

COMMISSION EUROPÉENNE

**LES MARCHÉS PUBLICS
DANS L'UNION EUROPÉENNE**

**GUIDE PRATIQUE
DES RECOURS**

*Ce guide n'engage pas juridiquement la Commission et ne représente pas
nécessairement la position officielle de celle-ci*

SOMMAIRE

1. But du guide	5
2. Règles de fond concernant les marchés publics	5
3. Seuils de valeur	6
4. Obligations et infractions	6
5. Directives "recours"	7
6. Moyens de recours devant les juridictions nationales	8
6.1 <i>Mesures provisoires</i>	8
6.2 <i>Ordonnances d'annulation et de modification</i>	8
6.3 <i>Domages-intérêts</i>	9
6.4 <i>Paiement d'amendes dissuasives</i>	10
7. Dépôt d'une plainte auprès de la Commission européenne	10
8. Autre mode de règlement des litiges	11

RECOURS

AUTRICHE	14
BELGIQUE	36
DANEMARK	54
FINLANDE	70
FRANCE	85
ALLEMAGNE	100
GRÈCE	121
IRLANDE	133
ITALIE	147
LUXEMBOURG	164
PAYS-BAS	177
PORTUGAL	190
ESPAGNE	204
SUÈDE	217
ROYAUME-UNI	232

INTRODUCTION

1. BUT DU GUIDE

Ce guide décrit les moyens de recours qui existent dans les quinze États membres en cas d'infraction aux règles communautaires relatives aux marchés publics dans leur transposition en droit national, la situation dans chaque État membre faisant l'objet d'un chapitre distinct. Il est destiné à sensibiliser les fournisseurs du secteur public et des services collectifs à ces possibilités et à leur permettre d'avoir une meilleure perception de la question. Chaque chapitre donne des indications concrètes sur les démarches que peuvent entreprendre les soumissionnaires qui estiment avoir été lésés par une infraction.

Toutefois, ce guide ne prétend pas donner une analyse juridique détaillée de toutes les solutions possibles, dans la mesure où chaque cas constitue, à l'évidence, un cas d'espèce. Les personnes s'estimant lésées auront donc intérêt à consulter un avocat, le cas échéant.

2. RÈGLES DE FOND CONCERNANT LES MARCHÉS PUBLICS

L'Union européenne (UE) a adopté, sous forme de directives, une série de dispositions législatives destinées à garantir l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire et à assurer que les fournisseurs et les prestataires de services de tous les États membres disposent d'une égalité de chances pour soumissionner et pour remporter des marchés publics. Ces règles constituent un élément important du programme de réalisation du marché unique.

Un ensemble de directives (directives "secteur public") traite des marchés passés par l'État, les collectivités locales et autres organismes de droit public. Les règles de fond concernant ces organismes de droit public ("les pouvoirs adjudicateurs") sont fixées dans les trois directives suivantes:

- a) la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (directive "fournitures")¹;
- b) la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (directive "travaux")²;

¹ JO L 199 du 9.8.1993, p. 1

- c) la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (directive "services")³.

La directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (directive "secteurs spéciaux")⁴ établit un ensemble parallèle de règles qui s'appliquent à la prestation de services collectifs par des entreprises publiques ou par des entreprises qui, bien qu'appartenant au secteur privé, exercent l'activité concernée en vertu de "droits spéciaux ou exclusifs".

3. SEUILS DE VALEUR

Les règles de passation des marchés publics s'appliquent dès lors qu'un pouvoir adjudicateur entend passer un marché dont le montant est supérieur à une certaine valeur. Les seuils de valeur sont les suivants:

- a) 5 millions d'écus (euros) pour tous les marchés de travaux (bâtiment et génie civil);
- b) 130 000 droits de tirage spéciaux (DTS) pour les contrats de fournitures et de services qui sont passés par l'administration centrale des États et font l'objet d'un accord international, l'Accord sur les marchés publics (AMP);
- c) 200 000 écus (euros) pour les marchés de fournitures et de services passés par d'autres entités de droit public (collectivités locales...);
- d) 400 000 écus (euros) pour les marchés de fournitures et de services passés par des organismes de services collectifs publics autres que les opérateurs de télécommunications;
- e) 600 000 écus (euros) pour les marchés de fournitures et de services passés par des opérateurs de télécommunications.

Les équivalents en monnaies nationales sont fixés régulièrement pour une durée de deux ans et publiés au Journal officiel des Communautés européennes.

4. OBLIGATIONS ET INFRACTIONS

Avant d'attribuer un marché dépassant le seuil applicable, le pouvoir adjudicateur est généralement tenu de faire connaître l'appel d'offres par un avis publié dans le Supplément au *Journal officiel des Communautés européennes* et d'exécuter une procédure équitable et concurrentielle en vue de la sélection de l'adjudicataire. Il y a infraction aux règles relatives aux marchés publics dans les cas suivants notamment:

² JO L 199 du 9.8.1993, p. 54

³ JO L 209 du 24.7.1992, p. 1

⁴ JO L 199 du 9.8.1993, p. 84

- a) l'avis d'appel d'offres n'est pas publié au *Journal officiel*;
- b) le pouvoir adjudicateur utilise pour le choix de son fournisseur, que ce soit au stade de la présélection ou de l'adjudication, des critères non objectifs qui font naître une discrimination entre les fournisseurs;
- c) le pouvoir adjudicateur ne précise pas ses critères de présélection et d'adjudication au début de la procédure ou les modifie a posteriori ou les applique de manière inéquitable;
- d) le pouvoir adjudicateur fixe des normes ou des spécifications techniques qui font naître une discrimination envers certains fournisseurs, par exemple des normes nationales;
- e) le pouvoir adjudicateur manque d'une autre manière à l'obligation de traiter tous les soumissionnaires à égalité.

Il ne s'agit là que d'une brève liste non exhaustive des comportements qui risquent de constituer une infraction aux règles de passation des marchés. La suite de ce chapitre aborde les moyens de recours dont disposent les soumissionnaires qui estiment avoir été lésés par une infraction de cette nature.

5. DIRECTIVES "RECOURS"

Les règles de fond relatives aux marchés publics sont adossées à deux directives qui traitent expressément des recours (collectivement appelées les directives "recours"):

- a) la 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 travaux⁵;
- b) la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications⁶.

La directive 89/665 s'applique aux marchés publics faisant l'objet des directives "fournitures", "travaux" et "services", tandis que la directive 92/13 s'applique aux marchés publics visés par la directive "secteurs spéciaux".

Les directives "recours" font obligation à chaque État membre de veiller à ce que les fournisseurs, les entreprises et les prestataires de services qui estiment avoir été lésés par

⁵ JO L 395 du 30.12.1989, p. 33

⁶ JO L 76 du 23.3.1992, p. 14

une infraction aux règles de fond disposent de moyens de recours et d'exécution efficaces. D'une manière générale, ces moyens ont été mis en place par l'adoption d'une législation nationale intégrant dans l'ordre juridique national les droits et voies de recours des personnes s'estimant lésées en vertu des règles communautaires. Les dispositions adoptées par chaque État membre sont abordées plus avant aux chapitres 2 à 16 de ce guide.

6. MOYENS DE RECOURS DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

6.1 Mesures provisoires

Les directives “recours” imposent aux États membres de veiller à ce que des mesures provisoires puissent être prises. Ainsi, les plaignants doivent avoir la possibilité d'obtenir, par voie de référé, une ordonnance de suspension de la procédure en question. Il est crucial que cette ordonnance puisse être obtenue rapidement car, dans la quasi-totalité des États membres, la décision d'adjudication ne peut être annulée une fois que le contrat correspondant a été signé. En l'absence de référé, le plaignant serait alors impuissant à empêcher la signature du contrat et n'aurait plus pour seul recours qu'une action en dommages-intérêts.

Étant donné que, d'une manière générale, la suspension provisoire ne peut être ordonnée postérieurement à la conclusion du contrat relatif au marché, il est indispensable que la personne s'estimant lésée saisisse le juge des référés dès qu'elle a connaissance de la violation supposée des règles de passation des marchés publics.

Pour obtenir une mesure provisoire par voie de référé, le plaignant doit parfois commencer par établir que son action est recevable. Mais aussi et surtout, dans la plupart des États membres, les tribunaux procèdent d'une manière ou d'une autre à une "mise en balance des intérêts". Ainsi, il se peut que le plaignant doive apporter la preuve qu'il risque de subir un préjudice grave et peut-être irréparable si l'ordonnance en référé n'est pas prononcée. De surcroît, ce préjudice doit l'emporter en gravité sur le désagrément que l'ordonnance en référé causerait au pouvoir adjudicateur et à l'intérêt public en général. De même, il arrive que le plaignant doive démontrer que le préjudice qu'il risque de subir si l'ordonnance en référé n'est pas prononcée ne pourrait être valablement réparé par l'octroi de dommages-intérêts.

6.2 Ordonnances d'annulation et de modification

Les directives “recours” prévoient également que les États membres confèrent aux juridictions nationales le pouvoir de prononcer des ordonnances d'annulation et des ordonnances de modification de documents. En ce qui concerne les mesures provisoires, les États membres ont la faculté de prévoir qu'elles ne puissent être demandées qu'avant la date de signature du contrat relatif au marché. Appelées à décider si ces ordonnances doivent être prononcées ou non, les juridictions nationales procèdent généralement à une évaluation des intérêts analogue à celle qui est effectuée pour les ordonnances en référé.

6.3 Dommages-intérêts

Les directives “recours” exigent que le plaignant puisse introduire un recours en dommages-intérêts, que le contrat relatif au marché ait été conclu ou non. Dans tous les États membres, seules les juridictions civiles de droit commun peuvent accorder des dommages-intérêts, même si la personne s'estimant lésée doit généralement saisir le tribunal administratif pour obtenir une mesure provisoire ou d'annulation. Bien que les directives “recours” ne s'étendent pas sur les principes qui régissent la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts et le montant de celles-ci, ces questions sont régies par le principe général qui veut qu'il existe des moyens de recours efficaces en cas de violation du droit communautaire. Du reste, la Cour de justice a insisté sur ce principe dans son arrêt du 5 mars 1996 dans les affaires jointes C-46/93, *Brasserie de Pêcheur* et C-48/93, *Factortame*, en déclarant que:

“la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire doit être adéquate au préjudice subi, de nature à assurer une protection effective de leurs droits”.

Sous réserve de ce principe général, les dommages-intérêts restent, dans une large mesure, à déterminer par le droit et l'usage national.

En général, celui qui demande des dommages-intérêts doit prouver que:

- a) le pouvoir adjudicateur a commis une violation des règles de passation des marchés publics;
- b) l'auteur du recours a subi un préjudice ou une perte;
- c) il existe un lien de causalité direct entre l'infraction en question et le préjudice subi.

Dans certains États membres, l'auteur d'un recours en dommages-intérêts devant les juridictions civiles n'est pas obligé de prouver la matérialité de la violation dès lors que la décision contestée a été déclarée illégale et annulée par une juridiction administrative.

Il apparaît, dans la plupart des États membres, que le soumissionnaire lésé a en principe le droit de recouvrer (en totalité ou en partie) l'un des éléments suivants ou les deux:

- a) les frais engagés pour la préparation de son offre et pour sa participation à la procédure de passation du marché (“frais d'offre”);
- b) la perte du bénéfice qu'il aurait réalisé s'il avait obtenu le marché.

L'une des questions récurrentes consiste à savoir si, pour percevoir des dommages-intérêts (ou au moins recouvrer la perte de bénéfice), le plaignant doit prouver qu'en l'absence de la violation alléguée, le marché en question lui aurait été attribué, ou s'il doit seulement démontrer qu'il avait une chance réelle de remporter le marché.

La directive “recours” 89/665 ne contient aucune précision à ce sujet, tandis que la directive 92/13 apporte certains éclaircissements sur la récupération des frais d'offre

dans les secteurs dits spéciaux, en prévoyant que, si le plaignant démontre que la violation a compromis sa “chance réelle” de remporter le marché, il a droit (au moins) à des dommages-intérêts couvrant ses frais d'offre. Dans de nombreux États membres, les principes généraux et la jurisprudence semblent indiquer que ce critère de la “chance réelle” s'appliquerait plus généralement aux demandes de dommages-intérêts introduites au titre de l'une ou l'autre des directives “recours”.

6.4 Paiement d'amendes dissuasives

L'article 2, paragraphe 1, de la directive 92/13 applicable aux services collectifs donne aux États membres la possibilité d'instaurer un recours différent de la formule classique qui associe les mesures provisoires et les ordonnances d'annulation et qui doit impérativement être offerte, en tout cas avant la conclusion du contrat. À la place de ces deux recours, les États membres peuvent légiférer pour prévoir la possibilité du paiement d'une amende dissuasive dans le cas où l'infraction ne serait pas corrigée ou évitée. Cette solution n'a été adoptée que par trois États membres: la France, le Danemark (uniquement pour les entreprises pétrolières et gazières offshore) et le Luxembourg.

7. DÉPÔT D'UNE PLAINTÉ AUPRÈS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

En plus (ou au lieu) de l'introduction d'un recours devant une juridiction nationale, les soumissionnaires ont la faculté de déposer une plainte auprès de la Commission européenne, à l'adresse suivante: 200 rue de la Loi, 1049 Bruxelles. Chargée de veiller au respect des directives relatives aux marchés publics, la Commission traite couramment des plaintes déposées par des particuliers et des entreprises.

Au titre des directives “recours”, la Commission peut faire appel à une procédure “corrective” si, avant la signature d'un contrat, elle estime qu'une violation claire et manifeste des règles communautaires de passation de marchés publics a été commise. Dans ce cas, elle notifie au pouvoir adjudicateur et au gouvernement de l'État membre concerné les circonstances de la violation présumée, en fixant à ce dernier un délai de réponse d'au moins 21 jours (secteur public) ou 30 jours (secteurs spéciaux). Concrètement, le pouvoir adjudicateur, par le biais du gouvernement, est mis en demeure de justifier sa conduite, de remédier à la violation ou de suspendre la procédure de passation du marché en question.

Si les explications ou les mesures du pouvoir adjudicateur ou du gouvernement de l'État membre ne donnent pas satisfaction à la Commission, celle-ci peut engager contre ledit gouvernement la procédure formelle prévue à l'article 169 du traité de Rome et saisir la Cour de justice des Communautés européennes (“la Cour”). À l'issue de cette procédure, la Cour peut rendre un arrêt condamnant le gouvernement en question pour manquement aux obligations lui incombant en vertu du droit communautaire. Dans les cas

particulièrement graves, la Commission peut également demander à la Cour de statuer en référé.

8. AUTRE MODE DE RÈGLEMENT DES LITIGES

En cas de litige au sujet d'une procédure de passation de marché public, il est généralement de l'intérêt des deux parties (le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire) de tenter de régler la question de manière extrajudiciaire. Le soumissionnaire a donc intérêt à faire connaître ses griefs au pouvoir adjudicateur, afin de régler la question à l'amiable. À titre d'exemple, il peut persuader le pouvoir adjudicateur de retirer une norme technique ou un critère d'adjudication discriminatoire.

Si les parties ne parviennent pas à régler le litige à l'amiable, elle peuvent tenter d'obtenir un règlement par arbitrage en s'accordant sur la nomination d'un arbitre indépendant faisant partie d'une instance arbitrale indépendante reconnue. L'adresse d'une instance arbitrale dans chaque État membre figure à l'annexe des adresses utiles qui se trouve à la fin de chaque chapitre national.

Lorsque le litige concerne un marché public attribué par un service collectif, le fournisseur peut opter pour la procédure de conciliation définie dans la directive 92/13 relative aux secteurs spéciaux. Le recours à la procédure de conciliation comprend les étapes suivantes:

- a) la personne qui s'estime lésée adresse à la Commission européenne une demande d'application de la procédure de conciliation;
- b) la Commission invite l'entité adjudicatrice en question à faire savoir si elle est prête à participer à la procédure de conciliation. Si cette entité refuse d'y participer, la procédure ne peut être entamée;
- c) la Commission propose un conciliateur figurant sur une liste de personnes indépendantes. Chacune des parties fait savoir si elle accepte le conciliateur et désigne un conciliateur supplémentaire;
- d) la personne qui a demandé l'application de la procédure, l'entité adjudicatrice et tout autre candidat ou soumissionnaire concerné ont la possibilité d'exposer leur point de vue aux conciliateurs;
- e) les conciliateurs s'efforcent de rechercher un accord entre les parties, dans le respect du droit communautaire.

La personne qui a demandé l'application de la procédure et l'entité adjudicatrice ont, à tout moment, le droit de se désister. À moins que les parties n'en décident autrement, chacune d'elles supporte ses propres dépens.

AUTRICHE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Schönherr Barfuss Torggler & Partner (Vienne), 1997**

SOMMAIRE

1.	Mise en œuvre des directives "recours"	18
2.	Juridiction compétente	19
2.1	Au niveau fédéral	19
2.1.1	<i>Rôle de la Commission de contrôle</i>	19
2.1.2	<i>Rôle du Bureau des marchés publics</i>	20
2.2	Au niveau régional	21
3.	Moyens de recours	22
3.1	Médiation/arbitrage	22
3.2	Mesures provisoires	22
3.3	Ordonnances de résiliation et d'annulation	23
3.4	Domages-intérêts	24
4.	Qui peut faire former un recours?	26
4.1	Au niveau fédéral	26
4.2	Au niveau régional	26
5.	Délai de recours	27
5.1	Au niveau fédéral	27
5.2	Au niveau régional	27
6.	Modalités et durée de la procédure	28
6.1	Recours formés devant la Commission de contrôle	28
6.2	Recours formés devant le Bureau des marchés publics	28
6.3	Actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles	29
6.4	Durée de la procédure	30
6.5	L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	30
7.	Frais de procédure	30
8.	Droits d'appel	31
8.1	Au niveau fédéral	31
8.2	Au niveau régional	32
9.	Exécution des jugements	32
	ANNEXE 1: Adresses utiles	33

AUTRICHE

1. Mise en œuvre des directives “recours”

Comme celle d'autres domaines, la législation relative à la passation des marchés publics reflète la structure fédérale de l'Autriche. Au niveau fédéral, toutes les directives communautaires en matière de passation des marchés publics, y compris les directives “recours” 89/665 et 92/13, ont été mises en œuvre par la loi fédérale sur les marchés publics. Au niveau régional, chacun des neuf Länder autrichiens a adopté sa propre législation régissant la passation de marchés publics par des entités relevant de l'autorité du Land, dans la mesure où cette passation de marchés est visée par les directives communautaires. Ce chapitre est principalement axé sur la situation au niveau fédéral, même si la situation au niveau régional est évoquée en tant que de besoin.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, la version actuelle de la loi fédérale sur les marchés publics modifie la version antérieure qui était appliquée depuis 1994⁷. Le texte consolidé de la loi a été publié le 27 mars 1997⁸. Il s'applique à tous les marchés du secteur public et des secteurs spéciaux dont la valeur est supérieure aux seuils fixés pour l'application des règles communautaires. Au-dessous de ces seuils, la règle générale ÖNORM A 2050, élaborée par une association privée et publiée au Journal officiel fédéral 17/1994, s'applique à toutes les procédures de passation de marchés publics lancées par les pouvoirs adjudicateurs en dehors des secteurs spéciaux⁹.

Les dispositions de la loi qui concernent les recours peuvent être étendues, par décret, aux marchés publics d'une valeur inférieure aux seuils. À ce jour, le gouvernement n'a promulgué qu'un seul décret de cette nature, lequel établit que la loi fédérale sur les marchés publics s'applique également à certains marchés de travaux d'une valeur supérieure à 500 000 écus (euros).

Dans les neuf Länder, la mise en œuvre des lois régionales sur la passation des marchés publics est, à certains égards, moins avancée que celle de la loi fédérale de 1997. Ainsi, dans certains Länder, les dispositions relatives aux marchés de services et aux recours dans les secteurs spéciaux ne s'appliquent toujours pas. Ces lacunes sont en passe d'être

⁷ Bundesvergabegesetz (loi fédérale sur la passation des marchés publics) du 14 juillet 1993 (Journal officiel fédéral 1993, p. 462) modifiée par la *Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird*, littéralement "Loi fédérale portant modification de la loi fédérale sur la passation des marchés publics" (Journal officiel fédéral 1996, p. 776). Cette dernière est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

⁸ Journal officiel fédéral I, 1997, p. 56. Cette publication de la loi fédérale sur les marchés publics renumérote toutes les sections et modifie toutes les références à des sections de la loi, mais elle ne modifie aucune situation juridique.

⁹ Hormis les marchés de services "non prioritaires", comme les services juridiques, l'hôtellerie et la restauration.

comblées par l'instauration, dans chaque Land, d'une loi régionale révisée sur la passation des marchés publics.

2. Juridiction compétente

2.1 Au niveau fédéral

Au niveau fédéral, deux instances administratives ont été mises en place pour connaître des recours en matière de passation des marchés publics. Il s'agit de la *Vergabekontrollkommission* (Commission de contrôle des procédures de passation de marchés; ci-après: la "Commission de contrôle") et du *Bundesvergabeamt* ("Bureau fédéral des marchés publics"), tous deux situés à la même adresse que le ministère fédéral des affaires économiques à Vienne. Bien que ces deux instances soient financées par celui-ci¹⁰, elles en sont juridiquement indépendantes et leurs décisions dans les affaires de marchés publics sont prises en toute indépendance à l'égard du gouvernement. La Commission de contrôle a un rôle de médiateur, tandis que le Bureau des marchés publics a la faculté de statuer et constitue une juridiction au sens de l'article 177 du traité CE.

Le président et les vice-présidents du Bureau des marchés publics doivent être des magistrats. En ce qui concerne la Commission de contrôle, il n'est pas indispensable que son président et ses vice-présidents soient des magistrats, mais ils ne doivent pas avoir le moindre lien avec les pouvoirs adjudicateurs, ni avec les soumissionnaires. De même que les autres membres de la Commission de contrôle et du Bureau des marchés publics, ils sont nommés par le gouvernement fédéral pour un mandat de cinq ans.

2.1.1 Rôle de la Commission de contrôle

La Commission de contrôle est la première instance à laquelle la personne s'estimant lésée doit s'adresser. Elle n'est pas habilitée à prendre de décisions, son rôle consistant simplement à agir en qualité de médiateur et à émettre des avis sans force obligatoire. L'avis de la Commission de contrôle peut être demandé dans les cas suivants:

- (1) avant l'attribution du marché, la Commission de contrôle peut servir de médiateur entre des candidats ou des soumissionnaires d'une part, et le pouvoir adjudicateur, d'autre part, lorsque les premiers affirment que ce dernier n'a pas respecté les dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics;
- (2) si le pouvoir adjudicateur entend attribuer le marché à un soumissionnaire donné, il peut demander l'avis de la Commission de contrôle pour s'assurer de la régularité de l'attribution envisagée si la valeur du marché est supérieure à 200 millions de schillings;

¹⁰

Le gouvernement fédéral peut décréter que des sections de la Commission de contrôle et du Bureau des marchés publics seront mises en place hors de Vienne, mais ne l'a pas fait à ce jour.

- (3) une fois le marché attribué, le pouvoir adjudicateur peut demander l'avis de la Commission de contrôle sur l'exécution du marché;
- (4) pour se faire conseiller sur leurs futures méthodes de passation des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander à la Commission de contrôle une décision sans force obligatoire sur l'applicabilité de la loi fédérale sur les marchés publics à leurs procédures de passation de marchés.

Concrètement, le premier rôle indiqué ci-dessus - la médiation - est de loin le plus important. En effet, la Commission de contrôle doit s'efforcer de favoriser le règlement à l'amiable du différend qui oppose la personne s'estimant lésée et le pouvoir adjudicateur. Si cette solution s'avère impossible, elle doit faire une recommandation en vue d'une décision. Cette recommandation ne lie pas les parties.

Lorsque la Commission de contrôle notifie le recours au pouvoir adjudicateur, interdiction est faite à celui-ci d'attribuer le marché pendant une période de quatre semaines à compter de la date de cette notification. Tout contrat conclu durant cette période est nul et non avenue, sauf si le recours est rejeté pour cause d'incompétence d'attribution ou parce que les parties sont parvenues à un règlement amiable entre-temps. Ainsi, le soumissionnaire écarté a la faculté, par la simple introduction d'un recours, d'empêcher le pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché pendant une durée de quatre semaines (sauf si la Commission de contrôle omet de notifier le recours au pouvoir adjudicateur). Après l'ouverture d'une procédure de médiation devant la Commission de contrôle, le pouvoir adjudicateur ne peut plus créer un fait accompli par la simple attribution du marché.

2.1.2 Rôle du Bureau des marchés publics

Le Bureau des marchés publics a un double rôle:

- 1) durant la procédure de passation du marché, il peut annuler des décisions du pouvoir adjudicateur et adopter des mesures provisoires;
- 2) après l'adjudication du marché, il peut décider, à la demande d'un candidat ou d'un soumissionnaire écarté, que le pouvoir adjudicateur n'a pas attribué le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse et a donc agi de manière illégale et, à la demande du pouvoir adjudicateur, que le candidat ou le soumissionnaire écarté n'aurait pas eu une chance réelle de remporter le marché si le pouvoir adjudicateur avait respecté la loi.

Si une offre a été refusée et que le plaignant affirme que le refus était illégal, la loi maintient la fiction que la procédure de passation du marché n'est pas encore close.

Une procédure de passation de marché ne peut être portée devant le Bureau *avant* l'attribution du marché que s'il y a d'abord eu une procédure de médiation devant la Commission de contrôle ou si celle-ci n'a pas agi dans un délai de quinze jours ou s'est déclarée incompétente pour statuer sur l'affaire en question. La personne s'estimant lésée doit donc tenter de parvenir à un règlement amiable devant la Commission de contrôle avant de pouvoir s'adresser au Bureau des marchés publics.

Le recours devant le Bureau doit être formé dans les quinze jours suivant la date de la recommandation de la Commission de contrôle. Toutefois, il est irrecevable si un

règlement amiable a été obtenu devant la Commission de contrôle. En effet, le règlement amiable interdit au Bureau de statuer sur le recours, sauf si le plaignant démontre que le pouvoir adjudicateur ne s'y est pas conformé.

En ce qui concerne les recours formés devant le Bureau des marchés publics *après* l'adjudication du marché en question, le délai est de six semaines à compter de la date à laquelle le soumissionnaire écarté est informé de l'adjudication.

2.2 Au niveau régional

Pour la mise en œuvre de la directive 89/665, les Länder autrichiens ont fait usage de leur pouvoir discrétionnaire en créant une gamme variée de moyens de recours au niveau régional. Si la plupart ont prévu l'instruction par une instance unique au lieu du double système établi au niveau fédéral, la Haute-Autriche a cependant opté pour un système à deux instances (première instance: gouvernement du Land; seconde instance: tribunal administratif), tandis que la Basse-Autriche exige au moins une médiation devant le gouvernement du Land comme condition préalable à la saisine du tribunal administratif.

La Carinthie, le Burgenland, la Haute-Autriche et la Basse-Autriche ont déclaré leurs tribunaux administratifs (*Unabhängige Verwaltungssenate*) compétents pour connaître des affaires de personnes s'estimant lésées parce qu'un pouvoir adjudicateur du Land n'a pas respecté la loi. Dans le Burgenland, c'est une chambre spécialisée du tribunal administratif qui traite des affaires de passation de marchés publics. En Haute-Autriche, les plaignants doivent s'adresser au gouvernement du Land avant de pouvoir interjeter appel devant le tribunal administratif.

Les autres Länder ont mis en place des instances administratives spécialisées pour traiter des affaires de passation de marchés publics. Le Vorarlberg, le Tyrol et Vienne ont établi des instances à peu près identiques: le président doit être un magistrat (au Tyrol: pas le président, mais seulement un membre), tandis que la moitié des autres membres sont nommés par les chambres de commerce et la Chambre des ingénieurs civils, et l'autre moitié, par les autorités administratives du Land¹¹. Le président est nommé par le gouvernement du Land. Le système est le même dans le Land de Salzbourg, à ceci près que le président n'est pas un juge civil d'un tribunal fédéral (comme dans les autres Länder), mais un membre du tribunal administratif de Salzbourg (*Unabhängiger Verwaltungssenat Salzburg*).

En Styrie, la situation est fondamentalement différente: l'instance qui vient d'être créée pour contrôler les procédures de passation de marchés est sise à la cour des comptes de Styrie et elle se compose de membres de cette cour. Bien que, d'un point de vue organisationnel et budgétaire, cette instance soit intégrée à la cour des comptes, ni cette dernière, ni le gouvernement du Land n'ont la moindre influence sur ses décisions dans les affaires de passation de marchés publics. Ses membres statuent en toute liberté et ne sont liés par aucun règlement, ni instruction du gouvernement.

