un marché public et qu'aucune décision publique ne peut être prise, que ce soit pendant la procédure de passation ou pendant l'exécution d'un marché public, qui favorise un opérateur économique particulier et discrimine donc les autres opérateurs économiques. En outre, une concurrence organisée sur la base la plus large possible garantit que les autorités publiques peuvent contracter aux conditions les plus favorables et obtenir ainsi le meilleur rapport qualité-prix ». ⁴¹

Notons à ce propos que « [l]e raisonnement [...] [ne s'arrête pas] aux seules procédures de passation et aux seuls marchés publics [mais s'étend à tous les types de contrats publics et] vers tous les autres aspects des marchés qui échappent au champ d'application des directives. [...] Il s'ensuit qu'il y a lieu de faire appel à la concurrence chaque fois qu'un pouvoir public contracte avec un tiers (une entité distincte de ses propres services) pour obtenir une prestation économique ou pour lui confier une mission de nature économique, ce qui couvre toute une série d'opérations contractuelles actuellement non visées par les directives marchés ». ⁴²

Section 2. Égalité et non-discrimination

Nous savons que le principe d'égalité et de non-discrimination signifie que des personnes ou des catégories de personnes qui se trouvent dans une même situation doivent être traitées de la même manière et, inversement, que des situations différentes puissent faire l'objet d'un traitement différencié. De manière générale, relevons que la Cour constitutionnelle réaffirme fréquemment que les « règles [...] d'égalité et de non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Les mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaissent une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure en cause ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé » ⁴³.

³⁸ C.E. (6^e ch.), 27 février 2017, n°237.496, sprl Animal Pest Control.

³⁹ Sur cette notion, cf. *infra*.

⁴⁰ C.E. (6^e ch.), 2 mai 2011, n°212.886, sa La Renaissance.

⁴¹ C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 273.

⁴² P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 124 à 126.

⁴³ C.A., 6 octobre 1994, n°71/94, *M.B.*, p. 27410, B. 2.

Il s'agit d'un principe d'ordre public consacré à travers de multiples dispositions légales⁴⁴, déclinés dans de multiples domaines⁴⁵ et faisant l'objet d'une vaste jurisprudence⁴⁶.

En matière de commande publique, le respect du principe d'égalité impose que deux soumissionnaires placés dans une situation comparable soient traités de la même manière⁴⁷ et ce, aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées⁴⁸. Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires est inhérent à la réglementation relative à la passation des marchés publics⁴⁹. Il correspond à l'essence même des directives relatives aux marchés publics.⁵⁰

Ce principe est notamment consacré à l'article 18 de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics et à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics lequel dispose que « [l]es adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination ». Il se décline selon différentes expressions : la non-discrimination dans les documents de marchés, l'interdiction des ententes entre candidats ou entre soumissionnaires, la prévention des conflits d'intérêt, l'interdiction de toute modification en cours de procédure.⁵¹

Comme l'a encore relevé récemment le Conseil d'État, « le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, qui en est le corollaire, signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur et constituent la base des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des commandes publiques. Ce principe d'égalité, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public ou à une concession, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs ».⁵²

⁴⁴ L'article 10 de la Constitution dispose que « les Belges sont égaux devant la loi ». L'article 11 de la Constitution dispose que « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination ». L'article 14 de la C.E.D.H impose que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». L'article 18 TFUE dispose quant à lui que « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Toutes ces dispositions reçoivent des interprétations larges.

⁴⁵ Par exemple en matière de fonction publique, à travers le principe d'égal accès aux emplois publics ; en matière d'enseignement à travers le principe d'égal accès aux études, en matière de soins de santé, etc.

⁴⁶ C.A., 19 janvier 2005, n°14/2005, *M.B.*, 31 janvier 2005 ; Cass. (1^{ère} ch.), 18 février 1993, *Arr. Cass.*, 1993, p. 207 ; Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2012, R.G. n°C.11.0738.F, disponible sur www.juportal.be.

⁴⁷ C.E. (6^e ch.), 6 février 2018, n°240.674, *sprl Socotec*.

⁴⁸ C.E. (12^e ch.), 29 novembre 2016, n°236.575, *nv Bombardier*.

⁴⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 21 janvier 2016, R.G. n°C.13.0235.N, disponible sur www.juportal.be.

⁵⁰ C.J.C.E., arrêt *Concordia*, 17 septembre 2002, C-513/99, EU:C:2002:495, point 81.

⁵¹ P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 112 et s.

⁵² C.E. (6^e ch.), 7 juin 2021, n°250.805, *asbl Le Botanique* ; C.J.C.E., arrêt *CAS Succhi di Frutta*, 29 avril 2004, C-496/99, EU:C:2004:236, point 110.

Le principe d'égalité, identifié en tant que principe du droit européen primaire de la concurrence, au même titre que le principe de transparence, consiste notamment dans l'obligation faite à l'autorité de mener les négociations dans le strict respect de l'égalité « procédurale » entre les candidats et/ou soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre, et doive - par ailleurs - avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre (en disposant du même délai, à cette fin, que les autres opérateurs économiques concernés)⁵³.

Section 3. Transparence

L'obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant l'ouverture d'une commande à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures⁵⁴. Sans transparence, le principe d'égalité ne peut être respecté⁵⁵. Ce principe est notamment consacré aux articles 49 et 56 TFUE⁵⁶ qui sont deux dispositions ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne des États membres et priment toute disposition contraire du droit national. Tous les opérateurs économiques peuvent invoquer ce principe.⁵⁷ Il est imposé à l'article 18 de la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics et, en droit belge, il est repris à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics qui dispose que « les adjudicateurs [...] agissent de manière transparente ». Il s'agit d'un principe d'ordre public.

L'administration doit faire preuve de transparence tout au long du processus contractuel, c'est-à-dire en donnant une publicité suffisante tant au projet et à ses conditions d'accès et de mise en œuvre⁵⁸, qu'*in fine* aux conditions auxquelles la commande a été passée. Tantôt, le principe de transparence garantit que tout opérateur intéressé puisse décider de soumissionner ou non en toute connaissance de cause, tantôt il écarte tout risque d'arbitraire ou de favoritisme⁵⁹. « Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire,

⁵³ C.E. (6^e ch.), 23 octobre 2018, n°242.755, sa Fedimmo.

⁵⁴ C.J.C.E., arrêt *Telaustria*, 7 décembre 2000, C- 324/98, EU:C:2000:669 ; C.J.C.E., arrêt *Parking Brixen*, 13 octobre 2005, C-458/03, EU:C:2005:605, point 49 ; C.E. (6^e ch.), 3 juillet 2007, n°173.079, sa Coditel Brabant.

⁵⁵ C.J.U.E., arrêt *Commission c. Irlande*, 18 novembre 2010, C-226/09, EU:C:2010:697, point 41.

⁵⁶ L'article 49 du TFUE dispose que « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites ; cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ; la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux. ». L'article 56 du TFUE dispose que « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ; le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de l'Union. ».

⁵⁷ P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 110 et 111.

⁵⁸ Selon le Conseil d'État, la préparation utile des offres requiert que le soumissionnaire soit informé avec suffisamment de précision, de tous les éléments qui seront pris en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que leur importance relative (C.E. (6^e ch.), 18 novembre 2011, n°216.344, sprl Signal Engineering).

⁵⁹ K. WAUTERS, « Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2020, p. 367.

précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause »⁶⁰. L'administration, qui a dû annoncer les règles du jeu, doit évidemment les respecter⁶¹ ce que vont d'ailleurs pouvoir faire tant les opérateurs économiques que les juges, le cas échéant⁶². Le principe de transparence oblige l'administration jusque dans ses dernières démarches, parmi lesquelles figure celle d'avertir les opérateurs malheureux de l'existence d'un recours et de la manière de l'introduire.⁶³

Sur ce dernier aspect, l'exemple le plus marquant de la consécration du principe de transparence⁶⁴ réside dans l'édiction de 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 fourniture et de services (ci-après la « Loi recours »).

Chapitre 3. Les protections juridictionnelles et préventives

Les enjeux liés aux commandes publiques dépassent largement les intérêts privés des opérateurs particuliers. Ces derniers méritent évidemment d'être protégés, mais c'est avant tout l'intérêt général qu'il convient de préserver et de promouvoir. Pour comprendre quels sont les mécanismes qui ont été mis en place dans cette perspective, il convient, tout d'abord, de rappeler l'articulation du contrôle de l'action administrative entre les ordres juridictionnels administratif et judiciaire⁶⁵ (section 1), la distinction entre le contentieux objectif et subjectif (section 2), ainsi que la théorie de l'objet véritable du recours (section 3). Nous pourrions alors évoquer, concrètement quelles sont les contestations qui peuvent surgir en matière de contrats publics et quels sont les mécanismes de protections préventives (section 4).

Section 1. Les ordres juridictionnels administratif et judiciaire

⁶⁰ C.J.C.E., arrêt *CAS Succhi di Frutta*, précité, point 111.

⁶¹ « Le pouvoir adjudicateur [...] est [...] tenu de respecter le principe *patere legem quam ipse fecisti* et le principe d'égalité des soumissionnaires et, par conséquent, de vérifier que les offres déposées sont conformes aux conditions du cahier spécial des charges » (C.E. (6^e ch.), 29 octobre 2015, n°232.776, sprl Lopital Belgique).

⁶² C.E. (vac.) (6^e ch.), 21 février 2020, n°248.074, sa Fire Technics.

⁶³ K. WAUTERS, « Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 372.

⁶⁴ Pour l'application du principe de transparence aux actes qui ne sont pas des marchés publics, voir G. ERVYN, « L'obligation européenne de transparence. L'application des principes généraux de droit européen aux contrats et actes qui ne sont ni des marchés publics, ni des concessions » in C.-H. DE LA VALLEE POUSSIN et M. VILLAIN (eds.), *Aux frontières des marchés publics. Réflexions sur les limites du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 297 à 340.

⁶⁵ D. RENDERS et B. GORS, « Conseil d'État », *Rép. not.*, t. XIV, *Le droit public et administratif*, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2020, n°7. Voir également e.a. P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP, Tome 1 : Commentaire*, Bruxelles, Kluwer, 2022, p. 892 et s.

La Belgique voit coexister plusieurs ordres juridictionnels. Nous ne nous étendrons⁶⁶ pas sur l'évolution historique qui a conduit à cette situation. Le fait est qu'aujourd'hui, la Constitution belge jette les bases de leurs compétences respectives. D'un côté, les articles 160 et 161 de la Constitution disposent qu'« [il] y a pour toute la Belgique un Conseil d'État [qui] statue par voie d'arrêt en tant que juridiction administrative » et qu'« [a]ucune juridiction administrative⁶⁷ ne peut être établie qu'en vertu d'une loi ». De l'autre, les articles 144 et 159 de la Constitution disposent, respectivement, que « [l]es contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux [; t]outefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions » et que « [l]es cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois »⁶⁸.

La Constitution elle-même ne paraît pas permettre une démarcation claire entre les compétences respectives de ces deux ordres en matière de contentieux administratif. Certes, on pourrait croire que ledit contentieux paraît devoir être porté devant le Conseil d'État et les juridictions administratives à compétences spéciales. Néanmoins, il apparaît d'emblée que les cours et tribunaux demeurent autorisés à procéder à un contrôle de légalité incident des actes administratifs et qu'une large part du contentieux administratif échappe à l'ordre juridique administratif puisque que les cours et tribunaux demeurent compétents pour connaître des litiges visant la protection de droits subjectifs civils⁶⁹ revendiqués par un administré à l'égard d'une administration. Sur ce dernier point encore, même s'il ne s'agit pas d'une disposition constitutionnelle, il nous faut relever l'insertion, en 2014, dans les lois sur le conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973, d'un article 11 bis qui dispose que « [t]oute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte,

⁶⁶ Sur ce point, nous nous en référons à C. BEHRENDT et J. VRANCKEN, « Les juridictions judiciaires, administratives et constitutionnelle et leur place au sein de l'architecture fédérale de l'ordre juridique belge » in *Principes de Droit constitutionnel belge*, 2^e éd., Bruxelles, la Charte, 2021, p. 615 et s., Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIET, « Les juridictions administratives spéciales » in *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 355 à 366 ou encore A.-S. BOUVY, « La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale », *R.B.D.C.*, 2015/2, p. 215 à 264.

⁶⁷ Comme son nom l'indique, une juridiction administrative est un organe institué en vue de trancher un litige qui concerne une administration. On notera à cet égard que « la détermination de la qualité de juridiction administrative constitue une question fort délicate lorsque, comme dans la plupart des cas, le texte de loi ne le précise pas expressément. Le Conseil d'État se réfère à cet égard, à des critères qui doivent figurer dans la loi, tels que l'existence d'un statut personnel des membres de l'institution qui leur assure indépendance et impartialité, et l'organisation de règles de procédure qui garantissent des débats contradictoires, des décisions motivées et le prononcé des décisions en audience publique » (J. SOHIER, *Manuel de procédure devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Kluwer, 2014, p. 139 et s.). Le Conseil d'État énonce ainsi qu'« en vertu du principe de légalité que consacrent les articles 145, 146 et 161 de la Constitution, la qualité de juridiction administrative doit avoir été expressément reconnue par le législateur » (C.E. (6^e ch.), 21 janvier 2014, n°261.143, scrl Borinage Hauts-Pays Logements).

⁶⁸ J. SAMBON et C.-H. BORN, *Actualités choisies en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Limal, Anthemis, 2021, p. 279 à 453 ; C. DESMECHT, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *R.G.D.C.*, 2006, liv. 5, 2, p. 291, n°22 et jurisprudence citée. Dans cet article, il est rappelé, notamment, que les tribunaux sont tenus par une obligation constitutionnelle d'écartement des actes illégaux, sans qu'aucune règle de droit ne puisse l'empêcher. Le contrôle s'exerce sans distinction entre les actes qu'il vise : il s'applique aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels. Voir également DE ROY, D., « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution: de la vision d'apocalypse à la juste mesure », *R.C.J.B.*, 2009, p. 59.

⁶⁹ Nous n'évoquons pas ici les contestations qui ont pour objet des droits politiques et que l'article 145 de la Constitution réserve aux tribunaux et à diverses juridictions administratives spéciales (par exemple le contentieux électoral, contentieux des étrangers).

d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

Ainsi, le contrôle de l'administration, dans sa dimension juridictionnelle, se caractérise par un contentieux « éclaté »⁷⁰, qui, certes, ouvre au citoyen désireux d'obtenir la protection de ses droits et intérêts légitimes de très nombreuses possibilités de recours, mais rend l'identification du moyen adéquat particulièrement délicate⁷¹.

Section 2. Les contentieux objectif et subjectif

Le contentieux administratif est traditionnellement marqué par la place prépondérante laissée au contentieux « objectif » qui, dans cette acception, est opposé au contentieux « subjectif »⁷². L'enjeu⁷³ du contentieux objectif est de savoir si l'acte administratif qui est examiné est ou non conforme aux règles de formes et de procédures auxquelles il est astreint (légalité externe), mais également aux règles de fond et aux principes de bonne administration qui s'imposent à son auteur (légalité interne), sans toutefois entrer dans un contrôle d'opportunité⁷⁴. Il ne s'agit donc pas, comme c'est le cas au contentieux subjectif, de faire prévaloir la position d'une partie sur celle d'une autre dès lors que leurs droits et obligations respectifs seraient entrés en conflit⁷⁵.

Section 3. La théorie de l'objet véritable et direct du recours

Il résulte de ce qui précède que les cours et tribunaux ne procèdent au contrôle de légalité objective d'un acte administratif « que dans la mesure où ces actes ont pu provoquer la lésion illicite d'un droit subjectif ; s'il n'existe pas au bénéfice de l'administré un droit subjectif susceptible d'être lésé

⁷⁰ Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *op. cit.*, p. 345.

⁷¹ B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, « Cohérences et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, La Charte, 2007, p. 19.

⁷² « Un recours en annulation est un recours objectif qui ne consiste pas en la mise en œuvre d'un droit subjectif dont le requérant pourrait disposer à sa guise » (C.E. (13^e ch.), 22 février 2005, n°141.040, Close).

⁷³ G. de Leval et H. Boularbah estiment qu'« il importe de soigneusement distinguer le contentieux subjectif, c'est-à-dire les contestations mettant en cause les droits subjectifs des parties du contentieux objectif, qu'il s'agisse du contentieux de légalité soumis au Conseil d'État ou du contentieux de constitutionnalité dont connaît la Cour constitutionnelle, le recours ayant pour objet l'appréciation de la conformité d'un acte, administratif ou législatif, au droit objectif. Il y a contentieux subjectif lorsque le justiciable met en œuvre à son profit l'impératif de la règle de droit ; il s'agit de statuer sur la réalisation d'un droit subjectif ; il y a contentieux objectif lorsqu'il s'agit de trancher un problème de droit objectif (légalité) : l'impératif de la règle joue par lui-même ; il ne peut être perdu de vue que, même dans le contentieux civil, il existe un contentieux objectif en l'absence de droit subjectif mis en œuvre ; ainsi en va-t-il de l'action d'office du parquet, du pourvoi dans l'intérêt de la loi ou, dans certains cas, de l'action en cessation » (G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, *Droit judiciaire*, t. 2, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 235 à 281).

⁷⁴ C. DESMECHT, *op. cit.*, p. 291, n°22 et jurisprudence citée.

⁷⁵ J. SOHIER, *op. cit.*, p. 17. D. LAGASSE, « Pouvoir discrétionnaire d'appréciation et contrôle des motifs des actes de l'administration en matière d'urbanisme et d'environnement », *Amén.*, 2000, n° spécial, p. 79 et s.

par l'acte administratif illégal, le contentieux relève d'un strict contrôle de la légalité objective de l'acte et échappe à la juridiction du pouvoir judiciaire pour compéter à celle du Conseil d'État »⁷⁶. A l'inverse, le Conseil d'État rappelle fréquemment que « tout acte ou décision émanant d'une autorité administrative ne constitue pas automatiquement un acte administratif unilatéral susceptible d'être attaqué devant le Conseil d'État ; la compétence du Conseil d'État ne doit pas être exclue par le législateur, qui aurait, par exemple, ouvert un recours spécifique devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, ou par la Constitution, au regard de ses articles 144 et 145 »⁷⁷ et que « en vertu de l'article 144 de la Constitution, une contestation portant sur des droits civils relève de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire, de sorte qu'il n'appartient pas au Conseil d'État d'en connaître »⁷⁸.

Au besoin, la théorie de l'objet véritable et direct du recours permet de déterminer lequel – du juge de l'ordre judiciaire ou du Conseil d'État – est compétent pour trancher le litige. Consacrée par la Cour de cassation au titre du rôle d'arbitre des conflits d'attribution qu'elle tire de l'article 158 de la Constitution, la théorie de l'objet véritable et direct du recours implique de s'interroger sur ce que le requérant cherche réellement à obtenir par le biais de son recours. S'il entend obtenir l'annulation ou la suspension d'un acte administratif unilatéral au contentieux de l'excès de pouvoir, c'est vers le Conseil d'État qu'il devra se tourner. S'il entend obtenir la protection d'un droit subjectif, c'est le juge judiciaire qui sera compétent⁷⁹.

Il n'empêche que cette théorie est parfois délicate à mettre en œuvre. Dans bien des situations, il n'est pas évident d'identifier avec certitude l'objet véritable du recours lequel peut relever, selon les circonstances, à la fois de la protection des droits subjectifs d'une des parties et du respect du droit en général⁸⁰. Dans la pratique, certaines parties n'hésitent pas à simplement revendiquer un droit à un environnement sain pour demander au juge de censurer des permis⁸¹. Inversement, le Conseil d'État peut retenir la violation manifeste d'un droit subjectif pour conclure à l'erreur manifeste d'appréciation : « Les permis d'urbanisme sont, en principe, délivrés sous réserve des droits civils des tiers. Une contestation portant sur des droits civils relève de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire en vertu de l'article 144 de la Constitution. Il n'appartient pas au Conseil d'État d'en connaître. Les règles de droit civil ne constituent pas des règles de police d'aménagement du territoire au regard desquelles la légalité d'une demande de permis doit être examinée. Il est toutefois possible que la méconnaissance d'une règle de droit civil

⁷⁶ Civ. Namur (réf.), 12 janvier 1996, *Amén.*, 1996, p. 177, reflète J. SAMBON ; *J.T.*, 1996, p. 546 ; *R.R.D.*, 1996, p. 304.

⁷⁷ C.E. (15^e ch.), 1^{er} février 2022, n°252.852, Brixhe.

⁷⁸ C.E. (13^e ch.), 16 avril 2020, n°247.418, Rouyer.

⁷⁹ E. ROMBAUX, « Urgence contentieuse et droit administratif », *Pli juridique*, 2021, n°56, p. 27 ; D. RENDERS et B. GORS, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁸⁰ D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, t. XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n°222. Selon celui-ci : « C'est une question d'angle de vue. [...] En poussant le raisonnement jusqu'à l'absurde, les juridictions judiciaires pourraient toujours se déclarer compétentes parce que tout acte illégal de l'administration est susceptible d'engager sa responsabilité civile et que le droit de l'administré à obtenir la réparation de son dommage est un droit subjectif, consacré par l'article 1382 du Code civil. Par ailleurs, la recherche du droit subjectif concerné peut s'avérer parfois hasardeuse. ».

⁸¹ Comme dans cette affaire dans laquelle, des riverains qui s'opposent à la construction d'une installation sportive en zone naturelle voient leur demande examinée par le Président du Tribunal qui se déclare compétent sur la base de l'argument touchant la violation du droit à la protection d'un environnement sain consacré par l'article 23 de la Constitution. (Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 29 juillet 2004, Baele e.a. c./asbl Linkebeek Hockey Club, *Amén.*, 2005/1, p. 81.)

par le projet, indépendamment de sa conséquence en droit civil, soit la cause d'une mauvaise urbanisation. Dans ce cas, il appartient à l'autorité chargée d'instruire la demande de se prononcer sur ce point de bon aménagement des lieux. Un litige de droit civil doit donc être pris en compte par l'administration saisie d'une demande d'autorisation quand il est connu de celle-ci au moment où elle statue et qu'elle peut estimer que son enjeu est de nature à entraver la mise en œuvre d'un projet conforme au bon aménagement des lieux. »⁸²

Dans le même ordre d'idées, en matière de marchés publics, les soumissionnaires malheureux n'obtiennent pas du Conseil d'État que celui-ci substitue son propre pouvoir d'appréciation à celui de l'administration⁸³ et procède lui-même à la désignation de l'adjudicataire d'un marché. Le Conseil d'État constate le plus souvent l'irrecevabilité de recours dirigés contre une décision de ne pas attribuer le marché ou même de l'abandonner. Ainsi, le Conseil d'État a considéré qu'« aucun élément concret n'est invoqué par la société requérante qui permettrait d'aboutir à la constatation que le pouvoir adjudicateur n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant que le recours porte sur le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la société requérante, la demande est irrecevable »⁸⁴ ou encore qu'« il ressort de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006 que le législateur a explicitement prévu la possibilité de mettre fin à une procédure d'adjudication non seulement avant l'attribution du marché mais également entre celle-ci et la conclusion du contrat. Le législateur n'a pas conditionné la mise en œuvre de cette faculté au respect d'une quelconque exigence quant à la légalité ou à la régularité des phases antérieures de la procédure et n'a pas opéré de distinction à cet égard entre la décision de ne pas attribuer ou celle de ne pas conclure le marché »⁸⁵.

Toutefois, il arrive, fréquemment, que le Conseil d'État, sans pour autant reconnaître réellement un droit subjectif à l'obtention d'un marché, n'en censure pas moins la décision implicite de ne pas attribuer le marché à un requérant. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que si « en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué »⁸⁶. Parfois, il en va pareillement en ce qui concerne les abandons de procédure d'adjudication avant leur terme, le Conseil d'État estimant que « la décision de renoncer au marché implicitement contenue dans celle de recommencer une nouvelle procédure la prive nécessairement de la possibilité de ce nouvel examen ; partant, la société requérante dispose d'un intérêt à en demander la suspension »⁸⁷. Le Conseil d'État a encore, en s'appuyant, précisément, sur l'absence de droit subjectif du requérant

⁸² C.E. (13^e ch.), 9 avril 2020, n°247.385, Docquir.

⁸³ « Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation des offres, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur » (C.E. (6^e ch.), 8 juillet 2013, n°224.298, sa Besix Group).

⁸⁴ C.E. (6^e ch.), 11 février 2020, n°247.038, srl P&V assurances.

⁸⁵ C.E. (6^e ch.), 2 février 2015, n°230.070, sa Carneuse.

⁸⁶ C.E. (6^e ch.), 19 janvier 2022, n°252.690, sa Spie ICS Document Solutions.

⁸⁷ C.E. (6^e ch.), 13 avril 2017, n°237.939, scrp Intermediance & partners.

à obtenir de l'administration qu'elle conclue une convention, accepté de connaître d'un recours dirigé contre une décision implicite de refuser de conclure une telle convention⁸⁸.

Section 4. Les différents types de contentieux touchant la commande publique et les mécanismes de protections préventives et juridictionnels

La vie des contrats n'étant pas sans heurts, il est évident que les contrats publics n'échappent pas à un important contentieux. Nous ne nous attardons pas sur le contentieux lié à l'exécution des contrats. Il ne se différencie pas du contentieux classique touchant à l'exécution des contrats au sens large du terme⁸⁹. Notons simplement cette particularité que, lorsqu'il est possible d'identifier un acte détachable qui n'est pas adopté directement en vertu du contrat lui-même, ledit acte peut être soumis à la censure du Conseil d'État⁹⁰. Cette jurisprudence paraît bien établie depuis l'arrêt Rudelopt⁹¹ qui concernait la fin d'un contrat de concession et a été également étendue aux modifications substantielles de commande pouvant s'analyser comme une nouvelle commande⁹². Nous revenons plus loin sur cette question lors de l'examen de la théorie de l'acte détachable.

⁸⁸ « Il ne se déduit pas de l'article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 12 octobre 2010 portant l'octroi aux communes concluant avec l'État une convention pré-zone opérationnelle de subsides pour les frais de personnel, d'infrastructure, de matériel et d'équipement et de coordination que l'État belge serait, en vertu de celle-ci, soumis à une obligation de contracter, à laquelle correspondrait un droit subjectif reconnu au bénéfice des communes concernées. En conséquence, l'acte attaqué, qui exprime le refus unilatéral, dans le chef de l'État belge, d'user de la liberté de contracter dont il jouit, constitue bien un acte contre lequel un recours peut être formé devant le Conseil d'État. » (C.E. (6^e ch.), 26 novembre 2012, n°221.510, Ville de Namur)

⁸⁹ Il s'agit d'un contentieux subjectif qui relève de la compétence exclusive des cours et tribunaux, à l'exclusion du Conseil d'État. En effet, le Conseil d'État estime généralement qu'« au regard de l'article 144 de la Constitution, il est de jurisprudence constante que le Conseil d'État est sans juridiction pour se prononcer sur les contestations relatives aux contrats, qu'il s'agisse de leur interprétation, de leur exécution, de leur annulation ou de leur résiliation, voire du refus de conclure ou de prolonger une relation contractuelle. Il importe peu, à cet égard, que l'une des parties au contrat soit une autorité administrative » (C.E. (8^e ch.), 27 avril 2017, n°238.032, Thirion). Il en va de même en ce qui concerne la décision de mettre un terme à un contrat puisque le Conseil d'État explique que « la théorie de l'acte détachable sur la base de laquelle le Conseil d'État se déclare compétent pour connaître du recours contre la décision d'attribution d'un marché public repose sur le constat que la décision d'attribution est dissociable de la convention qui ne se noue que par la notification de cette décision d'attribution au soumissionnaire retenu. Une telle théorie ne peut cependant pas être appliquée aux décisions résiliant totalement ou partiellement un contrat, fût-il administratif » (C.E. (8^e ch.), 16 décembre 2010, n°209.843, sprl Etude Me Jacques Andrianne).