¹¹ Le tribunal constitutionnel d'Autriche a considéré que l'instance d'examen du Tyrol n'était pas conforme aux dispositions de l'article 2, paragraphe 8, de la directive "recours" 89/665. Cette question vient d'être soumise à la Cour de justice des Communautés européennes par l'instance d'examen du Tyrol elle-même (affaire C-103/97, JO C 142/10).

3. Moyens de recours

Les recours exposés dans cette section sont décrits par référence à la loi fédérale sur les marchés publics. Il faut cependant noter que les mêmes recours sont généralement accessibles au niveau régional, les seules exceptions concernant les marchés de services et les marchés des secteurs spéciaux, où un certain nombre de Länder n'ont toujours pas mis en œuvre les directives communautaires correspondantes.

3.1 Médiation/arbitrage

Au niveau fédéral, la personne s'estimant lésée peut demander à la Commission de contrôle un avis sans force obligatoire, lequel est la condition sine qua non pour obtenir une décision du Bureau des marchés publics. La Commission de contrôle n'est pas compétente pour adopter des actes exécutoires, son rôle étant limité simplement à la médiation et à la négociation.

La loi de 1997 prévoit que le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire peuvent convenir de recourir à l'arbitrage en vue du règlement d'un litige qui pourrait survenir durant la procédure de passation d'un marché public. L'arbitrage est alors régi par le code de procédure civile autrichien.

3.2 Mesures provisoires

La personne s'estimant lésée dans une procédure au niveau fédéral peut demander au Bureau des marchés publics d'adopter, par voie de référé, une mesure provisoire de suspension de tout ou partie de la procédure de passation (par exemple, l'attribution du marché) ou une mesure visant à éviter à l'auteur du recours de subir un préjudice. Cette demande n'est admissible que si le plaignant a d'abord demandé la médiation devant la Commission de contrôle, si un règlement à l'amiable n'a pu être obtenu et si la demande de mesure provisoire est déposée dans les quinze jours suivant la date à laquelle le plaignant est informé de la recommandation de la Commission de contrôle. Le règlement amiable interdit l'adoption de mesures provisoires, sauf si le requérant démontre que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté ce règlement.

Les mesures provisoires ne peuvent être prises qu'en cours de procédure de passation du marché: une fois le contrat signé, il n'est plus possible d'y avoir recours. En vertu de la loi fédérale sur les marchés publics, le contrat est réputé expressément conclu dès que le pouvoir adjudicateur notifie par écrit à l'adjudicataire que son offre a été acceptée.

La loi de 1997 assure qu'un plaignant a la possibilité d'empêcher le pouvoir adjudicateur de procéder à une adjudication jugée illégale, puisque

- a) le pouvoir adjudicateur a l'interdiction d'attribuer un marché au cours des quatre semaines suivant la notification qu'un recours a été formé auprès de la Commission de contrôle;
- b) la Commission de contrôle doit statuer dans un délai de deux semaines;

- c) le Bureau des marchés publics doit statuer sur les mesures provisoires dans un délai de cinq jours.

L'ordonnance en référé peut suspendre toute la procédure de passation du marché, annuler certaines décisions du pouvoir adjudicateur ou prendre toutes les mesures qui s'imposent pour éviter et réparer le préjudice causé à la personne lésée. En vertu de l'article 116, paragraphe 5, de la loi de 1997, la durée maximale d'une mesure provisoire est de deux mois. Étant donné que le délai dont dispose le Bureau des marchés publics pour annuler une décision du pouvoir adjudicateur est également de deux mois, l'ordonnance en référé reste en vigueur aussi longtemps que le Bureau n'a pas statué sur le fond.

En vertu de l'article 109, paragraphe 8, de la loi, si le pouvoir adjudicateur attribue un marché dans les quatre premières semaines suivant la date à laquelle il a reçu la notification de la demande de procédure devant la Commission de contrôle, le contrat qu'il a conclu avec l'adjudicataire est nul et non avenue. Toutefois, l'article 109, paragraphe 8, mentionne seulement les quatre premières semaines suivant la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a reçu la notification et ne dispose pas expressément que le contrat sera nul et non avenue dans les cas où, en violation de l'ordonnance en référé, le marché est attribué illégalement *après* l'expiration de ce délai de quatre semaines. Si, dans le cadre de ce contrat, l'adjudicataire n'a pas été informé de l'ordonnance en référé, le contrat ne peut être résilié, bien qu'il ait été conclu en violation de cette ordonnance.

Le demandeur d'une mesure provisoire doit apporter la preuve que ses intérêts sont menacés par l'acte contesté du pouvoir adjudicateur. Aux termes de la loi fédérale sur les marchés publics, le Bureau des marchés publics doit tenir compte de tous les effets négatifs éventuels lorsqu'il décide d'accorder ou non une mesure provisoire. Le Bureau doit considérer et peser les intérêts du pouvoir adjudicateur, de l'auteur du recours et des autres soumissionnaires ou candidats. De plus, il doit accorder une attention particulière à un éventuel intérêt public qui voudrait que la procédure d'attribution soit exécutée sans délai. La charge de la preuve de cet intérêt public incombe au pouvoir adjudicateur.

3.3 Ordonnances de résiliation et d'annulation

Une personne s'estimant lésée peut demander au Bureau des marchés publics de prononcer l'annulation d'une décision prise par le pouvoir adjudicateur durant la procédure de passation du marché.

Pour obtenir une ordonnance d'annulation, elle devra démontrer que

- a) ses droits légaux, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, ont été violés;
- b) la décision contestée aura une incidence décisive sur l'issue de la procédure d'adjudication;
- c) une procédure de médiation a été préalablement menée devant la Commission de contrôle et n'a pas abouti à un règlement accepté. Toutefois, le Bureau des marchés publics n'est pas lié par l'avis donné par la Commission de contrôle dans cette procédure antérieure.

Au niveau fédéral, l'ordonnance d'annulation peut concerner toute décision prise durant la procédure d'adjudication. Si la situation est essentiellement la même au niveau régional dans sept des neuf Länder autrichiens, la réglementation est, en revanche, plus restrictive en Carinthie et à Vienne. En Carinthie, les décisions prises par le pouvoir adjudicateur ne peuvent pas toutes être contestées. Seules des spécifications discriminatoires de nature économique ou technique figurant dans l'appel d'offres, la non-admission à une procédure restreinte ou négociée ou le rejet injustifié d'un soumissionnaire peuvent donner lieu à une ordonnance d'annulation. À Vienne, la législation est encore plus restrictive, puisque les seuls éléments pouvant être contestés sont les spécifications techniques ou économiques de l'appel d'offres qui ont un effet discriminatoire, ainsi que le refus d'admettre à une procédure négociée ou restreinte un soumissionnaire qui respecte le cahier des charges de l'appel d'offres.

Contrairement aux décisions prises durant une procédure d'adjudication, un contrat signé ne peut généralement être annulé ou suspendu, en raison de l'application du principe de l'inaltérabilité des contrats, même si le contrat a été conclu illégalement. Le Bureau des marchés publics n'a pas compétence pour annuler un contrat, celle-ci étant réservée aux juridictions civiles.

En vertu du droit des contrats, l'une ou l'autre des parties au contrat, mais pas un soumissionnaire écarté, peut demander l'annulation du contrat ou de certaines de ses clauses, à condition que le contrat ou les clauses enfreignent une loi et que cette loi vise au moins en partie à interdire les contrats constitutifs de l'infraction. Ainsi, l'appel d'offres ou ses clauses qui violent des principes fondamentaux de la loi de 1997, comme le principe de non-discrimination, sont nulles et non avenues en ce qui concerne le marché attribué. L'adjudicataire n'est pas tenu d'adhérer à un tel contrat et n'a pas besoin de s'adresser à la justice pour en demander l'annulation. En revanche, le pouvoir adjudicateur contractant peut résilier le marché attribué si, pour le remporter, l'adjudicataire a commis un délit (corruption...).

3.4 Dommages-intérêts

Aux termes de l'article 122 de la loi fédérale sur les marchés publics, un candidat ou soumissionnaire dans une procédure de passation d'un marché public peut demander des dommages-intérêts devant les juridictions civiles si le pouvoir adjudicateur a violé les dispositions de ladite loi.

Quiconque veut obtenir des dommages-intérêts doit d'abord déposer une demande d'examen auprès du Bureau des marchés publics. Une action en dommages-intérêts n'est recevable que si le Bureau a vérifié si le pouvoir adjudicateur a violé ou non une disposition relative à la passation des marchés publics. En cas de violation, le Bureau doit déterminer son incidence sur les chances qu'avait le soumissionnaire écarté de remporter le marché. La demande de dommages-intérêts est exclue si le Bureau des marchés publics décide que le soumissionnaire n'aurait pas eu de chance réelle de remporter le marché (article 122, paragraphe 2).

Si le Bureau des marchés publics estime qu'il y a eu violation et que l'auteur du recours aurait eu une chance de remporter le marché si le pouvoir adjudicateur avait respecté la loi, le soumissionnaire écarté peut intenter une action en justice contre le pouvoir

adjudicateur avec peu de risques d'être débouté, puisque la question essentielle a déjà été tranchée. La procédure engagée devant le tribunal ne concerne alors que l'étendue du préjudice et la question de savoir si le pouvoir adjudicateur a violé la loi par négligence. En outre, la charge de la preuve n'incombe plus au plaignant. Au contraire, c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de démontrer qu'il n'a pas violé la loi par négligence (inversion de la charge de la preuve). Étant donné que le pouvoir adjudicateur est tenu de bien connaître et de respecter la loi, rares sont les cas où il n'est pas en faute en ce qui concerne la violation des dispositions de la loi.

La modification de 1997 supprimant l'exclusion des dommages-intérêts pour perte de bénéfices, de même que le code civil¹², précisent qu'un soumissionnaire écarté peut récupérer devant les juridictions civiles les bénéfices perdus et les frais de préparation de l'offre. À cet effet, le soumissionnaire doit prouver qu'il aurait remporté le marché si les règles en matière de passation des marchés avaient été respectées. Le loi relative à la passation des marchés publics de chacun des Länder (exception faite de la Haute-Autriche et de la Carinthie) continue à exclure la demande de dommages-intérêts pour perte de bénéfices, mais cette exclusion sera sans doute levée dans un proche avenir afin de refléter le changement récemment opéré au niveau fédéral.

Comme on l'a vu plus haut, le Bureau des marchés publics doit vérifier si le soumissionnaire écarté a remis l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'il aurait donc dû se voir attribuer le marché si la violation n'avait pas été commise. Le soumissionnaire écarté ne pourra demander des dommages-intérêts pour perte de bénéfices devant les juridictions civiles que si le Bureau des marchés publics parvient à la conclusion qu'il avait effectivement remis l'offre économiquement la plus avantageuse, faute de quoi il apparaît que les dommages-intérêts accordés seront limités (au mieux) à la récupération des frais de préparation de l'offre.

À ce jour, il n'a encore été publié aucun jugement par lequel des juridictions civiles accordent des dommages-intérêts pour des recours introduits au titre de la loi fédérale sur les marchés publics¹³. Concrètement, il reste à élaborer les principes régissant la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts et à fixer leur montant en application de la loi.

4. Qui peut faire former un recours?

4.1 Au niveau fédéral

La loi fédérale sur les marchés publics précise qu'aussi bien les *soumissionnaires* (entreprises ou particuliers qui remettent une offre) que les *candidats* (personnes physiques ou morales qui ont demandé à participer à une procédure restreinte ou négociée) peuvent former un recours devant la Commission de contrôle. Les chambres

¹² En son article 1311

¹³ En vertu du code civil et avant que la loi fédérale sur les marchés publics n'ait été promulguée, la cour suprême de justice autrichienne (*Oberster Gerichtshof*) accordait des dommages-intérêts en cas de violation des dispositions (sans force obligatoire à l'époque) en matière de passation des marchés publics (affaire 7 Ob 568/94). Cette attribution de dommages-intérêts reposait sur le principe général de la *culpa in contrahendo* qui veut qu'avant même la conclusion du contrat, les parties contractantes probables respectent certaines obligations d'équité.

de commerce et autres associations (*Interessenvertretungen*) peuvent également engager une procédure de médiation devant la Commission de contrôle pour le compte d'entreprises particulières, mais non saisir le Bureau des marchés publics. Quant au pouvoir adjudicateur, il peut demander un avis juridique à la Commission de contrôle.

Le candidat ou soumissionnaire intéressé qui estime que ses droits ont été violés a la faculté de saisir le Bureau des marchés publics, à condition d'avoir préalablement tenté d'obtenir un règlement amiable de l'affaire devant la Commission de contrôle. Si ce règlement a été obtenu, le recours devant le Bureau des marchés publics n'est pas recevable. De plus, l'entreprise ne peut demander au Bureau des marchés publics de statuer sur le point de savoir si la violation présumée n'a pas eu d'incidence sur l'attribution du marché.

Comme on l'a vu plus haut, une décision favorable du Bureau des marchés publics est la condition sine qua non pour qu'une action en dommages-intérêts puisse être introduite devant les juridictions civiles.

4.2 Au niveau régional

En général, au niveau régional, soumissionnaires et candidats ont la faculté de former un recours devant l'instance d'examen concernée. À Vienne, toutefois, le candidat écarté ne peut introduire une action que s'il peut prouver qu'il aurait dû être admis si le pouvoir adjudicateur avait respecté la loi. De même, si l'auteur du recours est un soumissionnaire, il a l'obligation de prouver que le marché lui aurait été attribué si le pouvoir adjudicateur avait respecté la loi. Dans le Land de Salzbourg, le plaignant doit prouver que la décision contestée a une incidence décisive sur la procédure de passation du marché.

Dans la majorité des Länder (Burgenland, Salzbourg, Tyrol, Vorarlberg et Haute-Autriche), la saisine du tribunal administratif n'est autorisée qu'après notification au pouvoir adjudicateur de l'acte jugé illégal. En Basse-Autriche, les candidats et les soumissionnaires ne peuvent intenter une action auprès du tribunal administratif que s'ils se sont d'abord soumis à une procédure de médiation et si celle-ci a échoué. En Haute-Autriche, le plaignant doit commencer par former son recours auprès du gouvernement du Land, lequel adopte une décision qui a force obligatoire. Si cette décision est négative, le plaignant peut faire appel devant le tribunal administratif de Haute-Autriche.

En Carinthie, une fois le marché attribué, le soumissionnaire écarté n'a pas besoin de former son recours devant le tribunal administratif, car l'action en dommages-intérêts peut être introduite directement auprès des juridictions civiles, lesquelles ne sont pas liées par les décisions du tribunal administratif. Le tribunal civil doit décider par lui-même si le pouvoir adjudicateur a violé ou non une disposition en matière de passation des marchés publics.

5. Délai de recours

5.1 Au niveau fédéral

Aucun délai n'est prévu à proprement parler pour la formation d'un recours auprès de la Commission de contrôle. En vertu de la loi fédérale sur les marchés publics, la personne s'estimant lésée doit agir dès que possible après avoir eu connaissance de la violation

alléguée des règles de passation des marchés publics. Mais comme le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'attribuer le marché tant qu'il n'a pas reçu notification d'une action en cours, le soumissionnaire écarté a tout intérêt à demander très rapidement une procédure de médiation.

Le recours devant le Bureau des marchés publics avant l'attribution du marché doit être formé dans les quinze jours suivant la date à laquelle le plaignant a eu connaissance de la décision de la Commission de contrôle (article 115, paragraphe 2, de la loi de 1997). Si le recours est formé après l'attribution du marché, le délai est de six semaines à compter de la date à laquelle le soumissionnaire écarté a été informé de l'attribution (article 115, paragraphe 4).

5.2 Au niveau régional

À Vienne, la loi distingue entre les différents motifs sur lesquels le recours peut être fondé: si l'offre d'un soumissionnaire a été refusée ou si un candidat a été exclu d'une procédure restreinte ou négociée, le recours doit être formé dans les quinze jours suivant la notification du refus ou, dans le cas de la procédure accélérée, dans les trois jours suivant la notification. Si les dispositions de l'appel d'offres ou de ses documents ne sont pas conformes à la loi sur la passation des marchés publics de Vienne, le recours doit être formé au moins quinze jours avant la clôture de la procédure de passation du marché; toutefois, dans le cas de la procédure accélérée, ce délai est ramené à une semaine. Si le recours est formé après l'attribution du marché, le délai est de quinze jours après la date de publication de l'attribution du marché au *Journal officiel des Communautés européennes*. En l'absence de publication, le délai de recours est de six mois après l'attribution du marché.

En Basse-Autriche, où le tribunal administratif est tenu de vérifier si le pouvoir adjudicateur a respecté la loi, le recours doit être formé dans les quatre semaines suivant la date à laquelle le plaignant a été informé de l'adjudication (ou six mois s'il n'en a pas eu connaissance). La demande d'une mesure provisoire doit être faite dans le mois qui suit la prise de connaissance de l'acte prétendument illégal.

En Haute-Autriche, les deux types de recours - annulation et mesures provisoires - doivent être formés dans les quinze jours suivant la réception, par le plaignant, du rapport du pouvoir adjudicateur sur l'acte prétendument illégal. Faute de ce rapport, les demandes doivent être déposées quinze jours après la date à laquelle le pouvoir adjudicateur aurait dû le remettre (quinze jours après la première notification par le plaignant). Le marché ne doit pas être attribué durant la période comprise entre la notification, par le soumissionnaire, au pouvoir adjudicateur d'une prétendue violation et la fin du délai de recours. Après l'attribution du marché, le recours doit être formé dans les six semaines suivant la date à laquelle la personne lésée a pris connaissance de l'attribution.

Dans les Länder de Salzbourg, Carinthie, Burgenland et Vorarlberg, le recours (y compris la demande éventuelle d'une ordonnance en référé) doit être formé dans les quinze jours suivant la réception, par le plaignant, du rapport du pouvoir adjudicateur sur l'acte prétendument illégal. Une fois le marché attribué, le recours doit être formé dans les quinze jours suivant la date à laquelle le plaignant a pris connaissance de l'adjudication (ou, dans le Burgenland et le Vorarlberg, dans les six mois s'il n'en a pas

eu connaissance). En Carinthie, le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit d'attribuer le marché pendant les quatre semaines suivant la date à laquelle il a reçu notification du recours. Tout marché attribué durant cette période de quatre semaines est réputé nul et non avenu.

Au Tyrol, le recours contre le rejet d'une offre doit être introduit dans les vingt jours suivant la réception de l'avis de rejet. En cas de recours formé durant une procédure restreinte ou négociée, la personne s'estimant lésée doit agir au plus tard lorsque la moitié du délai de recours est écoulée. Si le recours est formé après l'adjudication, le délai est de quinze jours suivant la publication de l'adjudication.

6 Modalités et durée de la procédure

6.1 Recours formés devant la Commission de contrôle

La procédure engagée devant la Commission de contrôle est tout à fait informelle. Il s'agit d'une procédure de médiation destinée à obtenir un règlement amiable entre le soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur. La demande peut être formulée par écrit ou présentée verbalement au sujet de documents conservés par la Commission de contrôle. Le pouvoir adjudicateur est tenu de remettre les documents concernés et de donner à la Commission de contrôle tout complément d'information nécessaire. Si le pouvoir adjudicateur ne donne pas suite à une demande de consultation de certains documents, la Commission de contrôle peut considérer que les allégations de la personne s'estimant lésée sont fondées (jugement par défaut: article 106 de la loi de 1997).

Si le recours est recevable, les parties sont entendues. Les règles de procédure sont fixées par l'instance compétente de la Commission de contrôle dans l'optique de la recherche d'un règlement amiable. Faute de règlement amiable sous quinze jours, la Commission de contrôle fera une recommandation sans force obligatoire.

6.2 Recours formés devant le Bureau des marchés publics

La procédure engagée devant le Bureau des marchés publics est régie par le code général de procédure administrative¹⁴. La demande peut être déposée par écrit ou présentée verbalement au Bureau des marchés publics. Elle doit rappeler la procédure de passation de marché en question, le pouvoir adjudicateur, les faits et notamment l'intérêt porté par le plaignant à l'attribution du marché, le préjudice subi ou imminent, les motifs pour lesquels la procédure serait entachée d'illégalité, ainsi que le moyen de recours invoqué. Toute demande antérieure à l'attribution du marché doit être accompagnée de la recommandation de la Commission de contrôle ou d'une attestation certifiant que cette dernière s'est déclarée incompétente ou n'a pas agi sous quinze jours.

Une fois la demande déposée, il incombe au Bureau des marchés publics de vérifier les faits et de collationner les preuves. Le pouvoir adjudicateur est tenu de remettre les documents concernés et de donner au Bureau des marchés publics tout complément d'information nécessaire. Si le pouvoir adjudicateur ne communique pas les

¹⁴ Article II, paragraphe 2, point c), de la loi *Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, dont la traduction littérale est "loi d'introduction au code de procédure administrative".

renseignements demandés, le Bureau peut en tirer des conclusions défavorables. Les pouvoirs adjudicateurs publics sont tenus par des décrets spéciaux de fournir les renseignements demandés et, en cas de non-respect de cette obligation, s'exposent aux mesures disciplinaires applicables aux administrations publiques. De plus, les entités adjudicatrices privées appartenant aux secteurs spéciaux et qui ne donnent pas suite à une demande de renseignements sont passibles d'une amende d'un montant maximum de 50 000 schillings, dans le cadre d'une procédure administrative distincte. Les parties à la procédure peuvent déposer des demandes et doivent être entendues, mais elles ne peuvent empêcher le Bureau de recueillir un complément de preuves.

Si le Bureau des marchés publics statue sur le fond, une audience aura lieu. En fixant la procédure, le Bureau est tenu de respecter les principes d'équité, d'égalité, de justice et d'application de la loi selon les procédures prévues; toutefois, la procédure est relativement informelle par rapport à celles des juridictions civiles.

Ces dispositions procédurales s'appliquent également aux demandes de mesures provisoires. Une mesure provisoire peut être ordonnée dans le cadre de l'instruction générale. Elle doit être prononcée sous cinq jours.

6.3 Actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles

La procédure engagée devant les juridictions civiles est tout à fait formelle. Le recours doit revêtir la forme écrite et être introduit auprès du tribunal compétent, c'est-à-dire celui dans le ressort duquel se trouve le siège du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les actions en dommages-intérêts dans les affaires de passation de marchés publics où les seuils concernés sont atteints, c'est le *Landesgericht* dans le ressort duquel se trouve le siège du pouvoir adjudicateur qui est compétent, quel que soit le montant des dommages-intérêts demandés. Ce montant ne détermine la compétence que dans le cas des marchés publics dont les valeurs sont inférieures aux seuils ou qui sont régis par la loi sur les marchés publics de Carinthie¹⁵.

La demande doit indiquer le tribunal compétent, les parties à l'action au civil, l'objet du litige (dans le cas présent, le montant de dommages-intérêts demandé), les faits de l'espèce, les faits par rapport à la compétence de la juridiction civile, un exposé des moyens, la demande spécifique et le nom de la personne s'estimant lésée.

Les procédures civiles sont menées en partie par le juge et en partie par les parties. Il incombe au juge de contrôler l'ensemble de la procédure et de rejeter les actions qui constituent une violation grave du droit autrichien. En revanche, il appartient aux parties de déposer des demandes spécifiques afin de vérifier certains faits, d'exposer les preuves et de déterminer l'objet de la procédure. La procédure, qui repose généralement sur le principe du contradictoire, est régie par des règles de procédure très strictes.

6.4 Durée de la procédure

Comme on l'a vu, la Commission de contrôle doit statuer dans les quinze jours suivant l'introduction du recours. Avant l'attribution du marché, le Bureau des marchés publics

¹⁵ Les huit autres lois régionales sur les marchés publics et la loi fédérale sur les marchés publics confèrent une compétence particulière au *Landesgericht* dans le ressort duquel se trouve le siège du pouvoir adjudicateur.

dispose de deux mois pour statuer sur une demande d'annulation. Si l'auteur du recours demande une ordonnance en référé, le Bureau doit statuer sous cinq jours. Après que le contrat relatif au marché a été conclu, le Bureau dispose d'un délai de six mois pour statuer. Le juge est tenu de respecter ces demandes et dispositions et ne peut s'en écarter.

Les juridictions civiles ne sont pas soumises à des délais aussi rigoureux lorsqu'elles sont saisies d'une action en dommages-intérêts. En moyenne, il leur faut un à deux ans pour prononcer un jugement sur ce type d'action.

6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Dans les litiges soumis à la Commission fédérale de contrôle ou au Bureau des marchés publics, il n'est pas obligatoire pour les parties de se faire représenter par un avocat, même s'il est d'usage que des avocats interviennent (notamment devant le Bureau). Devant les juridictions civiles, il est généralement obligatoire que chacune des parties soit représentée par un avocat. Il arrive que certains pouvoirs adjudicateurs, et notamment l'État autrichien, soient représentés par un organisme spécifique (*Finanzprokurator*).

7. Frais de procédure

Les recours formés devant la Commission de contrôle ne donnent pas lieu au paiement de frais de procédure, ni de droits de timbre. Il ne peut y avoir de frais supplémentaires pour recueillir les preuves (experts, traducteurs ou transport sur les lieux), puisque la Commission de contrôle n'a qu'un rôle de médiateur et n'a aucun pouvoir de décision formel. Le plaignant doit supporter les dépens (avocat, etc.) qu'il a engagés pour l'introduction du recours et la médiation, et ces dépens ne lui sont pas remboursés par le pouvoir adjudicateur, même s'il obtient gain de cause.

Pour les recours formés devant le Bureau des marchés publics, un droit de timbre doit être acquitté. Le montant de ce droit est actuellement de 180 schillings par moyen de recours (ainsi, celui qui demande une ordonnance en référé et une ordonnance d'annulation doit acquitter un droit de timbre de 360 schillings) et de 45 schillings pour chacune des pièces versées au dossier (à concurrence de 270 schillings pour la totalité des pièces). De plus, le plaignant supporte toutes les dépenses engagées par le Bureau des marchés publics pour les experts, les traducteurs, les transports sur les lieux, etc., sauf si ces dépenses sont engagées dans le cadre d'un recours formé par le pouvoir adjudicateur (auquel cas c'est ce dernier qui doit les supporter).

Le principe général pour les recours formés devant le Bureau des marchés publics veut que le recourant supporte la totalité de ses propres frais. Ainsi, même si le pouvoir adjudicateur est débouté, il n'est pas condamné aux dépens. Chacune des parties doit supporter ses propres frais liés au dépôt de demandes et à la procédure engagée devant le Bureau (frais d'avocat, droit de timbre, frais d'expert, etc).

La demande de dommages-intérêts introduite devant une juridiction civile donne lieu au paiement de frais de procédure qui varient en fonction du montant réclamé et sont beaucoup plus élevés que les droits de timbre perçus par le Bureau des marchés publics. Toutes les dépenses engagées par les juridictions civiles pour les experts, les traducteurs, etc., doivent être supportées en première instance par les parties qui les demandent. Mais, à la différence de ce qui est le cas lors de la procédure qui se déroule

devant la Commission de contrôle et le Bureau des marchés publics, la partie déboutée est condamnée aux dépens et doit donc rembourser non seulement les frais de procédure et les frais de rassemblement des preuves, mais aussi les frais engagés par les avocats pour préparer et présenter (ou défendre) l'action en dommages-intérêts. Il n'est pas exclu que la partie qui l'emporte puisse également récupérer les frais qu'elle a engagés dans le cadre de la procédure antérieure devant le Bureau des marchés publics¹⁶.

8. Droits d'appel

8.1 Au niveau fédéral

Selon l'article 99, paragraphe 2, de la loi fédérale sur les marchés publics, les décisions du Bureau des marchés publics ne sont pas susceptibles d'appel, car le Bureau statue en première et dernière instance. Étant donné que le Bureau des marchés publics est une instance collégiale à caractère judiciaire, les principes du droit constitutionnel interdisent de faire appel de ses décisions devant le tribunal administratif. Un recours pourrait être formé devant le tribunal constitutionnel, mais seulement si le Bureau des marchés publics a violé la Constitution autrichienne, par exemple en enfreignant le principe de l'équité ou en ne respectant pas les droits de la défense.

Dans une affaire au civil, la partie succombante peut faire appel d'une décision rendue par une juridiction civile, l'appel étant alors limité aux faits allégués dans la procédure en première instance. Dès lors que la demande de dommages-intérêts est supérieure à 15 000 schillings, le moyen d'appel peut être une violation des principes fondamentaux ou d'autres dispositions essentielles du code de procédure civile, une appréciation incorrecte des faits ou une appréciation juridique incorrecte.