⁹⁰ Ainsi, le Conseil d'État a considéré qu'il « est en règle, sans compétence pour censurer l'acte par lequel une autorité administrative met fin à un contrat lorsque cet acte procède de l'exécution du contrat. Il ne peut, certes, être exclu que, lorsque le principe de mutabilité impose à l'autorité d'adapter son action aux exigences fluctuantes de l'intérêt général et que, pour rencontrer cette exigence, elle décide de modifier ou de résilier unilatéralement le contrat en question, le Conseil d'État soit bien compétent pour connaître d'un recours dirigé contre une telle décision. Cette hypothèse particulière ne peut être confondue avec celle dans laquelle le recours introduit devant le Conseil d'État contre un acte, certes unilatéral, de résiliation s'identifie, en réalité, dans une contestation portant exclusivement sur l'exécution du contrat litigieux, quelle que soit par ailleurs la motivation alléguée pour mettre fin à celui-ci » (C.E. (6^e ch.), 22 juin 2017, n°238.604, asbl Comité générale d'action des Marolles).

⁹¹ C.E. (13^e ch.), 25 septembre 2007, n°174.694, Rudelopt.

⁹² Le Conseil d'État répète qu'il est « en règle, sans compétence pour statuer sur les contestations relatives aux contrats, notamment lorsqu'elles sont élevées à propos de l'exécution de ceux-ci, exécution de laquelle participera, le cas échéant, l'adoption d'un avenant emportant plusieurs adaptations aux termes et conditions initialement fixés » mais en précise que « ce qui est ainsi rappelé en termes de principe n'autorise toutefois pas à exclure l'hypothèse dans laquelle les modifications apportées à une concession de services par un avenant auraient une portée telle qu'elles devraient être considérées comme relevant, en réalité, de la passation d'une nouvelle concession, de sorte que l'adoption de l'avenant

Nous ne faisons également qu'évoquer le contentieux des actions en cessation qui permettent au Président du Tribunal de l'entreprise⁹³ de constater l'existence et d'ordonner la cessation⁹⁴ d'un acte qui enfreint un règlement de l'Union européenne, par exemple lorsqu'un marché public a été conclus au mépris des règles imposées en la matière⁹⁵ ou encore en matière des aides d'état⁹⁶. Ces actions, encore rares, semblent néanmoins remporter un succès de plus en plus grand⁹⁷ sous l'impulsion de la jurisprudence qui se développe en matière de nullité des contrats publics⁹⁸ et des aides d'état⁹⁹.

En revanche, nous nous étendons sur le contentieux lié à l'attribution. Ce contentieux est propre aux commandes publiques et n'existe pas en ce qui concerne les contrats privés¹⁰⁰. Il s'agit pour le demandeur/requérant d'obtenir que l'auteur de la commande recommence l'examen des offres auxquelles il aurait déjà procédé et qui n'aura pas débouché sur la désignation du plaignant, voire même qu'il mette en concurrence certains marchés qui en seraient dépourvus.

par l'autorité administrative constituerait un acte détachable susceptible d'être déféré au Conseil d'État. Celui-ci pourrait donc se déclarer compétent pour connaître du recours portant sur l'acte détachable par lequel l'autorité consent aux diverses modifications et adaptations qui font l'objet de l'avenant, si celles-ci présenteraient un caractère substantiel. Celui-ci peut être déterminé au moyen d'indices identifiés par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans l'arrêt *Presetext Nachrichtenagentur GmbH* prononcé le 19 juin 2008 en l'affaire identifiée sous la référence C-454/06, certes développé à propos des marchés publics de services mais transposable aux concessions de services, ainsi que cela ressort de l'arrêt *Wall AG*, affaire identifiée sous la référence C-91/08. » (C.E. (6^e ch.), 1^{er} décembre 2016, n°236.642, *sprl Clear Channel Belgium*.)

⁹³ En vertu de l'article 589, 1^o, du Code judiciaire, lu en combinaison avec l'article XVII-1 du Code de droit économique.

⁹⁴ L'idée est d'obtenir du Président qu'il mette un terme à une convention qui serait exécutée dans des conditions déloyales, par exemple lorsqu'un marché public a été obtenu sur la base d'une offre illicite. Ce type d'action peut également être menée à titre préventif pour empêcher le dépôt de telles offres. (Comm. fr. Bruxelles, 22 mars 2018, *Competitio*, 2018 /4, p. 356).

⁹⁵ Bruxelles, 21 avril 2010, *Entr. et dr.*, 2011/2, p. 136 à 143.

⁹⁶ J. DERENNE, « La protection du tiers lésé par l'octroi illégal d'une aide d'État à son concurrent : une concurrence déloyale fondée indirectement sur une violation du droit européen », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/7, p. 922 et s.

⁹⁷ M. VASTMANS et C. DONY, « L'action en cessation ou le moyen d'empêcher un opérateur économique de participer à un marché public ou de l'exécuter », in *Chronique des Marchés Publics 2017-2018*, Bruxelles, EBP, 2018, p. 581 et s. ; F. MOISES et R. SIMAR, « Contentieux des marchés publics, pratiques déloyales et actions en cessation », in *Chronique des Marchés publics 2010/2011*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 206 et s. ; F. MOISES et R. SIMAR, « L'action en cessation et les marchés publics », *Entr. et dr.*, 2011, p. 150 et s. ; G. VANDERMEEREN, « Réflexions sur les actions en cessation relatives aux commandes publiques », in *Chronique des Marchés Publics 2020-2021*, Bruxelles, EBP, 2021, p. 419 à 432.

⁹⁸ Civ. néerl. Bruxelles, 20 avril 2020, R.G. n°2003/9103/A, *Entr. et dr.*, 2020/3, p. 255 et s et son commentaire par C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op cit.*, p. 270 et s.

⁹⁹ *Entr. Brabant Wallon*, 22 avril 2020, *Competitio*, 2020/4, p. 355 et s. ; Civ. fr. Bruxelles, 4 mai 2018, n°017/1957/A, *Competitio*, 2018/4, p. 362 à 377. Dans ce dernier cas, ce n'est pas le Tribunal de l'entreprise, mais le Tribunal de première instance.

¹⁰⁰ Nous pensons tout au plus à la notion de *culpa in contrahendo* qui permet une indemnisation sur la base d'une faute lorsqu'une négociation est rompue de manière anormale. Les négociateurs se doivent de respecter la norme générale de prudence ; ils doivent se comporter comme des personnes prudentes et raisonnables placées dans les mêmes circonstances (X. THUNIS, *Théorie générale de la faute*, vol. 2, in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 21 et s).

Notons que, il y a encore quelques années, tel n'était pas vraiment l'objectif¹⁰¹. En effet, le caractère non suspensif des recours contre une décision d'attribution et l'absence de possibilité concrète d'introduire un recours en suspension selon une procédure d'urgence - principalement car les préjudices financiers ne sont pas considérés comme des circonstances ouvrant de telle procédure et parce qu'une fois le contrat conclu, le Conseil d'État considérait ne plus pouvoir ordonner de suspension - rendaient improbables que le plaignant obtienne effectivement d'exécuter le contrat convoité. Il devait se contenter, pour autant qu'une faute soit retenue dans le chef de l'administration, de réclamer des dommages et intérêts.

Aujourd'hui, la matière est principalement réglée par la Loi recours laquelle met en place des mécanismes protecteurs des droits des soumissionnaires (information, motivation, délai, délais d'attente ou *standstill*, ...) et organise les procédures de contestations à propos de l'attribution des contrats visés dans son champ d'application. Il s'agit d'abord un contentieux objectif qui porte sur la régularité de la décision d'attribution. Vient ensuite éventuellement une demande de dommages et intérêts pour contrat manqué.

Cette loi s'inscrit dans la dynamique des protections préventives et juridictionnelles des opérateurs économiques. La protection préventive concerne les principes généraux qui gouvernent l'attribution des commandes publiques et qui limitent l'autonomie de volonté et spécialement la liberté de choix¹⁰². Nous avons examinés ces grands principes ci-avant. Le respect, en général, de grands principes de mise en concurrence, de transparence et d'égalité de traitement et de non-discrimination et le respect, de manière particulière, d'obligations de publicité, de motivation, de notification, etc., contribuent à prévenir des irrégularités ou une contestation éventuelle. La protection juridictionnelle doit quant à elle garantir aux tiers au contrat l'accès au juge et l'application par ce juge des règles directement applicables mais également des grands principes généraux applicables. De telles garanties doivent être effectives, et permettre aux opérateurs d'avoir la possibilité de faire respecter leurs droits auprès d'un juge et de pouvoir contraindre

¹⁰¹ E. VAN NUFFEL, « La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics, in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration », Journée d'études des Facultés universitaires St-Louis, La Chartre, 2007, p. 151 à 207. ; C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2007 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, « Quels recours pour les soumissionnaires évincés », 2006, p. 1 à 33 ; E. VAN NUFFEL et D. LAGASSE, « Les recours préventifs en matière de marchés publics. Le législateur a enfin transposé les directives "recours" 89/665 et 92/13, mais l'a-t-il bien fait ? », *J.T.*, 2004, p. 849 à 856 ; M.-A. FLAMME, « Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Le sort des contrats irrégulièrement conclu – Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels? – Les modalités du futur standstill », *Entr. et dr.*, 2002, p. 120 et s. ; F. GOSSELIN et N. VAN LAER, « Jurisprudence commentée : le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : une voie sans issue ? Commentaire de l'arrêt de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 15 juin 2000, en cause Feyer - Formanova c/ commune de Keerbergen, n°87.983 », *A.P.T.*, 2002, p. 154 à 168 ; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Quel sort pour les contrats irrégulièrement conclus ? », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1007 à 1024 ; M. BELMESSIERI, « Les mesures de protection juridictionnelle des candidats et soumissionnaires évincés d'une procédure de marché public - armes redoutables ou factices ? », *C.D.P.K.*, 2017, p. 2 à 47 ; K. WAUTERS, « Un recours juridique à plusieurs vitesses », *M.C.P.*, 2019/3, p. 165 à 169 ; D., RENDERS, « Pour une révision du système de protection juridictionnelle en droit des contrats publics », *M.C.P.*, 2022/1, p. 9 à 11.

¹⁰² K. WAUTERS, « *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en juridictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van de Hof van Justitie* », Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2009, p. 337 et s.

l'administration à respecter ses obligations¹⁰³, notamment en lui permettant de suspendre l'attribution ou l'exécution du contrat durant la procédure.

L'article 14 de la Loi recours dispose que « [à] la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;

3° les documents du marché ou de la concession. »

L'article 15 de la Loi recours dispose quant à lui que « [d]ans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision. »

Chapitre 4. La théorie de l'acte détachable

Nous avons compris que l'articulation du contrôle de l'action administrative entre les ordres juridictionnels administratif et judiciaire est particulièrement complexe lorsqu'il est question de commande publique. Lorsqu'une telle commande est en jeu, les contestations prennent fréquemment une double dimension, à la fois subjective et objective¹⁰⁴. Déterminer si une contestation relève de tel ou tel contentieux n'est donc pas toujours aisé, l'objet véritable et direct du recours dépendant parfois simplement de la manière dont l'opérateur économique introduit sa contestation. C'est dans l'exercice du contrôle de l'action administrative par le Conseil d'État qu'a émergé la théorie de l'acte détachable.¹⁰⁵

¹⁰³ K. WAUTERS, *ibidem*, p. 343.

¹⁰⁴ Lorsque le contestataire critique l'absence de motivation d'une décision d'attribution ou encore l'illégalité d'un critère de sélection qualitative, sa contestation relève du contentieux objectif. Lorsqu'il revendique de pouvoir participer à une procédure d'appel d'offres ou l'obtention du contrat, sa contestation relève du contentieux subjectif.

¹⁰⁵ Accueillie par le Conseil d'État à l'occasion de son arrêt Grisar (C.E., 24 octobre 1949, n°137). Pour un historique du développement de cette théorie et de son accueil en droit belge, voir P. GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat: l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *A.P.T.*, 2009/3, p. 195 et s. ainsi que K. WAUTERS, « *De leer van de afspitsbare rechtshandeling: ook tepasselijk na de gunning van de overhaagedsovereenkomst ?* », *Entr. et dr.*, 2017, p. 327 et s.

Section 1. La théorie

Au lieu d'envisager le processus contractuel comme un tout indivisible¹⁰⁶, ce qui empêchait les tiers à la fois d'introduire un recours devant le juge du contrat en vertu de l'adage *res inter alios acta*¹⁰⁷ ou devant le Conseil d'État *a priori* incompétent une fois le contrat conclu compte tenu des limites du contentieux objectif, cette théorie permet¹⁰⁸, comme son nom l'indique de « détacher » un acte administratif d'un contrat auquel l'administration est partie afin de le « réputer » acte administratif unilatéral et de le rendre ainsi annulable par le Conseil d'État¹⁰⁹.

Vu sous cet angle, la conclusion du contrat proprement dite n'est que l'aboutissement d'un long processus au cours duquel plusieurs décisions ont été adoptées, comme par exemple passer une commande, choisir une procédure particulière, arrêter un cahier spécial des charges, modifier celui-ci, abandonner la procédure, la recommencer, négocier avec tel ou tel opérateur, ne pas négocier, entériner un rapport d'attribution, etc.

Le Conseil d'État considère que, dans tous les cas où une autorité administrative conclut un contrat, la décision de conclure un contrat ne se confond pas avec celui-ci, mais constitue un acte administratif unilatéral qui en est détachable, dont les effets de droit se manifestent ultérieurement dans la conclusion valable d'un contrat avec le partenaire retenu et qui est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation ainsi que, si les conditions sont remplies, d'une demande en suspension. L'existence d'un contexte législatif réglementaire plus ou moins rigoureux détermine l'intensité du contrôle juridictionnel qui pourra s'exercer sur cet acte, mais elle ne conditionne nullement l'existence de ce contrôle. Même en l'absence de toute règle qui détermine les conditions de passation du contrat en cause, un contrôle juridictionnel existe, porté devant le juge de l'excès de pouvoir et qui permet, le cas échéant, de sanctionner la violation des règles générales du droit public et administratif qui gouvernent toute l'activité de la puissance publique dans un État de droit¹¹⁰.

¹⁰⁶ En ce sens, cette théorie constitue un « tempérament à la conception selon laquelle l'opération par laquelle une autorité administrative conclue un contrat constitue un tout indivisible » (D. RENDERS et B. GORS, *op. cit.*, p. 59 à 64.)

¹⁰⁷ R. ANDERSEN et K. WAUTERS, « L'acte détachable en matière contractuelle et le Conseil d'État » in P. FORIERS, R. JAFFERALI, E. VAN DEN HAUTE, *Entre tradition et pragmatisme, Liber amicorum P. A. Foriers*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 38.

¹⁰⁸ « [Cette] théorie de l'acte détachable repose sur une double fiction juridique, plus ou moins forte selon les actes considérés. [Elle] consiste [...] tout d'abord à réputer détachés d'un contrat des actes qui y sont plus ou moins intensément incorporés [...]. [Elle] consiste [ensuite] à considérer fictivement que ces décisions sont des actes administratifs unilatéraux. » (P. GOFFAUX, « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », in G. Collard, F. Mourlon Beeranert et D. Szafran, (eds.), *Hommage d'exception à un esprit libre, Liber amicorum X. Dieux*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 852 et 853.)

¹⁰⁹ P. GOFFAUX, « Acte détachable », *M.C.P.*, 2020/1, p. 621 et P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015.

¹¹⁰ C.E. (15^e ch.), 22 novembre 2007, n°177.029, sa Telenet Bidco. Le Conseil d'État considère encore que « [*d]ie theorie heeft betrekking op de éézijdige rechtshandelingen die aan een overeenkomst voorafgaan of daarop volgen en die van de overeenkomst kunnen worden afgesplitst. Het feit dat er in het dossier een contractuele component voorhanden is, leidt er niet toe dat de bevoegdheid ratione materiae van de Raad van State ten aanzien van die rechtshandelingen uitgesloten is. De theorie van de afsplitsbare rechtshandeling steunt op een dubbele fictie waarbij, enerzijds, rechtshandelingen worden afgesplitst van het contract hoewel ze er haast in vevat liggen en, anderzijds, er eigenlijk geen sprake is van echte éézijdige rechtshandelingen. Aangezien de leer van de afsplitsbare rechtshandeling berust op een fictie, dient die leer op een restrictieve wijze te worden geïnterpreteerd. De theorie van de afsplitsbare rechtshandeling heeft voornamelijk betrekking op de rechtshandelingen in verband met de totstandkoming van een*

Section 2. Les actes posés avant la conclusion du contrat

Chacune de ces décisions est susceptible d'emporter des effets pour un opérateur économique. Si ces effets lui font grief, et que la décision ne s'analyse plus, à l'égard de l'opérateur économique concerné, comme un acte préparatoire¹¹¹, il peut¹¹² s'en plaindre immédiatement auprès du Conseil d'État¹¹³. La circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'État intervient, le marché est exécuté en manière telle que la requérante ne peut plus espérer se voir attribuer celui-ci et être chargée de son exécution mais doit, le cas échéant, se contenter d'actionner la partie adverse en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'État est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la requérante de son intérêt au recours en annulation. Elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée¹¹⁴.

La décision de renoncer à passer un premier marché constitue un acte dont l'annulation pourrait affecter la régularité des actes posés par la suite en ce compris une nouvelle décision d'attribution qui interviendrait.¹¹⁵

Section 3. Les actes posés après la conclusion du contrat

Une fois le contrat conclu et alors que son exécution est en cours, l'autorité administrative peut encore être amenée à prendre différentes décisions comme, par exemple, une prolongation du contrat, son adaptation ou encore sa résiliation anticipée.

Traditionnellement, il était admis que les contestations s'élevant à propos de la modification, l'interprétation ou la dissolution du contrat devaient être portées devant les juridictions de l'ordre judiciaire¹¹⁶. C'est toujours effectivement le cas lorsque l'autorité administrative ne fait qu'exercer

overeenkomst. Eenmaal de overeenkomst is gesloten, zullen geschillen omtrent de uitvoering, interpretatie en ontbinding van die overeenkomst door de justitiële rechter moeten worden beslecht » (C.E. (9^e ch.), 7 novembre 2013, n°225.385, nv Kinopolis Mega).

¹¹¹ Sur l'acte préparatoire en matière de marchés publics, voir notamment M. VANDERSTRAETEN, « Acte préparatoire », *M.C.P.*, 2020, n°1, p. 13 à 14.

¹¹² Selon la jurisprudence du Conseil d'État (C.E. (ass. gén.), 2 décembre 2005, n°152.173, sa Labonorm), en règle, l'opérateur économique n'est pas tenu de le faire immédiatement et peut s'en plaindre ultérieurement à l'appui d'une contestation dirigée contre une décision ultérieure (E. THIBAUT et P. THIEL, « Chronique de jurisprudence du Conseil d'État et judiciaire », *M.C.P.*, 2016/1, p. 30). Cette jurisprudence est sujette à critiques au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (cf. C. DE KONINCK, « *Over de noodzaak om tijdig een beroep in te stellen: eVigilo en Grossmann zeggen Labonorm de wacht aan!* », *Entr. et dr.*, 2020/1, p. 78 à 86).

¹¹³ « S'agissant de la décision d'adopter le cahier spécial des charges, il s'agit, en principe, d'une décision préparatoire contre laquelle un recours ne peut être introduit au Conseil d'État que lorsque cette décision n'apparaît plus, à l'égard de la partie requérante, comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable" en ce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour elle, par exemple parce qu'elle la prive de toute possibilité de participer au marché concerné. » (C.E. (6^e ch.), 18 janvier 2018, n°240.476, scrl Instele).

¹¹⁴ C.E. (6^e ch.), 7 mai 2014, n°227.302, sa Socogetra.

¹¹⁵ R. ANDERSEN et K. WAUTERS, *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁶ P. GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat: l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *op. cit.*, p. 202.

un droit qui résulte d'une clause contractuelle¹¹⁷. Dans pareille hypothèse, le Conseil d'État se déclare incompétent.¹¹⁸

Par contre, la théorie de l'acte détachable trouve également à s'appliquer à des actes posés même après la conclusion de la convention et qui le sont, non pas en exécution d'une clause contractuelle, mais bien en vertu du principe de mutabilité du service public ou d'une disposition légale et qui conduisent à une modification ou à la résiliation unilatérales du contrat.¹¹⁹ Comme nous l'avons évoqué *supra*, cette application de la théorie de l'acte détachable à des actes postérieurs à la conclusion du contrat est admise depuis l'arrêt Rudelopt à l'occasion duquel le Conseil d'État a considéré que « [l]a décision par laquelle une autorité administrative met fin à une concession pour des motifs liés à l'intérêt général, n'est pas adoptée en vertu de sa composante contractuelle mais d'autorité; qu'elle est prise en vertu du pouvoir d'action unilatérale de l'autorité concédante; qu'il s'agit d'un acte administratif unilatéral que le Conseil d'État est habilité à annuler lorsque seule sa légalité objective est contestée, c'est-à-dire quand le recours ne porte pas directement sur la méconnaissance d'un droit subjectif ou sur la réparation du préjudice découlant de la violation d'un droit; que tel est le cas en l'espèce; que l'acte attaqué est dès lors susceptible de recours »¹²⁰ Ainsi, cela peut être le cas pour une résiliation anticipée du contrat ou lorsqu'il est recouru au marché pour compte.

Par ailleurs, nous avons également déjà évoqué *supra* les cas où l'acte doit s'analyser comme étant en réalité la conclusion d'une nouvelle convention car la modification entérinée ou demandée par l'administration est telle qu'elle porte sur un élément essentiel de la commande. On sait en effet que les modifications de contrats publics en cours d'exécution sont encadrées¹²¹ et que toute modification des termes essentiels du contrat, entendus comme éléments qui, s'ils avaient été inclus dans la procédure initiale de passation, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée, mais aussi que lesdits éléments auraient également attiré davantage de participants, non prévue dans le cahier des charges exige *a priori* une nouvelle procédure de mise en concurrence^{122,123}.

¹¹⁷ S'agissant des marchés publics, soulignons l'existence des clauses de réexamen visées aux articles 38 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution. Ledit article 38 dispose qu'« [u]ne modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation de marché, lorsque, quelle que soit sa valeur monétaire, elle a été prévue dans les documents du marché initial sous la forme d'une clause de réexamen claire, précise et univoque. Les clauses de réexamen indiquent le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. »

¹¹⁸ Une décision de mettre fin à une convention ne peut se voir appliquer la théorie de l'acte détachable lorsque la convention accorde expressément le droit de la résilier (C.E. (14^e ch.), 23 décembre 2015, n°233.355, sa Kinopolis Mega.)

¹¹⁹ P. GOFFAUX, « Acte détachable », *op. cit.*, p. 621 ; K. WAUTERS, « *De leer van de afspitsbare rechtshandeling: ook tepasselijk na de gunning van de overhaaidsovereenkomst ?* », *op. cit.*, 2017, p. 339 et s.

¹²⁰ C.E. (13^e ch.), 25 septembre 2007, précité, Rudelopt.

¹²¹ Voir à ce sujet M.-A. FLAMME, « De la mutabilité des contrats administratifs – et notamment des marchés publics – de sa mise en œuvre largement discrétionnaire et des limites que lui impose le respect de l'égalité dans la concurrence », *Entr. et dr.*, 2007, p. 140 à 148.

¹²² C.E. (6^e ch.), 1^{er} décembre 2016, précité, sprl Clear Channel Belgium.

¹²³ Selon la Cour de justice, « [e]n vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché [...] lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de

Section 4. Limite de la théorie et perspectives

Si la théorie de l'acte détachable permet au Conseil d'État de connaître de la régularité d'une commande publique soumise à sa censure, en revanche, une fois conclu, elle ne permet pas au Conseil d'État de prononcer son annulation, seul le judiciaire étant en principe compétent sur cette question.¹²⁴

Dans les litiges qui lui sont soumis, le Conseil d'État recherche, pour chaque acte soumis à sa censure, l'objet véritable et direct du recours, se déclarant selon les cas, compétent ou incompétent pour prononcer leur annulation. Ainsi, le Conseil d'État se déclare compétent lorsque « l'objet direct et réel du recours vise l'annulation de la décision d'attribution [...] par la conclusion d'une convention [...] dans le cadre de laquelle la partie défenderesse dispose d'un pouvoir discrétionnaire » mais pas lorsque l'acte vise « l'annulation d'un acte administratif par lequel l'autorité administrative refuse d'exécuter une obligation répondant à un droit subjectif de la partie requérante ». ¹²⁵

Sous peine d'empiéter sur les compétences exclusives du juge du contrat, le Conseil d'État ne peut connaître dans le cadre du recours en annulation dirigé contre l'acte détachable de moyens qui le conduiraient à se prononcer sur la méconnaissance d'un droit subjectif ou sur la réparation du préjudice découlant de la violation d'un droit.¹²⁶ Dans le même ordre d'idée, s'agissant de certains contrats, l'article 21 de la Loi recours dispose que « [s]auf dans les cas prévus aux articles 13 et 17 à 20, le marché ou la concession, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit ». C'est aussi pourquoi, pour certains contrats, l'article 11 de ladite loi dispose que « [l]a conclusion du marché ou de la concession [...] ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée ».

Ainsi, « [l]a question des répercussion éventuelles de l'arrêt d'annulation de l'acte unilatéral de conclure un contrat sur le sort à réserver par le juge judiciaire à ce contrat a donné et donne encore lieu, en doctrine et en jurisprudence, à des solutions diverses et contrastées : absence de toute répercussion, inexistence ou nullité du contrat et en ce dernier cas, nullité relative ou absolue, nullité allant de pair ou non avec l'indemnisation - forfaitaire ou intégrale - du préjudice ». ¹²⁷

C'est précisément dans ce contexte qu'intervient l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021. Comme nous allons le voir, il concerne une commande publique passée en vertu de décisions

renégocier les termes essentiels de ce marché[; l]a modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue[; d]e même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus [...] [; u]ne modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial » (C.J.C.E., arrêt *Presstext*, 19 juin 2008, C-454/06, EU:C:2008:351, points 34 à 37).

¹²⁴ R. ANDERSEN et K. WAUTERS, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁵ C.E. (14^e ch.), 23 décembre 2015, précité, sa Kinopolis Mega.

¹²⁶ C.E. (13^e ch.), 25 septembre 2007, précité, Rudelopt.

¹²⁷ R. ANDERSEN et K. WAUTERS, *op. cit.*, p. 54.

censurées par le Conseil d'État et les conséquences que le juge judiciaire a tiré de l'irrégularité de ces décisions.

Titre II. Régimes des nullités en droit civil et en droit des contrats publics

Avant de pouvoir commenter l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 (titre III), il est nécessaire d'examiner si le droit des contrats publics connaît un régime de nullité, particulier ou général, qui lui soit propre ou dérivé du droit privé.¹²⁸ C'est l'objet du présent titre. Sous l'angle du droit civil (chapitre 1^{er}), nous examinons, quelles sont les conditions de validité du contrat (section 1) et comment s'est développée la théorie des nullités (section 2). Nous serons alors à même d'examiner les régimes de nullités qui s'appliquent aux contrats publics (chapitre 2) et, tout d'abord, de constater, qu'il n'en existe pas de général, mais bien, uniquement pour certains contrats, un régime spécifique de « déclaration d'absence d'effets » (section 1). Forts de l'éclairage opéré dans le premier chapitre, nous pourrions comprendre que la théorie civiliste des nullités, ainsi qu'une approche directe sous l'angle du droit public ont été mobilisées, d'abord au bénéfice des seules parties au contrat, puis par extension aux tiers, pour répondre à la problématique des contrats publics irrégulièrement conclus (section 2). Nous terminerons par quelques réflexions sur l'articulation entre le régime des nullités et le mécanisme de la déclaration d'absence d'effets (section 3).

Chapitre 1^{er}. Droit civil

Aux termes de l'article 1108 de l'ancien Code civil¹²⁹, « [q]uatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : [l]e consentement de la partie qui s'oblige ; [s]a capacité de contracter ; [u]n objet certain qui forme la matière de l'engagement ; [u]ne cause licite dans l'obligation ». Selon P. Wéry, « [d]e la lecture des articles 1108 et suivants, il ressort que la validité du contrat repose, en réalité, non pas sur quatre, mais sur cinq conditions : le consentement des parties contractantes, qui doit être libre et éclairé ; une capacité contractuelle suffisante ; un objet ; une cause ; la conformité de l'accord à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératifs ».¹³⁰

¹²⁸ « La doctrine contemporaine cite généralement quatre critères de distinction entre le droit privé et le droit public : (i) l'intérêt (général ou particulier) en jeu ; (ii) le sujet (étatique ou non) de la relation juridique ; (iii) la compétence en matière de contentieux ; et (iv) la méthode d'intervention (par voie de décision unilatérale ou par contrat) de l'autorité. » (J.-F. GERMAIN en M. VANDERSTRAETEN, « Les régimes de nullité des marchés publics », in P.-O. DE BROUX, T. LEONARD, B. LOMBAERT, et J. VAN MEERBEECK (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthémis, 2019, p. 364)

¹²⁹ Il s'agit du premier article du chapitre intitulé « Des conditions essentielles pour la validité des conventions » (chapitre II).

¹³⁰ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 229.

L'article 5.27 du nouveau Code civil, intitulé « conditions de validité », énumère quatre conditions.¹³¹ En effet, il dispose, en son paragraphe 1^{er}, que « [p]our la validité d'un contrat, les conditions suivantes doivent être remplies: 1° le consentement libre et éclairé de chaque partie; 2° la capacité de chaque partie de contracter; 3° un objet déterminé et licite; 4° une cause licite. » En outre, selon l'article 1.3 du livre 1^{er}¹³², « [o]n ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives ». ¹³³ Les conditions auxquelles la conclusion d'un contrat valide est subordonnée sont donc (presque) inchangées.¹³⁴

Dès le moment où des conditions de validité sont énoncées, se pose la question de savoir ce qui se produit lorsqu'une desdites conditions de validité vient à faire défaut ou à être entachée d'irrégularité. En principe, est entachée d'une cause de nullité une convention dont une des conditions fait défaut.¹³⁵ Pour le dire autrement, « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul ». ¹³⁶ C'est la théorie des nullités.

Dans ce qui suit, nous étudions, tout d'abord, les conditions de validité d'un contrat (section 1). Nous nous concentrons donc sur le consentement (§1^{er}), l'objet (§2), la cause (§3) et la conformité du contrat à l'ordre public et aux lois impératives (§4).¹³⁷ Ensuite, nous analysons la théorie des nullités (section 2).

¹³¹ Pour un aperçu des nouvelles dispositions relatives aux conditions de validité du contrat et au régime des nullités du nouveau Code civil et un exposé des modifications les plus importantes, nous renvoyons à O. JANSSENS, « La formation du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », in P. BAZIER, A. CATALDO, P. COLSON, M. DUPONT, F. GEORGE, P. GOFFIOL, M. HIGNY, R. JAFFERALI, O. JANSSENS, Y. NINANE, A. RIGOLET, F. STANDAERT, *Droit des obligations, le nouveau livre 5 du Code civil*, Pli juridique, Limal, Anthemis, 2022, p. 57 et s.

¹³² La loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, publiée au Moniteur belge le 1^{er} juillet 2022, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2023 (le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge).

¹³³ Contrairement à ce qui est le cas dans l'ancien Code civil, plus aucune référence n'est faite aux bonnes mœurs dans cette exigence générale comme dans les exigences plus spécifiques. Le législateur de l'ancien Code civil ne les définit pas (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 321). Tant la doctrine que la jurisprudence proposent des définitions de cette notion. La plus complète serait celle de C. Renard, É. Vieujean et Y. Lequette, selon lesquels les bonnes mœurs sont « un ensemble de règles de conduite, fondées sur le sentiment du devoir, de la dignité de la personne humaine, de l'honnêteté ou de la pudeur publique, et admises communément par les citoyens, quelles que soient leurs opinions religieuses ou philosophiques ». (F. PEERAER, « La nullité du contrat », in P. JADOUL, *Obligations : Traité théorique et pratique*, t. II., 2009, p. 199.) On relève aussi la définition de H. De Page, citée par P. Wéry (*ibidem*). Selon la jurisprudence, « la notion de "bonne mœurs" correspond à une morale coutumière, faite d'habitudes et de traditions d'un peuple... en évolution constante avec l'état d'esprit d'une civilisation ». Et la Cour d'ajouter que « le relâchement des mœurs, pas plus que l'amoindrissement de la loyauté ou l'aggravation de la criminalité ne suffisent à légitimer des attitudes que cette morale continue à critiquer. » (arrêt de la Cour d'appel de Liège du 22 novembre 1979, souvent cité, cf. P. WÉRY, *ibidem*.) Selon le législateur du nouveau Code civil, « [l]a notion de bonnes mœurs est désormais incluse dans la notion d'ordre public et n'offre pas de véritable plus-value » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Les obligations » du Code civil, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°55-1805/001, p. 12) ; « [elle] n'a toutefois pas été reprise, car elle est déjà incluse dans l'«ordre public» ». » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°55-1806/001, p. 54.)

¹³⁴ O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 229.

¹³⁶ Art. 5.57, al. 1^{er}, nouveau Code civil.

¹³⁷ Nous n'examinons pas la condition relative à la capacité contractuelle des parties puisque, selon plusieurs auteurs, cette condition soulève peu de difficultés en ce qui concerne les contrats publics. Sur ce sujet, nous renvoyons à K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 198, J.-F. GERMAIN en M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 382 et P. GOFFAUX, « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », *op. cit.*, p. 864.

Section 1. Conditions de validité d'un contrat

§1^{er}. Consentement

Comme précisé *supra*, une des conditions essentielles pour la validité d'une convention, selon l'article 1108 de l'ancien Code civil, est « le consentement de la partie qui s'oblige ». Il s'agit d'une erreur du législateur maintes fois dénoncée : le contrat procède des consentements des parties, et non seulement de celui de la partie qui s'oblige.¹³⁸ Il a été remédié à cette erreur dans le nouveau Code civil, selon lequel la validité d'un contrat requiert « le consentement libre et éclairé de chaque partie » (art. 5.27, al. 1^{er}, 1^o).¹³⁹

La notion de consentement n'est pas définie par le législateur.¹⁴⁰ « Le consentement est la volonté de chaque partie de produire des effets de droit. »¹⁴¹ « Un contrat est le résultat d'un concours de volontés. »¹⁴² « Il s'agit de la volonté de contracter, de faire naître des effets juridiques. »¹⁴³

L'ancien Code civil traite, aux articles 1109 et suivants, les hypothèses dans lesquelles un vice affecte le consentement de l'une des parties contractantes.¹⁴⁴ Certains cas d'absence de consentement ne relèvent pas des conditions d'application d'un des vices du consentement. Il s'en suit que l'absence de consentement ne peut être assimilée à un vice de consentement.¹⁴⁵ Il faut, dès lors, distinguer ces deux situations – la situation dans laquelle le consentement de l'une des parties se trouve affecté d'un vice, d'une part, de l'absence complète de volonté de l'une des parties contractantes, d'autre part. Cette deuxième hypothèse n'est cependant pas envisagée par l'ancien Code civil. Au contraire, le nouveau Code civil la régit à l'article 5.31.¹⁴⁶

Cette deuxième hypothèse se rencontre dans des situations très variées¹⁴⁷ au nombre desquelles il convient d'épingler, à propos du sujet qui nous intéresse,¹⁴⁸ celles dans lesquelles la décision de l'administration vient à disparaître. Ainsi, « [l]orsque la délibération par laquelle un collège des bourgmestre et échevins décide de conclure un contrat [...] est annulée [par l'autorité de tutelle], le consentement [à ce] contrat [...] disparaît avec effet rétroactif ». ¹⁴⁹

¹³⁸ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 230.

¹³⁹ Voir aussi O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁰ « Le législateur n'a pas pris la peine de définir le consentement. La notion est pourtant nettement moins évidente qu'il y paraît au premier abord. » (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 230.)

¹⁴¹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴² K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 198, citant H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 35, n°22.

¹⁴³ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *ibidem*, p. 198.

¹⁴⁴ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 233.

¹⁴⁵ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 34 ; O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁶ O. JANSSENS, *ibidem*, p. 58.

¹⁴⁷ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 233 ; O. JANSSENS, *ibidem*, p. 58. Pour l'hypothèse particulière d'absence de consentement qu'est l'erreur-obstacle, nous renvoyons à ces auteurs et à la doctrine citée, notamment, H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 47. Y voir aussi le traitement de cette hypothèse dans le nouveau Code civil (art. 5.31, al. 2).

¹⁴⁸ Pour d'autres situations, nous renvoyons à P. WÉRY, *ibidem*, p. 233, et aux exemples donnés dans l'exposé des motifs du livre 5 du nouveau Code civil (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 34 et 35). Voir aussi O. JANSSENS, *ibidem*, p. 58 et 59.

¹⁴⁹ P. WÉRY, *ibidem*, p. 233. Cass. (3^e ch.), 5 mars 2012, *op. cit.*

§2. Objet

L'objet est traité dans plusieurs dispositions du chapitre [de l'ancien] Code civil consacré aux « conditions essentielles pour la validité des conventions ». Il en résulte une notion à sens multiples, polysémique¹⁵⁰ qui peut induire une certaine confusion¹⁵¹ spécialement sur la question de savoir si on parle de l'objet du contrat ou de l'obligation.

L'article 1108 de l'ancien Code civil énonce « [u]n objet certain qui forme la matière de l'engagement » parmi les quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention. Cet article est complété par les articles 1126 à 1130. Il s'en suit que l'objet doit respecter différentes conditions pour que le contrat soit valide. S'agit-il de l'objet du contrat ou l'objet de l'obligation ? « Les différentes conditions [...] qu'énoncent les articles 1126 à 1130 s'appliquent, au premier chef, aux obligations auxquelles le contrat donne naissance : quel que soit son statut, toute obligation doit [...] avoir un objet possible, licite, déterminé, ou à tout le moins déterminable, et porter sur une chose qui est dans le commerce. »

Le livre 5 du nouveau Code civil clarifie la notion d'objet.¹⁵² Aux termes de l'article 5.46, intitulé « Définitions », « [t]out contrat a pour objet les obligations ou les autres effets de droit que visent les parties » (al. 1^{er}) et « [u]ne obligation a pour objet une prestation qui peut consister à faire ou ne pas faire quelque chose, à donner quelque chose ou à garantir quelque chose » (al. 2).¹⁵³ Le législateur du nouveau Code civil cristallise ainsi l'importante distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. L'énumération de l'article 5.27 du nouveau Code civil dispose « un objet déterminé et licite » comme troisième condition pour un contrat valide. Cet objet doit répondre aux conditions détaillées aux articles 5.47 et suivants. « C'est [...] l'objet de chacune des obligations du contrat qui doit répondre aux conditions détaillées aux articles 5.47 et suivants »¹⁵⁴ à savoir une prestation possible, dont l'objet doit être dans le commerce, déterminé ou à tout le moins déterminable et licite.

Parmi ces conditions, celle de la licéité prend une importance particulière s'agissant du sujet qui nous intéresse. Plusieurs grands principes régissent le droit des contrats, dont le principe de la liberté contractuelle. La règle est donc que « [l]e contrat peut [donc] avoir pour objet les choses, les prestations et les absentions les plus diverses. » Cette liberté n'est cependant pas infinie. L'objet doit être licite. « [C]ette exigence [...] n'est qu'une manifestation particulière d'une condition plus

¹⁵⁰ P. WÉRY, *ibidem*, p. 279. « [L]e Code parle indifféremment de l'objet du contrat (voy. par ex. art. 1126 à 1128) et de l'objet de l'obligation (art. 1129 à 1130). L'objet [...] peut s'entendre d'une manière abstraite ou, au contraire, concrète. Au sens le plus large, on dira d'un contrat qu'il a pour objet de donner naissance à des obligations [...], de transférer des droits [...], de modifier un contrat préexistant [...] ou d'éteindre une obligation ou un contrat antérieur [...]. Dans une acception plus étroite du terme, on dira qu'il a pour objet de donner naissance à une obligation de *facere*, de *dare* ou de *non facere*, celle-ci n'étant pas autrement précisée ; le plus souvent, il fait d'ailleurs naître plusieurs obligations aux objets différents. On peut, enfin, entendre la notion dans un sens concret ; elle désigne alors le bien, la prestation ou l'abstention à laquelle s'engage précisément le débiteur. » (*ibidem*)

¹⁵¹ O. JANSSENS, *ibidem*, p. 66.

¹⁵² O. JANSSENS, *ibidem*, p. 66.

¹⁵³ « L'obligation de donner tend au transfert d'un droit ou à la constitution d'un droit réel. » (art. 5.46, al. 3).

¹⁵⁴ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 279 et O. JANSSENS, *ibidem*, p. 66.

large : la conformité de l'objet du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »¹⁵⁵ Nous y reviendrons plus loin.

L'ancien Code civil ne précise pas l'exigence de licéité de l'objet. Dans un arrêt du 8 avril 1999, la Cour de cassation énonce, à l'occasion d'un pourvoi formé en matière d'assurance : « [q]ue l'objet d'une obligation est la prestation promise par le débiteur; que celui du contrat d'assurance est la couverture d'un risque déterminé moyennant un prix; que cet objet doit être licite ; [q]u'il ressort de l'arrêt que les parties ont conclu un contrat d'assurance dont l'objet est de couvrir notamment le risque d'incendie d'un chalet apparentant aux demandeurs ; [q]ue l'arrêt n'énonce pas qu'un tel objet crée ou maintient une situation illégale ; [q]ue, pour rejeter la demande d'indemnisation des demandeurs suite à l'incendie qui a ravagé l'immeuble, l'arrêt considère que le contrat est nul en raison du caractère illicite de son objet, cet immeuble ayant été construit sans permis de bâtir ; [q]ue se fondant sur cet considération, l'arrêt viole les dispositions du code visées au moyen ; [...] ».¹⁵⁶

Ce qu'il faut entendre par licéité est clarifié dans le nouveau Code civil. En effet, aux termes de l'article 5.51, « [l]a prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ».

§3. Cause

En sus des conditions portant sur le consentement et l'objet, la validité d'un contrat exige, aux termes de l'article 1108 de l'ancien Code civil, « [u]ne cause licite dans l'obligation » et, selon l'article 5.27 du nouveau Code civil, « une cause licite ». C'est donc non seulement de l'existence d'une cause mais également de sa licéité que dépend la validité d'un contrat.¹⁵⁷ Nous examinons ces deux éléments dans ce qui suit.

S'agissant de l'existence d'une cause, « [o]n enseigne traditionnellement que toute obligation doit avoir une cause, c'est-à-dire une raison d'être. [...] On ne s'engage pas dans un contrat pour le plaisir d'être obligé, mais en considération d'un objectif. »¹⁵⁸ A l'instar d'autres notions, pourtant centrales, telles que le consentement, l'objet ou l'ordre public, la cause n'est pas définie par le législateur de l'ancien Code civil, ce qui n'a pas manqué de provoquer de longs débats doctrinaux, souvent passionnés, et ce depuis l'origine, ainsi que plusieurs arrêts de la Cour de cassation, encore récemment.¹⁵⁹

¹⁵⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 286.

¹⁵⁶ Cass. (1^{ère} ch.), 8 avril 1999, R.G. n°C.98.0042.F, disponible sur www.juportal.be. Cette jurisprudence est confirmée dans d'autres pourvois relatifs à la même matière, notamment, Cass. (1^{ère} ch.), 19 mai 2005, R.G. n° C.03.0103.F, disponible sur www.juportal.be, ainsi qu'en matière de location d'immeuble (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 286).

¹⁵⁷ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 200.

¹⁵⁸ E. MONTERO, *Droit des obligations II, Tome 1- Le contrat : notion et formation*, cours destiné aux étudiants de Baccalauréat en Droit 2018-2019, p. 63 et s.

¹⁵⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 299 et s. ; E. MONTERO, *op. cit.*, p. 63 et s. Selon ces auteurs, fut notamment l'objet de ces débats la nécessité de la cause comme condition autonome de validité des actes juridiques. La Cour de cassation s'est montrée résolument « causaliste ». Dans plusieurs arrêts, parmi lesquels celui du 13 novembre 1969, la Cour affirme que la validité d'un acte juridique est « subordonnée à l'existence d'une cause » qu'il soit unilatéral ou bilatéral (Cass. (1^{ère} ch.), 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. VAN OMMESLAGHE). Cette nécessité de la cause n'est actuellement plus remise en question. D'ailleurs, « [l]e législateur [du nouveau Code civil] a fait le choix de maintenir

Selon un courant de doctrine désormais majoritaire, « la cause s'entend du mobile déterminant qui a pénétré dans le champ contractuel et ce à chaque fois ». Ce courant a été accueilli par la Cour de cassation. Récemment, cette dernière a considéré que « *[d]e oorzaak van een overeenkomst bestaat uit de determinerende beweegreden die elke partij ertoe hebben bewogen om de overeenkomst te sluiten en die gekend waren of behoorden te zijn aan de andere partij* ». ¹⁶⁰ Pour pouvoir être qualifié de cause, il faut non seulement que le mobile d'une partie ait déterminé son consentement, mais encore que ce motif soit connu ou ait pu l'être de son contractant. ¹⁶¹ L'article 5.53 du nouveau Code civil, comme son intitulé l'indique, définit ¹⁶² la notion : « [l]a cause s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie ».

S'agissant de la licéité de la cause, l'article 1133 de l'ancien Code civil dispose que « [l]a cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » et l'article 5.56 du nouveau Code civil dispose que « [l]a cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ». La notion de cause trouve là une utilité sociale permettant de censurer les conventions nuisibles à l'intérêt général ¹⁶³. L'illicéité de la cause suppose que l'illégalité réside effectivement dans les raisons qui conduisent la partie à contracter ¹⁶⁴.

§4. La conformité du contrat à l'ordre public et aux lois impératives

l'exigence d'une cause comme condition de validité du contrat. Ce choix peut paraître traditionnel au regard des réformes intervenues dans les pays voisins tout particulièrement aux Pays-Bas et en France, qui ont supprimé l'exigence d'une cause comme condition de validité. D'après l'exposé des motifs, la cause "doit être maintenue car elle s'inscrit dans une tradition bien ancrée et est utile pour la dogmatique . [...] En outre, l'on peut craindre que la suppression de cette notion ne la fasse, quand même, resurgir sous une autre forme" » (O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 68) Toujours selon P. Wéry et E. Montero, s'agissant de la notion de cause, on relève plusieurs courants. Certains considèrent que le mot « cause » est employé par le législateur dans deux acceptions différentes, l'une objective, lors du contrôle de l'existence et de l'absence de fausseté de la cause, l'autre subjective, lors de la vérification de la licéité de la cause. La conception objective, issue de la théorie dite classique de la cause, par opposition à la théorie moderne des mobiles (cf. *infra*), envisage la cause comme un mobile abstrait, toujours le même selon le type de contrat envisagé. D'autres, sous l'impulsion de P. Van Ommeslaghe, estiment que la cause s'entend du mobile déterminant qui a pénétré dans le champ contractuel et ce à chaque fois, préférant ainsi une conception unitaire de la cause. En 2008, à propos des contrats, la Cour de cassation donne une définition large de la cause : « [d]ans un contrat synallagmatique, la cause des obligations de l'une des parties ne réside pas exclusivement dans l'ensemble des obligations de l'autre partie, mais dans celui des mobiles qui a principalement inspiré son débiteur et l'a déterminé à contracter » (Cass. (1^{ère} ch.), 14 mars 2008, R.G. n°C.05.0380.F, disponible sur www.juportal.be ; *Pas.*, 2008, p. 708 ; *R.W.*, 2010-11, p. 21).

¹⁶⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 7 mai 2020, R.G. n°C.19.0423.N, disponible sur www.juportal.be.

¹⁶¹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 303.

¹⁶² « La notion de cause exprime le fait qu'il doit exister un motif, un fondement, pour lequel une personne souhaite s'engager. [...] La définition donnée répond à celle qui résulte de la doctrine et de la jurisprudence, à savoir les motifs déterminants pour la conclusion du contrat (notamment Cass., 14 mars 2008, [*ibidem*]) [...] Dans les contrats synallagmatiques, la cause comporte les mobiles déterminants, lesquels consistent généralement dans les engagements pris par l'autre partie. [...] La proposition précise que ces motifs doivent être "communs". Cela signifie que les motifs déterminants d'une partie ne sont pertinents juridiquement que s'ils étaient connus de l'autre partie. Les motifs doivent faire partie de ce que les auteurs français appellent avec justesse "le champ contractuel". » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 60 et 61).

¹⁶³ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 308.

¹⁶⁴ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op cit.*, p. 199 et 200.

Nous venons de voir que l'objet et la cause des contrats devaient être licites ce qui implique notamment la conformité à l'ordre public. Nous avons relevé que cette exigence de licéité du contrat n'est qu'une manifestation particulière d'une condition plus large : la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Nous allons maintenant préciser nos propos.

Depuis l'avènement de l'ancien Code civil, plusieurs grands principes régissent le droit des contrats, parmi lesquels le principe de la liberté contractuelle.¹⁶⁵ Celui-ci « permet aux parties de donner au contrat et à ses diverses obligations l'objet de leur choix » et « les autorise à être mues par les mobiles les plus divers » de sorte que, « [e]n une certaine manière, on peut ainsi affirmer que le contrat est la chose des parties ». Cette liberté n'est cependant sans limite. Le législateur ne donne pas pleinement carte blanche aux parties. Le contrat doit respecter les exigences supérieures de la société. Il s'ensuit qu'il doit être licite.¹⁶⁶

Cette exigence n'est pas limitée aux contrats, mais est plus générale. Elle s'étend à tous les actes juridiques. Ainsi, l'article 2 de l'ancien Code civil¹⁶⁷ dispose que l'« [o]n peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Aux termes de l'exposé des motifs du livre 1er du nouveau Code civil, quel que soit l'acte juridique concerné, « [l]'on ne peut pas porter atteinte à l'ordre public. Le point de départ est le principe de l'autonomie de la volonté sur base duquel les particuliers règlent leurs rapports mutuels comme ils le souhaitent, l'ordre public en déterminant les limites. Il ne peut être dérogé à l'ordre public. » Et d'ajouter, comme nous venons de l'exposer, « [c]e principe est également rappelé dans le Code à propos des contrats. Un contrat contraire à l'ordre public est illicite et est donc nul. »¹⁶⁸ Pour ces raisons, le nouveau Code civil renouvelle cette exigence générale, à l'article 1.3, al. 3, aux termes duquel « [o]n ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives ».¹⁶⁹

¹⁶⁵ Ces principes sont au nombre de cinq. Les quatre premiers, que d'aucuns rattachent à l'autonomie de la volonté, sont la liberté contractuelle, la force obligatoire des conventions, le consensualisme et la relativité des effets internes. L'exécution de bonne foi des conventions a acquis un tel rôle ces derniers décennies qu'on la considère comme le cinquième principe du droit des contrats (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 131.)

¹⁶⁶ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 316. « Cette exigence de licéité peut se dégager d'une série de dispositions [de l'ancien] Code civil. Ainsi, dans le titre préliminaire de celui-ci, peut-on lire, à l'article 2, que l'« [o]n peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Le chapitre intitulé « Des conditions essentielles pour la validité des conventions » contient plusieurs textes qui mettent en œuvre ce principe. L'article 1108 fait ainsi état de la nécessité d'« une cause licite dans l'obligation », exigence que prolongent les articles 1131 et 1133. L'article 1128 déclare, quant à lui, que seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet de conventions. Enfin, l'article 900 proscriit les conventions, dans les dispositions entre vifs ou testamentaires, lorsqu'elles sont « contraires aux lois ou aux mœurs » ; la même préoccupation anime le législateur dans le chapitre consacré aux conditions (art. 1172 : est interdite la condition « contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi »). » (*Ibidem.*) Dans le nouveau code civil, pour rappel, l'article 1.3 du livre 1^{er} dispose qu'« [o]n ne peut déroger à l'ordre public ni aux règles impératives ». Le législateur a, en outre, opté pour le maintien de l'exigence d'une cause qui doit être licite (art. 5.27, §1^{er}, 4^o). Il fait, par ailleurs, aussi état de la nécessité d'un « objet [...] licite » (art. 5.27, §1^{er}, 3^o). Ces exigences d'un objet et d'une cause licites sont prolongées par les articles 5.48 et 5.51, et l'article 5.56 respectivement.

¹⁶⁷ Anciennement article 6.

¹⁶⁸ L'exposé des motifs du livre 5 précise les exigences qui limitent la liberté contractuelle à propos des contrats. « Il va de soi que le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas infini. La liberté contractuelle est encadrée par les limites fixées par l'ordre juridique. Ces limites sont fixées de manière classique par la loi et par les notions d'« ordre public » et de « bonnes mœurs ». Ces principes restent maintenus. » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 54.)

¹⁶⁹ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *op. cit.*, p. 10.