Par ailleurs, il peut être fait appel de la décision du tribunal de seconde instance auprès de la cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*). Toutefois, cette possibilité est limitée par diverses obligations formelles; en particulier, l'appel ne peut être interjeté que si la décision concerne un point de droit qui n'a pas encore été clairement tranché par les tribunaux.

8.2 Au niveau régional

Les droits en matière d'appel varient d'un Land à l'autre. Au Tyrol, dans le Vorarlberg et à Vienne, la situation reflète celle qui existe au niveau fédéral, en ce sens que la Commission de contrôle régionale est une instance collégiale à caractère judiciaire et que ses décisions ne sont pas susceptibles d'appel devant les tribunaux administratifs. Là encore, un recours ne peut être formé devant le tribunal constitutionnel qu'au motif d'une violation de la Constitution autrichienne. En revanche, dans tous les autres Länder, les décisions de l'instance d'examen sont susceptibles d'appel devant les tribunaux administratifs.

¹⁶

Il reste à savoir si la juridiction civile considère que les dépenses engagées devant le Bureau des marchés publics sont des dépenses nécessaires pour obtenir des dommages-intérêts.

9. Exécution des jugements

La loi autrichienne relative à l'exécution des décisions administratives (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz*) s'applique aux décisions du Bureau des marchés publics, y compris les ordonnances en référé. Les décisions qui ne sont pas respectées par un pouvoir adjudicateur peuvent être rendues exécutoires immédiatement par l'application d'amendes ou de sanctions pénales.

Si un pouvoir adjudicateur ne respecte pas la décision obligatoire d'une juridiction civile lui imposant de payer une certaine somme - ce qui est fort peu probable -, le plaignant peut demander une ordonnance d'exécution de cette somme auprès de la juridiction civile compétente. Cette demande doit indiquer la décision de justice obligatoire, en rappelant le recours et le moyen d'exécution (saisie-liquidation de biens immobiliers ou d'autres actifs du pouvoir adjudicateur).

ANNEXE 1

Adresses utiles

(a) Instances d'examen administratives au niveau fédéral

Bundes-Vergabekontrollkommission
(Commission de contrôle fédérale)
Dampfschiffstraße 4
1030 Wien

Bundesvergabeamt
(Bureau des marchés publics)
Dampfschiffstraße 4
1030 Wien

(b) Instances d'examen administratives dans les Länder autrichiens

Vergabekontrollsenat Amt der Wiener
Landesregierung
(Bureau des marchés publics de Vienne)
Rathaus
Stiege 5
Halbstock
Zimmer 200 F
1010 Wien

Tiroler Landesvergabeamt
(Bureau des marchés publics du
Tyrol)
Amt der Tiroler Landesregierung
Wilhelm-Greil-Straße 17
6020 Innsbruck

Vergabekontrollsenat Steiermark
(Bureau des marchés publics de Styrie)
Landesrechnungshof Steiermark
(Cour des comptes de Styrie)
Hofgasse 15
8011 Graz

Vergabekontrollsenat Vorarlberg
(Bureau des marchés publics du
Vorarlberg)
Amt der Vorarlberger
Landesregierung
Landhaus
Römerstraße 15
6900 Bregenz

Vergabekontrollsenat Salzburg
(Bureau des marchés publics de Salzbourg)
Amt der Salzburger
Landesregierung
Chiemseehof
5010 Salzburg

Landesregierung Oberösterreich
Amt der Oberösterreichischen
Landesregierung
Klosterstraße 7
4020 Linz

Unabhängiger Verwaltungssenat
Oberösterreich
(Tribunal administratif de Haute-Autriche)
Fabrikstraße 32
4020 Linz

Niederösterreichische
Schlichtungsstelle für öffentliche
Aufträge
Amt der Niederösterreichischen
Landesregierung
Landhausplatz 1
3109 St Pölten

Unabhängiger Verwaltungssenat
Niederösterreich
(Tribunal administratif de Basse-Autriche)
Bundesländerhaus
Neugebäudeplatz 1,
4. Stock
3100 St Pölten

Unabhängiger Verwaltungssenat
Kärnten
(Tribunal administratif de Carinthie)
Völkermarkter Ring 25
9021 Klagenfurt

Unabhängiger Verwaltungssenat Burgenland
(Tribunal administratif du Burgenland)
Neusiedlerstraße 35-37/8
7000 Eisenstadt

(c) **Autres juridictions autrichiennes statuant dans les affaires de passation des marchés publics**

Verwaltungsgerichtshof
(Tribunal administratif)
Judenplatz 11
1010 Wien

(d) **Liste non limitative de juridictions civiles**

Oberster Gerichtshof
(Cour suprême)
Justizpalast
Schmerlingplatz 10-11
1016 Wien

Oberlandesgericht Wien
Schmerlingplatz 11
1016 Wien

Oberlandesgericht Graz
Marburger Kai 49
8010 Graz

Oberlandesgericht Innsbruck
Maximilianstraße 4
6020 Innsbruck

Oberlandesgericht Linz
Gruberstraße 20
4020 Linz

Landesgericht für ZRS Wien
Justizpalast
Museumstraße 12
1010 Wien

Handelsgericht Wien
Riemergasse 7
1010 Wien

Landesgericht Eisenstadt
Wiener Straße 9
7000 Eisenstadt

Landesgericht Klagenfurt
Dobernigstraße 2
9020 Klagenfurt

Landesgericht St Pölten
Schießstattring 6
3100 St Pölten

Landesgericht Korneuburg
Hauptplatz 8
2100 Korneuburg

Landesgericht Krems
Südtirolerplatz 3
3500 Krems

Landesgericht Wiener Neustadt
Maria-Theresien-Ring 5
2700 Wr. Neustadt

Landesgericht Linz
Fadingerstraße 2
4020 Linz

Landesgericht Ried im Innkreis
Bahnhofstraße 56
4910 Ried im Innkreis

Landesgericht Steyr
Spitalsky Straße 1
4400 Steyr

Landesgericht Wels
Maria-Theresia-Straße 12
4600 Wels

Landesgericht Salzburg
Justizgebäude
Rudolfsplatz 2
5020 Salzburg

Landesgericht für ARS Graz
Nelkengasse 2
8010 Graz

Landesgericht Leoben
Erzherzog-Johann-Straße 3
8700 Leoben

Landesgericht Innsbruck
Maximilian Straße 4
6020 Innsbruck

Landesgericht Feldkirch
Schillerstraße 1
6800 Feldkirch

(e) **Ministères fédéraux chargés du suivi des marchés publics**

Federal Chancellery
(Services de la chancellerie)
Ballhausplatz 2
PF 20
1014 Wien

Federal Ministry for Economic Affairs
(Ministère fédéral des affaires
économiques)
Stubenring 2
1011 Wien

(f) **Ministère fédéral chargé d'informer la Commission européenne des violations des directives en matière de passation des marchés publics**

Ministère fédéral des affaires étrangères
(Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten)
Ballhausplatz 2
PF 426
1014 Wien

BELGIQUE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et De Backer & Associés (Bruxelles), 1997**

SOMMAIRE

1.	Mise en œuvre des directives “recours”	40
2.	Juridictions compétentes	40
3.	Moyens de recours	41
3.1	Mesures provisoires.....	41
3.2	Ordonnances d'annulation	43
3.3	Dommmages-intérêts.....	43
3.3.1	<i>Possibilités d'obtenir des dommages-intérêts</i>	43
3.3.2	<i>Montant des dommages-intérêts</i>	44
4.	Qui peut former un recours?	45
4.1	Devant le Conseil d'État	45
4.2	Devant les juridictions ordinaires.....	45
5.	Délai de formation d'un recours	45
5.1	Devant le Conseil d'État	45
5.2	Devant les juridictions ordinaires.....	46
6.	Modalités et durée de la procédure	46
6.1	Demandes de mesures provisoires	46
6.2	Demandes d'ordonnances d'annulation.....	47
6.3	Actions en dommages-intérêts	48
6.4	L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?.....	48
7.	Frais de procédure	49
7.1	Devant le Conseil d'État	49
7.2	Devant les juridictions ordinaires.....	49
8.	Appel	49
9.	Exécution des jugements	50
9.1	Arrêts du Conseil d'État.....	50
9.2	Jugements des juridictions ordinaires	50
	ANNEXE 1: Adresses utiles	53

BELGIQUE

1. Mise en œuvre des directives “recours”

En Belgique, l'attribution des marchés publics est régie par la loi du 24 décembre 1993 ("la loi de 1993"), ultérieurement modifiée par plusieurs arrêtés royaux. La loi de 1993 (modifiée) s'applique à tous les types de marchés du secteur public "traditionnel" et des secteurs spéciaux. Cette loi, qui n'est pas entrée en vigueur immédiatement, a été précisée par des arrêtés royaux ultérieurs, lesquels ont disposé que ses principales prescriptions, y compris toutes les règles en matière d'attribution de marchés publics par des administrations publiques, entreraient en vigueur le 1^{er} mai 1997.

Le gouvernement belge n'a pas considéré qu'une législation particulière s'imposait pour la transposition des directives “recours” en droit belge. Il estime, en effet, que l'actuel système d'accès aux tribunaux est suffisant pour respecter la plupart des dispositions de ces directives. Les seuls éléments des directives “recours” qui ont fait l'objet d'arrêtés royaux d'application sont les “mécanismes correcteurs” par lesquels la Commission européenne peut intervenir en vertu des directives 89/665 et 92/13 (voir section 7 du chapitre 1^{er} ci-dessus) et, pour les secteurs spéciaux, le système de l'attestation et la procédure de conciliation prévus par la directive 92/13. Ces dispositions d'application ne concernent pas les droits des plaignants d'introduire des actions devant les tribunaux belges, car ces droits sont régis par les règles et principes généraux du code administratif et du code civil belges.

2. Juridictions compétentes

La juridiction compétente pour connaître d'un recours dépend de la nature de la décision ou de l'acte qui est contesté. Il existe une différence fondamentale, encore que souvent assez floue, entre le Conseil d'État (le tribunal administratif belge) et les juridictions civiles ordinaires. En effet, le Conseil d'État est seul compétent pour annuler des décisions administratives prises dans le cadre d'une procédure d'adjudication avant l'attribution d'un marché, y compris la décision d'attribution et tout autre "acte détachable". Il peut également statuer en référé et prononcer une ordonnance de suspension provisoire assortie d'une astreinte journalière. En revanche, le Conseil d'État n'a pas la faculté d'accorder des dommages-intérêts. Au demeurant, une fois qu'un marché a été attribué, on considère qu'il s'agit d'une affaire de droit privé qui ne peut être portée que devant les juridictions ordinaires.

Les actions en dommages-intérêts doivent être portées devant les tribunaux de première instance. Ceux-ci peuvent, en application de principes généraux, attribuer des dommages-intérêts à un soumissionnaire lésé, lequel n'est pas tenu de prouver la faute dès lors que la décision contestée a déjà été annulée par le Conseil d'État. Si, en principe, les tribunaux civils sont compétents pour prononcer des mesures provisoires et des ordonnances d'annulation, ils refusent généralement de le faire dans le cas des marchés publics, au motif que la décision d'attribution relève de la marge de discrétion

du pouvoir adjudicateur et que le plaignant n'a donc aucun "droit subjectif" de se voir attribuer le marché.

Les règles répartissant les compétences entre le Conseil d'État et les juridictions ordinaires soulèvent parfois des problèmes complexes, notamment en cas de demande de mesure provisoire. Il arrive qu'un même litige soit jugé simultanément par le Conseil d'État et par un tribunal civil. Ainsi, dans l'affaire bien connue concernant le Centre de Communication Nord ("l'affaire CCN") et abordée plus loin, une demande de mesures provisoires a été introduite à la fois auprès du Conseil d'État et auprès des juridictions ordinaires.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

La personne qui s'estime lésée peut demander au Conseil d'État, par voie de référé, une mesure provisoire de suspension d'une procédure d'adjudication ou des effets d'une décision particulière prise dans le cadre de cette procédure. L'action introduite devant le Conseil d'État doit concerner une décision (acte détachable) dont les effets juridiques portent atteinte aux intérêts du requérant, comme une décision excluant ce dernier de la procédure d'adjudication.

La forme normale de l'ordonnance en référé est celle de la suspension de la décision administrative contestée, mais, parmi les autres mesures provisoires prononcées par le Conseil d'État, on trouve:

- a) une mise en demeure ordonnant à l'État belge d'inviter (sous quinze jours) la personne lésée à participer aux étapes ultérieures de la procédure d'adjudication;
- b) l'obligation d'accorder à la personne lésée le même traitement que celui dont ont bénéficié les autres candidats durant la période écoulée entre la décision contestée et la mise en demeure délivrée par le juge, y compris une prorogation de délai spéciale permettant à la personne lésée d'étudier les documents contractuels;
- c) une mise en demeure interdisant au pouvoir adjudicateur de notifier sa décision d'attribution du marché, assortie de l'imposition d'une astreinte journalière provisoire.

En général, celui qui sollicite une décision en référé est tenu de démontrer:

- a) que son action est recevable et met en évidence une "cause grave";
- b) que l'exécution immédiate de la décision contestée causerait un préjudice grave qui serait difficile à réparer;
- c) que l'évaluation des intérêts fait apparaître la mesure provisoire comme souhaitable, compte tenu de toutes les conséquences probables de la suspension pour l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés. L'ordonnance sera refusée si ses conséquences négatives l'emportent sur ses avantages.

La deuxième et la troisième des conditions qui viennent d'être énoncées sont étroitement liées et représentent concrètement les deux obstacles les plus difficiles à franchir. D'après la chambre de langue française du Conseil d'État, il est très rare que le préjudice que le plaignant subit ou risque de subir par suite d'une infraction commise dans une procédure d'attribution de marché soit suffisamment grave et irréparable. Compte tenu de la nature financière de ce préjudice, la personne lésée peut presque toujours être indemnisée valablement par l'octroi de dommages-intérêts.

En revanche, la chambre de langue néerlandaise du Conseil d'État est beaucoup plus disposée à reconnaître le préjudice grave qu'une infraction commise dans la procédure d'adjudication est susceptible de causer. Ses différents arrêts évoquent des questions comme le risque de perdre du personnel hautement spécialisé, la perte du prestige et de la réputation commerciale et une moindre chance d'être retenu pour des projets ultérieurs. Cette jurisprudence "flamande" tend à privilégier la nature préventive des mesures provisoires, sachant à quel point il est difficile d'obtenir un complément de réparation dès lors que le marché a été attribué.

En général, une fois que le contrat relatif au marché a été signé, il n'est plus possible de demander des mesures provisoires à l'une des juridictions belges. Passé ce stade, en effet, le préjudice causé par une violation des règles en matière de passation de marchés ne sera probablement jamais considéré comme suffisamment grave et irréparable pour justifier la suspension, les dommages-intérêts restant alors le seul moyen d'indemnisation possible. Le plaignant peut donc se retrouver sans le moindre recours par voie de référé, notamment parce que le contrat est réputé conclu dès lors que tous les soumissionnaires ont reçu notification de la décision d'attribution du marché.

Si, en théorie, des mesures provisoires peuvent également être obtenues des tribunaux civils – lesquels ont tendance à appliquer des critères tout à fait analogues à ceux qu'applique le Conseil d'État –, en pratique, ces tribunaux sont réticents à accorder des mesures provisoires de suspension de décisions administratives dans le domaine de la passation des marchés publics (voir section 2 ci-dessus).

La récente affaire CCN¹⁷ illustre le rapport complexe qui existe entre le Conseil d'État et les tribunaux civils et qui conduit souvent le plaignant à introduire devant ces deux juridictions, pour le même litige, des actions distinctes, mais complémentaires, y compris des demandes de mesures provisoires. Les arrêts rendus dans cette affaire ont laissé entendre, pour la première fois, que, si le Conseil d'État a ordonné la suspension d'une décision d'adjudication, le plaignant peut demander à la juridiction ordinaire de suspendre l'exécution du contrat (conclu) en question. Dans l'affaire CCN, il est apparu que la chambre de langue néerlandaise du Conseil d'État et la cour d'appel de Bruxelles ont reconnu que, dans le cas contraire, les soumissionnaires écartés n'ont guère de moyen de recours efficace et que les dommages-intérêts ne constituent pas toujours un dédommagement suffisant. Plus récemment, le Conseil d'État (chambre de langue

¹⁷ Arrêts du Conseil d'État du 13.10.1992 (suspension, affaire n° 40 734), du 1.6.1993 (annulation, affaire n° 43 019) et du 22.2.1994 (deuxième procédure, affaire n° 46 174); tous publiés au recueil des arrêts du Conseil d'État. Arrêts de la cour d'appel de Bruxelles du 25.3.1993 (Entreprise et droit, 1993, p. 232), du 22.4.1993 (Entreprise et droit, 1993, p. 241) et du 31.8.1993 (non publié à ce jour).

néerlandaise) a adopté un point de vue analogue dans l'affaire *Strukton*¹⁸. En revanche, d'autres arrêts ont été moins favorables aux soumissionnaires écartés.

3.2 Ordonnances d'annulation

Le plaignant peut demander au Conseil d'État d'annuler une décision administrative (acte détachable) prise durant la procédure d'adjudication. Une décision peut être considérée comme illégale pour un certain nombre de motifs, comme l'erreur manifeste du pouvoir adjudicateur dans l'appréciation des offres, compte tenu de ses critères de sélection, ou le recours injustifié à la procédure négociée. Il en va de même si le pouvoir adjudicateur s'est rendu coupable de détournement de pouvoir, notamment en ayant une attitude délibérée de prévention contre une certaine entreprise (pour des raisons politiques, par exemple).

En général, le Conseil d'État se montre disposé à annuler une décision administrative illégale. Mais, une fois le contrat signé, l'avantage d'une telle décision est limité au fait qu'elle constitue la preuve de la faute dans toute action en dommages-intérêts introduite ultérieurement devant les juridictions ordinaires.

Comme on l'a vu plus haut, l'arrêt rendu dans l'affaire CCN laisse entendre que l'annulation, par le Conseil d'État, d'une décision d'adjudication illégale pourrait permettre au plaignant de demander à une juridiction civile d'annuler le contrat relatif au marché attribué. Or, la jurisprudence va majoritairement dans le sens contraire et il n'y a encore jamais eu de décision d'une juridiction ordinaire annulant à la demande d'un tiers, par exemple un soumissionnaire écarté, un marché attribué.

3.3 Dommages-intérêts

3.3.1 Possibilité d'obtenir des dommages-intérêts

Les dommages-intérêts ne peuvent être accordés que par les juridictions ordinaires, car le Conseil d'État n'est pas compétent en la matière. Pour obtenir des dommages-intérêts dans un litige concernant l'attribution d'un marché (comme dans toute autre affaire), l'auteur du recours doit apporter la preuve que le pouvoir adjudicateur a commis un acte illégal ou une "faute", et que cet acte a été la cause directe de la perte ou du préjudice subis par le recourant.

Dans les affaires où le Conseil d'État a rendu un arrêt d'annulation, le tribunal civil est tenu de suivre la décision du Conseil d'État relative à l'illégalité de la décision d'adjudication. Il ne reste donc à la personne lésée qu'à prouver l'existence de son préjudice et le lien de causalité avec la décision illégale. Si le plaignant n'a pas introduit d'action en annulation devant le Conseil d'État, c'est la juridiction ordinaire qui examinera la légalité de la conduite du pouvoir adjudicateur.

¹⁸

NV Strukton de Meyer v Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel, arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 18.12.1996 dans l'affaire n° 63 634, non publié à ce jour.

3.3.2 Montant des dommages-intérêts

Dans le cas d'une procédure d'adjudication où le seul critère d'attribution du marché est le prix le plus bas, le soumissionnaire écarté qui peut prouver que c'est lui qui a remis l'offre régulière la moins chère se verra attribuer de plein droit un dédommagement représentant 10 % du prix de son offre. Ce montant a été fixé dans la loi de 1976 et celle de 1993. Toute demande supplémentaire de dommages-intérêts sera rejetée, bien que le mieux-disant ait le droit de réclamer des intérêts (au taux de 8 % l'an) sur son indemnité pour la période écoulée entre la décision constatant l'illégalité de l'adjudication et la date du paiement.

Dans une procédure d'appel d'offres où le seul critère d'attribution du marché est l'offre économiquement la plus avantageuse, l'auteur du recours est tenu de démontrer l'ampleur de son préjudice. Le tribunal estime alors les dommages-intérêts de telle sorte que la partie lésée soit dédommée aussi complètement que possible, en la mettant dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu illégalité.

Le principal critère qui permet aux juridictions ordinaires de déterminer le montant des dommages-intérêts est la valeur économique du marché, laquelle dépend essentiellement du bénéfice économique escompté. La jurisprudence montre que les dommages-intérêts compensent principalement et presque exclusivement la perte de bénéfice, mais pas les frais engagés pour établir l'offre (travaux préparatoires à fonds perdus, frais administratifs, etc.).

En général, les tribunaux optent pour une solution simple en estimant qu'un juste bénéfice est représenté par 10 % du montant net de l'offre. Il est considéré que ce pourcentage correspond au bénéfice net usuel dans le cas des marchés de travaux publics. Dans une affaire au moins, le tribunal a majoré ce pourcentage afin de compenser la dépréciation monétaire ou la perte de subventions. En outre, si la personne lésée peut démontrer que ses frais et son bénéfice net usuel sont plus élevés, elle peut obtenir plus de 10 % de son bénéfice net usuel au titre de dommages-intérêts (généralement entre 10 et 20 %).

Dans d'autres cas, le tribunal a chargé un expert de déterminer la perte de bénéfice de l'entreprise lésée. Dans ces affaires, l'expert a fondé son appréciation sur le bénéfice que la partie lésée a tiré de la réalisation d'autres travaux durant la même période. D'autres éléments peuvent être pris en compte dans l'estimation des dommages-intérêts. Étant donné qu'il est difficile de chiffrer ces éléments, ils sont généralement inclus au principal des dommages-intérêts couvrant la perte de bénéfice.

La perte d'une référence pour de futurs marchés est particulièrement difficile à chiffrer, mais elle peut donner lieu à une majoration des dommages-intérêts attribués. Il est également possible de récupérer le coût de l'immobilisation de matériel et de personnel s'il est démontré que ceux-ci auraient été utilisés durant la même période pour l'exécution d'autres marchés.

4. Qui peut former un recours?

4.1 Devant le Conseil d'État

En vertu du règlement du Conseil d'État, le plaignant est tenu de démontrer un préjudice ou un intérêt. Il doit prouver que la décision lui a causé un préjudice (matériel or moral), de sorte que la suspension ou l'annulation de la décision contestée lui procurera un avantage matériel ou moral. La jurisprudence a invariablement considéré que l'annulation d'un acte détachable représentait au moins un avantage moral.

Dans les affaires d'attribution de marchés, la personne qui a remis une offre, ou a à tout le moins manifesté son intention de le faire, est réputée avoir un intérêt suffisant. Le plaignant qui n'a pas participé à la procédure d'adjudication peut également avoir l'intérêt nécessaire pour contester la décision d'adjudication, par exemple si le marché n'a pas fait l'objet d'une publicité régulière, si le pouvoir adjudicateur a décidé illégalement d'appliquer la procédure négociée ou si le plaignant a été injustement exclu de la procédure d'adjudication.

Il est généralement admis que le candidat écarté a intérêt à demander l'annulation d'une décision d'adjudication définitive, même s'il n'a pas remis l'offre la moins chère ou l'offre économiquement la plus avantageuse. Il n'est donc pas tenu de prouver qu'en l'absence de l'infraction, le marché lui aurait forcément été attribué.

4.2 Devant les juridictions ordinaires

Pour pouvoir former un recours devant les juridictions ordinaires, le plaignant doit avoir un intérêt concret, personnel et direct (article 17 du code de procédure). Comme pour le Conseil d'État, des associations de personnes ne peuvent introduire des actions collectives.

5. Délai de formation d'un recours

5.1 Devant le Conseil d'État

Les recours devant le Conseil d'État visant à obtenir, par voie de référé, une mesure provisoire ou une ordonnance d'annulation doivent être formés par demande écrite déposée *dans les 60 jours* suivant la date à laquelle la décision en question a été publiée ou notifiée. En l'absence d'obligation de publier ou notifier l'acte administratif, ce délai de 60 jours commence à courir dès le lendemain du jour où la partie s'estimant lésée a eu connaissance de la décision administrative.

La date à prendre en considération est celle à laquelle le candidat a eu connaissance de la décision proprement dite, et non des éléments qui invalident celle-ci. Lorsqu'un candidat demande au pouvoir adjudicateur de donner les raisons de son choix, cette demande suspend le délai si elle est déposée dans les 60 jours qui suivent la date de notification du refus.

Si le pouvoir adjudicateur soutient que le plaignant n'a pas respecté le délai de 60 jours, c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve. Pour sa part, le candidat écarté qui

introduit une demande auprès du Conseil d'État doit avoir agi de façon diligente et avoir fait le nécessaire pour obtenir des renseignements sur la teneur exacte de la décision du pouvoir adjudicateur.

5.2 *Devant les juridictions ordinaires*

Les recours formés devant les juridictions ordinaires ne sont pas soumis à un délai particulier pour leur introduction, mais seulement à la prescription trentenaire. Les actions en responsabilité délictuelle doivent être introduites dans un délai de trente ans à compter de la date de l'acte illicite qui est à l'origine de la demande de dommages-intérêts.

De même que pour les référés, un retard excessif à former le recours peut jeter le doute sur l'urgence de la procédure. Le juge peut considérer que l'urgence nécessaire n'existe pas si le plaignant a attendu trop longtemps pour introduire son recours.

6. Modalités et durée de la procédure

6.1 *Demandes de mesures provisoires*

6.1.1 *Devant le Conseil d'État*

Le greffe communique sans tarder, pour notification, une copie de la demande de suspension et/ou de toute autre demande de mesures provisoires (qui seront alors jointes en une seule action) à l'auditeur (dont le rôle est analogue à celui de l'avocat général devant la Cour de justice des Communautés européennes), à la partie défenderesse et à toutes les autres parties susceptibles de porter un intérêt à l'issue de l'affaire.

Dans les huit jours suivant la notification de la requête, l'entité adjudicatrice envoie son dossier au greffe en y ajoutant ses observations éventuelles. Des copies sont transmises au requérant, aux parties intervenantes et à l'auditeur.

Dans les huit jours suivant la réception du dossier, l'auditeur rédige un rapport consignnant les faits et moyens de l'affaire, et donne son avis sur le fond de la requête. Au vu de ce rapport, le président du Conseil d'État fixe une date pour l'audience. Si la requête est manifestement irrecevable, l'audience devrait se tenir dans les dix jours suivant la transmission du rapport. Dans tous les autres cas, le Conseil d'État devrait statuer dans les 45 jours suivant la date de dépôt de la demande de suspension.

Toutefois, aucun de ces délais n'est impératif. En pratique, compte tenu du nombre de requêtes présentées au Conseil d'État, la durée moyenne pour obtenir une mesure provisoire est de quatre à six mois.

Dans les cas d'extrême urgence, qui sont appréciés à l'entière discrétion du président par rapport aux circonstances de l'espèce, celui-ci peut convoquer les parties "à son hôtel". L'ordonnance de suspension doit être confirmée par un deuxième arrêt rendu dans les 45 jours suivant la date du premier.

Les parties doivent être entendues, sauf dans les affaires où l'urgence est telle que toutes les parties ou certaines d'entre elles ne peuvent être entendues avant la décision de suspension. Dans ce cas-là, les parties sont convoquées dans les trois jours suivant cette décision, encore que le dépassement de ce délai ne soit pas sanctionné.

6.1.2 Devant les juridictions ordinaires

La procédure est entamée par une citation à comparaître, signifiée par exploit d'huissier. Le délai de citation est habituellement d'au moins deux jours.

Le plus souvent, l'affaire est plaidée par voie de débats succincts, à l'audience avant dire droit ou dans un délai très bref. Si l'échange des conclusions n'est pas obligatoire, il est cependant pratiqué dans la plupart des cas. La procédure en référé peut se dérouler très rapidement et le jugement peut être rendu très peu de temps après l'introduction de l'instance.

Dans les cas d'extrême urgence, le président peut statuer en référé sans entendre le défendeur, la portée de sa décision étant alors strictement limitée aux besoins de l'urgence. Par la suite, il sera donné aux deux parties l'occasion de présenter leur dossier, après quoi une nouvelle décision sera rendue.

6.2 Demandes d'ordonnances d'annulation

6.2.1 Devant le Conseil d'État

La procédure visant à obtenir une ordonnance d'annulation implique l'échange de pièces de procédure: la requête du requérant, le mémoire en réponse de la partie adverse, le mémoire en réplique du requérant, le rapport de l'auditeur et un dernier mémoire de chacune des parties. Le Conseil d'État peut procéder à des mesures d'instruction, comme la désignation d'un expert. Les parties intéressées sont autorisées à intervenir.