Il faut maintenant préciser, sommairement¹⁷⁰, ce qu'on entend par « ordre public » et « dispositions impératives », lesquels sont définis dans le nouveau Code civil :

- S'agissant de la notion d'ordre public, retenons qu'en l'absence de définition légale, on s'en référerait à la célèbre définition de H. De Page, reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 décembre 1948 et depuis lors devenue une jurisprudence bien établie¹⁷¹ « n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société. »^{172,173} L'article 1.3 du nouveau Code civil énonce « [e]st d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental » (al. 4).
- S'agissant des dispositions impératives, il était admis qu'était qualifiée comme telle « toute disposition légale qui a pour objet principal de protéger les intérêts particuliers d'une catégorie de personnes considérées comme faibles¹⁷⁴ : elle s'impose aux parties nonobstant leur volonté contraire »¹⁷⁵. L'article 1.3 du nouveau Code civil énonce « [e]st impérative la règle de droit édictée pour la protection d'une partie réputée plus faible par la loi » (al. 5).

« Selon une conception très largement répandue, il faut distinguer les dispositions d'ordre public des dispositions qui sont simplement impératives. Les dispositions d'ordre public auraient comme but principal de protéger l'intérêt général, tandis que les dispositions de droit simplement impératives viseraient principalement des intérêts particuliers. Un courant minoritaire estime que les dispositions simplement impératives font intégralement partie de l'ordre public, dès lors que ces dispositions revêtent également une importance fondamentale pour la société. Ce courant est d'avis que la position majoritaire semble confondre l'importance sociétale d'une disposition avec l'intérêt que cette disposition vise à protéger. »¹⁷⁶

Concernant le sujet qui nous occupe, nous avons relevé qu'en matière de contrats publics, les principes de concurrence, d'égalité et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence sont d'ordre public. Par ailleurs, il en découle que si toute la législation relative aux marchés publics

¹⁷⁰ « Qu'est-ce que, en effet, que l'ordre public ? Vous n'attendez pas de moi une définition, devant laquelle tant d'autres ont reculé. C'est, comme on l'a insinué, une chose qui se sent plus qu'on ne la définit. » (Proc. gén. TERLINDEN, concl. préc. Cass. (1^{ère} ch.), 12 mai 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 296.)

¹⁷¹ « Tout au plus[, la Cour a] renoncé à l'expression "ordre public proprement dit" pour s'en tenir aux seuls termes d'"ordre public" ». (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 317)

¹⁷² P. WÉRY, *ibidem*, p. 317 et C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskennen van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 275, note 15, citant H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 1^{ère} éd., 1933, p. 87 et Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699 ; *R.C.J.B.*, 1954, p. 251, note DE HARVEN ainsi que Cass. (3^e ch.), 19 mars 2007, R.G. n°C.03 0582.N, disponible sur www.juportal.be. Voir également W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Antwerpen, 1969, 73, n°26 et s. et, pour un concept plus large, L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Anvers, Intersentia, 2019.

¹⁷³ « Par la référence à l'"ordre moral de la société", cette définition [...] embrasse les bonnes mœurs. » (P. WÉRY, *ibidem*, p. 317.)

¹⁷⁴ Le législateur moderne a multiplié les dispositions visant à protéger la partie faible au rapport contractuel pour rééquilibrer des rapports de force faussés (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 322).

¹⁷⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 323.

¹⁷⁶ F. PEERAER, *op. cit.*, p. 199.

dans son intégralité n'est certes pas d'ordre public, il n'en demeure pas moins que les normes qui en établissent les principes de base ont ce caractère d'ordre public.¹⁷⁷ Partant, selon une jurisprudence constante des cours et tribunaux belges – encore confirmée par le jugement [...] du 20 avril 2020¹⁷⁸, – l'attribution d'un marché public au mépris du principe de la concurrence, ce principe découlant directement des principes fondamentaux d'égalité, de non-discrimination et de transparence inscrits dans le droit communautaire et national, est contraire à l'ordre public.¹⁷⁹ L'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 que nous commentons et l'arrêt de la Cour de Bruxelles du 18 octobre 2021¹⁸⁰ réaffirment cette jurisprudence.

Section 2. Théorie des nullités

Dans cette section, nous examinons le sort qui est réservé aux contrats dont une des conditions de validité que nous venons d'examiner fait défaut. C'est dans la théorie civiliste des nullités que se trouve la réponse. En effet, « le contrat qui est affecté d'un défaut dans sa formation est entaché d'une cause de nullité. »¹⁸¹ Nous abordons successivement la notion, les causes, la mise en œuvre, les effets et l'étendue de la nullité.

§1. Notion

« La nullité peut se définir comme une sanction qui touche un acte juridique, *in casu* un contrat, au moment où il voit le jour, lorsqu'il ne respecte pas toutes les exigences de validité et qui a pour conséquence que l'acte juridique n'entraîne pas toutes les conséquences juridiques visées. »¹⁸² C'est au moment de la conclusion du contrat que doit s'apprécier la présence de ces différentes conditions.¹⁸³ Selon une typologie classique, on distingue nullité absolue et relative, nullité textuelle et virtuelle ainsi que nullité obligatoire et facultative.

¹⁷⁷ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 206 et 207 ; B. LOMBAERT, « La réglementation des marchés publics : “loi d'ordre public” en cassation ? », *A.P.T.*, 2013, liv., p. 125.

¹⁷⁸ Civ. néerl. Bruxelles, 20 avril 2020, *Entr. et dr.*, 2020/3, p. 273 et s (cf. *infra*).

¹⁷⁹ C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskennen van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 273 et s.

¹⁸⁰ Bruxelles (1^{ère} ch.), 18 octobre 2021, R.G. n°2014/AR/2697, *M.C.P.*, 2021/4, p. 572 et s., obs. I. COOREMAN et P. THIEL (cf. *infra*).

¹⁸¹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 338

¹⁸² K. WAUTERS, « Nullité du contrat », *M.C.P.*, 2020/1, p. 117., citant F. PEERAER, « *Nietigheid* », in Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (éds), *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 493, n° 677. D'autres auteurs suggèrent des définitions similaires. H. De Page définit la notion de nullité du contrat dans les termes suivants : « Il y a nullité du contrat lorsque, lors de sa formation, il a manqué à l'acte l'un des éléments que la loi juge essentiels. À défaut de cet élément, le contrat n'a pu se former ; il est “nul” ». « Il y a donc nullité lorsqu'une des conditions de validité de l'acte fait défaut ou est affectée d'un “vice”. » (K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 200 et 201). « On peut définir la nullité d'un acte juridique comme étant la sanction qui le frappe lorsqu'une des conditions essentielles à sa validité fait défaut lors de sa formation. » (J. VAN MEERBEECK, « Repenser la théorie moderne des nullités », in C. DELFORGE et J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités droit privé*, Limal, Anthémis, 2017, p. 8.). « La nullité peut être définie comme la sanction classique d'un contrat qui, au moment de sa formation, ne remplit pas toutes les conditions de validité et qui, par conséquent, ne produit pas (tous) les effets juridiques que les parties avaient envisagés. » (F. PEERAER, *op. cit.*, p. 189 et 190.)

¹⁸³ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 229. Cette jurisprudence constante de la Cour de cassation est désormais codifiée à l'alinéa 2 de l'article 5.27 du nouveau Code civil, aux termes duquel « [l]es conditions de validité sont appréciées au moment de la conclusion du contrat » (O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 58 ; proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du

« [L]a nature de la nullité d'un acte dépend de l'importance de la règle sanctionnée »¹⁸⁴, de l'intérêt que la règle violée vise à protéger¹⁸⁵. Il en résulte une *summa divisio* entre les nullités absolues et les nullités relatives : si la règle violée assure la protection de l'intérêt général, la nullité est absolue ; si la règle violée est instituée en vue de sauvegarder principalement des intérêts particuliers, la nullité est relative¹⁸⁶. « La contrariété de l'objet ou de la cause du contrat à l'ordre public ou aux bonnes mœurs est cause de nullité absolue : l'intérêt général est en péril. Sont cause de nullité relative : les vices de consentement ; l'absence de consentement d'une partie ; les erreurs-obstacle ; l'incapacité d'une des parties ; l'impossibilité où l'indétermination de l'objet ; l'absence de cause ; la violation d'une disposition légale impérative. »¹⁸⁷

Si la sanction de ces nullités est identique, l'importance pratique de cette classification n'en est pas moins majeure¹⁸⁸ puisque deux régimes distincts leur sont applicables avec une influence directe sur la possibilité de confirmer l'acte ou de renoncer à sa nullité, la prescription applicable, le rôle du juge, l'application de la loi nouvelle et surtout, pour le sujet qui nous occupe, la titularité du droit de critique.¹⁸⁹

Le nouveau Code civil, en son article 5.58, intitulé « Classification des nullités », reprend cette typologie et les notions mobilisées comme suit. « La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général. » « La nullité est relative lorsque la règle violée est impérative, ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde d'un intérêt privé. »

On distingue par ailleurs¹⁹⁰ les nullités textuelles des nullités virtuelles, c'est-à-dire celles qui sont prévues *expressis verbis* par le législateur¹⁹¹ et celles qui sont déduites du sens et de la portée de la règle¹⁹². Dans ce dernier cas, la nullité « résulte [...] de l'esprit de la loi, en réalité du sens et de la portée de la règle, analysés par le juge en fonction de l'institution à laquelle la règle violée s'applique, et du sens et de la portée générale de notre législation ». ¹⁹³

Enfin, on relève encore une distinction entre les nullités à propos desquelles le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation et celles à propos desquelles le juge est lié et doit prononcer la nullité dès

Code civil, *op. cit.*, p. 31 – voy. jurisprudence citée.). Toutefois, « [i]l est incontesté que le juge peut (et même doit) tenir compte des éléments de preuve qui datent d'un moment postérieur à la formation afin de déterminer si toutes les conditions de validité étaient remplies au moment de la formation. » (F. PEERAER, *op. cit.*, p. 199). Par ailleurs, « [l]a disparition de l'une de ces conditions qui interviendrait après la conclusion de la convention ne met pas en péril la validité de celle-ci. Elle peut néanmoins signifier la fin du contrat pour cause de caducité. » P. WÉRY, *op. cit.*, p. 230). Sur la nullité et la caducité, voir aussi, notamment, F. PEERAER, *op. cit.*, p. 193.

¹⁸⁴ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699 ; *R.C.J.B.*, 1954, p. 251, note DE HARVEN.

¹⁸⁵ F. PEERAER, *op. cit.*, p. 194.

¹⁸⁶ F. PEERAER, *ibidem*, p. 194.

¹⁸⁷ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 343 et 344.

¹⁸⁸ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 345 et s. et F. PEERAER, *op. cit.*, p. 195 et s. Voir également l'analyse de M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, n^{os} 16 et s., p. 59 et s.

¹⁹⁰ Cette distinction s'applique indistinctement aux dispositions impératives qu'à celles d'ordre public (WÉRY, *op. cit.*, p. 342).

¹⁹¹ WÉRY, *ibidem*, p. 342.

¹⁹² F. PEERAER, *op. cit.*, p. 197.

¹⁹³ F. PEERAER, *ibidem*, p. 197 et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 342, citant H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 143.

que toutes les conditions sont réunies et sans pouvoir vérifier si la partie protégée est lésée. Les premières sont appelées nullités facultatives et les secondes nullités de droit ou obligatoires.¹⁹⁴

§2. Causes

Dès lors que le principe des nullités virtuelles est admis, il est impossible de dresser un relevé exhaustif des causes de nullités¹⁹⁵. Nous avons vu en tous cas que « le contrat qui est affecté d'un défaut dans sa formation est entaché d'une cause de nullité. »¹⁹⁶ Nous pouvons donc examiner concrètement si la survenance d'un tel défaut, touchant au consentement, à l'objet, à la cause ou à l'ordre public constitue une cause de nullité et, le cas échéant, si la nullité est absolue ou relative.

L'ancien Code civil ne précise pas explicitement si l'absence de consentement, d'objet ou de cause entraîne la nullité du contrat et use de la terminologie « ne peut avoir aucun effet » en ce qui concerne la cause (art. 1131). De là est née la théorie de l'inexistence des actes juridiques, à distinguer de leur annulabilité. Selon cette théorie, l'absence de consentement, d'objet ou de cause, empêche tout simplement le contrat de voir le jour : celui-ci est « mort-né », inexistant¹⁹⁷. Cette théorie n'a plus cours, mais bien celle des nullités¹⁹⁸.

En effet, dans un arrêt du 21 octobre 1971, la Cour de cassation considère que « le défaut de consentement ne rend pas la convention inexistante, mais seulement nulle ; [...] cette nullité qui ne protège que des intérêts privés, est relative »¹⁹⁹. En ce qui concerne l'objet, évoquons à nouveau que la Cour de cassation a précisé la notion d'illicéité de l'objet en considérant notamment qu'une convention n'est frappée de nullité que lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui n'est pas admissible parce que contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives²⁰⁰. Il en va de même pour la cause, dont l'illicéité entraîne la nullité absolue. Selon la Cour de cassation,

¹⁹⁴ F. PEERAER, *op. cit.*, p. 198 et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 343.

¹⁹⁵ F. PEERAER, *ibidem*, p. 198.

¹⁹⁶ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 338.

¹⁹⁷ « La doctrine ancienne, surtout celle du dix-neuvième siècle, a été interpellée par la différence de rédaction qu'elle a perçue dans les dispositions [de l'ancien] Code civil. Singulièrement par l'article 1117, duquel on pourrait déduire, par un argument *a contrario*, que, dans certains cas, la convention est "nulle de plein droit", et par l'article 1131, où le législateur ne dit pas que l'obligation sans cause ou avec une cause illicite est nulle, mais qu'elle est "sans effet". De là est née la théorie de l'inexistence des actes juridiques, à distinguer de leur annulabilité. [...] L'absence de consentement, d'objet ou de cause empêche, a-t-on dit, le contrat de voir le jour : le contrat est "mort-né". Rationnellement, il faut, ajoute-on, en décider de même pour le contrat dont la cause ou l'objet est illicite. [...] Dans toutes ces hypothèses, le contrat se voit qualifier d'"inexistant". Certains auteurs disent le contrat "nul de plein droit" ou "nul de nullité absolue". [...] Dans d'autres situations, au contraire, la tare qui affecte le contrat n'est pas considérée comme mortelle. Le contrat peut voir le jour, et même guérir, soit par une confirmation [...], soit par l'effet de la prescription décennale (art. 1304 [ancien] C. civ). Dans ces hypothèses, le contrat est seulement annulable, et non point inexistant. Une action en nullité est nécessaire pour le faire disparaître de l'ordonnement juridique. La théorie de l'inexistence n'a guère reçu d'écho favorable. [...] L'arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 1971 a sonné le glas de la théorie de l'inexistence. » (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 339 et 340.) Voir également F. PEERAER, *op. cit.*, p. 191 et 192.

¹⁹⁸ La Cour de cassation s'est montrée résolument favorable au maintien des contrats ou d'une partie de ceux-ci. « [...] cette jurisprudence [...] témoigne d'une *favor contractus*. Par diverses voies, la Cour limite les hypothèses de nullité, en sauvant le contrat ou, à tout le moins, une partie de celui-ci, lorsque cette sanction ne lui paraît pas s'imposer. » (WÉRY, *op. cit.*, p. 333).

¹⁹⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 21 octobre 1971, *Pas.*, p.174 ; *R.C.J.B.*, 1972, p.415, note F. RIGAUX ; *R.W.*, 1971-1972, 1145.

²⁰⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 30 janvier 2015, R.G. n°C.14.0285.N, disponible sur www.juportal.be ; *Arr. Cass.*, 2015, p. 276 ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. CORNELIS.

« [u]ne action tendant à l'exécution d'un contrat dont la cause est illicite doit ainsi être rejetée »²⁰¹, considérant même²⁰², dans un arrêt du 10 octobre 2000 qu'il « suffit que l'une des parties ait contracté à des fins illicites et qu'il n'est pas nécessaire que ces fins soient connues du cocontractant »²⁰³. Le nouveau Code civil prévoit explicitement qu'un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité, parmi lesquelles le consentement, l'objet et la cause est nul (art. 5.57).

S'agissant enfin de la contrariété à l'ordre public, nous devons mettre en exergue le fait que la Cour de cassation ne reconnaît pas à l'article 2 de l'ancien Code civil une portée autonome. Pour qu'un contrat soit frappé de nullité, il faut aller au-delà de la constatation de ce que ce contrat enfreint l'ordre public et s'intéresser à l'objet et à la cause, sauf disposition légale contraire. La nécessité pour le juge d'opérer cette deuxième vérification est clairement énoncée par la Cour dans son arrêt du 30 janvier 2015. « Sauf dispositions légales contraires, l'infraction à une règle d'ordre public commise lors de la naissance de la convention n'entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu'il résulte de cette infraction que l'objet de la convention est illicite »²⁰⁴.

§3. Mise en œuvre

L'annulation d'un contrat ne peut résulter que d'une décision de justice, après avoir été soulevée²⁰⁵ par voie d'action ou d'exception^{206,207} et ce « même lorsque [la nullité] est d'ordre public et lorsque le texte violé prévoit la nullité de "plein droit" de la clause ou du contrat ».²⁰⁸ Seule la partie qui mérite la protection est titulaire du droit de critiquer²⁰⁹ une nullité relative, tandis que le droit de soulever une cause de nullité absolue est ouvert plus largement, en l'occurrence aux tiers qui peuvent justifier d'un intérêt à agir.²¹⁰ Tant que le juge n'a pas prononcé la nullité du contrat, celui-ci sort ses effets.²¹¹ « Le contrat perdure tant que l'annulation, qui produit ses effets ex tunc, n'est pas prononcée en justice. »²¹² Ces solutions sont consacrées dans le nouveau Code civil (art. 5.58 et art. 5.59), lequel ajoute la possibilité d'une notification écrite « que toute partie habilitée à se prévaloir de la nullité adresse, à ses risques et périls, aux parties au contrat. ».

²⁰¹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 309 citant Cass., 10 septembre 2018, *Pas.*, 2018, p. 1580.

²⁰² « Sur ce point, le livre 5 [du nouveau Code civil] s'écarte de la jurisprudence de la Cour de cassation » car « il est nécessaire [aux termes de l'article 5.53] que les motifs soient entrés dans le champ contractuel » (O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 68).

²⁰³ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 312 citant Cass., 10 octobre 2000, *Bull.*, 2000, p. 1531.

²⁰⁴ Cass. (1^{ère} ch.), 30 janvier 2015, *Dr. banc. fin.*, 2015, p. 260, note L. CORNELIS (P. WÉRY, *ibidem*, p. 333).

²⁰⁵ Le droit de demander la nullité n'est pas discrétionnaire : il ne peut donner lieu à un abus de droit quand bien même la nullité résulterait de la violation d'une prescription d'ordre public (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 342).

²⁰⁶ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 338 et 341 ; F. PEERAER, *op. cit.*, p. 202 ; K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 200.

²⁰⁷ Si l'action en nullité peut s'éteindre par suite de sa prescription [...], l'exception de nullité est en règle, perpétuelle (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 342). Voir aussi C. EYBEN « L'adage *Quae temporalia...* et les contrats partiellement exécutés : un régime juridique belge qui prend ses distances du régime juridique français », *R.G.D.C.*, 2022/3, p. 142 et s.

²⁰⁸ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 200.

²⁰⁹ Il s'agit d'un droit, et non d'une obligation en sorte que ledit titulaire peut renoncer à critiquer la cause de nullité relative ce qui emporte la confirmation de l'acte. Nous renvoyons à P. WÉRY, *op. cit.*, p. 346 et F. PEERAER, *op. cit.*, p. 205 et 206. L'article 5.61 du nouveau Code civil traite de ce mécanisme.

²¹⁰ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 345.

²¹¹ F. PEERAER, *op. cit.*, p. 205 et 206.

²¹² Cass. (3^e ch.), 21 mai 2007, R.G. n°C.06.0140.N/1, disponible sur www.jura.be, point 6.

§4. Effets et étendue

L'annulation d'un acte emporte sa dissolution et prive celui-ci des effets qu'il était censé produire par une disparition *ex tunc* dudit acte de l'ordonnancement juridique. La remise en *pristin* état est ordonnée. Les conséquences varient selon que l'acte a ou non reçu un commencement d'exécution, selon qu'on se place du point de vue des parties ou des tiers.

Retenons que « dans la théorie moderne des nullités, on met l'accent final sur le fait que la nullité doit être faite "sur mesure". A cette fin, on a développé des mécanismes qui restreignent l'étendue de la nullité et qui évitent que la nullité déploie des effets excessifs »²¹³. Cette solution est entérinée par le nouveau Code civil, lequel dispose que « [t]outefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée » (art. 5.57, al. 2). La nullité peut être totale ou partielle²¹⁴, se concevant *rationae personae* ou *materiae*²¹⁵.

Lorsque le contrat n'a pas encore reçu la moindre exécution, les parties se voient déliées de tous leurs engagements pour l'avenir. Cela ne pose aucune difficulté. Tel n'est pas le cas lorsque le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, voire est totalement exécuté.²¹⁶ Il faut alors envisager la restitution, en nature ou par équivalent, des prestations effectuées sans fondement juridique.²¹⁷ A l'égard des tiers, les conséquences d'une annulation peuvent être importantes : ceux-ci ne peuvent plus se prévaloir de l'acte annulé ; les actes de dispositions, d'administration et de conservations peuvent s'en trouver affectés.²¹⁸

Le nouveau Code civil règle la question des restitutions en cas d'annulation du contrat (art. 5.115 et s.). Il prévoit notamment que : les restitutions sont dues depuis la date où la prestation à restituer a été effectuée ; le débiteur de la restitution cesse d'être de bonne foi dès qu'il a connaissance effective de la cause de nullité du contrat ; les restitutions doivent être effectuées dans l'ordre inverse où les prestations à restituer devaient être effectuées ; si les prestations à restituer se trouvaient dans un rapport synallagmatique, le créancier de la restitution peut opposer l'exception d'inexécution ; la restitution s'effectue en nature ou, si cela s'avère impossible ou abusif, en valeur, estimée au jour de la restitution.

Chapitre 2. Quel(s) régimes de nullité s'applique(nt) aux marchés publics et contrats publics ?

²¹³ F. PEERAER, *op. cit.*, p. 213.

²¹⁴ O. JANSSENS, *op. cit.*, p. 71.

²¹⁵ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 353.

²¹⁶ Il existe de nombreuses controverses à propos de la problématique des restitutions. Évoquons celle sur la question de savoir si la restitution doit être demandée par une des parties ou si elle est ordonnée d'office par le juge (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 375) ainsi que celle sur l'application des adages « *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* » et « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* » (P. WÉRY, *op. cit.*, p. 332 et 333 et F. PEERAER, *op. cit.*, p. 208).

²¹⁷ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 373 ; F. PEERAER, *op. cit.*, p. 207 citant R. JAFFERALI, « La rétroactivité dans le contrat », Bruxelles, Bruylant, 2014, n°243, p. 521.

²¹⁸ F. PEERAER, *op. cit.*, p. 210 et s.

Nous nous sommes proposés d'étudier la marge de manœuvre dont les tiers disposent face à un contrat public illégal. Dans cette perspective, nous venons de rappeler les grands traits de la théorie civiliste des nullités. La question est maintenant d'examiner s'il existe une telle théorie générale en matière de contrat public et, s'il n'en n'existe pas ou seulement un régime partiel, de déterminer dans quelle mesure il peut être fait appel à la théorie civiliste.

Section 1. Pas de régime général, mais un régime particulier pour certains contrats

Il n'existe pas en droit public et administratif belge de théorie générale portant sur la nullité des contrats publics. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²¹⁹ et du droit européen²²⁰, afin de garantir une meilleure protection juridique²²¹, cette lacune a été comblée²²², partiellement, par la mise en place d'un mécanisme spécifique, celui de la déclaration d'absence d'effets. Ledit mécanisme s'applique uniquement aux marchés et aux concessions atteignant les seuils européens²²³.

Le mécanisme de déclaration d'absence d'effets est détaillé aux articles 17 à 21 de 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. Il permet à toute personne intéressée de demander à l'instance de recours de déclarer dépourvu d'effets un marché conclu en violation du droit des marchés publics ou des concessions. Plus exactement, trois situations sont visées, l'absence de publicité européenne, le non-respect du délai d'attente et le non-respect des règles attachées aux accords-cadres²²⁴. La déclaration d'absence d'effets s'apparente²²⁵ à l'annulation du contrat.²²⁶

Ce mécanisme est soumis à un délai de mise en œuvre strict de trente jours (art. 23, § 5) et peut-être court-circuité si l'autorité adjudicatrice procède *ex ante* à la publication européenne d'un avis de transparence volontaire exprimant, avant la conclusion du marché, son intention de le faire (art. 18).

²¹⁹ C.J.C.E., arrêt *Alcatel Austria AG*, 28 octobre 1999, C-81/98, EU:C:1999:534.

²²⁰ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *J.O.U.E.*, L 335/31, 20 décembre 2007.

²²¹ K. WAUTERS, « Nullité du contrat », *op. cit.*, p. 117.

²²² Nous n'évoquons pas ici le mécanisme du *standstill* qui permet pour certains contrats d'obtenir la censure d'une décision d'attribution irrégulière avant la conclusion même du contrat.

²²³ Pour les montants de ces seuils, voir l'article 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'article 11 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux et l'article 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

²²⁴ D. RENDERS, C. DELFORGE et K. POLET, *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 138. Pour plus de détails, nous renvoyons à J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 371 et 372.

²²⁵ Elle en diffère cependant, notamment en ce qui concerne le délai endéans lequel la demande peut être formulée, le pouvoir d'appréciation du juge et les sanctions de substitutions qui peuvent être prononcées (cf. *infra*).

²²⁶ J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 371.

Section 2. Réception de la théorie des nullités dans les contrats publics – évolution et perspectives

La doctrine et la jurisprudence n'ont pas manqué d'être confrontées à la question du sort à réserver aux contrats publics conclus ensuite d'une décision irrégulière de l'autorité. Il a notamment été question de savoir s'il fallait reconnaître un effet sur le contrat à une telle irrégularité de la décision. S'est également posée la question de savoir qui pouvait invoquer une nullité éventuelle du contrat, le cas échéant²²⁷ suite à la disparition de l'ordonnancement juridique de l'acte détachable matérialisant la décision de l'autorité. Dans ce qui suit, nous exposons l'évolution remarquable²²⁸ de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question.

Selon un premier courant, aucun lien ne peut être établi entre l'irrégularité de la décision d'attribution d'un contrat et le contrat lui-même, lequel poursuit une existence « autonome »²²⁹. Cette conception est fondée tantôt sur l'article 30 de loi du 17 juin 2013, tantôt sur l'article 1165 du Code civil qui concerne l'effet relatif des conventions, tantôt sur la théorie de l'acte détachable.²³⁰ Sur la base d'une interprétation restrictive²³¹ de cette théorie, selon les premiers auteurs, il ne pouvait être envisagé de faire le lien entre le droit public et le droit privé, une séparation stricte entre les deux devant être maintenue²³². Une telle conception est peu satisfaisante dans la mesure où, premièrement, elle empêche la réparation en nature, deuxièmement, elle permet des abus et favorise la politique du fait accompli et, enfin, elle lèse l'intérêt général.²³³

Selon un second courant, l'irrégularité de l'attribution du contrat affecte le contrat lui-même, la théorie des nullités de droit commun s'appliquant indifféremment aux actes administratifs ou non²³⁴. En l'absence de régime spécifique applicable aux contrats publics, le droit privé peut être appliqué²³⁵.