Les parties sont entendues par le biais de leurs mémoires et l'auditeur, par le biais de son avis, avant que le Conseil d'État statue. Le délai qui s'écoule entre le dépôt de la requête et le prononcé de l'arrêt est généralement de deux à trois ans.

Toutefois, en vertu de l'article 94 du règlement de procédure du Conseil d'État, si l'auditeur estime (après examen du dossier) que la requête est manifestement fondée, il rédige son rapport immédiatement. Peu de temps (au plus tard dix jours) après la remise du rapport de l'auditeur, le président convoque les parties en vue de leur audition. Il statue alors "sans délai". Cette procédure accélérée peut aboutir à une décision dans des délais à peu près identiques à ceux qui valent pour la demande de suspension, c'est-à-dire quatre à six mois.

Les requérants sont de plus en plus nombreux à demander l'application de la procédure accélérée prévue par l'article 94. Toutefois, l'auditeur n'aura en principe l'occasion - et le temps - d'examiner le dossier qu'après l'échange des trois premiers mémoires de la procédure écrite (requête, mémoire en réponse et mémoire en réplique), soit au moins un an après la formation du recours. Le dépôt simultané d'une demande de suspension peut présenter l'avantage d'obliger l'auditeur à examiner le dossier plus rapidement.

6.2.2 *Devant les juridictions ordinaires*

La procédure est engagée par une citation à comparaître, signifiée par exploit d'huissier. Dans certains cas, le requérant peut former un recours unilatéral, mais, en général, il doit remettre à l'avance une copie à la partie adverse afin que les deux parties puissent être entendues.

L'affaire est inscrite au rôle général de la juridiction. Ensuite a lieu l'échange des conclusions. À partir de la date de communication du dossier du requérant, le défendeur dispose d'un mois pour présenter ses conclusions. De même, le requérant bénéficie d'un mois à compter de la date de communication des conclusions du défendeur pour déposer ses propres conclusions. Chacune des parties est autorisée à déposer des conclusions ampliatives dans un délai de 15 jours. Étant donné que le non-respect de ces délais n'entraîne pas la nullité de l'action, la partie écrite de la procédure peut prendre des mois, voire des années.

La fixation d'une date pour l'audience ne peut être demandée que si l'affaire est "en état", c'est-à-dire si les parties ont échangé tous leurs moyens et pièces par le biais de leurs conclusions et si l'affaire est prête à être plaidée. Toutefois, en raison de l'arriéré judiciaire, il arrive qu'une date d'audience ne puisse être fixée que plusieurs années après la demande de fixation de date.

Pour accélérer la procédure, le requérant dispose de plusieurs moyens spéciaux. Ainsi, il peut demander une ordonnance de fixation d'un calendrier indiquant la date à laquelle chacune des parties doit avoir déposé ses conclusions initiales et ses conclusions ampliatives, ainsi que la date de l'audience. Ce calendrier est impératif, ce qui signifie qu'il ne sera pas tenu compte des conclusions déposées en retard. Le requérant peut aussi demander au tribunal de fixer une date limite pour le dépôt des conclusions de la partie adverse. Le non-respect de cette date aboutit à un jugement par défaut qui ne peut être contesté que devant la cour d'appel.

6.3 *Actions en dommages-intérêts*

Comme on l'a vu plus haut, les actions en dommages-intérêts ne peuvent être introduites qu'auprès des tribunaux civils ordinaires. La procédure est la même que pour les requêtes en annulation devant les juridictions ordinaires, décrites à la section 6.2.2 ci-dessus.

6.4 *L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?*

Bien que ce ne soit pas obligatoire, il est d'usage courant et généralement conseillé que les personnes qui forment un recours devant le Conseil d'État demandent à un avocat de les représenter à la procédure. Devant les juridictions ordinaires, la règle générale est que les parties doivent être représentées par un avocat.

7. Frais de procédure

7.1 Devant le Conseil d'État

En vertu de l'article 66 du règlement de procédure du Conseil d'État, les dépens comprennent la taxe (4 000 BEF payés par timbre fiscal), les honoraires des experts et la taxe allouée aux témoins. Toutefois, en ce qui concerne les mesures provisoires, la taxe de 4 000 BEF n'est pas exigible si le recours porte sur une ordonnance de suspension. Le requérant doit payer d'avance les dépens et le montant final de sa participation financière est déterminé par le Conseil d'État dans son arrêt définitif.

La dépense la plus importante est représentée par les honoraires des avocats. En Belgique, contrairement à l'usage de la Cour de justice des Communautés européennes, les honoraires d'avocat ne font pas partie des dépens. Chacune des parties est tenue de les acquitter, quelle que soit l'issue de l'affaire. Autrement dit, la partie qui obtient gain de cause n'a pas le droit de demander le paiement ou le remboursement des honoraires de son avocat, même par voie de dommages-intérêts devant la juridiction ordinaire.

L'assistance judiciaire peut être accordée sur demande.

7.2 Devant les juridictions ordinaires

En vertu de l'article 1018 du code de procédure, les dépens se composent (i) des droits de timbre, frais de greffe et droits d'inscription au rôle, (ii) des honoraires d'huissier, (iii) des frais d'expédition du jugement, (iv) des dépenses liées à d'éventuelles mesures d'instruction, par exemple la taxe allouée aux témoins, (v) des frais de déplacement et d'hébergement des juges, des greffiers et des parties sur ordre du juge, (vi) des frais des actes établis aux fins de l'affaire et (vii) des indemnités de procédure qui couvrent les débours des avocats. Les différents éléments de frais font l'objet de barèmes qui sont établis et révisés par arrêté royal.

Ce n'est que dans son jugement définitif que le juge décide qui paiera les dépens. Dans les procédures de mesures provisoires, le juge "réserve" cette décision jusqu'au jugement définitif (sur l'annulation du marché ou l'octroi de dommages-intérêts). Comme lors des recours formés devant le Conseil d'État, les honoraires des avocats ne font pas partie des dépens et aucune des parties ne peut être condamnée à payer ceux de la partie adverse. Là aussi, l'assistance judiciaire peut être demandée.

8. Appel

Les arrêts du Conseil d'État, qui est la plus haute juridiction administrative de Belgique, ne sont pas susceptibles d'appel.

En matière de mesures provisoires, les parties peuvent faire appel des décisions du président d'un tribunal ordinaire devant la cour d'appel. L'appel n'emporte pas le sursis à l'exécution de la première décision provisoire. Le jugement définitif des juridictions ordinaires est également susceptible d'appel devant la cour d'appel. Dans ce cas, l'appel emporte généralement le sursis à l'exécution du premier jugement, sauf si celui-ci précise qu'il est exécutoire nonobstant la formation d'un appel. La juridiction la plus

haute devant laquelle peuvent être portées en appel des questions de droit (mais non des questions de fait) est la Cour de cassation.

9. Exécution des jugements

9.1 Arrêts du Conseil d'État

Les arrêts du Conseil d'État ont l'autorité de la chose jugée. Ils ont un effet *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard des parties, des tiers et de toutes les juridictions. La décision annulée est réputée n'avoir jamais été rendue. Le pouvoir administratif est obligé d'exécuter le jugement avec toutes ses conséquences, l'exécution étant contrôlée par le Conseil d'État. L'autorité de la chose jugée qu'ont les arrêts relève de l'ordre public. Autrement dit, le non-respect d'un arrêt est une affaire grave et peut donner lieu à une action non seulement des parties directement concernées, mais aussi de tiers.

Une mesure de suspension autorise le pouvoir adjudicateur à retirer sa décision contestée et à la remplacer, mais il peut aussi décider d'attendre l'arrêt définitif sur le fond. L'arrêt de suspension a un effet *erga omnes*, de sorte qu'il lie également les tiers, comme le soumissionnaire retenu, mais il ne prend effet que *ex nunc* (à partir de la date à laquelle il a été rendu).

L'obligation d'exécution imposée au pouvoir adjudicateur dépend du motif de l'annulation, de la nature de la décision annulée, ainsi que des droits acquis du requérant et des tiers. Dans la plupart des cas, une nouvelle décision est prise dans le cadre d'une nouvelle procédure ou d'une procédure réorganisée.

Si, en règle générale, le pouvoir adjudicateur s'efforce de respecter intégralement les décisions d'annulation, il peut parfois refuser de le faire. Le non-respect de la chose jugée, relevant de l'ordre public, est sanctionné de différentes façons. Le requérant peut introduire un nouvel appel dirigé contre l'acte commis en violation de l'arrêt d'annulation ou contre la décision tacite de ne pas respecter cet arrêt.

Si le pouvoir adjudicateur ne respecte pas la décision dans un délai raisonnable, sa responsabilité se trouve engagée. Un nouveau recours en annulation peut être accompagné d'un recours demandant la suspension, des mesures provisoires et même une astreinte journalière. L'autorité de tutelle peut également imposer au pouvoir adjudicateur récalcitrant d'exécuter la décision. Le Conseil d'État peut imposer une astreinte journalière, en tant que de besoin.

9.2 Jugements des juridictions ordinaires

Les mesures provisoires et les jugements définitifs (comme l'octroi de dommages-intérêts) possèdent l'autorité de la chose jugée. Toutefois, les jugements n'ont cet effet qu'à l'égard des parties. Si le jugement est porté devant la cour d'appel, il conserve l'autorité de la chose jugée et celle-ci ne cessera que si le jugement est réformé par la cour d'appel.

Si un pouvoir adjudicateur ne se conforme pas à une décision, l'exécution peut être assurée par une saisie-appréhension et l'imposition d'une lourde astreinte journalière.

ANNEXE 1

Adresses utiles

Greffe du Conseil d'État (chambres de langue française et néerlandaise): 33 rue de la Science, 1040 Bruxelles.

Juridictions ordinaires de Bruxelles: Tribunal de première instance (ou, pour les mesures provisoires, Monsieur le Président du Tribunal de première instance), Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Bruxelles.

Collège reconnu d'arbitres indépendants: CEPANI (Centre pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international), 8 rue des Sols, 1000 Bruxelles.

Service ministériel chargé des marchés publics: Chancellerie du Premier ministre, 16 rue de la Loi, 1000 Bruxelles (tél. 501 02 11 ou 501 04 17).

DANEMARK

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Nielsen & Norager (Copenhague), 1997**

SOMMAIRE

1.	Mise en œuvre des directives “recours”	58
2.	Juridictions compétentes	58
3.	Moyens de recours	59
3.1	Mesures provisoires.....	59
3.2	Ordonnances d'annulation	60
3.3	Dommages-intérêts.....	61
3.4	Amendes.....	62
4.	Qui peut former un recours?	63
5.	Délai de formation d'un recours	63
6.	Procédure	64
6.1	Devant la commission des recours	64
6.2	Devant les juridictions ordinaires	64
6.3	Durée de la procédure.....	64
6.4	L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?.....	64
7.	Frais de procédure	65
8.	Appel	65
9.	Exécution des jugements	65
	ANNEXE 1: Adresses utiles	68

DANEMARK

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Au Danemark, la directive 89/665 relative à la passation des marchés publics a été mise en œuvre par la loi n° 344 du 6 juin 1991 relative aux recours en matière de marchés publics ("loi sur les recours") qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. En ce qui concerne la passation des marchés publics dans les secteurs dits spéciaux, la directive "recours" 92/13 a été transposée par une modification de la loi sur les recours, adoptée le 19 décembre 1992 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993.

La loi sur les recours a fait l'objet d'une nouvelle modification en 1995¹⁹ afin, notamment, de répondre à la préoccupation de la Commission européenne au sujet d'une lacune de la loi en ce qui concernait certaines infractions à la directive 93/38 relative aux secteurs spéciaux collectifs. La loi initiale sur les recours, ainsi que ses modifications successives, ont été codifiées par la loi de codification n° 1166 du 20 décembre 1995.

Dans la présente section, l'expression "travaux préparatoires" désigne les observations écrites du gouvernement danois qui accompagnaient la législation de transposition lorsque celle-ci a été soumise au Parlement danois, mais aussi les débats parlementaires qui ont précédé son adoption définitive.

2. Juridictions compétentes

La "*Klagenævnet for Udbud*" ("commission des recours pour les marchés publics") a été créée par la loi sur les recours, tandis que les règles de procédure détaillées sont énoncées dans le décret n° 26 du 23 janvier 1996 ("décret sur la commission des recours").²⁰ Les membres de la commission sont nommés par le ministre du commerce et de l'industrie.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi sur les recours, la commission des recours est globalement compétente pour tous les recours concernant des infractions au droit communautaire en matière de marchés publics, et notamment aux directives 92/50, 93/36, 93/37 et 93/38, ainsi qu'à la législation danoise de transposition.

En revanche, l'article 5, paragraphe 1, de la loi précitée dispose que la commission n'a pas à connaître des recours concernant les infractions commises par des pouvoirs adjudicateurs qui exploitent une zone géographique en vue de l'extraction de ressources naturelles ("pouvoirs adjudicateurs offshore"). En vertu de l'article 6, paragraphe 4, de la loi, ces recours relèvent de la compétence exclusive du tribunal maritime et commercial, lequel statue en référé.

De plus, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la loi sur les recours, la commission des recours n'est pas compétente pour les actions en dommages-intérêts, celles-ci ne pouvant être introduites que devant les tribunaux civils ordinaires.

¹⁹ Par la loi n° 206 du 25 mars 1995 entrée en vigueur le 31 mars 1995.

²⁰ Ce décret codifie les décrets n° 912 du 18 décembre 1991 et n° 72 du 30 janvier 1992.

L'article 6, paragraphe 1, de la loi dispose que la violation des règles de passation des marchés publics peut être punie de sanctions pécuniaires, mais celles-ci échappent à la compétence de la commission des recours et ne peuvent être requises que par le ministère public et infligées par les juridictions ordinaires.

Dans le cadre des règles de passation des marchés publics, la compétence de la commission des recours n'est pas exclusive. Ainsi, les parties lésées sont libres d'introduire leur recours devant les juridictions ordinaires sans avoir préalablement saisi la commission. Les demandes de mesures provisoires, de même que les demandes d'exécution, peuvent être introduites devant le tribunal administratif (voir section 3.1.2 ci-après). Sinon, les affaires civiles (actions en dommages-intérêts...) sont généralement portées devant le tribunal de première instance. Toutefois, en vertu des articles 226 et 227 de la loi sur l'administration de la justice, les affaires concernant des points de droit non résolus ou des litiges d'un montant supérieur à 500 000 couronnes (environ 67 000 euros) peuvent être portées directement devant la Cour d'appel.

3. Moyens de recours

Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, de la loi sur les recours, la commission des recours peut annuler des décisions illégales, suspendre une procédure d'adjudication en cours ou ordonner au pouvoir adjudicateur de remédier à des actes illégaux (collectivement: les "moyens de recours de l'article 5, paragraphe 1"). L'utilisation de ces moyens de recours est décrite de façon plus détaillée aux sections 3.1 et 3.2 ci-après. Comme on le verra à la section 3.3, la commission des recours ne peut cependant pas accorder de dommages-intérêts, ceux-ci relevant de la compétence des juridictions ordinaires.

3.1 Mesures provisoires

3.1.1 Devant la commission des recours

La commission des recours a la faculté de suspendre une procédure d'adjudication en cours si elle constate qu'un acte illégal a été commis. Du reste, même en l'absence de ce constat, la commission peut suspendre une procédure si elle le juge nécessaire ou si la suspension est expressément prévue par la loi.

Il ressort des travaux préparatoires que le moyen de la suspension est généralement destiné aux cas où un marché a été attribué sans publication préalable et en l'absence de procédure concurrentielle d'appel d'offres. En outre, dans ces cas-là, la commission des recours peut statuer en référé.

Pour le reste, la loi sur les recours ne s'étend pas sur les principes qui régissent l'adoption de mesures provisoires. Il ressort cependant des travaux préparatoires que les éléments à prendre en considération lorsque la suspension est envisagée sont essentiellement la gravité de l'infraction et les conséquences de la suspension. C'est pourquoi la commission des recours procède à une appréciation globale des intérêts en jeu dans chaque affaire.

Par ailleurs, les principes généraux du droit danois en matière de réparation provisoire veulent que le plaignant établisse, dans les limites restreintes de l'instruction, qu'il est au moins probable que son recours sera jugé recevable en dernière instance. De plus, il n'est pas exclu

que le plaignant doit démontrer que, si une mesure provisoire de suspension n'est pas ordonnée, son action sera probablement vouée à l'échec. À ce jour, la commission des recours a ordonné très peu de mesures provisoires, ce qui donne à penser que les différents critères et principes sont assez difficiles à satisfaire.

La loi sur les recours n'aborde pas expressément la question de savoir si la commission des recours peut suspendre un contrat déjà conclu pour un marché attribué. Les travaux préparatoires laissent entendre que, dans ce cas, la réparation normale devrait être l'octroi de dommages-intérêts à la partie lésée. Il ressort de la jurisprudence de la commission des recours que celle-ci ne s'estime pas compétente pour annuler des contrats conclus. La commission des recours, qui est un organe administratif dont les décisions concernent exclusivement des pouvoirs adjudicateurs, paraît donc hésiter à s'immiscer dans les droits acquis par des tiers au titre d'un contrat conclu.

3.1.2. *Devant le tribunal administratif*

Comme on l'a vu plus haut, au lieu de saisir la commission des recours, les plaignants peuvent saisir directement les juridictions ordinaires. En vertu de l'article 642 de la loi sur l'administration de la justice (*Lov om Rettens Pleje*), le tribunal administratif peut prononcer un ordre de cessation si le requérant démontre que le défendeur va commettre ou est susceptible de commettre un acte qui viole les droits du requérant. Cette loi précise en outre que le requérant doit démontrer que, si une mesure provisoire n'est pas ordonnée, son action sera probablement vouée à l'échec. De plus, cette mesure ne peut être accordée s'il apparaît que les règles normales en matière d'astreintes et d'indemnisation offrent une protection suffisante au requérant. Une demande de mesure provisoire a de fortes chances d'être rejetée s'il y a divergence manifeste entre l'intérêt qu'a le requérant à obtenir réparation, d'une part, et le préjudice que cette mesure causera au défendeur, d'autre part.

Même si cette question doit encore être tranchée officiellement, les travaux préparatoires reposent sur l'hypothèse que le tribunal administratif serait compétent pour suspendre l'exécution d'un contrat conclu pour un marché, dès lors que les conditions générales prévues par le droit danois pour obtenir une injonction sont remplies. Il est cependant probable que l'injonction ne sera pas prononcée si l'exécution du contrat est déjà très avancée.

3.2. *Ordonnances d'annulation*

3.2.1. *Devant la commission des recours*

L'article 5, paragraphe 1, de la loi sur les recours donne compétence à la commission des recours pour annuler des décisions illégales. Du reste, il ressort des travaux préparatoires que, dans des cas exceptionnels, une procédure d'adjudication peut être annulée dans son intégralité. Cette annulation peut intervenir avant la signature du contrat d'attribution d'un marché, mais il est plus douteux qu'elle soit accordée après sa signature.

D'après la jurisprudence de la commission des recours, le défaut de publicité d'un marché, la discrimination en faveur d'un soumissionnaire en particulier et l'application de critères illicites ou de critères non précisés préalablement constituent des motifs d'annulation. Il ressort également des décisions de la commission des recours que la violation alléguée doit être d'une certaine gravité et doit avoir eu un effet direct sur la décision d'attribution du marché, ce qui reflète le principe général du droit administratif danois selon lequel les

violations n'entraînent l'annulation que s'il est probable qu'elles aient eu un effet direct sur la décision finale. Il se peut toutefois qu'il incombe à l'autorité administrative de prouver que la violation n'a pas eu cet effet.

Lorsqu'elle décide si elle doit ordonner l'annulation ou non, la commission des recours procède de la même façon que lorsqu'elle statue sur une demande de mesure provisoire, en ce sens qu'elle prend en considération les intérêts de toutes les parties concernées. Elle semble accepter qu'une certaine marge de discrétion administrative soit laissée aux pouvoirs adjudicateurs et elle hésite généralement à annuler les décisions qui entrent dans le cadre normal de cette marge de discrétion.

Comme on l'a vu plus haut, la commission des recours ne s'estime pas compétente pour s'immiscer dans les droits acquis par des tiers au titre d'un contrat, de sorte qu'elle n'a probablement pas la faculté d'annuler un contrat qui a déjà été conclu pour un marché. Elle peut malgré tout annuler une décision illégale d'attribution de marché, même si elle ne peut pas statuer sur l'effet qu'aura cette annulation sur le contrat conclu.

3.2.2. *Devant les juridictions ordinaires*

Les juridictions ordinaires sont investies d'une compétence générale pour annuler des actes administratifs illégaux, dès lors que ces actes ont eu ou sont susceptibles d'avoir un effet direct sur la décision finale. Les travaux préparatoires laissent entendre que, dans des circonstances exceptionnelles, les juridictions ordinaires peuvent même annuler un contrat déjà conclu. Cela semble conforme au principe général du droit danois selon lequel les tribunaux peuvent annuler des contrats qui ont été conclus en violation de dispositions administratives obligatoires, mais on peut présumer que, dans la pratique, les juridictions ordinaires hésiteront à annuler des contrats conclus.

3.3. *Dommmages-intérêts*

Les parties s'estimant lésées peuvent demander des dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires contre les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises des secteurs spéciaux qui violent les règles de passation des marchés publics. Mais comme la commission des recours n'est pas compétente en la matière, sa décision d'annulation devra être suivie d'une procédure judiciaire où il sera statué sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. En revanche, aucune disposition de la loi sur les recours n'interdit aux tribunaux d'accorder une indemnisation en l'absence de décision préalable d'annulation.

La loi sur les recours ne comporte qu'une seule disposition (article 13, point a) traitant de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts et du montant de ceux-ci. Cette disposition transpose l'article 2, paragraphe 7, de la directive "recours" 92/13 concernant les dommages-intérêts réclamés à des entités des secteurs spéciaux. Elle prévoit que la personne lésée peut récupérer les frais engagés pour la préparation de son offre si elle démontre qu'elle avait une chance raisonnable de remporter le marché et que cette chance a été compromise à la suite de la violation par l'entité en cause, des règles de passation des marchés publics. Le plaignant n'est donc pas tenu de prouver que le marché lui aurait été attribué en l'absence de cette violation.

Hormis cette disposition concernant les secteurs exclus, l'octroi de dommages-intérêts est régi par les principes généraux du droit danois qui veulent que la personne lésée doit avoir droit à des dommages-intérêts dès lors qu'elle peut prouver qu'il y a eu violation du droit en matière de passation des marchés publics et qu'elle a subi une perte économique en conséquence directe et prévisible de cette violation. En principe, la personne lésée devrait être placée dans la situation financière qui aurait été la sienne s'il n'y avait pas eu préjudice. Les tribunaux danois se sont toujours attachés à ne pas dédommager les requérants à l'excès, ceux-ci ayant le devoir général d'amoinrir leur perte.

Concrètement, en ce qui concerne le type des dommages-intérêts, le plaignant a le choix entre le dédommagement au titre des frais engagés pour la préparation de son offre et le dédommagement pour perte de bénéfices. Dans le premier cas, on peut supposer que, même en dehors des secteurs spéciaux, le plaignant devra seulement prouver qu'il avait une chance sérieuse ou une possibilité réelle de remporter le marché et que cette chance a été compromise. Cette supposition est étayée par l'arrêt de la Cour d'appel, section Est, du 30 mai 1996, qui a suivi la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt rendu dans l'affaire "pont sur Storebælt", C-243/89, *Commission contre Danemark*. Dans cette affaire, le tribunal danois a accordé des dommages-intérêts d'un montant total d'environ 23 millions de couronnes (3,1 millions d'euros) à plusieurs entreprises qui avaient soumissionné sans succès pour le marché du pont du Storebælt. Ces dommages-intérêts, qui couvraient seulement les frais de préparation des offres, ont été accordés en dépit du fait que le tribunal n'a pu établir que l'un ou l'autre des plaignants aurait remporté le marché (en l'absence de la violation).

En revanche, l'affaire "pont du Storebaelt" semble indiquer que la récupération de la perte de bénéfices ne sera accordée que si le plaignant parvient à prouver qu'il aurait remporté le marché s'il n'y avait pas eu violation des règles de passation des marchés publics. Il est certes possible d'établir cette preuve lorsque le critère d'attribution est le "prix le plus bas" ou lorsqu'il n'y a qu'un petit nombre de soumissionnaires (seulement deux, par exemple) et que l'offre qu'il l'a emporté était manifestement supérieure. Mais, dans la grande majorité des cas, le plaignant aura beaucoup de mal à prouver qu'il aurait remporté le marché en l'absence de la violation. C'est pourquoi le type de dommages-intérêts le plus courant sera probablement la récupération des frais engagés pour la préparation de l'offre, et non la perte de bénéfices.

3.4. Amendes

En vertu de l'article 6 ,paragraphe 1, de la loi sur les recours, les violations peuvent entraîner l'imposition d'amendes, mais celles-ci n'empêchent pas une action éventuelle en dommages-intérêts. La loi sur les recours ne précise pas le montant des astreintes, mais il ressort des travaux préparatoires que celles-ci seront suffisamment élevées pour dissuader les pouvoirs adjudicateurs d'enfreindre les règles ou de persévérer dans leurs infractions (voir également l'article 2, paragraphe 5, de la directive 92/13).

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs autres que les pouvoirs "offshore", il ressort des travaux préparatoires que les amendes doivent être réservées aux infractions particulièrement graves. En revanche, elles constituent la sanction première dont dispose le tribunal maritime et commercial à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs offshore, ce qui s'explique par le fait que ces entités sont particulièrement vulnérables aux suspensions et aux annulations.

Aux termes de l'article 6, paragraphe 3, de la loi sur les recours, dans des circonstances particulières, les infractions commises par les pouvoirs adjudicateurs offshore peuvent également faire l'objet des moyens de recours énoncés à l'article 5, paragraphe 1, à condition toutefois que l'infraction alléguée soit de nature à être punissable d'emprisonnement et que l'action ait été intentée par le ministère public. En outre, il ressort des travaux préparatoires qu'en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs offshore, les tribunaux ne doivent pas infliger d'amendes cumulées et doivent prévoir l'application des moyens de recours prévus à l'article 5, paragraphe 1.

4. Qui peut former un recours?

Toute personne ou entité ayant un "intérêt légal" peut saisir la commission des recours. Autrement dit, les plaignants doivent être touchés individuellement et concrètement par la violation alléguée.

Par ailleurs, la loi sur les recours autorise le ministre du commerce et de l'industrie à conférer aux organisations professionnelles et aux administrations publiques le statut juridique général qui n'est pas subordonné à l'existence d'un intérêt légal spécifiquement attaché à l'instance. Actuellement, 48 organisations professionnelles et administrations publiques bénéficient de ce statut et leur liste a été annexée au décret sur la commission des recours.

Avant la dernière en date des modifications de ce décret, seules neuf organisations professionnelles et administrations publiques avaient bénéficié de ce statut. L'allongement de la liste est destiné à accorder à un plus grand nombre de plaignants la possibilité de former un recours par le truchement de leur organisation professionnelle et donc de conserver l'anonymat. Il convient de noter que le secrétariat du conseil de la concurrence s'est, lui aussi, vu conférer le statut juridique général.

Enfin, en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la loi sur les recours, la commission des recours peut autoriser des tiers ayant un intérêt légal dans une affaire en cours à intervenir pour appuyer l'une des parties.

5. Délai de formation d'un recours

La loi sur les recours ne précise aucun délai pour la saisine de la commission des recours. D'après la règle générale danoise en matière de prescription, les recours se prescrivent par cinq ans à compter de la date à laquelle le requérant a pu, pour la première fois, former son recours devant les tribunaux. Dès lors qu'un recours est formé devant la commission des recours, il suspend ce délai de cinq ans, applicable aux juridictions ordinaires.

Il y a lieu de noter que, concrètement, les plaignants peuvent être tenus à l'obligation générale d'intenter une action dans un délai raisonnable. Dans une seule affaire, la commission des recours a rejeté un recours en annulation en raison de l'action tardive (quatre mois) du requérant.

6. Procédure

6.1. Recours formés devant la commission des recours

En règle générale, la procédure de la commission des recours est régie par les mêmes principes que celle des juridictions ordinaires, principes énoncés dans la loi sur l'administration de la justice.

Les actions sont donc introduites par la requête introductive d'instance (assignation) qui doit contenir la présentation du recours, une brève description des faits sur lesquels est fondé le recours et l'indication des pièces à l'appui. Le mémoire en défense doit essentiellement comporter le même type de renseignements que la requête (assignation). Dans la plupart des cas, chacune des parties remet encore au moins un bref mémoire avant la clôture de l'instruction.

Un principe fondamental veut que les débats devant les juridictions ordinaires se déroulent oralement. En revanche, devant la commission des recours, les débats ne sont oraux que si les parties le demandent et que le président de la Commission y consent. Sauf refus de l'une des parties, les demandes de débats oraux sont généralement acceptées; dans le cas contraire, la décision de la commission des recours est fondée exclusivement sur les conclusions écrites.

6.2. Procédure devant les juridictions ordinaires

Comme indiqué à la section 6.1, la procédure devant les juridictions ordinaires implique l'échange de mémoires, lequel commence par la requête introductive d'instance (assignation) et le mémoire en défense. L'instance se poursuit par une audience au cours de laquelle les deux parties présentent leurs preuves oralement et peuvent les discuter librement selon le principe du contradictoire. Enfin, le juge prononce sa décision.

6.3 Durée de la procédure

La jurisprudence semble indiquer que la commission des recours se prononce sur les demandes d'ordonnance de suspension dans un délai d'environ deux mois. En revanche, devant le tribunal administratif, les décisions par voie de référé peuvent être prises quelques semaines après le dépôt de la demande.

En ce qui concerne les demandes d'ordonnance d'annulation, les décisions prises à ce jour par la commission des recours permettent de penser qu'il faut à peu près huit mois, même si ce délai peut être raccourci en cas d'urgence. Pour accélérer ses procédures, la commission des recours vient de prendre des mesures qui devraient se traduire par des réductions notables des délais.

En ce qui concerne les juridictions ordinaires, le délai nécessaire pour obtenir une décision (autre qu'une mesure provisoire) est, en général, nettement plus long que devant la commission des recours. Il n'est pas rare que plusieurs années s'écoulent avant qu'une décision définitive ne soit rendue.

6.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Bien que l'intervention d'un avocat ne soit pas obligatoire, il est d'usage courant et il est généralement conseillé que les plaignants (et notamment les plaignants étrangers) se fassent

représenter par un avocat et ce, tant devant la commission des recours que devant les juridictions ordinaires. L'aspect financier de cette intervention est abordé à la section 7.

7. Frais de procédure

Aux termes du décret sur la commission des recours, les requérants doivent acquitter un droit de 4 000 couronnes (environ 550 euros) lors de la formation d'un recours. Ce droit est remboursé si le recours est rejeté pour cause d'incompétence de la commission ou si le requérant n'a pas qualité pour agir. Il est également remboursé s'il est fait droit à tout ou partie du recours ou si le pouvoir adjudicateur rectifie sa décision conformément au recours.

Les autres frais de procédure comprennent principalement les dépens, lesquels sont à peu près les mêmes que ceux qui sont engendrés par les procédures devant les juridictions ordinaires.

En vertu de l'article 13, point c de la loi sur les recours, la commission des recours peut condamner le pouvoir adjudicateur aux dépens, à condition qu'il soit fait droit à tout ou partie de l'action du requérant. Cette disposition a été insérée dans la loi sur les recours en 1995, car l'expérience avait montré que les frais de procédure dissuadaient les petites et moyennes entreprises de saisir la commission des recours.

Cette règle correspond à la règle générale du droit danois qui veut que la partie succombante puisse être condamnée aux dépens. En général, les juridictions ordinaires statuent en ce sens lorsqu'il est fait droit à tout ou partie du recours de la partie lésée.

8. Appel

Les décisions de la commission des recours ne sont pas susceptibles d'appel devant une autre juridiction administrative. En vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la loi sur les recours, ces décisions sont définitives et ont force obligatoire, sauf appel devant les juridictions ordinaires dans un délai de huit semaines à compter de la date de notification de la décision au requérant.

Il peut être fait appel des décisions du tribunal administratif et des tribunaux de première instance devant la cour d'appel, mais seules des circonstances exceptionnelles permettent de faire appel devant la cour de cassation. En revanche, lorsque la cour d'appel agit en sa qualité de juridiction de première instance, ses décisions peuvent toujours faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

9. Exécution des jugements

En vertu de l'article 13, point b, de la loi sur les recours, des astreintes peuvent être infligées aux pouvoirs adjudicateurs qui ignorent délibérément ou par négligence grave les décisions prises par la commission des recours ou les juridictions ordinaires au titre de la loi sur les recours.

Cette disposition a été insérée dans la loi sur les recours en 1995 pour répondre aux préoccupations de la Commission européenne. Il s'agissait d'assurer la transposition correcte de l'article 2, paragraphe 8, de la directive 92/13 qui prescrit que les décisions prises par les instances de recours doivent pouvoir être exécutées valablement.

En ce qui concerne les juridictions ordinaires, la règle générale du droit danois veut que les décisions de justice soient exécutées par le tribunal administratif sur demande déposée par la partie gagnante, ce qui n'est pas le cas pour les décisions de la commission des recours.

Adresses utiles

Klagenævnet for Udbud
(Commission des recours pour les marchés publics)
Erhvervs - og Selskabsstyrelsen
Kampmannsgade 1
1780 København V

Tél: 00 45 33 30 76 21
Fax: 00 45 33 30 77 99

Østre Landsret
(Cour d'appel, section Est)
Bredgade 59
1260 København K

Tél: 00 45 33 97 02 00
Fax: 00 45 33 14 58 22

Vestre Landsret
(Cour d'appel, section Ouest)
Gråbrødre Kirkestræde 3
8800 Viborg

Tél: 00 45 86 62 62 00
Fax: 00 45 86 62 63 65

Københavns Byret
(Tribunal d'instance de Copenhague)
Domhuset
Nytorv
1450 København K

Tél: 00 45 33 93 32 33
Fax: 00 45 33 11 00 85

Retten i Aarhus
(Tribunal de première instance d'Aarhus)
Tinghuset
Vestre Alle 10
8000 Århus C

Tél: 00 45 86 12 20 77
Fax: 00 45 86 19 71 91

Erhvervsministeriet
(Ministère du commerce et de l'industrie)
Slotsholmsgade 12
1216 København K

Tél: 00 45 33 92 33 50
Fax: 00 45 33 12 37 78

Konkurrencerådet
(Conseil de la concurrence)
Nørregade 49
1165 København K

Tél: 00 45 33 93 90 00
Fax: 00 45 33 32 61 44

Det Danske Voldgiftsinstitut
(Institut danois d'arbitrage)
Frederiksborggade 1
1360 København K

Tél: 00 45 33 13 37 00
Fax: 00 45 33 13 04 03

FINLANDE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Castrén & Snellman (Helsinki), 1997**

SOMMAIRE

1.	Mise en œuvre des directives “recours”	74
2.	Juridictions compétentes	75
3.	Moyens de recours	75
3.1	Mesures provisoires	75
3.2	Ordonnances d'annulation.....	76
3.3	Dommages-intérêts et indemnité compensatrice	77
4.	Qui peut former un recours?	78
5.	Délai de formation d'un recours	78
6.	Procédure	79
6.1	Obligation de notification	79
6.2	Recours devant le Conseil de la concurrence	79
6.3	Actions devant les tribunaux administratifs	79
6.4	Actions en dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires	79
6.5	Durée de la procédure	80
6.6	L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	80
7.	Frais de procédure	80
8.	Appel	81
9.	Exécution des jugements	81
	ANNEXE 1: Adresses utiles	83

FINLANDE

1. Mise en œuvre des directives "recours"

En Finlande, le droit communautaire en matière de passation de marchés publics est mis en œuvre par la loi sur les marchés publics ("la loi") entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il s'agit d'une loi-cadre qui s'applique à tous les marchés publics de Finlande, y compris ceux qui se situent au-dessous des seuils fixés par les directives communautaires. Les moyens de recours prévus par les directives "recours" 89/665 et 92/13 font l'objet des articles 8, 9 et 10 de la loi.

Un projet de loi soumis au Parlement finlandais au mois de mai 1997 a été adopté le 26 novembre de la même année. Les modifications qui ont pris effet le 1^{er} mars 1998 prévoient notamment que:

1. le Conseil de la concurrence est compétent pour les recours concernant les marchés du secteur public, même si leur montant est inférieur aux seuils fixés par les directives communautaires;
2. l'introduction d'un recours devant le Conseil de la concurrence est possible même après la signature du contrat relatif au marché en question, à condition qu'elle ait lieu dans les quinze jours suivant la date à laquelle la personne lésée a été informée de la décision du pouvoir adjudicateur (encore que le Conseil de la concurrence ne puisse pas annuler un contrat déjà signé). Si le contrat a déjà été conclu, la personne lésée peut percevoir une "indemnité compensatrice", à condition qu'elle ait eu une "chance réelle" de remporter le marché. Cette indemnité est calculée en fonction du préjudice subi et de la nature de l'infraction commise (sanction);
3. les parties à un litige de passation de marché public dans les secteurs spéciaux ont la possibilité de recourir à la procédure de conciliation prévue par la directive "recours" 92/13 concernant ces secteurs.

Ces modifications de la loi sur les marchés publics étendent considérablement la compétence du Conseil de la concurrence.

Les dispositions de la loi finlandaise sur les marchés publics s'appliquent aux îles d'Aland en vertu de la loi régionale d'application au comté d'Aland du 11 mai 1994 et du décret régional relatif aux marchés publics du 27 février 1996. Toutefois, ces textes ne s'appliquent pas aux marchés d'un montant inférieur aux seuils communautaires.

2. Juridictions compétentes

Quiconque souhaite contester une décision d'adjudication couverte par la loi peut saisir le Conseil de la concurrence (*Kilpailuneuvosto*), lequel est également l'instance d'appel pour les questions de concurrence en Finlande. La majorité de ses membres étant issus d'entités économiques, le Conseil possède des compétences particulières en matière de marchés publics. Il traite les affaires d'une manière comparable à celle d'un tribunal.

D'après le droit communal et administratif finlandais, il est également possible d'introduire une action contre les décisions des collectivités locales et des administrations publiques lorsque l'administration en question est un pouvoir adjudicateur au sens de la loi sur les marchés publics. Dans ce cas, les tribunaux compétents sont les tribunaux administratifs de comté. Il est possible de former appel devant un tribunal administratif de comté contre une décision définitive d'un conseil municipal ou contre la décision d'une collectivité locale ou d'un conseil municipal faisant suite à une demande de rectification. L'appel peut être formé par l'une des parties ou par n'importe quel membre du conseil municipal.

Concrètement, il existe donc deux systèmes parallèles qui peuvent être utilisés à tour de rôle. Toutefois, ce régime va changer en raison des modifications apportées à la loi sur les marchés publics. En effet, depuis le début du mois de mars 1998, il n'est plus possible de former appel devant les tribunaux administratifs au titre de la loi, dès lors que le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître de l'affaire. Le but de cette modification est d'éviter les doubles emplois et les décisions divergentes.

Étant donné que le Conseil de la concurrence et les tribunaux administratifs de comté ne sont pas compétents pour statuer en matière de dommages-intérêts, les demandes de dommages-intérêts doivent être introduites devant une juridiction ordinaire de première instance. Depuis l'entrée en vigueur de la modification de la loi au 1^{er} mars 1998, le montant d'une éventuelle indemnité compensatrice est pris en compte lors de l'octroi de dommages-intérêts.

Le plaignant a également la possibilité d'introduire un recours officieux auprès du ministère finlandais du commerce et de l'industrie. Dès réception de ce recours, le ministère peut exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 13 de la loi pour demander aux entités adjudicatrices (secteur public et secteurs spéciaux) des renseignements sur la procédure d'adjudication en question. Il peut ensuite faire des recommandations et donner des instructions au sujet de la procédure et de l'interprétation de la loi. Le recours adressé au ministère peut donc éviter au plaignant d'avoir à intenter une action en justice; en revanche, il ne lui assure aucune réparation spécifique (indemnité compensatrice, etc.). En 1996 et 1997, le ministère a traité plus de soixante de ces recours officieux.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

En vertu de l'article 10 de la loi sur les marchés publics, le Conseil de la concurrence peut statuer sur les demandes de référés ou de mesures provisoires et les demandes d'ordonnances de suspension dans les affaires entrant dans le champ d'application de la loi. Depuis la modification de la loi, ces décisions peuvent également porter sur des marchés d'une valeur inférieure au seuil fixé.

Le Conseil de la concurrence peut ordonner qu'une décision d'un pouvoir adjudicateur ne soit pas exécutée ou que la procédure d'attribution du marché soit suspendue jusqu'à la clôture de l'instance, ou les deux, et il peut renforcer sa décision par l'imposition d'une astreinte.

Par ailleurs, les injonctions avant dire droit peuvent interdire l'application d'une clause particulière d'un document d'appel d'offres ou d'une procédure qui viole la loi. À titre de mesure provisoire, le Conseil de la concurrence peut aussi obliger le pouvoir adjudicateur à remédier à son infraction. Là encore, le Conseil peut renforcer ses décisions par l'imposition d'astreintes. Dans tous ces cas, il s'agit de mesures provisoires qui peuvent être appliquées en attendant la clôture de l'instance devant le Conseil de la concurrence.

Une fois que le contrat a été conclu par les parties, toute demande ultérieure de mesures provisoires sera considérée comme étant hors délais et, les dommages-intérêts constitueront alors le seul moyen de réparation. Toutefois, depuis le 1^{er} mars 1998, la partie lésée a droit dans ce cas à une indemnité compensatrice (voir description à la section 1). L'élément décisif consiste à savoir si le contrat a été défini et convenu en détail ou non, autrement dit, s'il a été signé ou non. En effet, si le pouvoir adjudicateur a seulement décidé de la solution qu'il allait adopter, mais que le contrat détaillé n'a pas encore été signé, toutes les mesures décrites ci-dessus sont encore possibles.

En statuant sur une demande, le Conseil de la concurrence est tenu par la loi de prendre en considération les conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être touchés, y compris l'intérêt public. Il peut décider de ne pas accorder la mesure en question si les conséquences négatives risquent de l'emporter sur les avantages. Cette évaluation des intérêts est conforme aux directives "recours".

3.2 Ordonnances d'annulation

En conférant au Conseil de la concurrence la faculté de prononcer des ordonnances d'annulation, l'article 9 de la loi suit de très près les dispositions équivalentes des directives "recours".

En cas de violation de la loi, de dispositions introduites en exécution de la loi ou de règles communautaires concernant les marchés publics, le Conseil de la concurrence peut ordonner l'annulation de tout ou partie d'une décision d'un pouvoir adjudicateur, mais il peut aussi interdire à un pouvoir adjudicateur d'appliquer une disposition particulière d'un document du dossier d'appel d'offres ou d'appliquer une procédure illégale, ou exiger la rectification de cette dernière. En revanche, il n'a pas la faculté de rectifier lui-même une décision prise par un pouvoir adjudicateur, ni, par exemple, d'ordonner qu'un contrat soit signé avec une entreprise donnée.

À l'instar des mesures provisoires, les ordonnances d'annulation peuvent être prononcées à tout moment avant la signature effective d'un contrat. Avant cette signature, les décisions peuvent, en effet, être annulées, même si elles ont donné lieu à ce qui serait généralement considéré, dans le cadre du code civil finlandais, comme un contrat ayant force obligatoire.

Le Conseil de la concurrence peut infliger une astreinte pour assurer le respect de sa décision interdisant à un pouvoir adjudicateur d'appliquer une disposition particulière d'un document relatif au marché ou d'appliquer une procédure illégale. En revanche, l'astreinte n'est pas

nécessaire en cas d'ordonnance d'annulation, puisque la décision du pouvoir adjudicateur est alors annulée d'office sans que ce dernier ait à prendre une quelconque mesure.

3.3 Dommages-intérêts et indemnité compensatrice (depuis le 1.3.1998)

D'après l'article 8 de la loi, le pouvoir adjudicateur qui porte préjudice à un soumissionnaire en raison d'une violation de la loi, de dispositions adoptées en exécution de la loi ou du traité de Rome est tenu de payer des dommages-intérêts audit soumissionnaire.

En vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la loi, en cas d'introduction d'une demande de dommages-intérêts représentant les frais de préparation de l'offre et de participation à une procédure d'adjudication, le requérant est seulement tenu de prouver qu'il y a eu violation des règles de passation des marchés, qu'il avait une chance réelle de remporter le marché et que, à la suite de la violation, cette chance a été compromise. Cette disposition de la loi correspond à l'article 2, paragraphe 7, de la directive "recours" 92/13.

D'après le projet de loi, l'article 8, paragraphe 2 (critère de la "chance réelle"), ne s'applique qu'aux cas entrant dans le champ d'application de la directive "recours" 92/13, laquelle ne concerne que la passation de marchés par des entités des secteurs spéciaux. Toutefois, depuis la modification de la loi, le critère de la "chance réelle" visé à l'article 8, paragraphe 2, s'étend aussi aux pouvoirs adjudicateurs du secteur public.

La loi ne donne pas d'autres précisions sur les modalités d'évaluation des dommages-intérêts. Certaines déclarations figurant dans les travaux préparatoires de la loi semblent indiquer que, dans bien des cas, les dommages-intérêts peuvent être limités aux frais de préparation de l'offre engagés par le plaignant. Concrètement, on peut table sur des dommages-intérêts couvrant essentiellement ces frais de préparation de l'offre. Les principes généraux du droit finlandais des contrats ne prévoient l'indemnisation de la perte de bénéfices que s'il y a eu violation du contrat. D'une manière générale, cette indemnisation est hors de portée du plaignant qui n'est pas partie à un contrat. Les commentateurs juridiques ont cependant laissé entendre que, dans certains cas, la perte de bénéfices pouvait être récupérée dès lors que le pouvoir adjudicateur menait sciemment une procédure d'adjudication viciée. Pour l'heure, il n'existe aucune jurisprudence constante sur ce point.

Les principes généraux du droit finlandais semblent indiquer que le plaignant devra apporter des preuves plus concluantes (allant au-delà du critère de la "chance réelle") s'il veut récupérer la perte de bénéfices. Ainsi, il peut être tenu de prouver qu'il y avait au moins une forte probabilité pour lui de remporter le marché en l'absence de violation des règles de passation des marchés publics. Les tribunaux finlandais doivent encore expliciter les conditions exactes concernant ces preuves.

Enfin, il importe de noter que les actions en dommages-intérêts sont indépendantes des demandes de référé ou d'annulation introduites devant le Conseil de la concurrence, mais que, si ce dernier constate une infraction, ce constat est susceptible d'influer favorablement sur la demande de dommages-intérêts introduite devant la juridiction de première instance.

Comme on l'a vu à la section 1, l'entrée en vigueur de la modification de la loi au 1^{er} mars 1998 a considérablement accru les pouvoirs du Conseil de la concurrence d'infliger des sanctions. Si le plaignant avait eu une chance réelle de remporter le marché dans le cadre

d'une procédure d'adjudication correcte, le Conseil de la concurrence peut ordonner au pouvoir adjudicateur de lui verser une indemnité. Cette indemnité compensatrice peut être imposée si la demande n'a été faite qu'après la conclusion du contrat ou si l'évaluation des intérêts montre que l'octroi d'autres réparations aurait eu des effets trop préjudiciables. En ordonnant une indemnité compensatrice, le Conseil tient compte, par exemple, de la valeur du contrat, de la nature de l'infraction et du préjudice subi.

4. Qui peut former un recours ?

En vertu de l'article 9 de la loi (devenu article 9 bis après la modification du 1.3.1998), la demande d'examen peut être introduite par toute personne que l'affaire concerne. D'après le projet de loi initial, il s'agit de toute personne qui a un intérêt légitime à contester la procédure d'adjudication illégale. Du reste, ce projet se référait expressément à l'article 1^{er}, paragraphe 3, des directives "recours", lequel précise qu'un recours peut être formé par toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. Concrètement, un recours peut donc être formé par tout opérateur économique intéressé par l'objet du marché et qui aurait eu une chance de voir son offre acceptée si la procédure d'adjudication s'était déroulée correctement.

Dans certaines conditions, le ministère du commerce et de l'industrie et le ministère des finances peuvent également saisir le Conseil de la concurrence à propos de violations de la loi. Depuis la modification de la loi sur les marchés publics, l'article 9 bis prévoit qu'une action peut également être introduite par un organe de l'État qui a accordé des subventions pour un certain type de marchés de travaux définis à l'article 5, paragraphe 4.

5. Délai de formation d'un recours

D'après l'article 9 (devenu article 9 bis après la modification du 1.3.1998), les recours doivent, en principe, être formés avant que le contrat du marché en question n'ait été signé. En pratique, le plaignant doit agir assez rapidement. Depuis la modification de la loi sur les marchés publics, la conclusion du contrat n'empêche plus de donner suite à la demande adressée au Conseil de la concurrence, dès lors que cette demande est déposée dans les quinze jours suivant la date à laquelle le plaignant a été informé de la décision d'attribution du marché. Après la signature du contrat, le seul moyen de recours consiste à demander des dommages-intérêts auprès d'une juridiction ordinaire et, depuis la modification, la personne lésée peut également obtenir l'indemnité compensatrice définie à l'article 9 de la loi modifiée.

Si le plaignant décide de former un recours contre la décision d'un pouvoir adjudicateur communal auprès d'un tribunal administratif de comté, il doit respecter les délais fixés par le droit administratif. En principe, une demande officielle de rectification doit être adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant la notification de la décision. Le pouvoir adjudicateur est tenu de donner suite à la demande sans tarder. Si besoin est, un autre recours peut être formé auprès du tribunal administratif de comté dans les trente jours suivant la notification de la décision. Les décisions communales doivent préciser les modalités d'appel. Les actions en dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires se prescrivent par le délai normal de dix ans.

6. Procédure

6.1 Obligation de préavis

Avant d'intenter une action devant le Conseil de la concurrence pour obtenir un référé ou une ordonnance d'annulation, le plaignant doit notifier au pouvoir adjudicateur l'infraction alléguée et son intention de former un recours. Dans le dossier d'appel, il doit fournir la preuve de cette notification écrite. La loi ne donne pas d'autres instructions au sujet de la notification préalable, mais une lettre ordinaire ou une télécopie envoyée au pouvoir adjudicateur devrait suffire.

Cette obligation de préavis a pour but de donner au pouvoir adjudicateur la possibilité de rendre sa procédure conforme aux prescriptions avant que l'affaire ne passe devant le Conseil de la concurrence. Ainsi, si l'infraction consiste en une erreur de calcul manifeste, le pouvoir adjudicateur peut rectifier celle-ci sans délai et donc éviter une citation devant le Conseil de la concurrence.

En ce qui concerne les actions en dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires, aucune notification préalable n'est exigée.

6.2 Recours devant le Conseil de la concurrence

Quiconque saisit le Conseil de la concurrence doit former son recours par une demande écrite dans laquelle il précise les moyens invoqués et la réparation recherchée. Le pouvoir adjudicateur est ensuite invité à présenter son mémoire en défense. Il arrive que le Conseil de la concurrence demande aux parties de présenter des mémoires ampliatifs.

Le Conseil de la concurrence peut prévoir des débats oraux pour entendre les parties présenter leurs preuves et convoquer d'autres témoins ou experts. Il peut obliger les parties, sous peine d'amende, à être présentes à l'audience et à fournir des pièces. Dans certains cas, il est ensuite demandé aux parties de déposer leurs conclusions par écrit.

Une particularité qui accroît la rapidité d'obtention de mesures provisoires en vertu de la loi réside dans la faculté qu'a le président du Conseil de la concurrence de statuer en référé sur des mesures provisoires, en l'absence des autres membres du Conseil de la concurrence. Les décisions du président sont confirmées ou annulées en séance plénière. Dans les cas où, faute de décision, l'efficacité de mesures provisoires risque d'être mise en péril, ces mesures peuvent être ordonnées avant même que l'autre partie (le pouvoir adjudicateur) ne soit entendue.

6.3 Actions devant les tribunaux administratifs de comté

Quiconque désire introduire une action devant le tribunal administratif de comté doit adresser à ce tribunal un appel écrit précisant la décision faisant l'objet de l'appel, les moyens de recours invoqués et les motifs détaillés du recours. Il est ensuite demandé au pouvoir adjudicateur de présenter un mémoire en défense. Le dossier est préparé par un rapporteur qui est compétent pour demander aux parties d'autres mémoires et un complément d'information (dans un certain délai). Une audition peut avoir lieu à la demande de l'une des parties.

6.4 Actions en dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires

Le plaignant qui veut obtenir des dommages-intérêts doit déposer auprès d'une juridiction de première instance une demande d'assignation précisant la requête et les moyens invoqués, ainsi que les détails du déroulement des faits et des preuves à présenter au tribunal. Le pouvoir adjudicateur doit remettre au tribunal un mémoire en défense. Le tribunal convoque ensuite les deux parties à une audience préparatoire au cours de laquelle la portée du litige est précisée et le dossier est préparé en vue de l'audience principale. Toutes les preuves écrites doivent être présentées au plus tard à l'audience préparatoire.

L'audience principale a lieu (dans les affaires simples) immédiatement après l'audience préparatoire ou (plus généralement) à une date ultérieure. À l'audience principale, les représentants des parties, mais aussi les témoins et les experts, peuvent faire des déclarations orales.

6.5 Durée de la procédure

La durée de la procédure varie en fonction de la complexité de l'affaire, mais en général, le délai qui s'écoule entre l'introduction de l'instance et la décision définitive est d'environ un à six mois devant le Conseil de la concurrence, dix mois devant les tribunaux administratifs de comté et un an devant un tribunal de première instance.

6.6 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Si la législation finlandaise n'impose pas aux parties de se faire représenter par un avocat devant le Conseil de la concurrence ou un tribunal, il est cependant normal et généralement conseillé que les deux parties soient juridiquement représentées dans les procédures devant ces deux juridictions.

7. Frais de procédure

Aucun droit n'est à acquitter pour les recours formés devant le Conseil de la concurrence. Un droit de 400 marks doit être acquitté pour les recours devant les tribunaux administratifs de comté, tandis que le droit à acquitter aux tribunaux de première instance varie entre 300 et 800 marks, selon la complexité de l'affaire et la durée de la procédure.

La principale dépense entraînée par une action est probablement le coût de la constitution d'avocat. Le montant de ces frais est évidemment variable en fonction de la durée et de la complexité de l'affaire.

En règle générale, le Conseil de la concurrence et les tribunaux condamnent le perdant à rembourser tout ou partie des dépens du gagnant, dès lors qu'il serait anormal que ce dernier ait à supporter les frais qu'il a engagés. En décidant si le pouvoir adjudicateur doit être condamné aux dépens, le juge prend en considération la faute éventuelle de celui-ci. Le droit du gagnant à obtenir l'indemnisation des frais de justice est le plus fort dans les tribunaux de première instance, où la règle générale veut que le gagnant soit dédommagé de toutes les dépenses nécessaires. À l'évidence, il s'agit là d'un élément important que le plaignant doit prendre en compte dès le début pour décider s'il doit ou non introduire un recours.

8. Appel

En vertu de l'article 12 de la loi sur les marchés publics, les décisions du Conseil sont susceptibles d'appel devant le tribunal administratif suprême. Le délai pour former appel est de trente jours et aucune autorisation n'est nécessaire à cet effet.

Les jugements des tribunaux administratifs de comté sont également susceptibles d'appel devant le tribunal administratif suprême dans un délai de trente jours. Aucune autorisation n'est nécessaire pour former appel lorsque l'affaire concerne la décision d'un pouvoir adjudicateur communal.

Les décisions d'un tribunal de première instance relatives aux dommages-intérêts peuvent être contestées devant la Cour d'appel dans un délai de trente jours. Au préalable, l'appelant doit avoir informé le tribunal de première instance de son intention de former appel, par préavis de sept jours. Pour former un nouvel appel devant le tribunal administratif suprême, une autorisation est indispensable.

9. Exécution des jugements

En Finlande, les jugements des tribunaux sont généralement exécutés de manière efficace, surtout si le défendeur est un pouvoir adjudicateur public. Comme on l'a vu plus haut, le Conseil de la concurrence peut renforcer ses jugements en imposant des astreintes. Si l'entité adjudicatrice n'exécute pas un jugement, l'astreinte devient exigible.