La jurisprudence s'est ralliée progressivement à ce second courant, d'abord uniquement en faveur des parties au contrat, ensuite également en faveur des tiers. La jurisprudence et la doctrine relatives à cette question sont multiples et contrastées, n'abordant pas nécessairement la problématique sous

²²⁷ Cette disparition de l'ordonnancement juridique peut intervenir suite à une annulation par le Conseil d'État, une décision de la tutelle ou un retrait d'acte.

²²⁸ D., WILLEMS, « *Dading die de sluiting van een nieuw overheidscontract inhoudt: sancties op maat in privaats- en publiekrecht* », *R.W.*, 2021-22, liv. 25, p. 1002.

²²⁹ P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 509.

²³⁰ Selon les partisans de cette thèse, le contrôle juridictionnel spécifique établi grâce à la théorie de l'acte détachable ne peut altérer le contrat lui-même (Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, B. DUPREZ, Y. LIBERT, I. PAIVA, P. THIEL, *op. cit.*, p. 924, citant Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages et intérêts », *Entr. et dr.*, 1998, p. 312 et s.).

²³¹ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 201.

²³² K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *M.C.P.*, 2022/2, p. 133, citant F.-M. REMION, « Le Conseil d'État et les marchés de l'administration », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1960, 470-474 ; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 455, n°310.

²³³ P. GOFFAUX, « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », *op. cit.*, p. 855 et 856.

²³⁴ F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 387.

²³⁵ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 201.

le même angle.²³⁶ Dans le cadre de la présente étude, nous nous penchons²³⁷ sur plusieurs décisions de jurisprudence de manière à mettre en évidence l'importance de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2021.

C'est en 1993 que l'on trouve une première²³⁸ réception de ce deuxième courant dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles²³⁹. Dans cette même affaire, une procédure devant le Conseil d'État²⁴⁰ avait amené celui-ci à considérer que la suspension d'un acte juridique détachable pouvait amener le requérant à demander la suspension ou l'annulation du contrat devant le juge civil parce que l'illégalité commise touchait l'ordre public. C'est exactement ce qui s'est passé, en dépit de la doctrine et jurisprudence dominantes de l'époque. La Cour d'appel a censuré la méconnaissance du principe d'égalité, jugeant pour la première fois que les obligations qui sont conclues au mépris d'une législation d'ordre public ont une cause illicite.

Dans un arrêt du 13 octobre 1998, la Cour d'appel de Bruxelles²⁴¹ a annulé un contrat au motif que « lorsque l'illégalité d'un acte administratif attribuant un marché public est définitivement constatée en raison de la violation d'une législation d'ordre public, tout tiers intéressé peut, en principe, s'opposer à l'exécution d'une convention conclue par l'administration avec l'adjudicataire suite à ce marché en se fondant sur la cause illicite de la convention et la nullité qui en découle ». La Cour a également considéré qu'« [a]dmettre que l'exécution d'une convention basée sur un acte administratif suspendu ou annulé ne peut être attaquée devant le juge civil et qu'elle ne pourrait donner lieu qu'à une action ultérieure en indemnité et non à réparation directe en nature ouvrirait la porte à la politique du fait accompli et serait inconciliable avec la protection juridique expressément voulue par les dispositions de la directive européenne 89/665/CEE du 21 décembre 1989 ».

La Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 11 octobre 2002 a invoqué l'effet relatif des conventions et estimé qu'un tiers ne pouvait s'immiscer dans une relation contractuelle et en demander la nullité.²⁴²

Dans un arrêt du 10 mars 2009, la Cour d'appel de Liège²⁴³ a refusé de se prononcer sur l'annulation d'un contrat au motif que l'attributaire n'était pas partie à la cause. Le motif n'était pas tant que le

²³⁶ P. GOFFAUX et M. LUCAS, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, p. 56 et s. ; K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *op. cit.*, p. 133 et 134 ; P. GOFFAUX, « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », *op. cit.*, p. 855 et s.

²³⁷ Et ce, comme l'ont déjà fait K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 209 et s. ; Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, B. DUPREZ, Y. LIBERT, I. PAIVA, P. THIEL, *op. cit.*, p. 924 et s. ; C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 270 et s.

²³⁸ D'autres voient la première réception de ce courant dans W. VAN GERVEN, « *Beleidsvereenkomsten* », *Academiae Analecta*, 1984, 63, n°5 (K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *op. cit.*, p. 133).

²³⁹ Bruxelles, 25 mars 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 233 (K. WAUTERS, *ibidem*, p. 133).

²⁴⁰ C.E., 13 octobre 1992, n°40.734, Egta Contractors (K. WAUTERS, *ibidem*, p. 133).

²⁴¹ Bruxelles, 13 octobre 1998, R.G. n°97/KR/509, disponible sur www.juportal.be (somm.).

²⁴² Arrêt inédit cité par K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 213.

²⁴³ Liège, 10 mars 2009, *A.P.T.*, 2011, p. 244 et s., note F. BELLEFLAMME, « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011/3, p. 259 et s.

tiers ne disposait pas du droit de solliciter cette annulation, mais que le principe des droits de la défense imposait la présence de toutes les parties concernées.

Le 18 novembre 2011, la Cour d'appel de Bruxelles²⁴⁴ considère qu'« [u]ne convention conclue en violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics [...] méconnaît une règle d'ordre public et est frappée de nullité absolue ».

Une semaine plus tard, le 23 novembre 2011, la Cour d'appel de Bruxelles refuse de tirer des effets d'un contrat public au motif que « [l]a loi sur les marchés publics est d'ordre public ; [...] cette méconnaissance n'entraîne pas uniquement la nullité de la décision d'attribution du marché, qui n'a d'ailleurs pas été annulée faute d'introduction d'une procédure en ce sens devant le Conseil d'État [...] ; la violation de la loi sur les marchés publics frappe également de nullité absolue la convention contraire à une loi d'ordre public ».²⁴⁵

La Cour de cassation a reconnu, dans un arrêt du 5 mars 2012, le droit pour une partie au contrat d'invoquer la nullité du contrat suite à l'annulation de l'acte détachable.²⁴⁶ « Implicitement, [la Cour a] admis que les conditions de validité sont également d'application aux contrats conclus par une autorité administrative. »²⁴⁷ En l'espèce, pour justifier l'annulation du contrat, la thèse retenue est celle selon laquelle l'annulation de l'acte détachable entraîne une disparition du consentement.

Les conclusions de l'Avocat général Génicot²⁴⁸ sont particulièrement éclairantes. Celui-ci considère en effet que « sous l'angle spécifique des parties au contrat elles-mêmes, la dissociation des deux actes n'apparaît pas pertinente en sorte que l'annulation de l'acte détachable devrait nécessairement avoir une incidence sur la validité du contrat consenti sur une base irrégulière ». Sur cette question, l'Avocat général se rallie à « une approche plus intégrée et uniforme entre l'acte détachable et le contrat subséquent selon laquelle: “en matière de contrats administratifs, le consentement de la puissance publique n'est valablement donné que si la décision qu'il exprime n'est entachée d'aucune illégalité sensu lato ” dès lors que: “l'annulation par le conseil d'État de la décision d'attribution des marchés entraîne la disparition, avec effet rétroactif, du consentement de l'autorité adjudicative” ». Examinant ensuite la nature de l'irrégularité sanctionnant le contrat subséquent, l'Avocat général considère que : « [l]'annulation avec effet rétroactif de cette délibération m'apparaît faire régulièrement disparaître l'acte dans toutes ses composantes,- parmi lesquelles figure l'existence même de la volonté de s'engager [...] et effacer, par voie de conséquence le consentement au contrat subséquent » ; par contre, il estime que « [...] le seul fait

²⁴⁴ Bruxelles, 18 novembre 2011, R.G. n°2008/AR/3008, *M.C.P.*, 2012/3, p. 442 (somm.).

²⁴⁵ Bruxelles, 23 novembre 2011, *M.C.P.*, 2013/1, p. 133 (somm.) et *T.B.P.*, 2012/9, p. 564, note de F. VANDENDRIESSCHE en L. MARTENS, “Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard?”.

²⁴⁶ Cass. (3^e ch.), 5 mars 2012, n°S.09.0096.F, disponible sur www.juportal.be ; *J.T.T.*, 2012, p. 243 ; *M.C.P.*, 2012, p. 63, concl. J. GÉNICOT.; *Rev. dr. commun.*, 2013, p. 20, note G. DELANNAY. Pour rappel, cette affaire concernait les suites à réserver à un contrat d'emploi suite à l'annulation par l'autorité de tutelle de la délibération par laquelle une commune avait conclu ledit contrat, annulation obtenue en raison de la violation du règlement fixant le cadre des agents. La Cour constate que l'annulation par l'autorité de tutelle de la délibération litigieuse fait disparaître avec effet rétroactif le consentement au contrat.

²⁴⁷ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 198.

²⁴⁸ Av. gén. J. GÉNICOT, concl. préc. Cass. (3^e ch.), 5 mars 2012, *Ch. D.S.*, 2013, p. 353 et 354.

d'une annulation, par définition postérieure au contrat, pourrait difficilement à lui seul justifier l'existence d'une cause illicite au moment du contrat ».

Le 28 décembre 2013, la Cour d'appel de Bruxelles, considère que la loi sur les marchés publics est d'ordre public et que sa méconnaissance affecte le contrat conclu de nullité absolue. Elle estime que « [...] cette nullité s'impos[ait à elle et qu'elle] aurait pu la soulever d'office dans la défense des parties, si elle n'avait pas été invoquée et décidée par le premier juge [...] [cette nullité] ne peut avoir été confirmée, elle n'est pas contraire au principe de sécurité juridique ou encore de bonne gouvernance, et enfin, elle peut être excipée par le pouvoir adjudicateur lui-même, et ce, bien qu'en sa qualité d'organisme d'intérêt public, il lui incombait de veiller à respecter la réglementation en cause ». ²⁴⁹ Tout comme dans l'arrêt du 23 novembre 2011, la Cour ne précise pas quelle serait la condition de validité faisant défaut. ²⁵⁰

Dans un arrêt du 6 février 2015, la Cour d'appel de Gand prononce la nullité d'un contrat public en considérant que « *[e]r kon door partijen immers niet privaats onderhands gecontracteerd worden [...] met miskenning van en derhalve in strijd met de van openbare orde zijnde principes van mededinging bij het gunnen van overheidsopdrachten van diensten; het geven van een geldige toestemming tot een dergelijke privaats onderhands gesloten overeenkomst van de partijen was inzake niet mogelijk en het privaats onderhands aldus gesloten contract heeft een ongeoorloofd voorwerp en wordt nietig verklaard als privaats onderhands contract.* » La Cour combine absence de consentement et objet illicite. ²⁵¹

Dans un arrêt du 13 novembre 2015 ²⁵², la Cour d'appel de Bruxelles estime que « *[d]e rechtvaardiging van de nietigheid van de betwiste overeenkomst ligt niet in de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de geldigheid van de overeenkomsten (toestemming, bewaamheid, voorwerp en oorzaak, artikelen 1108 en volgende). De geldigheidsvoorwaarden van de overeenkomsten vermeld in artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek zijn overigens niet beperkend. Het heeft bijgevolg geen zin om zich af te vragen of de overeenkomst aangetast was door een ongeoorloofde oorzaak en, zo ja, of deze binnen het contractuele veld viel of dat de toestemming van de partijen al dan niet geldig was in de omstandigheden van de zaak. De absolute nietigheid van de overeenkomst vindt zijn oorsprong rechtstreeks in de wet overheidsopdrachten 1993 en de bepalingen van openbare orde die zij bevat. De wet overheidsopdrachten 1993 legt de gunningswijzen van de opdrachten waarop zij van toepassing is op: ze moeten worden afgesloten, bij aanbesteding, bij offerteaanvraag of wanneer de voorwaarden bepaald in artikel 17, § 2 van de wet door middel van een onderhandelingsprocedure zijn vervuld. Zelfs in dit laatste geval verplicht de wet ertoe vooraf meerdere ondernemingen te raadplegen of door een geldig gemotiveerde beslissing vast te stellen dat een dergelijke raadpleging onmogelijk was. In casu erkent elke partij dat de toepassing van de wet overheidsopdrachten 1993 geenszins werd beoogd op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomsten; er was geen aanbesteding, noch offerteaanvraag, noch onderhandelingsprocedure zoals bepaald in artikel 17 van de wet. Het*

²⁴⁹ Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 96.

²⁵⁰ K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 213.

²⁵¹ Gand, 6 février 2015, *Ent. et dr.*, 2016/4, p. 403 et s., note de I. COOREMAN et M. LECOMTE ; J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 388 ; C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 286.

²⁵² Bruxelles, 13 novembre 2015, R.G. n°2011/AR/322 ; *M.C.P.*, 2016/1, p. 160 ; *M.C.P.*, 2017/2, p. 290.

beginsel van rechtszekerheid en van stabiliteit van de contractuele relaties, dat door de medecontractant wordt benadrukt, verantwoordt niet om overeenkomsten waarvan de afsluiting zelf de openbare orde duidelijk schendt, ongemoeid te laten. Er is geen beoordelingsbevoegdheid wat de uitspraak van de nietigheid betreft wanneer deze absoluut is. De enige mogelijke beoordelingsmarge betreft enkel de gevolgen van deze nietigheid. [...] Het bestreden vonnis wordt dus bevestigd in zoverre het de absolute nietigheid uitspreekt van de gesloten overeenkomst ». Soulignons que, alors qu'elle n'avait pas apporté une telle précision dans ses arrêts de 2011 et de 2013, la Cour exclut donc explicitement qu'il faille prendre appui sur l'article 1108 de l'ancien Code civil et les conditions relatives à la validité du contrat. Selon elle, la nullité absolue du contrat trouve sa source directement dans la loi relative aux marchés publics.

Le 6 décembre 2017, la Cour d'appel d'Anvers considère que « *[o]verheidsopdrachten gesloten met miskenning van de mededinging en van de gelijke behandeling van de inschrijvers, principes die de openbare orde raken, zijn absoluut nietig. Wat strijdig is met de openbare orde, is niet voor bevestiging vatbaar, zodat zowel het sluiten van overeenkomsten, als het uitvoeren van dergelijke overeenkomsten, als in het algemeen het stellen van handelingen in strijd met en in overtreding van principes van openbare orde, geen enkel gevolg in rechte mogen kennen en nietig moeten worden bevonden.* » Sans rattacher son raisonnement aux conditions de validité des contrats, la Cour prononce la nullité absolue d'un contrat public pour méconnaissance des principes de concurrence et d'égalité²⁵³.

Dans une décision du 20 avril 2020²⁵⁴, le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles a annulé des contrats publics dont la régularité était mise en cause au regard du principe de concurrence. Le Tribunal a rappelé que le principe de la concurrence est un principe fondamental du droit des marchés publics. Un marché public attribué sans concurrence est contraire à l'ordre public. Le Tribunal a alors annulé les conventions litigieuses parce que lesdits accords étaient affectés de nullité absolue, de sorte que les parties se trouvent privées des droits et obligations y reportés et que les tiers à ces accords peuvent en invoquer la nullité²⁵⁵. Cette décision aborde de nombreux thèmes intéressants comme l'application de l'adage « *nemo auditur [...]* », l'éventuel abus de droit que constituerait l'invocation de la nullité de la convention, la prescription de l'action en nullité ou encore l'application éventuelle de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les contrats d'assurance d'immeubles construits en infraction²⁵⁶.

A ce propos, le Tribunal relève que : « *[les parties qui s'opposent à ce que les conventions soient considérées comme nulles] oerenaandatde loutere omstandigheid dat bij de totstandkoming van een overeenkomst een regel van openbare orde zou zijn geschonden, niet automatisch de nietigheid van de overeenkomst met zich brengt. Hiertoe zou ook moeten bewezen worden dat het voorwerp of de oorzaak van de overeenkomst ongeoorloofd is. Het criterium waaraan het voorwerp van een verbintenis moet worden getoetst, is of dit voorwerp een ongeoorloofde situatie doet*

²⁵³ Anvers, 6 décembre 2017, *N.J.W.*, 2018, p. 260, note de C. DE KONINCK, « *Miskenning van de mededinging bij het plaatsen van een overheidsopdracht leidt tot de nietigheid van de overeenkomst* ».

²⁵⁴ Civ. néerl. Bruxelles, 20 avril 2020, R.G. n°2003/9103/A, *Entr. et dr.*, 2020/3, p. 255 et s.

²⁵⁵ C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 273 et s.

²⁵⁶ Revoir *supra* nos développements concernant l'objet du contrat dans la théorie des nullités et cette jurisprudence initiée en 2009.

ontstaan of in stand houdt (zie bijvoorbeeld in dezelfde zin: Cass. 19 mei 2005, Arr.Cass. 2005, 1068); [les parties qui s'opposent à ce que les conventions soient considérées comme nulles] verwijzen naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens dewelke het voorwerp van een brandverzekering met betrekking tot een niet-vergund onroerend goed niet ongeoorloofd is, omdat de verzekeringsovereenkomst er niet toe heeft geleid een onwettige toestand te scheppen of te handhaven (zie bijvoorbeeld in dezelfde zin: Cass. 19 mei 2005, Arr.Cass. 2005, 1068); De huidige situatie is echter fundamenteel ve schillend. In het geval van de verzekering hebben de prestaties van de verzekeraar geen weerslag op de onwettigheid van het goed, die niet volgt uit de verzekering, maar uit het niet-vergund karakter ervan; De gunningswijze van overheidsopdrachten, die voorkomt uit Europese Richtlijnen, heeft echter tot doel om de aanbesteders en de ondernemingen die op de Europese markten aanwezig zijn te beschermen, onder meer door te beletten dat er overeenkomsten worden gesloten in strijd met deze wetgeving. Het bestaan van dergelijke overeenkomsten toelaten zou een totale uitholling van het mededingingsrecht tot gevolg hebben; het (voort)bestaan van een overeenkomst die ontstaan is met miskenning van de mededingingsregels gaat in tegen deze bescherming en houdt een toestand in stand die in strijd is met de openbare orde; dijsgevolg heeft de schending van de mededingingsregels bij de totstandkoming van een overeenkomst, tot gevolg dat het voorwerp van deze overeenkomsten ongeoorloofd is ; de overeenkomst waarvan het voorwerp strijdig is met de openbare orde is absoluut nietig (zie bijvoorbeeld in dezelfde zin Brussel 23 november 2011, TBP 2012, 564; Brussel 28 december 2013, JT 2014, 96; Gent 14 februari 2014, NjW 2016, 170; Antwerpen 6 december 2017, NjW 2018, 259). » Pour conclure à la nullité absolue du contrat, le Tribunal retient ici l'objet illicite et contraire à l'ordre public.

Le 3 septembre 2020, la Cour de cassation, dans un litige relatif à un contrat public de longue durée qui avait résilié anticipativement par l'autorité publique indique « fût-elle partiellement exécutée, une convention frappée de nullité absolue pour violation de dispositions légales d'ordre public ne peut avoir aucun effet »²⁵⁷.

Nous pouvons donc constater qu'il n'a pas été évident que soit admis que l'irrégularité d'une décision de l'autorité publique suite à la méconnaissance des principes d'égalité et de concurrence pouvait avoir des conséquences sur le contrat lui-même. Cette réticence qui résidait notamment dans la conciliation délicate d'intérêts divergents, à savoir, d'un côté, ceux de la continuité du service public et de la sécurité juridique et, de l'autre, les impératifs de légalité et d'égalité²⁵⁸, a finalement été progressivement dépassée.

²⁵⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 3 septembre 2020, C.19.0412.F, disponible sur www.juricaf.org ; *Entr. et dr.*, 2020/4, p. 433 à 436. Cet arrêt est également intéressant en ce qui concerne l'application des adages « *Quae temporalia [...]* » (voir *supra* sur la mise en œuvre de la théorie des nullités).

²⁵⁸ « Le contentieux de l'attribution des marchés publics repose sur un équilibre fragile entre plusieurs impératifs contradictoires. Le principe de légalité, d'une part, impose que toute commande publique soit le résultat d'une procédure ayant permis d'identifier, au terme d'une mise en concurrence effective, l'offre qui est économiquement la plus avantageuse; afin de s'en assurer, des voies de recours efficaces et utiles doivent être aménagées au profit des entreprises évincées. Les principes de continuité du service public et de sécurité juridique, d'autre part, impliquent que le marché, une fois attribué, puisse être mis en œuvre dans des délais raisonnables et que son économie ne soit pas fondamentalement bouleversée en cours d'exécution ». (M. VANDERSTRAETEN, « Ordre et désordre public : le sort du contrat conclu en violation des règles d'attribution des marchés publics », in *Chronique des marchés publics*, 2015/2016, Bruxelles, EBP, 2016, p. 919).

Cette évolution s'est révélée différente selon que la partie qui invoquait la nullité au contrat était ou non tiers audit contrat. Ainsi, si la faculté pour une des parties audit contrat d'invoquer sa nullité n'est plus discutée depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2012 *supra* commenté, il n'était pas évident que cette faculté puisse être étendue aux tiers. Ces derniers ne pouvaient invoquer la nullité du contrat au motif qu'il était considéré que la disparition de la décision d'attribution faisait disparaître le consentement d'une des parties. Or, selon les théories civilistes, le défaut de consentement est une cause de nullité relative qui peut uniquement être soulevée par les parties et pas par les tiers²⁵⁹. Certaines des décisions citées ci-dessus rendent compte de cette analyse.

Notons tout de même la réserve que certains²⁶⁰ ont apporté à propos de cette conception selon laquelle les tiers devraient rester étrangers aux considérations portant sur l'absence de consentement car celle-ci n'est susceptible que d'entraîner une nullité relative. On peut, en effet, argumenter qu'il s'agit d'une nullité absolue. La disparition du consentement, que ce soit à l'issue d'une procédure contentieuse ou suite à la décision de l'autorité de tutelle, devrait entraîner la nullité absolue du contrat car une autorité administrative ne peut agir constitutionnellement que pour satisfaire un besoin d'intérêt général, ce qui ne pourrait pas être le cas en l'absence de consentement régulier. Par ailleurs, le principe de légalité oblige une autorité administrative confrontée au constat de l'illégalité de sa décision à la correction de cette illégalité et à la réfection de cette décision. Il en découle que l'autorité ne peut couvrir une illégalité qui affecte son consentement au contrat. Or, comme on l'a vu, en droit civil, les nullités relatives peuvent être couvertes. Il s'agit d'un argument *a contrario* supplémentaire en faveur de la thèse de la nullité absolue.

Quoi qu'il en soit, à nouveau, les conceptions ont évolué progressivement et selon des approches diverses, ainsi que l'illustrent les décisions mises en avant et dont on²⁶¹ peut dégager deux grandes tendances :

- une approche sous l'angle du droit public : selon cette approche, une convention contraire à l'ordre public ne peut avoir aucun effet entre les parties ni vis-à-vis des tiers, voire est nulle ; appliquée aux marchés publics, dont la législation ou le principe d'égalité de traitement sont d'ordre public, cette approche conduit à considérer qu'une violation de cette législation entraîne automatiquement la nullité du contrat ; cette approche « part du principe que la nullité peut (et doit) être décidée sur la base d'un test d'ordre public direct de l'accord conclu hors concurrence, sans que cet accord doive être testé à l'aune des conditions de validité énoncées »²⁶² ;
- une approche sous l'angle du droit privé : selon cette approche, le contrat doit être examiné sous le prisme de ses conditions de validité, telle qu'énumérées dans le Code civil ;

²⁵⁹ F. BELLEFLAMME, *op. cit.*, p. 267.

²⁶⁰ P. GOFFAUX, « Acte détachable », *op. cit.*, p. 621 et 622 et jurisprudence citée ; P. GOFFAUX, « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », *op. cit.*, p. 858 et s. ; K. WAUTERS et T. CAMBIER, *op. cit.*, p. 208.

²⁶¹ K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *op. cit.*, p. 133 ; C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 270 et s.

²⁶² C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 282.

« l'illicéité doit nécessairement affecter une des conditions de validité du contrat et plus spécialement son objet ou sa cause ».²⁶³

L'objet de la présente étude est précisément de déterminer quels enseignements se dégagent de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 à propos de ces différentes approches.

Section 3. Articulation entre le régime des nullités et le mécanisme de déclaration d'absence d'effets

Comme nous l'avons évoqué, le mécanisme de déclaration d'absence d'effets détaillé aux articles 17 à 21 de 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 s'apparente à l'annulation du contrat. Se pose dès lors la question de l'articulation des deux sanctions.

Certains estiment que le régime mis en place pour les marchés au-dessus du seuil européen est un régime complet et équilibré, organisé autour du *standstill* et de la possibilité de demander une suspension, de la possibilité de demander l'annulation de la décision d'attribution, puis des dommages et intérêts et de la possibilité de demander une déclaration d'absence d'effets. En dehors de « [c]es trois axes [...] la sécurité juridique des contrats prévaut. L'annulation de la décision administrative [...] [est] sans conséquence sur le contrat irrégulièrement conclu ».²⁶⁴ « Vis-à-vis des autres contrats, la théorie des nullités du droit privé peut [...] être mobilisée afin d'aménager un régime semblable à celui de la déclaration d'absence d'effets. Les régimes de nullité de "droit public" et de "droit privé" sont à la fois similaires et complémentaires, de sorte qu'il n'est ni utile ni pertinent de s'interroger sur l'éventuelle prévalence de l'un sur l'autre ».²⁶⁵

D'autres sont d'avis que le droit de demander l'annulation d'un contrat doit être garanti, sans que la possibilité éventuelle de mettre en œuvre le mécanisme de la déclaration d'absence d'effets énerve ce droit de demander ladite nullité et ce, notamment au regard des articles 6 et 13 de la CEDH et des articles 10, 11 et 33 de la Constitution²⁶⁶. La déclaration d'absence d'effets et la nullité absolue du contrat sont deux concepts juridiques distincts. Lors de la transposition de la directive 2007/66/UE en droit national, le législateur belge a négligé cette distinction et a repris l'expression « dépourvu d'effets ». Dans les cas où les contrats de marchés publics conclus dans le mépris total de la concurrence et de la transparence ne peuvent plus être déclarés inefficaces, ces contrats peuvent encore être déclarés nuls. Juger autrement reviendrait à ouvrir une nouvelle fois la porte à la « course à la signature » et à rendre impossible le recours en nature, ce qui est totalement contraire à la *ratio legis* de la directive précitée.²⁶⁷

²⁶³ J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 384.

²⁶⁴ M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 924.

²⁶⁵ J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 363 et 364.

²⁶⁶ K. WAUTERS, « Nullité du contrat », *op. cit.*, p. 117 et 118.

²⁶⁷ C. DE KONINCK, « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *op. cit.*, p. 298.