Adresses utiles

I Conseil de la concurrence

Kilpailuneuvosto
Aleksanterinkatu 4
FIN-00170
Helsinki

Tél: 09 160 3677
Fax: 09 160 4022

II Tribunaux administratifs de comté

Villes: Helsinki, Espoo, Vantaa

Uudenmaan lääninoikeus
Ratapihantie 9
FIN-00520
Helsinki

Tél: 09 17 3531
Fax: 09 17 35 3479

Villes: Tampere, Hämeenlinna

Hämeen lääninoikeus
Raatihuoneenkatu 1
FIN-13100
Hämeenlinna

Tél: 03 62 231
Fax: 03 622 3269

Villes: Turku, Pori

Turun ja Porin lääninoikeus
Itsenäisyydenaukio 2
FIN-20800
Turku

Tél: 02 266 0111
Fax: 02 266 1423

Île d'Åland

Ålands Förvaltningsdomstol
Étatns ämbetshus
Torggatan 16
FIN-22100
Mariehamn

Tél: 018 6350
Fax: 018 635 202

III Juridictions civiles de première instance

Helsingin käräjäoikeus

Tél: 09 1571

Pasilanraito 11
FIN-00240
Helsinki

Fax: 09 157 2717

Espoon kärjäoikeus
Vitikka 1
FIN-02630
Espoo

Tél: 09 157 206
Fax: 09 524 481

Tampereen kärjäoikeus
Oikeustalo
Kelloportinkatu 5A
FIN-33100
Tampere

Tél: 03 288 2111
Fax: 03 288 2490

Turunseudun kärjäoikeus
Kaskenkatu 9
FIN-20700
Turku

Tél: 02 251 6180
Fax: 02 232 8510

Vantaan kärjäoikeus
Kielotie 21
FIN-01300
Vantaa

Tél: 09 873 091
Fax: 09 873 0939

IV Collège d'arbitres indépendants

Keskuskauppakamarin välityslautakunta
(Collège d'arbitres de la Chambre de
commerce centrale de Finlande)
Aleksanterinkatu 17 (WTC)
FIN-00100
Helsinki

Tél: 09 69 6969
Fax: 09 65 0303

V Ministère chargé du suivi des règles de passation des marchés publics

Kauppa-ja teollisuusministeriö
(Ministère du commerce et de l'industrie)
Aleksanterinkatu 4
FIN-00170
Helsinki

Tél: 09 1601
Fax: 09 160 3666

FRANCE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Delvolvé Rouche (Paris), 1997**

SOMMAIRE

1.	Mise en œuvre des directives “recours”	89
2.	Juridictions compétentes	89
3.	Moyens de recours	90
3.1	Mesures provisoires et ordonnances d'annulation	90
3.1.1	<i>Devant les tribunaux administratifs</i>	90
3.1.2	<i>Devant les juridictions civiles</i>	91
3.2	Astreintes infligées aux entités des secteurs spéciaux.....	91
3.3	Dommages-intérêts.....	93
4.	Qui peut former un recours?	93
5.	Délai de formation d'un recours	94
6.	Procédure	94
6.1	Obligation de notification préalable	94
6.2	Procédure en référé pour les mesures provisoires et ordonnances d'annulation	95
6.3	Demandes d'amendes	95
6.4	Actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles.....	96
6.5	L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?.....	96
7.	Frais de procédure	96
8.	Appel	96
9.	Exécution des jugements	97
	ANNEXE 1: Adresses utiles	98

FRANCE

1. Mise en œuvre des directives “recours”

La directive "recours" 89/665 a été transposée en droit français par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 et ses modifications successives. Ses dispositions relatives aux moyens de recours ont été intégrées dans la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 transposant la directive 71/305 concernant les marchés de travaux (version antérieure de la directive 93/37). Une autre loi (n° 93-122 du 23 janvier 1993) étend ces dispositions aux marchés publics de fournitures et de travaux et aux concessions de services publics.

En ce qui concerne les moyens de recours dans les secteurs spéciaux, la directive "recours" 92/13 a été transposée en France par la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 qui intègre les dispositions relatives aux moyens de recours dans la loi antérieure (n° 92-1282) transposant la directive 90/531 sur les secteurs spéciaux.

2. Juridictions compétentes

En France, une distinction fondamentale est établie entre, d'une part, les affaires relevant du droit administratif et donc réservées à la compétence exclusive des tribunaux administratifs et, d'autre part, les affaires pour lesquelles les juridictions civiles ordinaires sont compétentes. Selon qu'un contrat est considéré comme étant de nature administrative ou de droit privé, les juridictions compétentes sont les suivantes:

- 1) pour les contrats administratifs: les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et/ou le Conseil d'État (juridiction la plus élevée de l'ordre administratif), collectivement dénommés "les juridictions administratives";
- 2) pour les contrats de droit privé: les tribunaux de grande instance ou les tribunaux de commerce, les cours d'appel et la Cour de cassation (juridiction la plus élevée pour les affaires civiles et commerciales), collectivement dénommés "les juridictions civiles".

Dans chaque branche, le président de la juridiction de premier degré²¹ se voit conférer certains pouvoirs qui lui permettent de statuer dans les cas d'urgence par une procédure en référé.

Au risque de simplifier à l'excès, on peut dire qu'un contrat doit normalement être considéré comme administratif:

- 1) s'il est conclu par une personne publique, qu'il s'agisse de l'État, d'un département, d'une commune ou de leurs organes administratifs publics, ou par une personne physique ou morale contractant pour le compte d'une personne publique;

²¹ C'est-à-dire le président du tribunal administratif ou son suppléant, ou le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce ou leurs suppléants respectifs, selon le cas. Lorsqu'il agit ès qualité, chacun de ces magistrats peut être désigné comme juge des référés.

- 2) si l'objet du contrat est un service public ou si le contrat contient des clauses que l'on ne trouve généralement pas dans les contrats entre particuliers.

En France, la grande majorité (en nombre, sinon en valeur) des marchés qui relèvent de la législation sur les marchés publics sont attribués directement par des personnes publiques ou indirectement par des personnes physiques ou des personnes morales agissant au nom de personnes publiques, et ces marchés concernent la prestation de services publics. Pourtant, une assez forte proportion de marchés couverts par les directives "marchés publics" relèvent de la compétence des juridictions civiles.

En vertu de la législation de transposition citée à la section 1, des dispositions appropriées ont été adoptées afin de couvrir ces *deux* types de contrats, les moyens de recours précisés étant disponibles auprès des juridictions civiles comme des juridictions administratives.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires et ordonnances d'annulation

Ces deux moyens de recours distincts, mais parallèles, ont été intégrés dans les mêmes dispositions des lois françaises de transposition précitées et sont très étroitement liés. Les mêmes magistrats, dans la même action et dans le cadre de la même procédure, peuvent à tour de rôle prononcer une mesure provisoire ou une ordonnance d'annulation définitive pour la protection de la personne lésée. Du reste, il est probable que les mêmes facteurs régissent la disponibilité de ces deux types de moyen de recours. C'est pourquoi ceux-ci sont examinés ensemble dans les sections qui suivent.

Il y a également lieu de noter que les mesures provisoires et les ordonnances d'annulation sont seulement disponibles pour les marchés publics entrant dans le champ d'application de la directive "recours" 89/665 mais ne le sont pas, d'une manière générale, contre les entités des secteurs spéciaux au titre des mesures de transposition de la directive "recours" 92/13. Comme on le verra à la section 3.2, c'est le régime des amendes qui s'applique aux entités des secteurs spéciaux.

3.1.1 Devant les juridictions administratives

La personne s'estimant lésée dans un litige concernant un marché public et portant sur un contrat administratif peut, avant la signature de ce contrat, s'adresser au président du tribunal administratif ou à son suppléant au sujet d'une violation des règles de passation des marchés publics. La loi n° 92-10 confère au président le pouvoir de prendre certaines mesures préventives, en disposant que l'article L 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ("code des TA/CAA") s'applique en cas de violation des règles de passation des marchés publics. Aux termes de cet article, le président peut ordonner au pouvoir adjudicateur de respecter ses obligations et, en même temps, suspendre l'attribution du marché ou l'exécution de décisions connexes. Il peut aussi annuler ces décisions et annuler des clauses ou conditions devant figurer dans le contrat, dès lors qu'elles sont incompatibles avec ces obligations.

Cette action est de nature préventive, car elle tente d'obtenir l'intervention du juge avant que les parties ne concluent le contrat en question. Qu'il s'agisse d'une demande de mesures provisoires ou d'annulation définitive de décisions ou de projets de clauses contractuelles, il faut que le recours soit formé avant la signature du contrat. La législation de transposition précise clairement que, une fois le contrat signé, cette intervention n'a plus lieu d'être, et le juge devrait se déclarer incompétent pour statuer sur l'affaire. Étant donné que ce type de procédure déroge expressément aux procédures usuelles, le juge adoptera probablement une approche restrictive.

La procédure appliquée est appelée "procédure en référé". En général, les pouvoirs du juge statuant en référé sont limités aux mesures provisoires, mais les dispositions transposant la directive 89/665 attribuent au juge des pouvoirs plus étendus qu'à l'ordinaire, puisqu'elles lui confèrent la faculté de déclarer un acte administratif nul et non avenu.

La loi de transposition prévoit qu'une décision peut être prononcée "en la forme des référés", confirmant ainsi qu'il s'agit de la procédure rapide qui s'applique généralement en cas d'urgence. Il ne s'agit pas d'une "ordonnance de référé" proprement dite, laquelle est de nature provisoire et peut ultérieurement être inversée par le tribunal (dont le juge des référés fait partie) lorsque celui-ci est appelé à statuer sur le fond de l'affaire ("jugement au fond"). Dans ce cas, le jugement du juge des référés est définitif et a force exécutoire.

3.1.2 *Devant les juridictions civiles*

Des mesures provisoires et ordonnances d'annulation peuvent également être demandées auprès des juridictions civiles pour les contrats qui relèvent du droit communautaire en matière de passation des marchés publics, mais ne sont pas de nature administrative.

La loi n° 92-10 ajoute un nouvel article 11.1 à la loi (n° 91.3) qui transpose le droit communautaire en matière de passation des marchés publics de travaux, mais s'applique aussi aux marchés publics de fournitures et de services. En vertu de cet article 11.1, le plaignant peut, avant la signature du contrat, demander au juge d'ordonner une mesure provisoire qui impose au pouvoir adjudicateur de respecter ses obligations et peut suspendre la procédure d'adjudication ou l'exécution de décisions relatives à cette procédure. La personne s'estimant lésée peut également demander l'annulation de ces décisions ou l'annulation de clauses ou conditions devant figurer dans le contrat, dès lors qu'elles sont contraires aux règles de passation des marchés publics.

Ce recours doit être formé auprès du président de la juridiction civile compétente ou de son suppléant, lequel suivra, là encore, la procédure accélérée du référé.

3.2 *Astreintes infligées aux entités des secteurs spéciaux*

Les moyens de recours que sont les ordonnances de suspension provisoire et d'annulation décrites à la section 3.1, ne peuvent être exercés qu'à l'encontre des administrations publiques entrant dans le champ d'application de la directive "recours" 89/665. En ce qui concerne les entités des secteurs spéciaux, le gouvernement français a opté pour l'autre possibilité prévue à l'article 2, paragraphe 1, point c) de la directive 92/13, à savoir l'imposition, à l'entité adjudicatrice, du paiement de sommes dissuasives (astreintes).

Pour obtenir un ordre de paiement d'astreintes, la partie s'estimant lésée peut s'adresser aux juridictions administratives ou aux juridictions civiles, selon que le contrat en question est de nature administrative ou non. En ce qui concerne les juridictions administratives, la loi n° 93-1416 ajoute un nouvel article 23 au code des TA/CAA, tandis que, pour les recours formés devant les juridictions civiles, la loi n° 93-1416 ajoute un nouvel article 7.1 à la loi de transposition de la directive 90/531 relative aux secteurs spéciaux (loi n° 92-1282). Ces deux nouvelles dispositions étant quasiment identiques, l'exposé qui suit vaut pour chaque cas, que le recours soit formé devant une juridiction administrative ou une juridiction civile.

La personne alléguant une infraction de la part d'une entité des secteurs spéciaux peut, avant que le contrat du marché en question ne soit conclu, s'adresser au président du tribunal administratif ou (selon le cas) de la juridiction civile. Celui-ci pourra alors ordonner à l'entité en cause d'exécuter ses obligations dans un délai précis et, en même temps, imposer une astreinte provisoire à compter de l'expiration de ce délai.

Au moment de décider s'il doit ordonner une astreinte, le président doit tenir compte des effets probables de cette mesure pour tous les intérêts potentiellement en jeu, y compris l'intérêt public, et doit s'abstenir de l'ordonner si les conséquences négatives risquent de l'emporter sur les avantages. Le juge doit donc procéder à une "évaluation des intérêts". Pour l'heure, il n'y a guère de jurisprudence quant aux modalités de réalisation de cette évaluation. À la connaissance des auteurs, il n'a été rapporté qu'une seule affaire dans laquelle le président d'un tribunal administratif a ordonné une astreinte dissuasive.²²

Le montant de l'astreinte journalière provisoire devient exigible en cas d'inexécution, mais il est tenu compte du comportement de l'entité concernée et des difficultés qu'elle peut avoir rencontrées dans l'exécution de l'ordonnance. Si l'infraction n'a pas été corrigée conformément aux instructions du juge, ce dernier peut ordonner une astreinte définitive.

Le président ou son suppléant ordonnent une astreinte provisoire ou définitive par voie de référé. Comme on l'a vu plus haut, le référé est une forme de procédure accélérée qui est généralement réservée aux mesures de nature provisoire. La loi de transposition précise qu'une astreinte provisoire ou définitive peut être annulée en partie ou en totalité s'il est prouvé que l'inexécution ou le retard d'exécution de la décision du président par l'entité en cause est dû à des circonstances étrangères à l'affaire.

La loi de transposition confirme que le prononcé d'une astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est totalement indépendant d'une action en dommages-intérêts et n'empêche donc pas une personne s'estimant lésée de former un recours en dommages-intérêts à l'encontre de l'entité concernée.

Enfin, il convient de noter que les lois de transposition de la directive "recours" 89/665 ne contiennent aucune disposition formelle autorisant le prononcé d'astreintes contre des entités du secteur public. En principe, une astreinte peut toutefois être prononcée contre ces entités, puisqu'elle figure parmi les mesures que le juge des référés peut prendre en vertu du code des TA/CAA et du nouveau code de procédure civile.

²² Affaire *Société Bewater Europe Ltd c. Sivom de la région d'Aigues Mortes*, dans laquelle le président du tribunal administratif de Montpellier a prononcé une ordonnance le 14 septembre 1994. *Courrier des maires* du 11 novembre 1994, p. 57, cité dans *Rép. Dalloz Droit communautaire*, v. marchés publics, n° 617.

3.3 Dommages-intérêts

Indépendamment des mesures préventives décrites aux sections 3.1 et 3.2 ci-dessus, une personne s'estimant lésée peut former un recours en dommages-intérêts devant les juridictions civiles ordinaires. Alors que les moyens de recours exposés plus haut ne peuvent être exercés que si le contrat en question n'a pas encore été conclu, les dommages-intérêts peuvent être réclamés dans tous les cas, que le contrat ait été signé ou non.

La jurisprudence et le droit général français indiquent qu'une personne peut intenter une action en dommages-intérêts si elle a été dépossédée d'un droit par la faute ou la négligence du défendeur. La charge de la preuve de l'existence de la faute, du préjudice subi et du lien de causalité entre la faute et le préjudice incombe au plaignant.

La faute peut résider dans la violation d'une obligation légale, constituant un acte illégal. Cette faute est réputée avoir été commise si le défendeur n'a pas respecté, délibérément ou autrement (intentionnellement ou par négligence), une obligation expressément prévue par la loi.

Il est admis depuis longtemps que, lorsque la faute entraîne pour une partie la perte de la chance de remporter un marché, cette partie peut en principe percevoir des dommages-intérêts. Toutefois, la partie s'estimant lésée est tenue de prouver que sa chance de se voir attribuer le marché en question était "sérieuse". Il incombe au juge de déterminer si tel est le cas, en fonction des circonstances. Les dommages-intérêts peuvent couvrir la perte de bénéfices. De plus, la partie lésée peut obtenir une indemnité compensatrice pour les frais liés à la préparation de son offre.

Le gouvernement français n'a pas jugé nécessaire d'introduire une disposition formelle de transposition de l'article 2, paragraphe 7, de la directive 92/13. En vertu de cet article, le plaignant qui veut récupérer les frais engagés pour la préparation de son offre est tenue uniquement de prouver qu'une entité appartenant aux secteurs spéciaux a commis une violation du droit communautaire en matière de passation des marchés publics, qu'il avait une "chance réelle" de remporter le marché (en l'absence de la violation) et que cette chance a été compromise à la suite de la violation. Dans le cadre du droit français préexistant, il s'agit probablement là de tout ce qu'un requérant aurait à prouver, en tout état de cause.

4. Qui peut former un recours?

Les personnes ayant qualité pour introduire des actions des types décrits ci-dessus sont celles qui ont un intérêt à la conclusion du contrat du marché en question et qui sont potentiellement lésées par une violation alléguée du droit en matière de passation des marchés publics. Par conséquent, la personne s'estimant lésée doit avoir un intérêt personnel à remporter le marché, même si cela ne suppose pas nécessairement qu'elle doit avoir effectivement participé à la procédure d'adjudication.

On peut aussi noter que le représentant de l'État dans un département a également la capacité pour agir si le marché en question est ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou une collectivité locale. Du reste, le procureur de la République a le droit d'engager une action

dans les cas où la Commission européenne a notifié au gouvernement français qu'une violation claire et manifeste a été commise ("mécanisme correcteur" prévu par les directives "recours") et/ou les cas où la Commission envisage d'ouvrir contre la France la procédure prévue à l'article 169 du traité CE.

5. Délai de formation d'un recours

La législation de transposition des directives "recours" ne prévoit aucun délai précis. La seule contrainte temporelle importante est que le recours visant à obtenir une mesure provisoire, une mesure d'annulation ou un prononcé d'astreinte doit être formé avant que le contrat du marché en question ne soit conclu (signé). Cette contrainte reflète la nature préventive de ces moyens de recours qui, tous, visent (à titre provisoire ou définitif) à empêcher le pouvoir adjudicateur de signer un contrat ou d'insérer des dispositions illégales dans un contrat.

En ce qui concerne les actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles, la règle générale veut que ces actions se prescrivent par dix ans à compter de la violation en question.

6. Procédure

6.1 Obligation de notification préalable

Dans les demandes de mesures provisoires ou d'ordonnances d'annulation formées contre des pouvoirs adjudicateurs (au titre des mesures transposant la directive 89/665), le requérant est expressément tenu de notifier préalablement au pouvoir adjudicateur son intention d'instituer la procédure, que ce soit devant une juridiction administrative ou civile. Cette notification préalable doit revêtir la forme d'une demande écrite par laquelle le pouvoir adjudicateur est mis en demeure de respecter les obligations qui lui incombent en vertu des règles de passation des marchés publics. Si le pouvoir adjudicateur ne donne pas suite dans les dix jours suivant la notification, le requérant peut présenter sa demande au président (ou à son suppléant) du tribunal compétent. Cette action n'est pas recevable avant l'expiration du délai de dix jours.

La jurisprudence montre que la notification préalable doit présenter de façon assez détaillée les arguments du plaignant et qu'elle doit expressément viser à faire prendre au pouvoir adjudicateur les mesures qui s'imposent pour respecter les obligations qui lui incombent en vertu des règles de passation des marchés publics. Il ne suffit pas que le plaignant se contente de demander les raisons pour lesquelles il n'a pas été invité à soumissionner ou n'a pas remporté le marché.

L'obligation de faire une notification préalable (et d'attendre dix jours avant de former le recours) peut avoir pour effet d'inciter le pouvoir adjudicateur à accélérer la signature du contrat afin d'éviter le risque d'une décision de justice (sachant que celle-ci ne peut être prononcée qu'avant la signature). Dans ce cas, le requérant peut bénéficier d'autres moyens de recours disponibles dans le cadre des référés ordinaires. Ainsi, le juge dispose de pouvoirs généraux pour prononcer des mesures provisoires visant à empêcher un préjudice imminent ou un comportement manifestement illégal. Il se peut toutefois que ces mesures n'aient pas de véritable effet si le contrat a déjà été signé, auquel cas l'action en dommages-intérêts est le seul moyen de recours dont dispose le plaignant.

Il existe une autre possibilité, à savoir que la personne s'estimant lésée soutient que l'accélération de la signature du contrat après la remise de sa notification constitue un abus de droit débouchant sur un "détournement de pouvoir" ou un "détournement de procédure". Le droit français considère traditionnellement qu'il s'agit là de motifs d'annulation d'une décision ou d'un acte administratif. Dans ce cas, toutefois, la charge de la preuve incombe au plaignant, et celui-ci risque d'avoir du mal à établir l'abus présumé.

6.2 Procédure en référé pour les mesures provisoires et les ordonnances d'annulation

Comme on l'a vu plus haut, les personnes s'estimant lésées peuvent demander des mesures provisoires et/ou l'annulation d'actes administratifs à l'encontre de pouvoirs adjudicateurs entrant dans le champ d'application de la directive 89/665. Ces recours peuvent être formés devant une juridiction administrative ou une juridiction civile, selon la nature du contrat, et doivent être précédés de la notification décrite à la section 6.1.

Cette demande se fait par le dépôt d'une requête écrite au tribunal administratif ou par une assignation devant une juridiction civile. La demande est ensuite entendue par le président (ou son suppléant), lequel suit la forme de procédure accélérée dite du "référé". Les dispositions françaises qui transposent la directive 89/665 précisent que le président doit statuer dans les vingt jours suivant l'introduction du recours. Toutefois, aucune sanction juridique n'est prévue en cas de dépassement et il est assez fréquent que les magistrats ne respectent pas ce délai.

Un arrêt du Conseil d'État semble indiquer que ce délai de vingt jours n'a qu'une valeur indicative. Par conséquent, le président n'est pas dépossédé de sa compétence au seul motif qu'il n'a pas été en mesure de statuer dans ce délai. Néanmoins, le Conseil d'État exige généralement du juge des référés qu'il se prononce dans le délai le plus bref possible. Du reste, certains magistrats ont invoqué cette obligation pour justifier une accélération de la procédure à un point risquant où les principes usuels du contradictoire ne sont plus respectés. Il a été affirmé qu'il importait peu qu'une copie du mémoire en défense ne soit pas transmise en temps utile au plaignant et qu'il suffisait que la possibilité soit donnée aux deux parties de présenter et de discuter oralement leurs arguments à l'audience.

6.3 Demandes d'astreintes

Comme exposé à la section 3.2 ci-dessus, la personne s'estimant lésée peut demander à la juridiction administrative ou civile de prononcer des astreintes contre une entité des secteurs spéciaux qui n'a pas respecté les règles de passation des marchés publics. Là encore, le recours doit être formé auprès du président de la juridiction de premier degré et la procédure suivie est celle du référé.

Même si cette procédure est généralement assez rapide, il n'existe aucun délai précis (comme le délai de vingt jours applicable dans le cadre de la mise en œuvre de la directive 89/665) dans lequel le juge est tenu de statuer. De même, il n'y a pas d'obligation de donner une notification préalable à l'entité concernée, ni d'attendre dix jours avant d'introduire le recours. En revanche, sur tous les autres points, la procédure est identique à celle qui a été exposée à la section 6.2.

6.4 Actions en dommages-intérêts devant une juridiction civile

L'action en dommages-intérêts devant les juridictions civiles est instituée par une assignation enregistrée au greffe, puis notifiée par huissier. Ensuite, des mémoires sont échangés sous les auspices d'un juge. Enfin, les parties et leurs représentants assistent à l'audience finale où les conclusions sont déposées oralement. En général, le juge statue dans le mois suivant l'audience.

L'ensemble de la procédure, de l'introduction du recours jusqu'au jugement définitif, dure en moyenne 8 à 14 mois en première instance et il faut compter en moyenne 18 mois de plus en cas d'appel formé auprès d'une cour d'appel.

6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Devant les juridictions administratives, il n'est pas obligatoire pour les parties de se faire représenter par un avocat si l'action se borne à une demande d'annulation d'une décision administrative au motif d'illégalité. Mais même en l'absence d'obligation, il est d'usage courant, et vivement conseillé, que les deux parties se fassent représenter par un avocat.

Devant les juridictions civiles, les parties sont généralement tenues de se faire représenter par un avocat, sauf devant le tribunal de commerce, où elles peuvent comparaître en personne.

7. Frais de procédure

Devant les juridictions administratives et les juridictions civiles de premier degré, les seuls frais notables que les parties doivent supporter sont les honoraires d'avocat. Il est très rare que le perdant soit condamné à rembourser (partiellement) ces honoraires au gagnant.

8. Appel

En ce qui concerne les demandes de mesures provisoires ou d'ordonnances d'annulation, la décision du juge des référés n'est pas pleinement susceptible d'appel. Autrement dit, il n'est pas possible de faire appel de la décision sur le fond devant la cour d'appel, mais cela n'empêche pas une partie de former un pourvoi en cassation devant la cour de cassation, à condition de le faire sous quinze jours (au lieu du délai habituel de deux mois). L'objet de ce pourvoi est limité à l'examen de la légalité de la décision, laquelle ne peut être annulée que si elle est contraire à certains principes juridiques de base auquel tout jugement doit se conformer. Les faits et le fond d'une affaire ne peuvent pas être réexaminés en cour de cassation.

De même, la décision du juge des référés imposant une astreinte provisoire à une entité des secteurs exclus ne peut pas pleinement faire l'objet d'un appel. En revanche, il existe un droit d'appel intégral devant la cour d'appel si le juge décide de transformer une astreinte provisoire en astreinte définitive.

Les décisions des juridictions civiles en matière de dommages-intérêts sont susceptibles d'appel, dans un délai d'un mois, devant la cour d'appel et, en dernier ressort, la cour de cassation (degré le plus élevé pour les affaires civiles et commerciales).

9. Exécution des jugements

En général, les pouvoirs adjudicateurs exécutent relativement vite les jugements prononcés à leur encontre, car ils cherchent à éviter les inconvénients et la mauvaise publicité engendrés par des litiges interminables. Dans certains cas, le défaut d'exécution peut être porté devant le médiateur de la République. En ce qui concerne les entités appartenant aux secteurs exclus, l'imposition possible d'une astreinte journalière crée pour elles une incitation évidente à se conformer aux décisions prises à leur encontre.

Si un pouvoir adjudicateur ne paie pas les dommages-intérêts auxquels il a été condamné, il s'expose à des procédures permettant au créancier de l'obliger à s'acquitter de sa dette dans un délai de quatre mois, faute de quoi le trésorier-payeur général responsable pourra être tenu de répondre personnellement de la dette.

Adresses utiles

1. Liste non exhaustive de juridictions administratives

Conseil d'État
Palais Royal
1 place du Palais Royal
75001 Paris

Cour administrative d'appel de Paris
10 rue Desaix
75015 Paris

Tribunal administratif de Paris
Hôtel d'Aumont
7 rue de Jouy
75181 Paris Cedex 04

Tribunal administratif de Versailles
56 avenue de Saint-Cloud
78011 Versailles Cedex

Tribunal administratif de Melun
2 avenue Galliéni
77000 Melun

Tribunal administratif de Lille
143 rue Jacquemars Giéléc
BP 2039
59014 Lille Cedex

Tribunal administratif de Strasbourg
31 avenue de la Paix
BP 1038 F
67070 Strasbourg Cedex

Tribunal administratif de Lyon
Palais de Justice de Part-Dieu
184 rue Duguesclin
69433 Lyon Cedex 03

Tribunal administratif de Marseille
22 rue Breteuil
13281 Marseille Cedex 6

Tribunal administratif de Montpellier
6 rue Pitot
34063 Montpellier Cedex

Tribunal administratif de Toulouse
51 rue Raymond IV
31068 Toulouse Cedex

Tribunal administratif de Bordeaux
8 rue Tastet
BP 947
33063 Bordeaux Cedex

Tribunal administratif de Nantes
6 allée de l'île Gloriette
44041 Nantes Cedex 01

Tribunal administratif de Caen
3 rue A. Leduc
14000 Caen

Tribunal administratif de Rouen
80 Boulevard de l'Yser
BP 500
76005 Rouen Cedex

2. Liste non exhaustive de juridictions civiles

Cour de cassation
Palais de Justice
5 quai de l'Horloge
75055 Paris RP

Cour d'appel de Paris
Palais de Justice
4 boulevard du Palais
75055 Paris RP

Tribunal de grande instance de Paris
Palais de Justice
4 boulevard du Palais
75055 Paris RP

Tribunal de grande instance de Lyon
67 rue Servient
69433 Lyon Cedex 3

Tribunal de grande instance de Marseille
6 rue J. Autran
13281 Marseille Cedex 6

Tribunal de grande instance de Lille
Avenue du Peuple Belge
59034 Lille Cedex

Tribunal de commerce de Paris
Palais de Justice
1 quai de Corse
75181 Paris Cedex 04

Tribunal de commerce de Lyon
44 rue de Bonnel
69433 Lyon Cedex 03

Tribunal de commerce de Marseille
2 rue E Pollak
13291 Marseille Cedex 06

Tribunal de commerce de Lille
Halle aux Sucres
33 avenue du Peuple belge
BP 109
59009 Lille Cedex

3. Collèges d'arbitres indépendants reconnus

Association Française d'Arbitrage
8 avenue Bertie Albrecht
75008 Paris

Chambre de Commerce Internationale
38 Cours Albert 1^{er}
75008 Paris

4. Ministères français

Ministère de la Justice
13 place Vendôme
75001 Paris

Ministère des Affaires étrangères
38 quai d'Orsay
75007 Paris

Ministère de l'Équipement
et des Travaux publics
La Grande Arche
92055 La Défense Cedex

Ministère de l'Industrie
101 rue de Grenelle
75007 Paris

ALLEMAGNE

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	103
2. Juridictions compétentes	104
2.1 Conseil des marchés publics	104
2.2 Chambre des marchés publics de la cour d'appel	104
2.3 Juridictions civiles ordinaires	105
3. Moyens de recours	105
3.1 Mesures provisoires	105
3.2 Ordonnances d'annulation.....	106
3.3 Dommages-intérêts	107
4. Qui peut former un recours?	108
5. Délai de formation d'un recours	109
6. Procédure	109
6.1 Devant le Conseil des marchés publics	109
6.2 Devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel.....	110
6.3 Devant les tribunaux civils	111
6.4 Durée de la procédure	112
6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	112
7. Frais de procédure	113
8. Appel	113
9. Exécution des jugements	114
ANNEXE 1: Adresses utiles	116

ALLEMAGNE

1. Mise en œuvre des directives “recours”

En Allemagne, les directives "recours" ont été mises en œuvre par l'introduction, dans la loi fédérale réprimant les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), des articles 97 à 129 qui en forment la nouvelle quatrième partie. Cette introduction a été opérée par le biais de la loi portant modification du code des marchés publics (*Vergaberechtsänderungsgesetz* – VgRÄG)..

En vertu de l'ancien article 57 bis de la loi sur les principes budgétaires (*Haushaltsgrundsatzgesetz* – HGrG), le gouvernement fédéral avait adopté le décret sur les marchés publics (*Vergabeverordnung* - VgV) du 22 février 1994, lequel restera en vigueur jusqu'à l'adoption, en vertu de l'article 97 VI GWB, d'un décret modifié. Le gouvernement a déjà publié un projet de décret dont l'adoption est prévue pour le printemps 2000 au plus tard. À l'instar du décret actuel, ce nouveau texte définira notamment les règles applicables aux marchés publics (définis à l'article 99 GWB) passés par les pouvoirs adjudicateurs (définis à l'article 98 GWB) sur la base des dispositions des réglementations des marchés publics préexistantes (*Verdingungsordnungen*) – également appelées "VOB/A" (marchés de travaux)²³, "VOL/A" (marchés de fournitures et services)²⁴ et "VOF" (marchés de services fournis par les professions libérales)²⁵ – et fixera trois seuils. Les réglementations VOB/A et VOL/A ont été modifiées pour tenir compte des procédures communautaires de passation des marchés publics de travaux, de services et de fournitures dans le secteur classique et dans les secteurs spéciaux.

La première section (articles 97 à 101 GWB) du texte de transposition énonce les principes généraux de la procédure de passation des marchés publics. Elle définit en outre les termes “marché public” et “pouvoir adjudicateur” auxquels s'appliquent les dispositions relatives à la procédure de passation et aux recours. La deuxième section (articles 102 à 124 GWB) contient les dispositions relatives à la procédure de recours en matière de passation des marchés publics et aux organes de recours de première et seconde instance, c'est-à-dire le Conseil des marchés publics au niveau fédéral et régional (*Vergabekammer*) et la Chambre des marchés publics de la cour d'appel (*Vergabesenat des Oberlandesgerichts*). Enfin, la troisième section (articles 125 à 129) concerne certaines indemnisations et le coût de la procédure de recours. Les première et troisième sections habilitent le gouvernement fédéral – mais pas les *Länder* – à adopter des règlements (fédéraux) plus détaillés. En adoptant le nouveau décret sur les marchés publics (VgV), le gouvernement fédéral fait usage de cette habilitation.

²³ Verdingungsordnung für die Vergabe von Bauleistungen.

²⁴ Verdingungsordnung für die Vergabe von Leistungen außer Bauleistungen.

²⁵ Verdingungsordnung für die Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen.

Si, pour des raisons de commodité, le reste de ce chapitre décrit essentiellement la situation au niveau fédéral, les principales spécificités des recours au niveau régional sont abordées, elles aussi.

2. Juridictions compétentes

En matière de recours, les dispositions allemandes de mise en œuvre des directives prévoient un régime à trois volets, à savoir une procédure facultative devant le Bureau de vérification des marchés publics (*Vergabeprüfstelle*), une procédure devant le Conseil des marchés publics (*Vergabekammer*) de première instance et une procédure devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel (*Vergabesenat des Oberlandesgerichtes*) de seconde instance. La procédure facultative n'a qu'un rôle de concertation et de règlement de litiges. En effet, le gouvernement fédéral et les *Länder* ont la faculté de constituer (ou maintenir) des instances de recours en matière de passation des marchés publics, par exemple en chargeant l'autorité administrative de surveillance de la légalité de leurs activités (*Rechtsaufsicht*) de faire également office d'instance ayant à connaître de ces recours. Comme il n'est pas indispensable d'avoir préalablement porté plainte devant cet organe pour pouvoir introduire un recours devant le Conseil des marchés publics, la plupart des *Länder* s'appêtent à supprimer leurs instances chargées de la procédure facultative. Au niveau fédéral, seul le ministère des affaires économiques a un organe chargé d'examiner les recours en matière de passation des marchés publics.

2.1 Conseil des marchés publics

Le gouvernement fédéral et les gouvernements des *Länder* ont été obligés chacun de mettre en place un Conseil des marchés publics (*Vergabekammer*) indépendant comme première instance de recours. Chaque Conseil fédéral se compose de trois membres, dont deux au moins (et notamment le président) doivent être des fonctionnaires de carrière d'échelon administratif supérieur et un au moins – de préférence le président – doit avoir qualité de magistrat de l'ordre judiciaire. Les deux membres fonctionnaires doivent bien connaître le domaine des marchés publics, tandis que le membre qui n'est pas fonctionnaire doit posséder une expérience pratique dans ce domaine. La durée de leur mandat est de cinq ans.

Le gouvernement fédéral crée le nombre nécessaire de Conseils dans le cadre de la Direction fédérale de la concurrence. Lorsqu'ils créent leurs Conseils des marchés publics, les *Länder* doivent s'assurer de la participation d'au moins un membre ayant qualité de magistrat de l'ordre judiciaire et connaissant bien le fonctionnement des marchés publics.

Le Conseil des marchés publics a compétence exclusive pour l'examen des procédures d'adjudication. Ainsi, les plaintes à l'encontre de pouvoirs adjudicateurs au sujet de leur obligation de prendre ou de ne pas prendre certaines mesures dans une procédure d'adjudication ne peuvent être déposées qu'auprès de ce Conseil.

Les recours possibles devant le Conseil des marchés publics sont abordés en détail à la section 3.1 ci-dessous.

2.2 Chambre des marchés publics de la cour d'appel

Chaque cour d'appel a été obligée de créer une instance spécialisée, la Chambre des marchés publics (*Vergabesenat des Oberlandesgerichts*). Le rôle de cette seconde instance consiste à examiner la légalité des décisions prises par les Conseils des marchés publics de première instance. La Chambre des marchés publics ne peut pas, à proprement parler, examiner directement la légalité des procédures d'adjudication, mais en pratique, elle vérifie si le Conseil des marchés publics a parfaitement respecté son obligation d'établir les faits en cause et a valablement appliqué la loi à ces faits.

La Chambre des marchés publics ne peut statuer que sur la légalité ou l'illégalité de la décision du Conseil des marchés publics. Si la décision contestée en appel est entachée d'illégalité, la Chambre peut prendre une nouvelle décision remplaçant celle du Conseil ou demander à celui-ci de prononcer une nouvelle décision tenant compte du point de vue de la Chambre. Dans le cas contraire, l'appel est rejeté. Postérieurement à l'attribution du marché en question, la Chambre des marchés publics ne peut prononcer que des décisions déclaratoires.

2.3 Juridictions civiles ordinaires

Alors que le Conseil des marchés publics et la Chambre des marchés publics n'ont absolument pas la faculté d'accorder des dommages-intérêts, les dispositions d'application de la GWB donnent aux personnes s'estimant lésées la possibilité d'introduire une action en dommages-intérêts devant les tribunaux civils. Pour les litiges d'une valeur supérieure à 10 000 DM, les juridictions compétentes sont les tribunaux de grande instance (*Landgerichte*), tandis que, pour les litiges d'une valeur inférieure, les actions doivent être introduites devant les tribunaux d'instance (*Amtsgerichte*). Ces actions, qui sont régies par les principes du code civil allemand, sont analysées à la section 3.3 ci-dessous.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

Dans une affaire de marché public portée devant le Conseil des marchés publics, le plaignant n'a pas besoin de former une demande expresse de suspension de la procédure d'adjudication en question, car la simple notification du recours adressée au pouvoir adjudicateur a (d'office) un effet suspensif. Étant donné que la suspension prend effet de plein droit, il n'y a pas lieu de prononcer une ordonnance de suspension à ce stade de la procédure. Le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter cet effet suspensif et doit s'abstenir d'attribuer le marché durant les deux semaines qui suivent la décision définitive du Conseil des marchés publics.

Pour contrer l'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur peut demander au Conseil des marchés publics l'autorisation d'attribuer le marché. Lors de l'examen de la demande, le Conseil est tenu de procéder à une évaluation des intérêts, car la GWB prévoit qu'il doit mettre en balance tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, qui est d'éviter tout retard indu dans l'attribution des marchés. Cette loi prévoit également que l'autorisation peut être donnée dès lors que l'intérêt public commande la poursuite de la procédure d'adjudication.

Dans ce dernier cas, l'effet suspensif est annulé et le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché deux semaines après cette décision, sauf si le plaignant fait appel devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel et demande le rétablissement de l'effet suspensif. L'appel direct contre la décision du Conseil d'annuler l'effet suspensif n'est pas autorisé.

Si le Conseil des marchés publics n'autorise pas l'attribution du marché et maintient donc la suspension, le pouvoir adjudicateur peut, après la décision du Conseil, demander à la Chambre des marchés publics de la cour d'appel l'autorisation d'attribuer le marché immédiatement.

En raison de la compétence exclusive du Conseil des marchés publics en sa qualité de première instance de recours, ainsi que du régime de la suspension d'office, il n'est plus possible à un plaignant de saisir les tribunaux civils pour obtenir une ordonnance de référé.

3.2 Ordonnances d'annulation

Avant la conclusion du contrat relatif au marché en question, une personne qui s'estime lésée peut demander au Conseil des marchés publics l'annulation de mesures illégales prises par le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'adjudication.²⁶ Le Conseil des marchés publics ne peut pas, au sens propre du terme, “annuler” des mesures, mais il peut ordonner au pouvoir adjudicateur de prendre les mesures qui s'imposent pour annuler des mesures illégales ou pour prendre des mesures légales, par exemple l'envoi des documents d'appel d'offres à un soumissionnaire qui a été illégalement écarté de la procédure d'adjudication et la réception de son offre.

C'est à la demande d'un intéressé que le Conseil des marchés publics examine la légalité de la procédure d'adjudication contestée. Il vérifie notamment s'il y a eu violation d'une règle d'adjudication applicable dans le cadre de la GWB ou du VgV. En principe, toute violation des règles d'adjudication aboutit au constat d'illégalité de la procédure d'adjudication, car le texte de la GWB ne prévoit pas expressément que la violation doit porter sur des dispositions essentielles ou être particulièrement grave. En revanche, les notes explicatives concernant la GWB indiquent que seules les dispositions visant à la protection des soumissionnaires devraient permettre de déclarer qu'une procédure d'adjudication est entachée d'illégalité.

Dès lors qu'un contrat a été signé, ni le Conseil des marchés publics, ni la Chambre des marchés publics de la cour d'appel ne peuvent l'annuler. Les pouvoirs du Conseil sont limités à l'annulation éventuelle d'actes et de décisions des pouvoirs adjudicateurs antérieurs à la conclusion du contrat. Si le pouvoir adjudicateur conclut le contrat ou attribue le marché avant que le Conseil des marchés publics n'ait eu la possibilité d'agir, celui-ci sera dans tous les cas limité à une simple décision déclaratoire (cette déclaration ayant un effet juridique contraignant pour toute action ultérieure en dommages-intérêts). En raison de la compétence exclusive du

²⁶ Dans ce contexte, il convient de noter que le nouveau décret sur les marchés publics, qui doit être adopté au printemps 2000 au plus tard, devrait reprendre un arrêt récent de la CJCE relatif aux droits de recours des soumissionnaires (arrêt du 28.10.1999 dans l'affaire C-81/98, Alcatel). D'après la Cour, “les États membres sont tenus, en ce qui concerne la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat, par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation du marché avec lequel il conclura le contrat, de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant aux soumissionnaires évincés d'obtenir l'annulation de cette décision lorsque les conditions y afférentes sont réunies (...)”.

Conseil des marchés publics comme organe de recours en première instance, aucun appel devant les tribunaux administratifs n'est possible. Toutefois, en raison du régime suspensif qui s'applique d'office, la faculté des tribunaux civils allemands d'annuler des contrats conclus a été renforcée. Étant donné que l'attribution – hautement improbable – d'un marché en dépit de la suspension de la procédure d'adjudication constituerait une violation d'une interdiction légale formelle, le marché ainsi attribué serait réputé non avenue en vertu de l'article 134 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – code civil).

3.3 Dommages-intérêts

Les procédures de recours fixées par la GWB et ses règlements d'application définissent la base juridique de certaines actions en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, ce qui n'exclut pas les actions en dommages-intérêts prévues par les dispositions du code civil allemand. Du reste, l'action en dommages-intérêts constitue le seul recours possible une fois que le contrat du marché en question a été conclu et qu'il ne peut donc plus être déclaré nul et non avenue.

L'article 126 GWB définit une base juridique formelle pour la récupération des frais engagés pour la préparation d'une offre et la participation à une procédure de passation de marché (frais d'offre). Ces frais constituent une perte directe (appelée "intérêt négatif"). Pour que le plaignant puisse récupérer ses frais d'offre, il faut que le pouvoir adjudicateur ait violé une disposition destinée à protéger les soumissionnaires et que (en l'absence de violation) le soumissionnaire ait eu une *chance réelle* de remporter le marché. Les soumissionnaires qui demandent la restitution de leurs frais d'offre (intérêt négatif) sont privilégiés par rapport à ceux qui font valoir l'intérêt dit positif, par l'application d'un critère moins contraignant pour la charge de la preuve. En revanche, les soumissionnaires ne peuvent réclamer des dommages-intérêts au titre de la rémunération usuelle des salariés qui ont participé à la préparation de l'offre que s'ils peuvent prouver que la capacité de travail de ces salariés aurait pu être utilisée avec profit par ailleurs. En outre, il peut être pertinent de considérer si les frais de préparation de l'offre ont été engagés uniquement pour la participation à une procédure d'adjudication particulière ou s'ils ont servi ou serviront dans d'autres cas.

Dans le passé, des dommages-intérêts ont souvent été réclamés au titre de la faute contractuelle. Dans ce cas, une partie peut réclamer des dommages-intérêts si elle a subi un préjudice pour s'être fiée à des attentes légitimes dans des négociations contractuelles ou des contacts pré-contractuels, à condition que l'autre partie soit en faute. Étant donné que la faute contractuelle limite les dommages-intérêts aux seules pertes directes, elle a perdu une bonne partie de son importance dans le domaine des marchés publics depuis l'introduction du nouvel article 126 GWB, lequel définit une base juridique formelle pour la récupération des frais d'offre.

L'article 33 GWB permet de demander des dommages-intérêts qui vont au-delà de la récupération des frais d'offre. De plus, l'article 823 II du code civil allemand (BGB) prévoit globalement la possibilité de demander des dommages-intérêts au motif de la violation d'une législation destinée à protéger autrui. Aux termes de l'article 97 VII GWB, les règles de la GWB relatives à la passation des marchés publics constituent une législation de cette nature.

Dans le cadre des principes généraux, il apparaît que les pertes indirectes ou potentielles (appelées "intérêt positif") ne peuvent être récupérées que dans des cas exceptionnels où le soumissionnaire doit être dédommagé comme s'il avait remporté le marché et peut donc

recupérer les bénéfices perdus. Pour calculer le montant du bénéfice perdu, on déduit de la valeur du marché les dépenses de matières, salaires, impôts et taxes, ainsi que les frais fixes.

Dans un arrêt rendu en 1992, la Cour suprême fédérale a, pour la première fois, accordé un dédommagement pour perte de bénéfices à un soumissionnaire qui avait pu prouver que le marché lui aurait été attribué si la procédure s'était déroulée correctement. Étant donné qu'il est très difficile pour un plaignant de prouver qu'il aurait remporté le marché (en l'absence de violation), l'obtention de dommages-intérêts pour perte de bénéfices s'avère, elle aussi, difficile et exceptionnelle.

Pour que des dommages-intérêts puissent être accordés, il faut que soit établi un lien de causalité entre la violation de l'obligation légale et le préjudice. Mais comme, en cas de violation des règles de passation des marchés publics, tous les soumissionnaires écartés seraient susceptibles de réclamer des dommages-intérêts, les tribunaux se montrent très restrictifs sur le lien de causalité afin de limiter la charge financière pesant sur le pouvoir adjudicateur. Ainsi, d'après la jurisprudence de la Cour suprême fédérale, le soumissionnaire qui demande la restitution de son intérêt positif doit prouver qu'il aurait presque certainement remporté le marché. Une simple "chance réelle" ne suffit pas (à la différence du cas de l'intérêt négatif ou des frais d'offre). Le plaignant doit établir "avec quasi-certitude" qu'il aurait remporté le marché. Par conséquent, la charge de la preuve se révèle très contraignante pour ces actions en dommages-intérêts dans les affaires concernant les règles de passation des marchés publics.

Enfin, l'article 125 GWB définit la base juridique d'une autre catégorie de dommages-intérêts, à savoir ceux qui sont nés d'un usage abusif du droit de recours ou du droit d'appel. Le requérant ou l'appelant est tenu de réparer le préjudice causé à ses concurrents et au pouvoir adjudicateur s'il a fourni des renseignements inexacts en vue d'obtenir la suspension ou le maintien de la suspension de la procédure d'adjudication. Il en va de même si un recours a été introduit avec le dessein de nuire à des concurrents, de retarder la procédure d'adjudication ou de monnayer l'abandon ultérieur du recours.

Pour les actions en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, il n'est pas indispensable que le plaignant ait préalablement contesté l'acte en question devant le Conseil des marchés publics ou la Chambre des marchés publics de la cour d'appel. Si, toutefois, le plaignant a omis de contester l'acte devant ces instances, les dommages-intérêts qui lui seront accordés risquent d'être minorés au motif de négligence entraînant sa responsabilité ou de défaut de limitation des dommages-intérêts. En revanche, si la personne qui réclame des dommages-intérêts a préalablement introduit un recours devant le Conseil des marchés publics ou la Chambre des marchés publics de la cour d'appel, la décision de l'une ou l'autre de ces instances est contraignante pour le tribunal civil, lequel n'a pas à établir s'il y a eu violation des règles de passation des marchés publics.

4. Qui peut former un recours?

Toute personne pour qui un marché présente un intérêt, qui fait valoir une violation de ses droits du fait de la violation des règles de passation des marchés publics ou qui a subi ou pourrait probablement subir un préjudice par suite de la violation alléguée desdites règles peut introduire un recours devant le Conseil des marchés publics au motif de violation alléguée des règles de passation des marchés publics. Toutefois, ce recours sera jugé irrecevable et rejeté si le requérant

a déjà eu connaissance de la violation alléguée durant la procédure d'adjudication et ne s'en est pas plaint immédiatement auprès du pouvoir adjudicateur ou s'il ne s'est pas plaint de violations des règles de passation des marchés publics dont il aurait déjà pu se rendre compte à la lecture de l'avis de marché public. Il n'est pas indispensable que le requérant ait préalablement engagé la procédure facultative devant l'instance de recours en matière de marchés publics.

Le Conseil des marchés publics ne peut intervenir que sur demande, et non d'office, même s'il est fondé à estimer que les règles de passation des marchés publics ont été violées. La personne qui s'estime lésée a droit, sur sa demande, à une procédure de recours.

Le plaignant qui s'est préalablement adressé au Conseil des marchés publics peut contester de la décision de celui-ci auprès de la Chambre des marchés publics de la cour d'appel. En outre, le texte des règlements d'application prévoit que le pouvoir adjudicateur, ainsi que tout soumissionnaire dont les intérêts ont été gravement lésés par cette décision et qui avait donc été invité à intervenir dans la procédure devant le Conseil des marchés publics, ont également le droit de faire appel de la décision de ce dernier.

Il va de soi que les tiers qui n'ont pas participé à la procédure d'adjudication initiale ne sont pas habilités à contester la décision du Conseil des marchés publics auprès de la Chambre des marchés publics.

5. Délai de formation d'un recours

Aucun délai n'est fixé pour l'introduction d'un recours devant le Conseil des marchés publics. Toutefois, les personnes qui s'estiment lésées ont intérêt à agir avec diligence, puisque les pouvoirs du Conseil ne sont plus que déclaratoires une fois que le marché en question a été attribué. L'effet suspensif, les mesures provisoires ou les ordonnances d'annulation ne sont possibles que si la personne qui s'estime lésée agit avant la signature du contrat concernant le marché en question.

En vertu de l'article 117 GWB, un appel dit immédiat ne peut être formé devant la Chambre des marchés publics contre une décision définitive prononcée par le Conseil des marchés publics que dans un délai de *quinze jours* suivant la notification de la décision du Conseil au plaignant.

Les actions en dommages-intérêts devant les tribunaux civils font l'objet de délais de prescription différents. En règle générale, le code civil allemand (article 823 II BGB, par exemple) prévoit que les dommages-intérêts non contractuels se prescrivent par trois ans (article 852 BGB).

En principe, les dommages-intérêts au titre de la faute contractuelle se prescrivent par trente ans.

6. Procédure

6.1 Devant le Conseil des marchés publics

Les articles 107 à 115 GWB ne contiennent pas de règles de procédure précises, par exemple en matière d'auditions, de requêtes des parties, de consultations d'experts ou d'autres moyens de

preuve. Les dispositions de ces articles indiquent, en termes très généraux, que le Conseil des marchés publics doit examiner la conformité de la procédure d'adjudication aux règles applicables. À cet effet, l'instance de recours peut demander au pouvoir adjudicateur tous les renseignements pertinents qu'elle estime nécessaires à son appréciation des éléments de fait et de droit. Les parties à la procédure doivent être entendues et doivent participer à l'établissement des faits et à l'accélération de la procédure. Le Conseil peut même imposer aux parties des délais au-delà desquels de nouvelles déclarations des parties peuvent ne pas être prises en considération. En principe, la décision doit être prise sur la base d'une audition, mais, si les parties l'acceptent, elle peut l'être sur la base des pièces versées au dossier.

La décision du Conseil des marchés publics précise si les droits du plaignant ont été violés ou non et, en cas de violation, les mesures qui s'imposent pour y mettre un terme et éviter qu'il ne soit porté préjudice aux intérêts en cause. Le Conseil n'étant pas tenu par la demande du plaignant, il peut ordonner les mesures propres à rétablir la régularité de la procédure d'adjudication. Un avis renseignant sur la possibilité de faire appel de cette décision et sur l'instance compétente pour le recours doit être joint à la décision.

6.2 *Devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel*

L'article 120 GWB ne donne aucune précision sur la procédure que doit suivre la Chambre des marchés publics. Il indique simplement que les parties doivent être représentées par un avocat autorisé à plaider devant les tribunaux allemands et que cette chambre doit procéder dans le respect de certaines dispositions du code de procédure civile (*Zivilprozessordnung – ZPO*). L'article 119 dispose que toutes les parties à la procédure de première instance sont également parties à la procédure de recours de seconde instance devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel.

L'article 118 précise que l'appel immédiat a un effet suspensif en ce qui concerne la décision du Conseil des marchés publics. Selon qu'il y a eu des demandes de décisions en première instance au sujet de la suspension de la procédure d'adjudication, et selon que ces décisions ont été accordées ou refusées, cette suspension est maintenue jusqu'au prononcé de la décision définitive en seconde instance, d'une part, ou prend fin quinze jours après l'expiration du délai fixé pour l'introduction de l'appel immédiat (mais elle peut être prolongée jusqu'au prononcé de la décision définitive, sur demande séparée du plaignant), d'autre part.

Si la partie qui introduit l'instance n'est pas habilitée à faire appel ou si l'appel n'est pas formé dans le délai fixé, c'est-à-dire dans les quinze jours suivant la réception de la décision du Conseil des marchés publics, l'appel peut être jugé irrecevable et donc rejeté.

Les décisions prises par la Chambre des marchés publics doivent contenir, entre autres, les noms des membres de la Chambre et des parties, l'exposé des faits et les motifs sur lesquels la décision est fondée. Étant donné que la Chambre statue à la majorité absolue, le quorum à réunir pour qu'elle puisse valablement statuer est de deux membres. La décision doit être envoyée aux parties sans retard indu.

La Chambre des marchés publics de la cour d'appel ne prend des décisions que si le pouvoir adjudicateur a introduit une demande de décision préjudicielle sur l'attribution du marché en même temps que l'appel immédiat. Dans ce cas, le Conseil peut autoriser le pouvoir adjudicateur à poursuivre la procédure d'adjudication ou à attribuer le marché en question et ce, après avoir

pris en compte les chances de succès de l'appel immédiat ou après avoir procédé - comme en première instance - à une évaluation des intérêts pour décider si l'effet suspensif doit être accordé ou refusé. Dans sa décision, le Conseil doit également exposer la légalité ou l'illégalité de la procédure d'adjudication. S'il refuse l'autorisation, la procédure d'adjudication est réputée prendre fin dix jours après la notification de la décision, à moins que le pouvoir adjudicateur ne prenne les mesures qui s'imposent pour assurer la légalité de la procédure en question. S'il accorde l'autorisation, le marché peut être attribué. La procédure sur le fond a alors rempli son office et ne peut aboutir qu'à une décision déclaratoire sur la légalité ou l'illégalité de la procédure d'adjudication, décision qui a un effet juridique contraignant pour les tribunaux civils.

En l'absence de demande séparée, la Chambre des marchés publics de la cour d'appel peut confirmer la décision du Conseil des marchés publics ou l'annuler et la remplacer par sa propre décision sur le fond, ou encore ordonner au Conseil de statuer de nouveau en tenant compte de son point de vue juridique.

Étant donné que la Chambre des marchés publics fait partie intégrante de la cour d'appel ordinaire, elle doit être considérée comme étant habilitée et comme étant la juridiction de dernière instance tenue de saisir la Cour de justice des Communautés européennes pour qu'elle statue à titre préjudiciel, conformément à l'article 234 du traité CE.

6.3 *Devant les juridictions civiles*

La procédure civile est régie par le code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO). Les actions civiles commencent par la formation, par le plaignant, d'un recours dont trois exemplaires doivent être enregistrés au greffe du tribunal. Le recours contient les noms des parties, les moyens, les règles juridiques à l'appui du recours et la valeur en litige.

Durant la phase d'ouverture de l'action civile, le tribunal considère l'admissibilité du recours et décide s'il opte pour une procédure préliminaire écrite ou une procédure comportant une audience précoce. Dans la plupart des cas, la première formule est choisie si l'affaire paraît assez complexe et risque d'être longue.

À mesure que l'affaire se déroule, le tribunal détermine ce dont il a besoin pour statuer. Lorsqu'il dispose de suffisamment de preuves, il en fait déclaration et l'audience principale, qui ne dure généralement pas plus d'une journée, a lieu. Lors de cette audience, le tribunal a l'obligation générale de débattre intégralement des détails de l'affaire et de veiller à ce que les parties soient informées de tous les aspects juridiques pertinents. Le magistrat récapitule les éléments de fait et de droit et les arguments des parties par rapport aux requêtes, ainsi que tous les points de droit qui n'ont pas été soulevés par les parties, celles-ci ayant la possibilité de faire leurs observations à ce sujet. Les moyens de preuve sont l'audition de témoins, les consultations d'experts, l'instruction menée par le tribunal, les pièces versées au dossier et l'interrogatoire des parties, le tout étant laissé à l'entière discrétion du magistrat, lequel en a l'initiative.