Bien que, à première vue semblables, les deux régimes se distinguent. Outre que, contrairement à la théorie des nullités qui est de portée générale, le mécanisme de déclaration d'absence d'effets ne peut s'appliquer qu'à certains contrats, il en diffère encore²⁶⁸ sur d'autres points, notamment en ce qui concerne le délai endéans lequel la demande peut être formulée, le mécanisme de rédemption²⁶⁹, le pouvoir d'appréciation du juge et les sanctions de substitutions qui peuvent être prononcées.

Comme nous allons le voir l'arrêt commenté de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 ne donne malheureusement pas d'indication directe sur cette question.

Titre III. Arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour de cassation

Nous présentons les circonstances factuelles et procédurales à l'origine de la décision commentée (chapitre 1^{er}). En particulier, nous expliquons que des contrats publics sont conclus au mépris de la réglementation en vigueur (section 1), comment un tiers mécontent se manifeste sans obtenir satisfaction (section 2) et introduit différents recours, devant le Conseil d'État, avec une question préjudicielle à la Cour de justice européenne (section 3) et devant les juridictions de l'ordre judiciaire (section 4). Nous résumons ensuite la position prise par l'Avocat général Ria Mortier (chapitre 2) puis détaillons la décision rendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 janvier 2021 (chapitre 3). Nous évoquons, enfin, deux décisions rendues postérieurement à cet arrêt (chapitre 4).

Chapitre 1^{er}. Les circonstances factuelles et procédurales

Section 1. L'octroi par des intercommunales de droits exclusifs sur leurs réseaux à Telenet

Pour comprendre cette affaire riche en rebondissements et qui s'apparente à une véritable saga, voire même un chemin de croix²⁷⁰, il faut remonter jusqu'en 1996 à la création de Telenet NV (ci-après « Telenet »). Telenet est un fournisseur d'accès câblé à la télévision analogique et numérique, à la téléphonie et à Internet haut-débit principalement à des usagers habitant soit en Flandre soit à Bruxelles²⁷¹.

En 1996, donc, quatre associations intercommunales, *i.e.* Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan), Inter-Media, West-Vlaamse Energie- en

²⁶⁸ J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, p. 371.

²⁶⁹ A. L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés publics*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 686.

²⁷⁰ D. WILLEMS, « *Dading die de sluiting van een nieuw overheidscontract inhoudt: sancties op maat in privaat- en publiekrecht* », *op. cit.*, p. 1001 ; K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *op. cit.*, p. 130.

²⁷¹ Wikipédia.

Teledistributiemaatschappij (WVEM) et Provinciale Brabantse Energiemaatschappij CVBA (PBE), acquièrent, par l'intermédiaire d'une société coopérative de droit commun²⁷², une participation de 1,51% dans le capital de Telenet, lors de la création de cette dernière société. Cette acquisition se fait au moyen de l'apport à Telenet de droits d'utilisation de leurs réseaux câblés.

Plus précisément, Telenet obtient de ces quatre intercommunales un droit d'utilisation de ces réseaux, exclusif²⁷³ pour la fourniture de services dits « de télécommunication point-à-point » et non exclusif pour celle de services dits « multimédia ». De leur côté, les intercommunales conservent le droit exclusif d'utilisation de leurs réseaux s'agissant de la fourniture de services de radiodiffusion. Cet apport de droits d'utilisation partielle est convenu pour une durée de 50 ans.

En plus de ces accords opérationnels concernant l'utilisation des réseaux, s'ajoutent l'octroi d'un droit de préemption au profit de Telenet en cas de cession des droits de propriété des intercommunales sur leurs réseaux câblés, ainsi qu'un droit préférentiel en cas d'octroi à un tiers de droits d'utilisation de ces réseaux pour la fourniture de « services multimédias ».

En 2007²⁷⁴, les intercommunales constituent le groupement d'intérêt économique IN-DI. Le but est de « proposer, notamment, des services de télévision numérique interactive par l'intermédiaire de leurs réseaux câblés ». ²⁷⁵ De cette constitution, un différend surgit entre, d'une part, Telenet et, d'autres part, les intercommunales. Telenet estime qu'il s'agit de services dits « de télécommunication point-à-point », services pour lesquels elle dispose, conformément à l'acte de l'apport de 1996, d'un droit exclusif d'utilisation de ces réseaux câblés. Pour soutenir ses prétentions, Telenet introduit une action au fond, qu'elle double d'un référé visant à faire interdire l'exercice de cette activité tant que le litige n'est pas tranché. Le juge de référés, statuant au provisoire, fait droit à cette action. Son ordonnance est frappée d'appel.²⁷⁶

Parallèlement à ces procédures, les quatre intercommunales et Telenet, désireuses de résoudre ce litige de manière transactionnelle, entament des négociations. Celles-ci permettent d'aboutir à plusieurs accords entre les parties, matérialisés successivement par un accord de principe (26 novembre 2007) qui débouchera sur un accord définitif (28 juin 2008), accords approuvés par les

²⁷² A savoir, la CVBA Interkabel (C.E. (9^e ch.), 26 mai 2014, précité, nv Belgacom, point 3.1 ; Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, R.G. n°C.19.0303.N, disponible sur www.juportal.be, requête annexée à l'arrêt, point 4).

²⁷³ Les « droits exclusifs » sont définis comme « des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné » (art. 2, f), de la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises) ; les « droits spéciaux ou exclusifs », comme « des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 8 à 14 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité » (art. 4.3 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE). Un droit exclusif assure une situation de monopole à son titulaire. Le Traité européen appréhende ces droits par l'article 106, §1^{er}, du TFUE. (P. NIHOUL, *op. cit.*, p. 255).

²⁷⁴ (C.E. (9^e ch.), 26 mai 2014, précité, nv Belgacom, point 3.1 ; Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, précité, requête annexée à l'arrêt, point 6).

²⁷⁵ C.J.U.E., arrêt *Belgacom*, 14 novembre 2013, C-221/12, EU:C:2013:736, point 8.

²⁷⁶ C.J.U.E., arrêt *Belgacom*, précité, point 9.

organes compétents des Intercommunales par des décisions intervenues en décembre 2007. Retenons principalement que, pour parvenir à cet accord avec Telenet, les quatre intercommunales prennent plusieurs décisions prévoyant le transfert de leur activité de fourniture de services de télévision et des contrats d'abonnement à la télévision souscrits par leurs clients, ainsi que des droits accessoires sur leurs réseaux câblés et l'octroi d'un droit d'emphytéose de 38 ans sur ces réseaux. Les montants en jeu sont de l'ordre de 425 millions d'euros. Retenons également que ces opérations se font sans appel au marché, en négociant uniquement avec Telenet.

Ce sont ces décisions prises par les quatre intercommunales dans le cadre de leur négociation transactionnelle avec Telenet qui sont l'objet du litige qui va finalement donner lieu plus de dix ans plus tard à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021.

Section 2. Proximus, un tiers mécontent

Il se trouve qu'au moment même où sont menées ces discussions entre les intercommunales et Telenet, Proximus (encore Belgacom à l'époque), alertée par un article de presse, se montre intéressée par l'acquisition de ces mêmes droits obtenus par Telenet. Proximus adresse une offre d'acquisition aux intercommunales portant sur ces droits convoités. Le montant de cette offre s'élevait 5 millions d'euros de moins que l'ensemble des contreparties prévues dans l'accord définitif conclu avec Telenet. Cette offre, adressée d'initiative par Proximus et qualifiée de « non contraignante », est rejetée aux motifs, tout d'abord, que Proximus ne pouvait être considérée comme un interlocuteur potentiel en raison des restrictions contenues dans l'acte d'apport de 1996 et, ensuite, d'éviter une situation de monopole.

Proximus introduit plusieurs procédures pour faire valoir ses prétentions : devant le Conseil d'État contre les accords passés avec le partenaire privé Telenet et devant les tribunaux de l'ordre judiciaire en vue de voir annuler l'accord de principe conclu entre les intercommunales et Telenet. La thèse principale développée par Proximus est que les accords dénoncés ont été conclus en violation du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence. Ils ont donc violé l'ordre public et les bonnes mœurs. Partant, ils doivent être annulés.

Section 3. Procédure devant le Conseil d'État et question préjudicielle à la Cour de justice

Le 1^{er} février 2008 d'abord, puis le 23 juillet 2008, Proximus introduit des recours en annulation²⁷⁷ dirigés contre de multiples décisions prises par les quatre intercommunales dans le cadre de leurs négociations avec Telenet. Sont entre autres visées par ces demandes d'annulation l'accord de principe de transférer des activités et droits sur le réseau câblé à Telenet, le refus implicite d'accorder à Proximus le droit de soumettre une offre alternative pour ces activités, l'accord sur le transfert de la clientèle analogique et numérique et les décisions de ces intercommunales en vertu desquelles elles estiment pouvoir conclure de tels accords avec Telenet sans devoir organiser une consultation du marché.

²⁷⁷ Deux recours en suspension sont également introduits, mais rejetés par les arrêts du 22 mai et 27 novembre 2008 (C.E. (12^e ch.), 22 mai 2008, n°183.265, nv Belgacom et C.E. (12^e ch.), 27 novembre 2008, n°188.272, nv Belgacom).

Dans un arrêt du 2 mai 2012²⁷⁸, le Conseil d'État, sans se prononcer sur la nature exacte de l'accord conclu, estime que sa conclusion était, en tous cas, soumise aux principes de l'égalité et à l'obligation de transparence de sorte que, en principe, toute partie intéressée potentielle aurait dû être en mesure d'exercer ses droits. Le Conseil d'État n'exclut, cependant, pas qu'il puisse y avoir un motif justifiant que les sociétés intercommunales passent des contrats sans marché préalable. En particulier, le Conseil d'État se demande dans quelle mesure il pourrait être dérogé à ces principes au vu du contexte général. Le Conseil d'État interroge alors la Cour de justice sur la portée des articles 49 et 56 du TFUE.²⁷⁹

Pour répondre aux questions posées par le Conseil d'État, la Cour de justice, tout d'abord, qualifie le contrat litigieux de concession de services. En effet, elle considère qu'« [i]l y a lieu de constater que, indépendamment des modalités pratiques et des qualifications déterminées par les parties, une convention telle que l'accord litigieux, en ce qu'il transfère à Telenet l'activité de fourniture de services de télévision des [i]ntercommunales et lui confère, notamment afin d'exercer cette activité, le droit exclusif d'exploiter les réseaux câblés de celles-ci, paraît devoir s'analyser en une concession de services au sens de l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2004/18. »²⁸⁰

La Cour rappelle, ensuite, sa jurisprudence selon laquelle, « [lorsque elles] [...] attribuent une telle concession » et « dès lors que cette concession présente un intérêt transfrontalier », « les autorités publiques [...] sont tenues de respecter les règles fondamentales du [TFUE], les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement ainsi que l'obligation de transparence qui en découle ». ²⁸¹ La Cour applique cette jurisprudence au cas d'espèce et considère logiquement que « [...] les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'un

²⁷⁸ C.E. (12^e ch.), 2 mai 2012, n°219.116, sa Belgacom.

²⁷⁹ La Cour de justice liste les trois questions préjudicielles posées par le Conseil d'État comme suit :

« 1) Les articles 49 TFUE ou 56 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'une entreprise établie en Belgique peut invoquer devant le juge belge les règles fondamentales du droit de l'Union, notamment l'obligation de transparence qui découle des articles susmentionnés, concernant une convention qui ne relève pas du champ d'application de l'une des directives relatives aux marchés publics, par laquelle une autorité belge transfère des droits à une autre entreprise belge sans qu'aucun appel au marché n'ait été organisé?

2) La tentative d'éviter la violation d'un cadre contractuel existant très spécifique, non contesté en tant que tel, liant une personne morale de droit public et une entreprise de droit privé, non contrôlée par [cette] personne morale de droit public, ou la conclusion d'une opération ou d'un accord transactionnel ayant pour objectif de mettre fin à un litige existant portant sur l'interprétation du cadre contractuel susmentionné, ce règlement étant fondé sur les droits des parties tels qu'établis par une décision provisoire d'un juge des référés, alors que, à défaut d'un tel règlement, l'activité en cause de [ladite personne morale] est susceptible de subir une [atteinte] importante ainsi qu'une réduction de valeur et que les consommateurs sont entre-temps privés des services concernés, peuvent-elles être considérées comme des raisons impérieuses d'intérêt général, ou à tout le moins comme une circonstance objective, de nature à justifier que les personnes de droit public n'organisent pas d'appel au marché et octroient directement le marché, titre d'exception et par dérogation au principe d'égalité de traitement et à l'interdiction de toute discrimination sur la base de la nationalité, inscrits aux articles 49 TFUE et 56 TFUE, ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle?

3) Si la deuxième question doit recevoir une réponse positive, l'opération ou l'accord transactionnel susmentionnés doivent-ils, pour ne pas restreindre les libertés fondamentales susmentionnées, garanties par le droit de l'Union, plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, se limiter à ce qui est strictement nécessaire pour mettre fin au litige en cours, ou les parties peuvent-elles conclure un accord transactionnel ayant une portée plus étendue pour tenir compte des contestations à venir ayant un lien raisonnable et logique avec le litige, tout en garantissant en même temps les intérêts des consommateurs et en assurant une maximalisation de la valeur des activités concernées faisant l'objet d'un transfert? » (C.J.U.E., arrêt *Belgacom*, précité, point 24).

²⁸⁰ *Ibidem*, point 26.

²⁸¹ *Ibidem*, point 28.

opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence découlant de ces articles qui aurait été commise à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre ont soit attribué à un opérateur économique du même État membre une concession de services présentant un intérêt transfrontalier certain, soit accordé à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique présentant un tel intérêt. »²⁸²

En outre, la Cour de justice rappelle sa jurisprudence relative aux différences de traitement et les conditions dans lesquelles elles sont admissibles. « [D]ans la mesure où une concession de services présente un intérêt transfrontalier certain, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'état membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci qui sont situées dans un autre État membre. [...] Une telle différence de traitement [...] constitue [...] une discrimination indirecte selon la nationalité, interdite, en principe, par application des articles 49 et 56 TFUE. Par exception, une telle mesure peut être admise au titre de l'un des motifs énoncés à l'article 52 TFUE ou justifiées [...] par des raisons impérieuses d'intérêt général ». La Cour estime, cependant, que « les motifs mentionnés [par le Conseil d'État] ne peut être considérés comme de [telles] raisons ».²⁸³

Plus précisément, la Cour de justice estime que les circonstances précises invoquées par les quatre intercommunales ne peuvent être retenues pour justifier leur attitude dans ce dossier et spécialement d'avoir manqué aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination consacrés par les articles 49 TFUE et 56 TFUE. Ainsi, la Cour de justice décide que « la volonté de ne pas méconnaître certains droits que, par une convention préexistante, des entités publiques ont octroyés à un opérateur économique quant à l'utilisation de réseaux câblés leur appartenant ne saurait justifier que soit donnée à cette convention une extension contraire au droit de l'Union sous la forme d'une attribution directe d'une concession de services ou d'un droit exclusif d'exercer une activité présentant un intérêt transfrontalier certain, fût-ce en vue de mettre fin à un litige survenu entre les parties concernées, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de cette convention » et encore que « des motifs de nature économique, telle la volonté d'éviter la dépréciation d'une activité économique, ne sont pas des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier l'attribution directe d'une concession de services portant sur cette activité ou d'un droit exclusif d'exercer ladite activité et présentant un intérêt transfrontalier certain, par dérogation aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination consacrés par lesdits articles. »²⁸⁴

Les réponses à ses questions préjudicielles obtenues, le Conseil d'État peut rendre sa décision finale dans l'affaire. C'est ce qu'il fait par son arrêt du 26 mai 2014²⁸⁵. Le Conseil d'État ne peut retenir les motifs avancés par les intercommunales et Telenet et qui ont été rejetés par la Cour de justice au titre de raisons impérieuses d'intérêt général au non-respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Le Conseil d'État rappelle qu'il n'appartient pas à un pouvoir adjudicateur de considérer la consultation du marché comme dépourvue de sens *ab initio* et qu'à cet égard un motif

²⁸² *Ibidem*, point 34 et dispositif de l'arrêt.

²⁸³ *Ibidem*, points 37 à 39.

²⁸⁴ *Ibidem*, point 44 et dispositif de l'arrêt.

²⁸⁵ C.E. (9^e ch.), 26 mai 2014, précité, nv Belgacom.

tenant à la position dominante qui serait acquise sur le marché par un opérateur ne peut être examiné qu'après une prise effective de connaissance de l'offre concrète dudit opérateur et son examen réel et attentif. Le Conseil d'État rappelle le pouvoir d'appréciation dont jouissent les pouvoirs publics en la matière est limité par le principe d'égalité et l'obligation de transparence qui en découle, de sorte que, en principe, il faut garantir à tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité suffisant pour que l'opération soit ouverte à la concurrence et que l'impartialité des procédures de passation de marchés puisse être contrôlée. Pour que ce principe ne reste pas lettre morte, il suppose aussi, en principe, que leurs offres soient effectivement comparées.²⁸⁶

Par conséquent, le Conseil d'État annule les décisions des intercommunales qui ont concouru au refus d'organiser une consultation du marché et, plus particulièrement, de négocier avec Proximus le transfert des activités et des droits sur leur réseau câblé.

Section 4. Procédure devant le Tribunal de première instance et devant le Cour d'appel d'Anvers

Devant les juridictions de l'ordre judiciaire, Proximus poursuit l'annulation des accords conclus entre Telenet et les quatre intercommunales²⁸⁷. Proximus introduit une citation auprès du Tribunal de première instance d'Anvers le 11 février 2008. Par cette citation, Proximus recherche, outre l'annulation des conventions mentionnées, celles de leurs abonnés, qui verraient le jour en exécution de l'accord de principe entre elles et Telenet. Proximus réclame également des dommages et intérêts.²⁸⁸ Le Tribunal de première instance d'Anvers, dans un jugement du 6 avril 2009, déclare l'action de Proximus irrecevable pour défaut de l'intérêt requis par l'article 17 du Code judiciaire pour ce qui est de l'action en nullité. Le Tribunal ne tranche que la question de l'intérêt de Belgacom à cette action en nullité²⁸⁹.

Proximus interjette appel de cette décision devant la Cour d'appel d'Anvers. La Cour rend son arrêt le 18 décembre 2017²⁹⁰. Les débats portent sur plusieurs points de droit étant successivement la recevabilité de la demande, son fondement, puis les conséquences éventuelles à tirer des annulations postulées. Proximus met également en cause la responsabilité quasi-délictuelle des intercommunales et invoque avoir subi un dommage du fait de leur comportement fautif.

En ce qui concerne la recevabilité de l'action, les adversaires de Proximus lui opposent son prétendu défaut d'intérêt, voire le caractère illégitime de celui-ci. Le premier argument consiste à mettre en doute le fait qu'une annulation des conventions avec Telenet conduirait à l'organisation d'une procédure de mise en concurrence de sorte que Proximus n'en retirerait aucun avantage. Le second argument consiste à affirmer que Proximus poursuit la consolidation de sa position ce qui conduirait *de facto* à la création d'une situation de monopole. Un tel objectif ne serait pas légitime. La Cour rejette ces arguments. Elle estime que l'examen des chances de Proximus de pouvoir

²⁸⁶ *Ibidem*, § 18.4.

²⁸⁷ C'est-à-dire la convention de principe du 26 novembre 2007 et la convention définitive du 28 juin 2008 ainsi que tous les accords connexes conclus en application de ces conventions.

²⁸⁸ La citation contenait, en outre, une demande visant à obtenir la production du contrat litigieux (Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, précité, requête annexée à l'arrêt, point 20).

²⁸⁹ Le jugement n'aborde pas l'intérêt de Proximus à obtenir des dommages et intérêts.

²⁹⁰ Anvers, 18 décembre 2017, *Competitio*, 2018/2, p. 188 et s.

conclure un accord si les conventions étaient annulées et que les câblo-opérateurs devaient mener une procédure de marché, touche au fond du dossier. Elle estime également que le Code judiciaire l'empêche de maintenir une situation illégitime et d'admettre des demandes poursuivant la création d'une telle situation. Selon la Cour, tel n'est pas le cas en l'espèce. L'action de Proximus vise l'annulation de conventions qui, selon Proximus, sont contraires à l'ordre public. La Cour d'appel déclare donc recevables les demandes de Proximus.

En ce qui concerne la demande d'annulation des conventions conclues entre les intercommunales et Telenet, Proximus ne manque pas de se prévaloir de la décision du Conseil d'État rendue entre-temps. Proximus postule l'annulation des conventions pour contrariété à l'ordre public. Cet argument est fondé sur l'article 6 de l'ancien Code civil, devenu article 2. Proximus estime également être victime du comportement fautif des intercommunales. Proximus demande une réparation en nature consistant en une annulation des conventions. A défaut, Proximus demande des dommages et intérêts.

La Cour d'appel d'Anvers rappelle effectivement l'arrêt du Conseil d'État, mais considère ne pas devoir suivre les arguments de Proximus :

- Les principes d'obtention de l'égalité des chances dans la concurrence pour les marchés publics sont principalement conçus pour protéger les intérêts privés et que des atteintes aux règles de droit impératives destinées à protéger les intérêts privés ne sont pas d'ordre public. La Cour d'appel d'Anvers estime que les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence ne peuvent être retenus comme cause de nullité absolue, de sorte que Proximus, en tant que tiers aux conventions ne peut en revendiquer l'annulation en mettant en avant des causes de nullité relative. La nullité relative ne peut être invoquée que par le sujet de droit qui est protégé par la règle de droit impérative ou supplétive qui a été méconnue dans les faits. Les tiers ne peuvent pas introduire une telle demande. Seules les parties au contrat sont protégées par les articles 6 (devenu 2) et 1108 de l'ancien Code civil. Il n'y a donc pas lieu d'avoir égard aux arguments développés pour déterminer si les conventions litigieuses ont une cause ou un objet illicite ou si le consentement n'a pas été donné valablement.
- Le Conseil d'État a déjà annulé les décisions prises par les intercommunales. L'action de Proximus en annulation des conventions elles-mêmes va au-delà de la simple restitution en nature de la nullité des décisions des intercommunales. La demande de réparation en nature fondée sur les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil consistant en l'annulation des contrats n'est donc pas fondée.
- Compte tenu de l'annulation des différentes décisions des intercommunales par le Conseil d'État, l'erreur des intercommunales est établie. Cette erreur constitue une faute au sens de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Ce n'est pas Telenet qui a commis cette faute. Les intercommunales connaissaient la réglementation et sa complexité n'est pas une excuse. En ce qui concerne le lien causal, par contre, Proximus ne démontre pas qu'en cas de mise en concurrence, elle aurait obtenu le marché de manière certaine et non pas Telenet ou un tiers. Plus encore, les divergences entre l'offre de Proximus par rapport à celle de Telenet au regard des besoins des intercommunales sont telles que Proximus ne démontre pas non plus

qu'elle avait une réelle chance d'obtenir le marché. La demande d'indemnisation est rejetée.²⁹¹

C'est un pourvoi en cassation contre cette décision qui a conduit à l'arrêt de cassation commenté.

Chapitre 2. Conclusions de l'Avocat général Ria Mortier²⁹²

Le Premier Avocat général Ria Mortier rend son avis sur le pourvoi. On peut consulter celui-ci à propos de deux des huit moyens soulevés par Proximus. En l'espèce, il s'agit du second moyen qui porte sur le refus d'invalidier les conventions conclues entre les intercommunales et Telenet et du huitième moyen qui porte sur le lien causal. Nous examinons le moyen retenu, à savoir le second.

Par ce moyen, Proximus conteste le fait que la Cour d'appel ait pu considérer qu'en sa qualité de tiers à la convention, Proximus ne pouvait en invoquer la nullité pour violation du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence au motif que ces principes ne seraient pas d'ordre public mais protégeraient uniquement des intérêts privés. Dans la cinquième branche de ce moyen, Proximus fait valoir que les conventions conclues entre les intercommunales et Telenet s'analyse comme un contrat de concession de services et que celui-ci a été conclu sans consultation du marché et donc en violation des principes d'égalité et de transparence de sorte que ce contrat crée ou entretient une situation contraire à l'ordre public et doit être tenu pour nul en raison de l'illégalité de son objet.

Dans son examen, mobilisant doctrine²⁹³, avis de ses prédécesseurs et jurisprudence de la Cour²⁹⁴, l'Avocat général rappelle qu'est d'ordre public une législation qui affecte les intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui, en droit privé, établit les fondements juridiques sur lesquels repose l'ordre économique ou moral de la société. Elle considère qu'en ce qui concerne la législation sur la passation des marchés publics, le droit belge reconnaît à l'unanimité qu'elle est d'ordre public dans la mesure où elle oblige le gouvernement à recourir à la concurrence pour la passation des

²⁹¹ Sur le pourvoi concernant ce point spécifique de l'arrêt, voir « *Miskening van het principe van de mededinging* », note de la rédaction sous Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, *Entr. et dr.*, 2021/3, p. 274.

²⁹² Av. gén. R. MORTIER, concl. préc. Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, R.G. n°C.19.0303.N, disponible sur www.juportal.be.

²⁹³ Le Premier Avocat général cite la doctrine suivante : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 1997, 140- 142, n°321-323; D. BATSELÉ, T. MORTIER et A. YERNA, *Réussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 37, n°13; M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, 938 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 86-87; D. BATSELÉ, T. MORTIER et A. YERNA, *Réussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 37, n°13 et p. 139, n°98 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Bruxelles, Bruylant, 1962, 111, n°91 ; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, 1, Bruges, la Charte, 2005, n°49; P. WÉRY, *Droit des obligations*, 1, Bruxelles, Larcier, 2011, n°308.

²⁹⁴ Le Premier Avocat général cite les arrêts suivants : Cass., 15 octobre 2018, R.G. n°S.18.0002.F, *Arr. Cass.*, 2018, n°553; Cass., 4 mai 2018, R.G. n°C.16.0145.F, *Arr. Cass.*, 2018, n°286; Cass., 13 décembre 2016, R.G. n°P.16.0421.N, *Arr. Cass.*, 2016, n°725; Cass., 30 juin 2016, R.G. n°F.15.0014.N, *Arr. Cass.*, 2016, n°437; Cass., 10 septembre 2015, R.G. n°C.12.0533.N-C.12.0597.N, *Arr. Cass.*, 2015, n°500 ; Cass., 19 mars 2007, R.G. n°C.03.0582.N, *Arr. Cass.*, 2007, n°145; Cass., 10 mars 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 236; Cass., 10 novembre 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 299; Cass., 9 décembre 1948, *Arr. Cass.*, 1948, 615; Cass., 19 novembre 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 260 ; Cass., 29 juin 2012, R.G. n°C.11.0738.F, *Arr. Cass.*, 2012, n°430 ; Cass., 10 mars 1994, R.G. n°9669, *Arr. Cass.*, 1994, n°114; Cass., 18 février 1993, R.G. n°9459, *Arr. Cass.*, 1993, n°104.

marchés publics et à informer les opérateurs économiques potentiellement intéressés d'être traités de manière égale. En d'autres termes, les règles de passation des marchés publics concernant le respect de la libre concurrence et l'égalité des opérateurs économiques affectent l'ordre public. Si le principe d'égalité en matière de marchés publics vise également la protection des soumissionnaires et de leurs intérêts privés, selon la doctrine précitée, il vise avant tout à protéger l'intérêt public. Elle rappelle que le principe d'égalité est une base juridique de l'ordre moral de la société, qui s'impose au gouvernement dans ses rapports aux soumissionnaires et que la Cour reconnaît expressément que les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés au principe général de droit de l'égalité de traitement des soumissionnaires, consacré par l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, affectent l'ordre public, de sorte que leur violation est la première susceptible d'être soulevée en cassation. Selon l'Avocat général, il faut partir du principe que les principes du droit de l'Union relatifs à l'égalité des opérateurs économiques vis-à-vis des autorités et au respect de la libre concurrence, tels que ceux contenus, entre autres, aux articles 18, 34, 36, 49, 56 et 101 et suivants TFUE, concernent l'ordre public. « *Deze regels, die weliswaar ook de private belangen van de marktdeelnemers willen beschermen, zijn immers in de eerste plaats gericht op de bescherming van de economische vrijheid en de vrijwaring van de interne markt. Zij betreffen dus de economische grondslagen van onze democratische samenleving* »²⁹⁵.

Et l'Avocat général de poursuivre en relevant qu'un accord a un objet illicite s'il a pour objet de créer ou de maintenir une situation contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives ou s'il oblige à une exécution interdite par une loi d'ordre public ou contraire aux bonnes mœurs. Un tel accord est nul et ne peut être suivi d'effet. La distinction conceptuelle traditionnelle mise en œuvre par la Cour d'appel, à savoir la protection des intérêts privés *vs.* celle de l'intérêt public et la nullité relative *vs.* la nullité absolue, a subi une évolution ces dernières décennies, notamment car « *[d]e nietigheid is immers in beginsel een zeer radicale sanctie die de relaties tussen contractpartijen op ingrijpende wijze verstoort* » qui provoque des situations indésirables de sorte « *de sanctie niet verder te laten doorwerken dan nodig is om de ongewenste gevolgen weg te werke* ». ²⁹⁶ La violation d'une loi portant sur l'ordre public ou la violation d'une disposition impérative de la loi dans la conclusion d'un contrat n'entraîne la nullité du contrat que si l'une des conditions de validité de l'article 1108 du Code civil est affectée, notamment si la violation entraîne l'illicéité de l'objet ou de la cause.

Faisant un parallèle avec une précédente affaire²⁹⁷ dans laquelle la Cour avait refusé d'annuler un accord financier, certes conclu entre une banque et son client en méconnaissance de la loi anti-blanchiment, mais dont l'objet n'en demeurerait pas moins parfaitement licite et n'emportait aucune conséquence négative pour les tiers, l'Avocat général estime qu'il y a lieu d'appliquer une approche équilibrée. Elle appuie également son raisonnement sur les articles 5.50 et 5.60 du nouveau Code civil et l'exposé des motifs y relatifs. Selon elle, une approche équilibrée est celle qui met l'accent sur les conséquences juridiques que l'accord crée. La nullité ne sera prononcée que dans l'hypothèse où elle est nécessaire pour respecter ou atteindre l'objectif de la norme violée, l'objectif concret de la norme étant un élément approprié pour déterminer les conséquences d'une violation

²⁹⁵ Av. gén. R. MORTIER, concl. préc. Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, précité, p. 5.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Cass., 30 janvier 2015, n°C.14.0285.N, *Arr. Cass.*, 2015, 276 ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. CORNELIS (cf. *supra*).

de la norme²⁹⁸. A propos du cas d'espèce, elle estime que la Cour d'appel n'a pas pu vérifier que la nullité n'était pas une sanction appropriée au motif qu'aucun autre opérateur que Telenet n'aurait pu être désigné ou encore que des motifs impérieux d'intérêt général justifiaient la poursuite de la concession.

L'Avocat général estime que l'arrêt doit être cassé car la Cour d'appel aurait dû faire droit à la demande de nullité formulée par Proximus. La méconnaissance des principes d'égalité de traitement et de transparence empêche que les objectifs de la réglementation en la matière soient atteints et met en place une situation contraire à l'ordre public. La sanction de la nullité est donc appropriée.

Chapitre 3. Arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021

Section 1. L'objet illicite ou le défaut d'objet licite

Selon la Cour de cassation, « *[e]en overeenkomst heeft een ongeoorloofd voorwerp wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen. Krachtens de artikelen 6 en 1108 Oud Burgerlijk Wetboek is een dergelijke overeenkomst nietig en kan zij geen gevolg hebben* » (nous soulignons) ; « *[d]e wetgeving die de wezenlijke belangen van de Staat of de gemeenschap raakt of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust, betreft de openbare orde* ».²⁹⁹

En l'occurrence, rappelant la portée des articles 49 et 56 TFUE et rappelant les enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 14 novembre 2013 rendu dans le cadre du litige qu'elle avait à trancher, la Cour de cassation énonce que « *de verplichting om het gelijkheids- en transparantiebeginsel vervat in de artikelen 49 en 56 VWEU te eerbiedigen, ter vrijwaring van de eerlijke mededinging, een juridische grondslag is van de economische en morele orde van de samenleving, die zich aan de aanbestedende dienst opdringt* » de sorte qu'il s'ensuit qu'« *een overeenkomst waarin een aanbestedende dienst van een lidstaat rechtstreeks en dus met miskenning van voornoemd gelijkheids- en transparantiebeginsel aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een dienstenconcessie gunt met een duidelijk grensoverschrijdend belang, een toestand doet ontstaan die in strijd is met de openbare orde en bijgevolg volstrekt nietig is bij gebrek aan geoorloofd voorwerp* » (nous soulignons).³⁰⁰

Il convient d'insister sur le fait que c'est donc le défaut d'objet licite ou encore l'objet illicite qui est retenu comme angle d'attaque du raisonnement de la Cour de cassation et permet à celle-ci d'appliquer la théorie des nullités à un contrat public conclu en violation des principes d'égalité et

²⁹⁸ « *De concrete doelstelling van de norm is daarbij een geschikt element om de gevolgen van een normschending te bepalen en de sanctie van de nietigheid is op zijn plaats wanneer die sanctie nodig is om het doel van de overtreden norm te respecteren of te realiseren. De schending van een norm dient dus maar gevolgen te hebben voor de geldigheid van de handeling als de concrete doelstelling van de geschonden norm dat vereist.* » (Ibidem, p. 6).

²⁹⁹ Point 7 de l'arrêt.

³⁰⁰ Point 10 de l'arrêt.

de transparence contenus dans la réglementation européenne dont il est reconnu qu'ils constituent une base juridique pour l'ordre économique et moral de la société.

Section 2. Conséquences de la nullité d'un tel accord

Selon la Cour, le défaut d'objet licite entraîne la nullité du contrat à moins qu'il soit établi que « *er geen enkele potentieel geïnteresseerde marktspeeler was* » auquel cas « *de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt gelet op het doel van de geschonden regel* ». En outre, la nullité du contrat peut n'être pas prononcée « *wanneer dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht of de concessie voortgang vindt* ».³⁰¹

Section 3. Application concrète de ces principes au cas qui lui était soumis

La Cour de cassation énumère les considérations qui ont amené la Cour d'appel d'Anvers à rejeter la demande formulée par Proximus de voir les conventions litigieuses annulées. En l'espèce, l'arrêt dont la réformation est sollicitée retenait que :

- les principes d'égalité des chances établis dans les procédures d'attribution des contrats publics sont principalement là pour protéger les intérêts privés ;
- les violation des règles de droit impératives visant à protéger des intérêts privés ne sont pas d'ordre public ;
- le demandeur ne peut pas invoquer la nullité pour cause de violation des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, car ceux-ci ne donnent pas lieu à une nullité absolue ;
- le demandeur, en tant que tiers, ne peut pas invoquer la nullité des contrats ;
- la nullité relative ne peut être invoquée que par la personne protégée par la règle de droit impérative ou supplétive qui a été violée et les tiers ne peuvent pas introduire une telle demande ;
- les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence ne constituent pas en eux-mêmes des causes de nullité indépendantes, mais doivent être lus conjointement avec l'une des conditions de validité de l'article 1108 de l'ancien Code civil afin de pouvoir introduire une action en nullité ;
- il est donc nécessaire de déterminer quelle partie est protégée par ces causes de nullité, telles que le consentement, la compétence, l'objet et la cause, c'est-à-dire le contractant ;
- les arguments détaillés des parties en rapport avec la nullité absolue ainsi que ceux en rapport avec la cause non admissible, l'objet non admissible ou l'objet impossible, la capacité juridique des parties et l'absence d'actes administratifs par l'annulation ne sont donc plus pertinents.

Selon la Cour de cassation de tels motifs ne sont pas de nature à justifier légalement le refus d'annuler les conventions litigieuses, malgré la méconnaissance des principes d'égalité et de transparence précités et ce, sans établir qu'il n'y avait pas d'acteur du marché potentiellement

³⁰¹ *Ibidem*.

intéressé ou que des raisons impérieuses d'intérêt général rendaient nécessaire la poursuite de la concession.

Chapitre 4. Jurisprudence postérieure à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021

Section 1. Jugement du Tribunal de première instance du Limbourg du 18 octobre 2021³⁰²

Le Tribunal de première instance du Limbourg s'est penché sur le sort à réserver à une demande de remboursement de factures payées par un pouvoir adjudicataire à son prestataire de services sur la base de marchés publics suspendus par l'autorité de tutelle en cours d'exécution.

En l'occurrence, il s'agissait d'un marché public de services portant sur la conception d'un projet d'agrandissement et de rénovation du hall sportif de la Ville de Hamont-Achel. Après la désignation du bureau d'ingénieurs et d'architectes intervenue en 2011, lequel avait élaboré un projet dont le budget était estimé à 1,2 millions d'euros HTVA, la mise en œuvre concrète du projet a été repoussée de plusieurs années. En 2016, lorsqu'il fût question de relancer le projet, le budget alloué aux travaux a été porté par les parties à la somme de 2,2 millions HTVA. Par la suite, différents suppléments ont encore été envisagés en raison, notamment, de la découverte d'amiante. En 2018, le projet a évolué à nouveau. Il était question cette fois de démolir l'ancienne salle de sport et d'en construire une nouvelle. Dans le même temps, le bureau d'ingénieurs et d'architectes a adressé successivement plusieurs factures qui ont été payées par la Ville et ce pour des montants largement supérieurs au coût fixé pour les prestations d'études lors de l'attribution du marché de services.

Alerté par l'opposition, le Gouverneur de la Province, en sa qualité d'autorité de tutelle, a suspendu puis réputé non avenues les décisions de la Ville de Hamont-Achel relatives aux modifications apportées au projet, au maintien du bureau d'ingénieurs et architectes dans leur mission de conception et au paiement de leurs honoraires. La Ville de Hamont-Achel a donc sollicité le remboursement des factures payées en exécution des contrats conclus en méconnaissance du principe de la concurrence. De son côté, le bureau d'ingénieurs et architectes a contesté que sa mission ait été modifiée de manière substantielle en telle sorte qu'une remise en concurrence n'était pas nécessaire.

Pour trancher le litige, le Tribunal de première instance du Limbourg a examiné concrètement le projet initial et son évolution, concluant qu'une modification substantielle de la mission était intervenue. Le Tribunal a considéré qu'une telle modification entraînait la mise en place d'une nouvelle procédure d'appel d'offres et ce, en vertu de dispositions intéressant l'ordre public. Toutefois, le Tribunal n'en tire pas les conséquences auxquelles on aurait pu s'attendre au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, le bureau d'architectes et d'ingénieurs a fait valoir que la sanction de déclaration d'absence d'effets ne pouvait plus être prononcée et le Tribunal constatant que la Ville n'explicitait pas pour quel autre motif les contrats litigieux devaient être

³⁰² Civ. Limbourg, 18 octobre 2021, R.G. n°19/818/A, inédit.

annulés a déclaré la réclamation non fondée. Cette décision est donc contestable au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Section 2. Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 octobre 2021³⁰³

Hasard du calendrier, le même jour, la Cour d'appel de Bruxelles a tranché un litige opposant une entreprise de construction à la Communauté française à propos d'un marché de travaux d'extension des Archives et du Musée de la Littérature à Bruxelles pour un budget de plus de 2 millions d'euros. Après avoir organisé pendant un an, encore selon la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, une mise en concurrence par lots selon plusieurs procédures successives, la Ministre de la Culture décide finalement de renoncer au projet. Une décision en ce sens est prise le 22 décembre 2011. Le problème réside dans le fait que, à peine un mois plus tôt, la procédure d'attribution avait été menée à son terme et que, dans la foulée, sans qu'il ne soit tenu compte, par l'administration, de la décision d'abandon prise par la Ministre, l'entrepreneur s'est vu formellement notifier l'attribution du marché.

Ce dernier, excipant de l'article 1794 de l'ancien Code civil³⁰⁴ considère que la résiliation unilatérale du contrat conclu lui ouvre un droit à être indemnisé à concurrence d'une perte qu'il évalue à quelques 258.434 euros. De son côté, la Communauté française estime que le contrat est nul de plein droit en raison des irrégularités commises dans le cadre du processus d'attribution. En l'occurrence, les modifications substantielles apportées au marché lors de la négociation avec l'entrepreneur impliquaient une nouvelle mise en concurrence.

La Cour d'appel de Bruxelles a donné raison à la Communauté française en se référant explicitement à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 qu'elle synthétise comme suit :

« La Cour de cassation a ainsi jugé le 22 janvier 2021 selon des motifs que la cour s'approprie (Cass., 22 janvier 2021, C.19.0303.N, et concl. Prem. Avocat Gén. MORTIER, disponible sur www.juportal.be) :

- en vertu des articles 6 et 1108 du Code civil, un contrat est nul et ne peut ne peut être d'aucun effet, lorsqu'il méconnaît des dispositions d'ordre public,
- la réglementation qui a trait aux intérêts fondamentaux de l'État ou de la collectivité ou qui, en droit privé, établit le fondement juridique de l'ordre économique ou moral, a trait à l'ordre public. Un contrat conclu en méconnaissance des règles d'égalité et de transparence, méconnaît des règles d'ordre public,
- un contrat attribué directement par une entité publique à un opérateur privé, en méconnaissance des principes d'égalité et de transparence, établi une situation contraire à l'ordre public et est nul, à défaut de cause³⁰⁵ licite dans l'obligation. »

³⁰³ Bruxelles, 18 octobre 2021, R.G. n°2014/AR/2697, *M.C.P.*, 2021/4, p. 572 et s., obs. I. COOREMAN et P. THIEL.

³⁰⁴ L'article 1794 de l'ancien Code civil dispose que « [l]e maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise ».

³⁰⁵ Rappelons que les termes exacts utilisés par la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 janvier 2021, paragraphe 7, sont : « *Een overeenkomst heeft een ongeoorloofd voorwerp wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of*

Concrètement, la Cour d'appel de Bruxelles tranche, tout d'abord, positivement³⁰⁶ la question de savoir s'il y avait eu modification substantielle du marché sans mise en concurrence. Partant, la Cour considère qu'il avait eu une « violation des fondamentaux du droit des marchés publics [...] entraînant la nullité absolue du contrat » de sorte que le pouvoir adjudicateur « [devait] opposer l'exception de l'illégalité à une demande qui serait issue de ce contrat » et que la demande d'indemnisation formulée par l'entrepreneur, fondée sur la rupture dudit contrat nul, doit être rejetée.³⁰⁷

La Cour ajoute encore que l'entrepreneur partie à un tel contrat participe à la faute commise tout autant que le pouvoir adjudicateur et que l'annulation du contrat met fin à celui-ci pour l'avenir tout en effaçant les effets produits ce qui implique, le cas échéant, c'est-à-dire si le contrat a connu un début d'exécution, des restitutions réciproques.

Nous le constatons, sous la seule réserve que la Cour d'appel de Bruxelles semble se méprendre en indiquant curieusement que la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 janvier 2021, aurait estimé qu'un contrat conclu en violation des principes de transparence et d'égalité de traitement n'a pas de « cause » licite, alors même que la Cour de cassation a considéré qu'il y avait défaut « d'objet » licite, cette décision s'inscrit dans la veine de la jurisprudence en vertu de laquelle l'obligation de mise en concurrence et le principe d'égalité de traitement constituent des principes fondamentaux de la réglementation des marchés publics dont la violation entraîne la nullité absolue du contrat conclu à leur mépris.

Conclusion

Nous avons vu que les autorités publiques sont amenées à conclure des contrats. Lorsque l'intérêt général est poursuivi, le contrat est conclu en dérogation aux règles de droit privé qui ne trouvent alors à s'appliquer qu'à la condition qu'une règle de droit administratif n'y fasse pas échec. Il est à cet égard nécessaire d'opérer une qualification juridique exacte de chaque opération de manière à identifier quelle réglementation trouve à s'appliquer.

in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen. Krachtens de artikelen 6 en 1108 Oud Burgerlijk Wetboek is een dergelijke overeenkomst nietig en kan zij geen gevolg hebben. De wetgeving die de wezenlijke belangen van de Staat of de gemeenschap raakt of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust, betreft de openbare orde. » et, aux termes de son paragraphe 10, « Hieruit volgt dat een overeenkomst waarin een aanbestedende dienst van een lidstaat rechtstreeks en dus met miskennis van voornoemd gelijkheids- en transparantiebeginsel aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een dienstenconcessie gunt met een duidelijk grensoverschrijdend belang, een toestand doet ontstaan die in strijd is met de openbare orde en bijgevolg volstrekt nietig is bij gebrek aan geoorloofd voorwerp » (nous soulignons).

³⁰⁶ La Cour constate que plusieurs lots sont fusionnés et que l'attributaire ne se verra plus imposer des sous-traitants ce qui modifie le risque de responsabilité et de coordination. La Cour considère que le risque est un paramètre essentiel d'un marché. Sa modification est une modification substantielle des conditions initiales du marché qui qualifie un nouveau marché devant faire l'objet d'une mise en concurrence.

³⁰⁷ Points 25 et 27, respectivement, de l'arrêt.

En tout état de cause, qu'ils figurent expressément dans la réglementation ou non, les autorités publiques sont astreintes, dans l'accomplissement de leurs missions, au respect de différents principes dont certains relèvent de l'ordre public, c'est-à-dire qui touchent aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité. S'agissant de la conclusion des contrats publics, nous nous sommes intéressés aux principes de mise en concurrence, pierre angulaire du droit de la commande publique, d'égalité et de transparence.

Ces principes relevant de l'ordre public, les enjeux liés aux commandes publiques dépassent largement les intérêts privés des opérateurs particuliers. C'est avant tout l'intérêt général qu'il convient de préserver en s'assurant du respect, par les autorités publiques de ces principes d'ordre public et ce, à travers la mise en place de mécanismes préventifs ou de réparation.

Parmi ces mécanismes, figure la possibilité de soumettre à un juge la question de la régularité d'un contrat public et ce à travers un contentieux objectif portant sur l'acte détachable que constitue la décision prise par l'autorité publique de conclure le contrat. A ce propos, nous avons vu que l'articulation du contrôle de l'action administrative entre les ordres juridictionnels administratif et judiciaire est particulièrement complexe lorsqu'il est question de commande publique. Si la théorie de l'acte détachable permet au Conseil d'État de connaître de la régularité d'une commande publique soumise à sa censure, en revanche, une fois conclu, elle ne permet pas au Conseil d'État de prononcer son annulation.

Ainsi, se pose la problématique des répercussions d'un arrêt d'annulation de l'acte unilatéral de conclure un contrat et plus généralement le constat de l'irrégularité de cet acte, sur le contrat lui-même. Sur cette problématique, constatant qu'il n'existait pas en droit public et administratif belge de théorie générale portant sur la nullité des contrats publics, nous avons constaté que la doctrine et la jurisprudence, notamment sur la base de la théorie de l'acte détachable, puis à travers des emprunts à la théorie civiliste des nullités ou encore à travers une approche sous l'angle du droit public ont proposé des solutions diverses qui ont par ailleurs évolué dans le temps.

A cet égard, nous avons pu constater qu'il n'a pas été évident que soit admis que l'irrégularité d'une décision de l'autorité publique à la suite de la méconnaissance des principes d'égalité et de concurrence ait des conséquences sur le contrat lui-même. Cette réticence dépassée, l'évolution s'est encore révélée différente selon que la partie qui invoque la nullité au contrat est ou non tiers audit contrat. En tout état de cause, force nous a été de constater que s'il se marquait effectivement une nette évolution en faveur de l'admissibilité de la mise en cause de la régularité des contrats publics par les tiers conduisant le cas échéant à l'annulation du contrat, il n'existait pas de justification unanimement admise à l'appui de cette solution.

Le caractère d'ordre public des principes constatés *supra* se révèle particulièrement important. En effet, d'une part, la notion d'ordre public figure parmi les conditions de validité des contrats et est à ce titre mobilisée par les tenants de la théorie des nullités et, d'autre part, constitue la pierre angulaire de l'approche dite de droit public. Ainsi, selon les tenants de l'approche civiliste, la violation des principes d'ordre public de concurrence et d'égalité affecte tantôt la cause ou l'objet du contrat, voire le consentement d'une des parties. Selon les tenants de l'approche dite de droit public, une violation de ces principes entraîne automatiquement la nullité du contrat, après un

test d'ordre public direct de l'accord conclu hors concurrence, sans que cet accord doive être testé à l'aune des conditions de validité.

Nous avons également constaté que sous l'impulsion du droit européen, un mécanisme spécifique, applicable uniquement à certains marchés et certaines concessions, avait été mis en place afin de garantir une meilleure protection juridique. Il s'agit du mécanisme de la déclaration d'absence d'effets. Nous avons vu que l'articulation de ce régime avec la sanction de nullité suscitait également un débat.

C'est dans ce contexte qu'intervient l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021. Celui-ci emporte de nombreux enseignements :

- Le caractère d'ordre public des principes d'égalité et de transparence pour assurer la concurrence :

Selon la Cour de cassation, l'obligation de respecter le principe d'égalité et de transparence contenue dans les articles 49 et 56 TFUE, afin de sauvegarder une concurrence loyale, constitue une base juridique pour l'ordre économique et moral de la société qui s'impose au maître d'ouvrage.

Il s'en déduit qu'une telle violation peut être invoquée par un tiers. A ce propos, la Cour de cassation a clairement indiqué que la décision, dont la cassation était demandée, n'était pas légalement motivée, notamment en ce qu'il avait retenu que le tiers ne pouvait invoquer la nullité du contrat litigieux. Une telle violation doit être soulevée d'office par le juge, ce que relève justement la Cour d'appel de Bruxelles le 18 octobre 2021.³⁰⁸

- La sanction de la nullité du contrat est prononcée suite à un test³⁰⁹ du contrat à l'aune des conditions de validité du contrat (théorie civiliste des nullités) en l'occurrence celle de l'objet :

Selon la Cour, un contrat a un objet illicite s'il a pour but de créer ou de maintenir une situation contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. En vertu des articles 6, devenu 2, et 1108 de l'ancien Code civil, un tel contrat est nul et ne peut produire aucun effet.

- Le contrat doit être annulé à moins qu'il ne soit constaté qu'il n'y avait pas d'acteur du marché potentiellement intéressé ou que des raisons impérieuses d'intérêt général rendent la sanction inappropriée.

Par cette décision, la Cour précise bien que la sanction qui s'attache au constat d'une illicéité de l'objet d'un contrat public tenant à la méconnaissance des principes d'égalité et de transparence est la nullité du contrat.

³⁰⁸ Bruxelles, 18 octobre 2021, précité, p. 26.

³⁰⁹ S. FEYEN et J. MOSSELMANS, « *Raakt uw overheidscontract (over) de openbare (h)orde?* » in *Chronique des Marchés Publics 2020-2021*, Bruxelles, EBP, 2021, p. 1019-1064

Toutefois, la Cour impose au juge de procéder à un constat préalable tenant à l'absence d'acteur potentiellement intéressé ou à l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général. En imposant ce double contrôle, la Cour de cassation semble tenir compte de la nature publique de l'une des parties et des buts qu'elle poursuit éventuellement pour, certes, appliquer le droit privé, mais néanmoins avec une influence du droit public.³¹⁰

Cette solution converge avec celle qui est prévue à l'article 5.57, alinéa 2 du nouveau Code civil, évoquée *supra*, et qui dispose que « [t]outefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ».

- L'arrêt commenté ne se prononce pas explicitement sur la question de l'articulation entre le régime de la déclaration d'absence d'effets et le régime de droit commun.

Nous le constatons, toutes ces questions demeurent délicates. Les enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 sont d'ailleurs encore diversement appréhendés lorsque, par exemple, doctrine³¹¹ ou jurisprudence³¹² affirment que ce serait le « défaut de cause licite » qui justifierait l'annulation du contrat, voire totalement ignorés³¹³. Certains ne paraissent pas totalement convaincus par cet arrêt, estimant que la Cour donne une portée trop large à la notion d'objet et que ce serait toujours³¹⁴ sous l'angle du consentement qu'il y aurait lieu d'appréhender la problématique³¹⁵ ou encore qu'il est étrange qu'un contrat contraire à l'ordre public puisse être aussi bien totalement nul que non totalement nul³¹⁶.

Quoi qu'il en soit, si cet arrêt apporte des éclaircissements décisifs, des zones d'ombres demeurent. Les commentaires déjà publiés en font tous le constat, quoique de façons diverses, insistant sur tel aspect de la problématique ou soulignant que tel autre mériterait d'être éclairci.

Ainsi on peut certes mettre en évidence les enseignements de l'arrêt à propos du caractère non automatique et souhaitable de la sanction de nullité et à la part active que doit prendre le juge dans l'énoncé de la sanction dans une approche plus équilibrée de la théorie des nullités³¹⁷ ou encore souligner les perspectives qui s'ouvrent indubitablement pour les marchés publics qui échappent à la protection juridique spécifique des marchés publics et des concessions, pour lesquels la sanction de nullité de droit commun peut être appliquée sans contestation.³¹⁸

³¹⁰ K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *op. cit.*, p. 137.

³¹¹ P. THIEL, « La nullité des contrats publics », *M.C.P.*, 2021/1, p. 5.

³¹² Bruxelles, 18 octobre 2021, précité, p. 9.

³¹³ Civ. Limbourg, 18 octobre 2021, R.G. n°19/818/A, inédit (cf. *supra*).

³¹⁴ Nous ne voyons pas que l'arrêt du 22 janvier 2021 empêche que soit invoqué, le cas échéant, le vice de consentement.

³¹⁵ P. GOFFAUX, « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », *op. cit.*, p. 867 et 868.

³¹⁶ S. VERHOEVEN et A. VERSHAVE, « *Schending van het gelijkheidsbeginsel bij overheidscontracten: (niet altijd) absoluut nietig?* », *T.B.O.*, 2021, liv. 4, p. 273.

³¹⁷ M. MEIRLAEN, « *Nietigheid moet wenselijk zijn* », *N.J.W.*, 2021, liv. 441, p. 350 à 352 et D. WILLEMS, « *Dading die de sluiting van een nieuw overheidscontract inhoudt: sancties op maat in privaats- en publiekrecht* », *op. cit.*, p. 1003.

³¹⁸ D. WILLEMS, *op. cit.*, p. 1003 et s.

Cela n'empêche pas de continuer à s'interroger sur la manière de prendre en considération l'objectif de la norme lors du contrôle du caractère approprié de la sanction de nullité, sur la manière de vérifier qu'aucun opérateur économique « potentiellement intéressé » n'était disponible, sur ce qu'il faut entendre exactement par opérateur économique potentiellement intéressé³¹⁹ ou encore plus généralement sur l'articulation des différents régimes³²⁰.

En tout état de cause, en confirmant que les principes de concurrence et d'égalité intéressent la collectivité dans son ensemble et touchent à l'ordre public de sorte que leur violation lors de la conclusion d'un contrat public entraîne une situation qui lui est contraire, la Cour de cassation, par son arrêt du 22 janvier 2021, conforte définitivement les tiers dans leur droit de se plaindre d'un contrat public illégal. Certes, il y aura encore un débat sur la sanction appropriée à appliquer à un contrat déclaré illégal en raison de son objet illicite, néanmoins, les tiers ne pourront plus être cantonnés dans un rôle d'observateur impuissant. L'évolution va en faveur d'une protection juridictionnelle effective³²¹ accrue des tiers, ce que nous estimons favorable.

³¹⁹ S. FEYEN et J. MOSSELMANS, *op. cit.*, p. 1019-1064.

³²⁰ S. VERHOEVEN et A. VERSHAVE, *op. cit.*, p. 276.

³²¹ K. WAUTERS, « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *op. cit.*, p. 140.

Bibliographie

Réglementation

Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, modifiée par la directive 2007/66/CE, *J.O.C.E.*, L 395, 30 décembre 1989.

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.*, L 134, 30 avril 2004.

Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.U.E.*, L 318, 17 novembre 2006.

Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *J.O.U.E.*, L 335, 20 décembre 2007.

Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *J.O.U.E.*, L 94, 28 mars 2014.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *J.O.U.E.*, L 94, 28 mars 2014.

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *J.O.U.E.*, L 94, 28 mars 2014.

Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016.

Loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, *M.B.*, 14 juillet 2016.

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.

Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 14 février 2016.

Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 mai 2017.

Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, *M.B.*, 23 juin 2017.

Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, *M.B.*, 29 juin 2017.

La loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

La loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°55-1805/001.

Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°55-1806/001.

Doctrines

ANDERSEN, R. et WAUTERS, K., « L'acte détachable en matière contractuelle et le Conseil d'État » in P. Foriers, R. Jafferli, E. Van den Haute, *Entre tradition et pragmatisme, Liber amicorum P. A. Foriers*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

BATSELE, D., MORTIER, T. et YERNA, A., *Réussir ses marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2015.

BEHRENDT, C. et VRANCKEN, J., « Les juridictions judiciaires, administratives et constitutionnelles et leur place au sein de l'architecture fédérale de l'ordre juridique belge » in *Principes de Droit constitutionnel belge*, 2^e éd., Bruxelles, la Charte, 2021, p. 615 et s.

BELLEFLAMME, F., « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011/3, p. 259 à 275.

BELMESSIERI, M., « Les mesures de protection juridictionnelle des candidats et soumissionnaires évincés d'une procédure de marché public - armes redoutables ou factices ? », *C.D.P.K.*, 2017, p. 2 à 47

BOUVIER, Ph., BORN, R. CUVELIER, B. et PIRET, F., « Les juridictions administratives spéciales » in *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 355 à 366

BOUVY, A.-S., « La place des juridictions administratives régionales et communautaires dans la Belgique fédérale », *R.B.D.C.*, 2015/2, p. 215 à 264

CABUY, Y., DEREAU, G., DOR, V., DUPREZ, B., LIBERT, Y., PAIVA, I., THIEL, P., VASTMANS, M., *Le droit des marchés publics en Belgique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2019.

CORNELIS, L., *Openbare orde. Liber amicis*, Anvers, Intersentia, 2019.

CULOT, H., DE CORDT, Y., JACQUEMIN, H. et LEONARD, Th., « Le droit européen de la concurrence », in *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 1999.

DE KONINCK, C., « *Over de noodzaak om tijdig een beroep in te stellen: eVigilo en Grossmann zeggen Labonorm de wacht aan!* », *Entr. et dr.*, 2020/1, p. 78 à 86.

DE KONINCK, C., FLAMEY, P. et RONSE, K., *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2007.

DE KONINCK, C., « *De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachtenovereenkomsten – Een status quaestionis* », *Entr. et dr.*, 2020/3, p. 270 et s.

DE LEVAL, G. et BOULARBAH, H., *Droit judiciaire*, t. 2, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 235 à 281.

DELVAUX, A., *Actualités en droit de la construction*, Limal, Anthemis, 2020, p. 81 et s.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962.

DERENNE, J., « La protection du tiers lésé par l'octroi illégal d'une aide d'État à son concurrent : une concurrence déloyale fondée indirectement sur une violation du droit européen », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/7, p. 922 et s.

DE ROY, D., « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution: de la vision d'apocalypse à la juste mesure », *R.C.J.B.*, 2009, p. 59.

DESMECHT, C., « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », *R.G.D.C.*, 2006, liv. 5, 2.

DUPONT, M., « Nullité absolue et nullité relative », in P. Wéry (dir.), *La nullité des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2006, n^{os} 16 et s., p. 59 et s.

DURVIAUX, A. L., « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », *J.T.*, 2004.

DURVIAUX, A. L., *Précis de droit des marchés publics*, Bruxelles, la Charte, 2014.

DURVIAUX, A. L., « Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 22 juillet 2016 », *M.C.P.*, 2017/2, p. 197 à 212.

ERVYN, G., « L'obligation européenne de transparence. L'application des principes généraux de droit européen aux contrats et actes qui ne sont ni des marchés publics, ni des concessions » in C.-H. De La Vallée Poussin et M. Villain (eds.), *Aux frontières des marchés publics. Réflexions sur*

les limites du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 297 à 340.

EYBEN, C., « L'adage *Quae temporalia...* et les contrats partiellement exécutés : un régime juridique belge qui prend ses distances du régime juridique français », *R.G.D.C.*, 2022/3, p. 142 et s.

FEYEN, S. et MOSSELMANS, J., « *Raakt uw overheidscontract (over) de openbare (h)orde?* » in *Chronique des Marchés Publics 2020-2021*, Bruxelles, EBP, 2021, p. 1019 à 1064.

FLAMME, M.-A., *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969.

FLAMME, M.-A., *Droit administratif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1989.

FLAMME, M.-A., « Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Le sort des contrats irrégulièrement conclus – Comment assurer l'efficacité des recours juridictionnels? – Les modalités du futur standstill », *Entr. et dr.*, 2002, p. 120 et s.

FLAMME, M.-A. et FLAMME, Ph., « Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant. Quel sort pour les contrats irrégulièrement conclus ? », *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1007 à 1024.

FLAMME, M.-A., « De la mutabilité des contrats administratifs – et notamment des marchés publics – de sa mise en œuvre largement discrétionnaire et des limites que lui impose le respect de l'égalité dans la concurrence », *Entr. et dr.*, 2007, p. 140 à 148.

GERMAIN, J.-F. et VANDERSTRAETEN, M., « Les régimes de nullités des marchés publics », in P.-O. de Broux, T. Léonard, B. Lombaert et J. Van Meerbeeck (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthémis, 2019, p. 363 et s.

GOFFAUX, P. et LUCAS, M., « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'État de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, p. 56 et s.

GOFFAUX, P., « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat: l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *A.P.T.*, 2009/3, p. 191 et s.

GOFFAUX, P., *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015.

GOFFAUX, P., « Acte détachable », *M.C.P.*, 2020/1, p. 621 et s.

GOFFAUX, P., « Le droit administratif belge n'est pas un droit dérogatoire au droit commun », *R.I.E.J.*, 2020/2, p. 205 et s.

GOFFAUX, P., « L'acte administratif détachable du contrat, entre fiction et réalité », in G. Collard, F. Murlon Beeranert et D. Szafran, (eds.). *Hommage d'exception à un esprit libre, Liber amicorum X. Dieux*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 851 et s.

GOSSELIN, F. et N. VAN LAER, N., « Jurisprudence commentée : le parcours du soumissionnaire irrégulièrement évincé d'une procédure de marché public : une voie sans issue ? Commentaire de l'arrêt de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 15 juin 2000, en cause Feyer - Formanova c/ commune de Keerbergen, n°87.983 », *A.P.T.*, 2002, p. 154 à 168

HANNEQUART, Y. et DELVAUX, A., « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages et intérêts », *Entr. et dr.*, 1998, p. 312 et s.

JAFFERALI, R., « La rétroactivité dans le contrat », Bruxelles, Bruylant, 2014.

JANSSENS, O., « La formation du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », in P. Bazier, A. Cataldo, P. Colson, M. Dupont, F. George, P. Goffioul, M. Higny, R. Jafferali, O. Janssens, Y. Ninane, A. Rigolet, F. Standaert, *Droit des obligations, le nouveau livre 5 du Code civil*, Pli juridique, Limal, Anthemis, 2022, p. 57 et s.

LAGASSE, D., « Pouvoir discrétionnaire d'appréciation et contrôle des motifs des actes de l'administration en matière d'urbanisme et d'environnement », *Amén.*, 2000, n° spécial, p. 79 et s.

LEWALLE, P., « Les règles non écrites dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir. Les principes généraux du droit », *Rev. Adm.*, n° spécial, 1999, p. 30 à 47.

LOMBAERT, B., TULKENS, F. et VAN DER HAEGEN, A., « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. Dumont, P. Jadoul et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, La Charte, 2007, p. 19.

LOMBAERT, B., « La réglementation des marchés publics : "loi d'ordre public" en cassation ? », *A.P.T.*, 2013, liv. 1, p. 121 à 124.

MEIRLAEN, M., « *Nietigheid moet wenselijk zijn* », *N.J.W.*, 2021, liv. 441, p. 350 à 352.

MOÏSES, F. SIMAR, R., « L'action en cessation et les marchés publics », *Entr. et dr.*, 2011, p. 150 et s.

MOÏSES, F. et SIMAR, R., « Contentieux des marchés publics, pratiques déloyales et actions en cessation », in *Chronique des Marchés publics 2010/2011*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 206 et s.

MOÏSES, F. et VANDEBURRIE, A., « L'application de la réglementation des marchés publics aux opérations immobilières des pouvoirs publics et aux P.P.P. immobiliers », *M.C.P.*, 2011, p. 411 à 434.

- MONTERO, E., *Droit des obligations II, Tome I- Le contrat : notion et formation*, cours destiné aux étudiants de Baccalauréat en Droit 2018-2019.
- MOUGENOT, D., « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, T. XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019.
- NIHOUL, P., *Éléments de droit public de l'économie*, Bruxelles, Larcier, 2017.
- PÂQUES, M., *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story Scientia, 1991.
- PEERAER, F., « La nullité du contrat », in P. Jadoul, *Obligations : Traité théorique et pratique*, II.1.4, 2019, p. 189 et s.
- PEERAER, F., « *Nietigheid* », in Th. Vansweevelt et B. Weyts (éds), *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 483 et s.
- REMION, F.-M., « Le Conseil d'Etat et les marchés de l'administration », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1960, p. 470 à 474.
- RENDERS, D., *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2019.
- RENDERS, D., DELFORGE, C. et POLET, K., *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.
- RENDERS, D. et GORS, B., *Le conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2020.
- RENDERS, D. et GORS, B., « Conseil d'État », *Rép. not.*, t. XIV, *Le droit public et administratif*, Livre 4, Bruxelles, Larcier, 2020, n°7.
- RENDERS, D., « Pour une révision du système de protection juridictionnelle en droit des contrats publics », *M.C.P.*, 2022/1, p. 9 à 11.
- ROMBAUX, E., « Urgence contentieuse et droit administratif », *Pli juridique*, 2021, n°56.
- SAMBON, J. et BORN, Ch.-H., *Actualités choisies en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Limal, Anthemis, 2021, p. 279 à 453.
- SOHIER, J., *Manuel de procédure devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Kluwer, 2014.
- THIBAUT, E. et THIEL, P., « Chronique de jurisprudence du Conseil d'État et judiciaire », *M.C.P.*, 2016/1, p. 30 et s.
- THIEL, P., *Mémento des marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2008.

THIEL, P., *Mémento des marchés publics et des PPP, Tome I : Commentaire*, Bruxelles, Kluwer, 2022.

THIEL, P., « La nullité des contrats publics », *M.C.P.*, 2021/1, p. 5 à 7.

THUNIS, X., *Théorie générale de la faute*, vol. 2, in *Responsabilités - Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 21 et s

VANDERMEEREN, G., « La commande publique d'équipement urbain », in *Chronique des Marchés Publics 2019-2020*, Bruxelles, EBP, 2020, p. 401 à 418.

VANDERMEEREN, G., « Réflexions sur les actions en cessation relatives aux commandes publiques » in *Chronique des Marchés Publics 2020-2021*, Bruxelles, EBP, 2021, p. 419 à 432.

VANDERSTRAETEN, M., « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d'attribution des marchés publics », in *Chronique des marchés publics*, 2015-2016, Bruxelles, EBP, 2016, p. 917 à 942.

VANDERSTRAETEN, M., « Acte préparatoire », *M.C.P.*, 2020, n°1, p. 13 à 14.

VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Antwerpen, 1969, 73, n°26 et s.

VAN GERVEN, W., « *Beleidsvereenkomsten* », *Academiae Analecta*, 1984, 63, n°5.

VAN KRUCHTEN, I. et VISEUR, F., « Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés public », in *Les principes généraux de droit administratif, actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 722 et s.

VAN MEERBEECK, J., « Repenser la théorie moderne des nullités », in C. Delforge et J. Van Meerbeeck (coord.), *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthémis, 2017, p. 7 et s.

VASTMANS, M. et DONY, C., « L'action en cessation ou le moyen d'empêcher un opérateur économique de participer à un marché public ou de l'exécuter » in *Chronique des Marchés Publics 2017-2018*, Bruxelles, EBP, 2018, p. 581 et s.

VERHOEVEN, S. et VERSCHAVE, A., « *Schending van het gelijkheidsbeginsel bij overheidscontracten: (niet altijd) absoluut nietig?* », *T.B.O.*, 2021, liv. 4, p. 270 à 277.

WAUTERS, K., « *Rechtbescherming en overheidsovereenkomsten. De preventieve en jurisdictionele rechtsbescherming bij de gunning van overheidsovereenkomsten in Nederland, Frankrijk en België en de mogelijke invloed van de rechtspraak van de Hof van Justitie* », Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2009.

WAUTERS, K. et CAMBIER, T., « Illégalité de l'acte détachable : quels sont les effets une fois le contrat conclu ? » in J.-F. Van Drooghenbroeck, *Le temps et le droit*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 607 et s.

WAUTERS, K. et CAMBIER, T., « L'annulation des concessions domaniales », *Rev. prat. im.*, 2015/3, p. 175 et s.

WAUTERS, K., « *De leer van de afspitsbare rechtshandeling: ook tepasselijk na de gunning van de overhagedsovereenkomst ?* », *Entr. et dr.*, 2017, p. 326 à 349.

WAUTERS, K., « La qualification du contrat », *M.C.P.*, 2017/2, p. 157 à 160.

WAUTERS, K. et PERCY, A., « Le visage contractuel de l'administration » in *Les visages de l'État*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 821 et s.

WAUTERS, K., « Un recours juridique à plusieurs vitesses », *M.C.P.*, 2019/3, p. 165 à 169.

WAUTERS, K., « Nullité du contrat », *M.C.P.*, 2020/1, p. 117 et s.

WAUTERS, K., « Acte mixte : une nouvelle catégorie d'actes juridiques administratifs », *M.C.P.*, 2020/3, p. 369 et s.

WAUTERS, K., « Les marchés et les contrats publics dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2021, p. 390 et s.

WAUTERS, K., « *Maakte het Hof van Cassatie een einde aan het 'parcours du combattant'?* », *M.C.P.*, 2022/2, p. 129 et s.

WAUTERS, K. et SAITOVA, E., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction*, Limal, Anthemis, 2021.

WERY, P., *Droit des obligations, vol. 1 : Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

WILLEMS, D., « *Dading die de sluiting van een nieuw overheidscontract inhoudt: sancties op maat in privaats- en publiekrecht* », *R.W.*, 2021-22, liv. 25, p. 1000 à 1005.

X, « *Miskenning van het principe van de mededinging* », note de la rédaction sous Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, *Entr. et dr.*, 2021/3, p. 273 et s.

Jurisprudence

C.J.C.E., arrêt *Alcatel Austria AG*, 28 octobre 1999, C-81/98, EU:C:1999:534.

C.J.C.E., arrêt *Teckal*, 18 novembre 1999, C-107/98, EU:C:1999:562.

C.J.C.E., arrêt *Telaustria*, 7 décembre 2000, C- 324/98, EU:C:2000:669.

C.J.C.E., arrêt *Concordia*, 17 septembre 2002, C-513/99, EU:C:2002:495.

C.J.C.E., arrêt *CAS Succhi di Frutta*, 29 avril 2004, C-496/99, EU:C:2004:236.

C.J.C.E., arrêt *Stadt Halle*, 11 janvier 2005, C-26/03, EU:C:2005:5.

C.J.C.E., arrêt *Parking Brixen*, 13 octobre 2005, C-458/03, EU:C:2005:605.

C.J.C.E., arrêt *Commission c. République française*, 20 octobre 2005, C-264/03, EU:C:2005:620.

C.J.C.E., arrêt *Anav*, 6 avril 2006, C-410/04, EU:C:2006:237.

C.J.C.E., arrêt *Pressetext*, 19 juin 2008, C-454/06, EU:C:2008:351.

C.J.U.E., arrêt *Commission c. Irlande*, 18 novembre 2010, C-226/09, EU:C:2010:697.

C.J.U.E., arrêt *Belgacom*, 14 novembre 2013, C-221/12, EU:C:2013:736.

C.A., 6 octobre 1994, n°71/94, *M.B.*, p. 27410.

C.A., 19 janvier 2005, n°14/2005, *M.B.*, 31 janvier 2005.

C.E., 24 octobre 1949, n°137, *Grisar*.

C.E., 13 octobre 1992, n°40.734, *Egta Contractors*.

C.E. (13^e ch.), 22 février 2005, n°141.040, *Close*.

C.E. (ass. gén.), 2 décembre 2005, n°152.173, *sa Labonorm*.

C.E. (6^e ch.), 3 juillet 2007, n°173.079, *sa Coditel Brabant*.

C.E. (13^e ch.), 25 septembre 2007, n°174.694, *Rudelopt*.

C.E. (15^e ch.), 22 novembre 2007, n°177.029, *sa Telenet Bidco*.

C.E. (12^e ch.), 22 mai 2008, n°183.265, *nv Belgacom*.

C.E. (12^e ch.), 27 novembre 2008, n°188.272, *nv Belgacom*.

C.E. (8^e ch.), 16 décembre 2010, n°209.843, *sprl Étude Me Jacques Andrianne*.

C.E. (6^e ch.), 2 mai 2011, n°212.886, *sa La Renaissance*.

C.E. (6^e ch.), 18 novembre 2011, n°216.344, *sprl Signal Engineering*.

C.E. (12^e ch.), 2 mai 2012, n°219.116, *sa Belgacom*.

C.E. (6^e ch.), 26 novembre 2012, n°221.510, Ville de Namur.

C.E. (6^e ch.), 8 juillet 2013, n°224.298, sa Besix Group.

C.E. (9^e ch.), 7 novembre 2013, n°225.385, nv Kinopolis Mega.

C.E. (6^e ch.), 21 janvier 2014, n°261.143, srl Borinage Hauts-Pays Logements.

C.E. (6^e ch.), 7 mai 2014, n°227.302, sa Socogetra.

C.E. (9^e ch.), 26 mai 2014, n°227.535, nv Belgacom.

C.E. (6^e ch.), 2 février 2015, n°230.070, sa Carmeuse.

C.E. (6^e ch.), 29 octobre 2015, n°232.776, srl Lopital Belgie.

C.E. (14^e ch.), 23 décembre 2015, n°233.355, sa Kinopolis Mega.

C.E. (12^e ch.), 29 novembre 2016, n°236.575, nv Bombardier.

C.E. (6^e ch.), 1^{er} décembre 2016, n°236.642, srl Clear Channel Belgium.

C.E. (6^e ch.), 27 février 2017, n°237.496, srl Animal Pest Control.

C.E. (6^e ch.), 13 avril 2017, n°237.939, scrp Intermediance & partners.

C.E. (8^e ch.), 27 avril 2017, n°238.032, Thirion.

C.E. (6^e ch.), 22 juin 2017, n°238.604, asbl Comité générale d'action des Marolles.

C.E. (6^e ch.), 18 janvier 2018, n°240.476, srl Instele.

C.E. (6^e ch.), 6 février 2018, n°240.674, srl Socotec.

C.E. (6^e ch.), 23 octobre 2018, n°242.755, sa Fedimmo.

C.E. (6^e ch.), 11 février 2020, n°247.038, srl P&V assurances.

C.E. (vac.) (6^e ch.), 21 février 2020, n°248.074, sa Fire Technics.

C.E. (13^e ch.), 9 avril 2020, n°247.385, Docquir.

C.E. (13^e ch.), 16 avril 2020, n°247.418, Rouyer.

C.E. (6^e ch.), 7 juin 2021, n°250.805, asbl Le Botanique.

C.E. (6^e ch.), 17 juin 2021, n°250.927, sa Nelles Frères.

C.E. (6^e ch.), 19 janvier 2022, n°252.690, sa Spie ICS Document Solutions.

C.E. (15^e ch.), 1^{er} février 2022, n°252.852, Brixhe.

Cass. 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699 ; *R.C.J.B.*, 1954, p. 251, note De Harven.

Cass. (1^{ère} ch.), 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. Van Ommeslaghe

Cass. (1^{ère} ch.), 21 octobre 1971, *Pas.*, p.174 ; *R.C.J.B.*, 1972, p.415, note F. Rigaux ; *R.W.*, 1971-1972, 1145.

Cass. (1^{ère} ch.), 18 février 1993, *Arr. Cass.*, 1993, p. 207.

Cass. (1^{ère} ch.), 8 avril 1999, R.G. n°C.98.0042.F, disponible sur www.juportal.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 19 mai 2005, R.G. n° C.03.0103.F, disponible sur www.juportal.be.

Cass. (3^e ch.), 19 mars 2007, R.G. n°C.03 0582.N, disponible sur www.juportal.be.

Cass. (3^e ch.), 21 mai 2007, R.G. n°C.06.0140.N/1, disponible sur www.jura.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 14 mars 2008, R.G. n°C.05.0380.F, disponible sur www.juportal.be ; *Pas.*, 2008, liv. 3, p. 708 ; *R.W.*, 2010-11, liv. 1, p. 21

Cass. (3^e ch.), 5 mars 2012, R.G. n°S.09.0096.F, disponible sur www.juportal.be ; *J.T.T.*, 2012, p. 243 ; *M.C.P.*, 2012, p. 63, concl. J. Génicot ; *Rev. dr. commun.*, 2013, p. 20, note G. Delannay.

Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2012, R.G. n°C.11.0738.F, disponible sur www.juportal.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 30 janvier 2015, R.G. n°C.14.0285.N, sur www.juportal.be ; *Arr. Cass.*, 2015, p. 276 ; *R.C.J.B.*, 2017, p. 189, note L. Cornelis ; *Dr. banc. fin.*, 2015, p. 260, note L. Cornelis.

Cass. (1^{ère} ch.), 21 janvier 2016, R.G. n°C.13.0235.N, disponible sur www.juportal.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 7 mai 2020, R.G. n°C.19.0423.N, disponible sur www.juportal.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 3 septembre 2020, C.19.0412.F, disponible sur www.juricaf.org ; *Entr. et dr.*, 2020/4, p. 433 à 436.

Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, R.G. n°C.19.0303.N, disponible sur www.juportal.be ; *Entr. et dr.*, 2021/3, p. 260 et s.

Proc. gén. TERLINDEN, concl. préc. Cass. (1^{ère} ch.), 12 mai 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 296.

Av. gén. J. GÉNICOT, concl. préc. Cass. (3^e ch.), 5 mars 2012, *Ch. D.S.*, 2013, p. 353 et s.

Av. gén. R. MORTIER, concl. préc. Cass. (1^{ère} ch.), 22 janvier 2021, R.G. n°C.19.0303.N, disponible sur www.juportal.be.

Bruxelles, 25 mars 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 233.

Bruxelles, 13 octobre 1998, R.G. n°97/KR/509, disponible sur www.juportal.be (somm.).

Liège, 10 mars 2009, *A.P.T.*, 2011, p. 244 et s., note F. Belleflamme.

Bruxelles, 21 avril 2010, *Entr. et dr.*, 2011/2, p. 136 à 143.

Bruxelles, 18 novembre 2011, R.G. n°2008/AR/3008, *M.C.P.*, 2012/3, p. 442 (somm.).

Bruxelles, 23 novembre 2011, *M.C.P.*, 2013/1, p. 133 (somm.) ; *T.B.P.*, 2012/9, p. 564, note F. Vandendriessche et L. Martens.

Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 96.

Gand, 6 février 2015, *Entr. et dr.*, 2016/4, p. 403 et s., note I. Cooreman et M. Lecomte.

Bruxelles, 13 novembre 2015, R.G. n°2011/AR/322 ; *M.C.P.*, 2016/1, p. 160 ; *M.C.P.*, 2017/2, p. 290.

Bruxelles, 22 juillet 2016, R.G. n°2015/AR/389 ; *M.C.P.*, 2017/2, p. 197, note A. L. Durviaux.

Anvers, 6 décembre 2017, *N.J.W.*, 2018, p. 260, note C. De Koninck.

Anvers, 18 décembre 2017, *Competitio*, 2018/2, p. 188 et s.

Bruxelles, 18 octobre 2021, R.G. n°2014/AR/2697 ; *M.C.P.*, 2021/4, p. 572 et s., obs. I. Cooreman et P. Thiel.

Civ. Namur (réf.), 12 janvier 1996, *Amén.*, 1996, p. 177, reflet J. Sambon ; *J.T.*, 1996, p. 546 ; *R.R.D.*, 1996, p. 304.

Prés. Civ. Bruxelles (réf.), 29 juillet 2004, Baele e.a. c./asbl Linkebeek Hockey Club, *Amén.*, 2005/1, p. 81.

Comm. fr. Bruxelles, 22 mars 2018, *Competitio*, 2018/4, p. 356.

Civ. fr. Bruxelles, 4 mai 2018, R.G. n°017/1957/A, *Competitio*, 2018/4, p. 362 à 377.

Civ. néerl. Bruxelles, 20 avril 2020, R.G. n°2003/9103/A, *Entr. et dr.*, 2020/3, p. 255 et s et son commentaire par C. DE KONINCK, *op cit.*, p. 270 et s.

Entr. Brabant Wallon, 22 avril 2020, *Competitio*, 2020/4, p. 355 et s.

Civ. Limbourg, 18 octobre 2021, R.G. n°19/818/A, inédit.