L'audience se termine par la possibilité de résumer les débats oralement. Il s'agit simplement d'un rappel de toutes les conclusions et moyens en défense précédemment considérés et d'une dernière plaidoirie au nom du client. Si l'affaire n'est pas retirée du rôle ou si elle n'a pas été réglée antérieurement, que ce soit en justice ou à l'amiable, un jugement définitif peut être prononcé à ce stade, si possible, mais il est plus probable qu'une date ultérieure sera fixée pour la lecture du jugement. Le jugement est prononcé oralement après audition de toutes les preuves et clôture de

l'audience, les juges se retirant en délibéré avant de rendre leur décision à la majorité simple. Ensuite, la Cour se réunit de nouveau pour lecture du jugement. Une décision détaillée et motivée est rendue en la forme écrite et constitue la base d'un appel éventuel devant l'instance suivante.

6.4 *Durée de la procédure*

Le Conseil des marchés publics doit rendre sa décision sur le fond de la demande dans les cinq semaines suivant l'introduction du recours, son président pouvant allonger ce délai dans des cas exceptionnels présentant des difficultés de fait ou de droit. Si le Conseil ne statue pas dans ce délai, la requête est réputée rejetée, mais le requérant est autorisé à faire appel. Bien qu'il n'y ait pas de délai formel pour les décisions relatives aux mesures provisoires (autorisation d'attribuer le marché immédiatement), il est évident que le Conseil doit les prendre dans les délais les plus brefs possible.

Aucun délai n'est fixé pour la procédure dans son ensemble et la décision définitive sur le fond pour l'appel immédiat. Par conséquent, la durée de la procédure varie d'une affaire à l'autre et dépend de la charge de travail de la Chambre des marchés publics de la cour d'appel. Devant la cour d'appel, les procédures comparables durent généralement neuf mois. Il n'y a pas davantage de date limite pour les décisions concernant les demandes (de rétablissement de l'effet suspensif ou d'autorisation d'attribution immédiate du marché) qui constituent des recours contre les référés du Conseil décidant d'autoriser ou non l'attribution immédiate du marché. Toutefois, la Chambre des marchés publics est tenue de rendre sa décision préliminaire d'autoriser l'attribution du marché (une mesure provisoire à double face qui – qu'elle accorde ou refuse l'autorisation d'attribuer le marché – anticipe la décision définitive) dans les cinq semaines suivant la demande d'autorisation.

En général, dans les actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles, il s'écoule au moins un an avant que le jugement ne soit prononcé.

6.5 *L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?*

S'il n'est pas rigoureusement obligatoire pour chacune des parties d'être représentée par un avocat devant le Conseil des marchés publics, cette représentation est cependant d'usage et globalement conseillée. En revanche, toutes les parties doivent se faire représenter par un avocat devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel, exception faite des personnes morales de droit public, qui peuvent se faire représenter par leurs fonctionnaires ou employés ayant qualité pour agir en justice.

Devant les juridictions civiles, il est obligatoire pour le plaignant comme pour le pouvoir adjudicateur de se faire représenter par un avocat, dès lors que la valeur en litige est supérieure à 10 000 DM (le recours étant alors formé devant le tribunal de grande instance).

7. Frais de procédure

En ce qui concerne le Conseil des marchés publics, l'article 128, paragraphe 4, GWB prévoit la fixation de droits administratifs dans une fourchette de 5 000 DM (montant pouvant être ramené

à 500 DM) et 50 000 DM (montant pouvant être porté à 100 000 DM). Le coût de l'appel immédiat devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel est limité à 5 % du montant du marché. Les frais de justice varient selon qu'une procédure de référé (déclenchée par une demande de mesures provisoires) doit avoir lieu ou non.

Le montant des honoraires des avocats pour la procédure de recours devant le Conseil des marchés publics et la Chambre des marchés publics de la cour d'appel, de même que devant les juridictions ordinaires, est difficile à prévoir. Il existe un tarif fédéral des honoraires des avocats (*Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte*) selon lequel les honoraires peuvent être calculés en fonction de la valeur en litige. Ainsi, les procès portant sur une valeur de 2,5 millions de DM coûteraient (s'il y avait audience) 20 450 DM à chacune des parties (hors TVA, débours, etc.). En règle générale, les honoraires des avocats s'élèvent pour chaque partie à quelque 3 % de la valeur en litige, si celle-ci est supérieure à un million de DM. Ce taux augmente sur une échelle mobile (avec un plafonnement à 8,5 %) lorsque la valeur en litige est inférieure à un million de DM. Durant le procès, l'avocat perçoit généralement trois types d'honoraires (frais de procédure, honoraires de plaidoirie et taxe des témoins), et il en perçoit d'autres encore si un règlement est obtenu en justice.

Dans les grands cabinets d'avocats, l'usage consiste à facturer les honoraires selon le temps consacré à l'affaire, le tarif horaire appliqué étant fonction de la qualification de l'avocat et de son ancienneté.

En général, la partie succombante est condamnée aux dépens et au remboursement des honoraires d'avocat pour les affaires portées devant les tribunaux, mais aussi pour les recours devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel. En vertu de l'article 128, paragraphe 4, GWB, il en va de même pour les recours devant le Conseil des marchés publics.

8. Appel

Comme on l'a vu, les décisions du Conseil des marchés publics sont susceptibles d'appel devant la Chambre des marchés publics de la cour d'appel dans un délai de quinze jours. En revanche, les textes d'application des règles de passation des marchés publics ne prévoient aucun droit d'appel des décisions de ladite Chambre des marchés publics. Bien qu'une décision du Conseil constitue un acte administratif (*Verwaltungsakt*), sa légalité n'est pas du ressort des tribunaux administratifs en raison de la compétence exclusive du Conseil des marchés publics en matière d'examen des procédures d'adjudication. Il est hors de doute que la Chambre des marchés publics de la cour d'appel constitue une juridiction au sens de l'article 234 du traité CE et peut, dans certains cas bien précis, être tenue de saisir la Cour de justice des Communautés européennes pour que celle-ci statue à titre préjudiciel sur des questions d'interprétation du traité.

Les décisions des tribunaux civils ordinaires concernant des dommages-intérêts peuvent être contestées devant la cour d'appel concernée si la valeur en litige est supérieure à 1 500 DM. Le délai d'appel est d'un mois suivant la réception du jugement du tribunal.

9. Exécution des jugements

En ce qui concerne les possibilités d'exécution, il convient d'établir une distinction entre les décisions du Conseil des marchés publics, d'une part, et les jugements de la Chambre des marchés publics de la cour d'appel, d'autre part.

En effet, aux termes de l'article 114 III GWB, les décisions du Conseil des marchés publics sont des actes administratifs (*Verwaltungsakte*). Elles sont adressées au plaignant et doivent contenir les renseignements nécessaires à l'examen judiciaire par la Chambre des marchés publics de la cour d'appel (article 61 GWB). Comme on l'a vu, l'appel de la décision doit être formé dans un délai de quinze jours. Le droit administratif allemand prévoit l'exécution du *Verwaltungsakt* conformément aux dispositions de la loi d'exécution fédérale ou régionale (VwVG – *Verwaltungsvoll-streckungsgesetz des Bundes* – LVwVG – *Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder*). Si le Conseil des marchés publics oblige la partie succombante à agir ou à s'abstenir d'agir, la *Verwaltungsvollstreckungsgesetz* applicable autorise l'*exécution de substitution* (*Ersatzvornahme*) ou une astreinte (*Zwangsgeld*) dans les cas où une partie refuse d'agir en conséquence.

La situation est quelque peu différente en ce qui concerne les jugements de la Chambre des marchés publics de la cour d'appel, lesquels sont des jugements à part entière et peuvent donc être exécutés de la même manière qu'un jugement prononcé par un tribunal civil à la suite d'une action en dommage-intérêts devant les *Amstgerichte* ou les *Landgerichte*. Dans les deux cas, l'exécution est régie par les dispositions des articles 704, 724, 750 ZPO (*Zivilprozessordnung* – code de procédure civile). Les actes ou omissions peuvent être exécutés conformément à l'article 803 s. ZPO, et une demande pécuniaire conformément à l'article 883 s. ZPO.

Mais, d'une manière générale, une mesure d'exécution n'est pas nécessaire. En effet, l'article 20 III de la Constitution allemande oblige l'Administration à agir conformément à la loi (*Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*), ce qui couvre l'obligation générale d'exécuter toutes les décisions de justice.

Enfin, il est utile de rappeler que l'article 124 GWB prévoit que les décisions du Conseil des marchés publics ou de la Chambre des marchés publics de la cour d'appel relatives à la légalité de la procédure d'adjudication ont un effet contraignant pour le juge dans les actions civiles en dommages-intérêts.

Bibliographie

Boesen, A.

Das Vergaberechtsänderungsgesetz im Lichte der europarechtlichen Vorgaben,
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, p. 551

Byok, J.

Das neue Vergaberecht, Neue Juristische Wochenschrift 1998, p. 2774

Heiermann, W. / Ax, Thomas

Neuordnung des Vergaberechts / des Vergaberechtsschutzes, Der Betrieb, 1998,
505

Jasper, U.

Das Vergaberechtsänderungsgesetz, Der Betrieb 1998, p. 2151

Jestaedt, T. / Kemper, K. / Marx, F. / Prieß, H.-J.

Das Recht der Auftragsvergabe, Luchterhand Verlagsgesellschaft 1999

Schumacher, F. A.

Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen. Der Rechtsschutz bei der Vergabe
öffentlicher Aufträge nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht und dem
deutschen Recht, 1998

Adresses	
MARCHÉS PUBLICS FÉDÉRAUX	
Bundeskartellamt Kaiser-Friedrich-Straße 16 D – 53113 Bonn	Téléphone 00 49 228 94 99 0 Télécopie 00 49 228 94 99 400 e-mail info@bundeskartellamt.de Internet http://www.bundeskartellamt.de
BADE-WURTEMBERG	
Landesgewerbeamt Baden-Württemberg Haus der Wirtschaft Willy-Bleicher-Straße 19 D-70174 Stuttgart	Téléphone 00 49 711 123-0 Télécopie 00 49 711 123 27 55 e-mail poststelle@mail.lgabw.de Internet http://www.lgabw.de
BAVIÈRE	
<i>Adresse postale</i> Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie D – 80525 München <i>Bureaux</i> Prinzregentenstraße 28 D – 80538 München	Téléphone 00 49 89 21 62 01 Télécopie 00 49 89 21 62 27 60 e-mail poststelle@stmwvt.bayern.de Internet http://www.stmwvt.bayern.de

Adresses	
BERLIN	
<p>Senatsverwaltung für Bauen, Wohnen und Verkehr Referat 1 F Württembergische Straße 6 D – 10702 Berlin</p>	<p>Téléphone 00 49 30 90 12-0 Télécopie 00 49 30 90 12 73 31 Internet http://www.senbauwohn.verwalt-berlin.de</p>
BRANDEBOURG	
<p>Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie Ref. 35 Heinrich-Mann-Allee 107 D – 14473 Potsdam</p>	<p>Téléphone 00 49 331 8660 Télécopie 00 49 331 866 17 27 e-mail mw@brandenburg.de</p>
HESSE	
<p>Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung Kaiser-Friedrich-Ring 75 D – 65 185 Wiesbaden</p>	<p>Téléphone 00 49 611 815-0 Télécopie 00 49 611 815 22 25 e-mail hmwvl@wirtschaft.hessen.de Internet http://www.hessen.de/wirtschaft</p>
MECKLEMBOURG-POMÉRANIE OCCIDENTALE	
<p>Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern Johannes-Stelling-Straße 14 D – 19053 Schwerin</p>	<p>Téléphone 00 49 385 588 0 Télécopie 00 49 385 588 58 61 e-mail wm-pb@mvnet.de Internet http://mvnet.de/inmv/wmin</p>

Adresses	
BASSE-SAXE	
Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr Friedrichswall 1 D – 30159 Hannover	Téléphone 00 49 511 120 0 Télécopie 00 49 511 120 57 72 e-mail poststelle@mw.niedersachsen.de Internet http://www.niedersachsen.de/mwl.htm
RHÉNANIE DU NORD-WESTPHALIE	
Ministerium für Wirtschaft und Mittelstand, Technologie und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen Haroldstraße 4 D – 40213 Düsseldorf	Téléphone 00 49 211 83 702 Télécopie 00 49 211 83 722 00 e-mail poststelle@mwmtv.nrw.de Internet http://www.mwmtv.nrw.de
SARRE	
Ministerium für Umwelt, Energie und Verkehr Halbergstraße 50 D – 66121 Saarbrücken	Téléphone 00 49 681 50 100 Télécopie 00 49 681 50 133 35 e-mail presse@muev.saarland.de Internet http://www.umwelt.saarland.de
SAXE	
Regierungspräsidium Dresden Ref. 34 Stauffenbergallee 2 D – 01099 Dresden	Téléphone 00 49 351 82 50 Télécopie 00 49 351 825 99 89 e-mail info@rpdd.sachsen.de Internet http://www.rp-dresden.de

Adresses	
SAXE-ANHALT	
Ministerium für Wirtschaft und Technologie des Landes Sachsen-Anhalt Wilhelm-Höpfner-Ring 4 D – 39116 Magdeburg	Téléphone 00 49 391 567 01 Télécopie 00 49 391 567 36 95 e-mail zentrale@mw.lsa-net.dbp.de Internet http://www.mw.sachsen-anhalt.de
SCHLESWIG-HOLSTEIN	
<i>Adresse postale</i> Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein D – 24100 Kiel <i>Bureaux</i> Düsterbrooker Weg 94 D – 24105 Kiel	Téléphone 00 49 431 988 0 Télécopie 00 49 431 988 47 05 e-mail poststelle.mwtv@landsh.de Internet http://www.schleswig-holstein.de
THURINGE	
Ministerium für Wirtschaft und Infrastruktur Max-Reger-Straße 4-8 D – 99096 Erfurt	Téléphone 00 49 361 37 97 999 Télécopie 00 49 361 37 97 990 e-mail mailbox@th-online.de Internet http://www.th-online.de

MINISTÈRE FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE ET DE LA TECHNOLOGIE

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

Scharnhorststraße 36

D – 10115 Berlin

Téléphone 00 49 30 20 14 9

Télécopie 00 49 30 20 14 10

e-mail poststelleza5info@bmwi.bund.de

Internet <http://intranet.bmwi.ivbb.bund.de>

GRÈCE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Zepos & Zepos (Athènes)**

**Mis à jour en 1997, ce texte ne tient pas compte de la loi modifiée (N2522/1997) publiée
au Journal officiel grec le 8 septembre 1997.**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives “recours”	125
2. Juridictions compétentes	125
2.1 Recours administratifs	125
2.2 Juridictions administratives	126
2.3 Juridictions civiles	126
3. Moyens de recours	126
3.1 Mesures provisoires	126
3.2 Décisions d'annulation	127
3.3 Dommages-intérêts	128
4. Qui peut former un recours?	128
5. Délai de formation d'un recours	129
6. Modalités de la procédure	129
6.1 Mesures provisoires	129
6.2 Procédure ordinaire devant le Conseil d'État	129
6.3 Actions devant les tribunaux civils.....	129
6.4 Durée de la procédure	130
6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	130
7. Frais de procédure	130
8. Appel	130
9. Exécution des jugements	131
ANNEXE 1: Adresses utiles	132

GRÈCE

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Le cadre juridique prévu par les directives "recours" 89/665 et 92/13 n'a toujours pas été mis en place en Grèce. Un seul texte – le décret présidentiel 23/1993 – fait référence à la directive 89/665, mais son application est limitée aux dispositions concernant les pouvoirs de contrôle de la Commission européenne prévus à l'article 3 de la directive.

Le 6 juillet 1995, la Commission a introduit une action contre la Grèce en vertu de l'article 169 du traité CE pour défaut de transposition de la directive 89/665²⁷. La Cour de justice des Communautés européennes a rendu son arrêt définitif dans cette affaire le 19 septembre 1996, condamnant la Grèce pour manquement à son obligation de transposer la directive. La Cour a rejeté les assertions du gouvernement grec, selon lesquelles la législation nationale prévoit déjà des garanties qui sont l'équivalent de celles qu'énonce la directive 89/665. Elle a souligné qu'une législation claire et précise était indispensable pour informer les personnes de la totalité de leurs droits. Les autorités grecques se sont engagées à adopter en temps opportun un décret présidentiel transposant la directive.

En revanche, la directive 92/13 n'a pas à être mise en œuvre en Grèce avant la date d'entrée en vigueur de la directive "secteurs spéciaux" 93/38, c'est-à-dire (pour la Grèce) le 1^{er} janvier 1998. C'est pourquoi le présent chapitre n'aborde pas les secteurs spéciaux, mais se concentre sur les recours concernant les marchés passés par les pouvoirs publics grecs.

Des décrets ont été promulgués pour la mise en œuvre des directives relatives aux marchés de fournitures et de travaux²⁸, mais ils ne contiennent que les règles de fond concernant la passation de ces marchés et ne donnent pas de précisions sur les procédures de recours en cas de violation de ces règles. D'une manière générale, l'attribution des marchés publics de services n'est pas réglementée, la Grèce n'ayant toujours pas transposé la directive 92/50 relative aux services.

Compte tenu de l'absence de mesures de transposition concernant les recours, il faut apprécier les droits à réparation de préjudices par rapport au cadre juridique général régissant les actions devant les juridictions administratives ou civiles grecques, et par rapport aux règles nationales préexistantes relatives aux marchés publics de fournitures et de travaux.

2. Juridictions compétentes

2.1 Recours administratifs

Avant de pouvoir former un recours devant les juridictions administratives ou civiles, la personne qui s'estime lésée doit épuiser les possibilités de recours administratifs. Durant les différentes étapes d'une procédure de passation de marché (présélection, remise des offres et

²⁷ Affaire C-236/95, JO C 248, p. 4.

²⁸ Décrets présidentiels n° 23/93 et 370/95.

évaluation), les soumissionnaires qui y ont participé ou qui en ont été écartés ont la faculté d'introduire un recours hiérarchique auprès de la commission compétente de l'autorité de tutelle du pouvoir adjudicateur. En général, cette autorité de tutelle est le ministère des travaux publics ou toute autre autorité désignée par la législation applicable. Elle statue sur le fond du recours comme sur les arguments juridiques.

2.2 Juridictions administratives

Le recours contentieux relève de la compétence des tribunaux administratifs lorsqu'il concerne un marché qui a été attribué par l'État ou une collectivité publique et si ce marché touche directement l'intérêt général. Si tel est le cas, l'une des deux branches des tribunaux administratifs peut avoir compétence, selon la nature de l'acte contesté.

Si la personne qui s'estime lésée demande l'annulation d'un acte administratif, tel qu'une décision d'adjudication, elle doit former son recours en annulation devant le Conseil d'État (*Symvoulion Epikratias*) qui est la juridiction administrative la plus élevée de l'ordre judiciaire grec. Quant aux mesures provisoires, elles peuvent être demandées auprès de la commission des référés du Conseil d'État.

Lorsqu'une personne veut réclamer des dommages-intérêts au pouvoir adjudicateur ou obtenir l'annulation d'un marché public (et non l'annulation d'un acte ayant abouti à l'attribution de ce marché), l'action doit être introduite devant le tribunal administratif de première instance.

2.3 Juridictions civiles

Si le marché public est passé par ou au profit d'une entreprise ou d'une personne morale appartenant à l'État ou contrôlée par celui-ci, mais régie par le droit privé, les litiges relèvent de la compétence des juridictions civiles. En vertu des règles applicables du droit privé (responsabilité quasi délictuelle ou responsabilité précontractuelle), le requérant ne peut réclamer des dommages-intérêts que dans le cadre de son action principale.

En principe, le requérant pourrait demander une mesure provisoire, mais il ne peut demander l'annulation de la décision d'adjudication, puisque les tribunaux civils n'ont pas compétence pour annuler des actes administratifs.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

La personne qui s'estime lésée peut s'adresser à la commission des référés du Conseil d'État pour obtenir une mesure provisoire imposant la suspension temporaire d'un acte administratif pris au cours d'une procédure de passation de marché public. Cette demande doit être accompagnée d'une demande d'annulation de l'acte en question.

Lorsqu'elle examine une demande de mesure provisoire, la commission des référés commence par vérifier, d'une part, qu'une demande d'annulation a été introduite et qu'elle est recevable et, d'autre part, que cette demande d'annulation a été introduite en temps opportun et qu'elle porte sur un acte administratif qui a des effets juridiques. En revanche, la commission n'examine

pas en détail le fond de la demande, ni la légalité de l'acte contesté. Elle vérifie simplement si cet acte est manifestement légal (auquel cas elle rejette la demande de mesure provisoire, même si un préjudice irréparable est susceptible de se produire) ou manifestement illégal (auquel cas elle fait droit à la demande).

Le facteur principal qui détermine si une mesure provisoire sera accordée est la survenance d'un préjudice spécifique, direct et irréparable pour le plaignant. Ce préjudice, qui peut être matériel ou moral, doit être prouvé par le requérant ou admis par le pouvoir adjudicateur. En général, un préjudice pécuniaire est considéré comme réparable, puisque le plaignant peut introduire une action en dommages-intérêts à l'encontre du pouvoir adjudicateur, la seule exception étant le cas où ce préjudice est susceptible d'entraîner la faillite financière du requérant. Même lorsqu'il est établi qu'il y a un préjudice irréparable, la commission des référés peut refuser d'accorder une mesure provisoire si celle-ci risque de porter atteinte à l'intérêt général ou si les intérêts d'un tiers risquent d'être gravement lésés.

Des décisions récentes de la commission des référés semblent indiquer que celui qui demande une mesure provisoire doit établir

- a) qu'il existe un commencement de preuve sérieuse que l'acte administratif contesté du pouvoir adjudicateur (par exemple, l'éviction du plaignant de la procédure d'adjudication) viole les règles de passation des marchés publics,
- b) qu'il risque de subir un préjudice grave en conséquence de cet acte,
- c) que ce préjudice qu'il risque de subir est plus important que celui qui risque d'affecter l'intérêt général ou les intérêts de tiers si la mesure provisoire était accordée (évaluation des intérêts).

En appliquant les critères qui précèdent, la commission des référés a décidé, dans près de la moitié des affaires de marchés publics dont elle a eu à connaître récemment (de 1994 à 1996), que l'évaluation des intérêts plaidait en faveur de l'octroi de la mesure provisoire. En général, la décision contraint le pouvoir adjudicateur en cause à admettre le plaignant à la procédure d'adjudication. En revanche, la commission a systématiquement rejeté les demandes introduites après la signature du contrat relatif au marché en cause et lorsque le plaignant cherchait à obtenir la suspension des effets juridiques de la décision d'adjudication. Il est donc indispensable que les personnes qui demandent des mesures provisoires interviennent avant la signature du contrat.

Enfin, il convient de noter que des mesures provisoires peuvent être demandées dans le cadre d'actions introduites devant les juridictions civiles. Dans les affaires de passation de marchés publics, une telle décision assurerait la protection temporaire de l'intérêt du requérant, notamment par la suspension provisoire de la procédure d'adjudication.

3.2 Décisions d'annulation

Les juridictions administratives peuvent annuler un acte administratif pris durant une procédure d'adjudication de marché, voire la décision d'adjudication proprement dite. [En général, la violation des règles de passation des marchés publics constitue un motif d'annulation valable.] Si un contrat a été conclu pour un marché sur la base de la décision

d'adjudication illégale (ce qui est généralement le cas), l'annulation de cette décision a pour effet de rendre le contrat nul et non avenue. Toutefois, le contrat conclu ne peut être annulé que s'il a été déclaré nul et non avenue par un jugement définitif.

3.3 Dommages-intérêts

En général, la personne lésée a le droit de réclamer des dommages-intérêts au pouvoir adjudicateur si la décision d'adjudication de ce dernier a été jugée illégale, que ce soit par une juridiction administrative ou une juridiction civile. Cette responsabilité est prévue par le code civil grec.

En vertu des principes généraux du code, la personne lésée qui demande des dommages-intérêts doit apporter la preuve qu'elle a subi un préjudice en conséquence directe de l'acte illégal ou de l'omission du pouvoir adjudicateur. Le lien de causalité qui doit exister entre la violation et le préjudice est établi dès lors qu'il peut être démontré que la violation était susceptible d'entraîner le préjudice en temps ordinaire.

En ce qui concerne le quantum des dommages-intérêts, l'article 298 du code civil prévoit que

"les dommages-intérêts comprennent la diminution des avoirs existants du créancier [préjudice positif] et la perte éventuelle de bénéfices. La perte de bénéfices est la perte qui peut être raisonnablement anticipée en temps ordinaire ou par rapport aux circonstances particulières, et notamment les mesures préparatoires prises".

La règle générale veut que le montant des dommages-intérêts indemnise intégralement le requérant de la perte totale qu'il a subie par suite de l'acte illégal. Dans le contexte des marchés publics, les dommages-intérêts doivent couvrir la "perte positive" de l'offre et les autres frais engagés pour la participation à la procédure d'adjudication, ainsi que la "perte négative" des bénéfices que le plaignant pouvait raisonnablement escompter retirer du marché.

4. Qui peut former un recours?

Pour qu'une décision administrative puisse être contestée devant les juridictions administratives, elle doit revêtir un intérêt personnel, direct et légitime pour le requérant. Cette notion est analogue à celle qui est énoncée à l'article 173 du traité CE au sujet des décisions qui concernent une personne directement et individuellement. La jurisprudence indique que tous les candidats qui ont participé à une procédure d'adjudication par concours ont un intérêt légitime à contester la décision du pouvoir adjudicateur. En revanche, les personnes qui n'ont pas fait part de leur intention de participer à la procédure d'adjudication, même si elles remplissaient les conditions d'un avis publié, n'ont pas l'intérêt légitime requis. Un intérêt futur, éventuel ou indirect ne serait pas suffisant en l'occurrence.

5. Délai de formation d'un recours

Le délai de formation du recours administratif obligatoire (voir section 2.1 ci-dessus) varie en fonction du stade atteint par la procédure d'adjudication. Ainsi, les recours portant sur les spécifications énoncées dans les documents de l'appel d'offres doivent être formés dans un délai correspondant à la moitié du délai imparti pour la remise des offres. Les recours alléguant des irrégularités dans la procédure d'adjudication ou s'opposant au choix d'autres soumissionnaires peuvent encore être formés un jour ouvrable après la date d'ouverture des offres devant le pouvoir adjudicateur en vue de leur évaluation.

Le délai d'introduction d'une action en annulation devant les tribunaux administratifs est de *soixante jours* à compter de la date à laquelle l'acte contesté a été publié ou notifié. En l'absence de publication ou de notification, ce délai de soixante jours commence à courir à la date à laquelle le requérant a eu connaissance de l'acte contesté. Si le pouvoir adjudicateur ne donne pas suite au recours, le délai de soixante jours commence à courir trois mois après l'introduction de celui-ci. En pratique, le recours administratif obligatoire a souvent pour effet de retarder de trois mois l'introduction d'une action devant le Conseil d'État.

La saisine des tribunaux civils se prescrit par cinq ans.

6. Modalités de la procédure

6.1 Mesures provisoires

La demande de mesures provisoires doit être introduite devant le Conseil d'État sous forme d'acte judiciaire. En général, l'audience devant la commission des référés a lieu sous quinze jours et donne aux parties la possibilité de présenter des arguments écrits et oraux. La procédure est rapide et l'arrêt est généralement prononcé dans les jours qui suivent l'audience. Dans les cas d'extrême urgence, la commission des référés peut prononcer une injonction provisoire qui reste valable jusqu'à la date à laquelle la commission statue à titre définitif sur la demande de mesure provisoire.

6.2 Procédure ordinaire devant le Conseil d'État

La demande d'annulation doit préciser les moyens à l'appui, mais des moyens additionnels peuvent être présentés dans un mémoire ampliatif qui doit être déposé au moins quinze jours avant la date fixée pour l'audience. Contrairement à la procédure devant la commission des référés, cette procédure est lente et il peut s'écouler jusqu'à trois ans avant qu'un arrêt ne soit rendu.

6.3 Actions devant les juridictions civiles

La première audience a lieu généralement quelques mois après la demande introductive d'instance. Au cours de cette première audience, la juridiction de première instance entend les témoins. Dans les actions en dommages-intérêts où la valeur en litige est inférieure à 5 millions de drachmes, le tribunal rend une décision provisoire précisant les éléments dont les témoins doivent apporter la preuve. À la suite de la première audience et si le tribunal n'ordonne aucune autre audience, ni autre étape procédurale concernant les preuves, il rend sa décision définitive (en général, au bout de plusieurs mois). En revanche, dans les affaires où la valeur en litige est supérieure à 5 millions de drachmes, l'audition des témoins (deux témoins

au maximum peuvent être entendus en faveur de chacune des parties) doit être suivie d'une deuxième audience, laquelle peut avoir lieu des mois, voire des années plus tard, selon la disponibilité des témoins.

6.4 Durée de la procédure

Comme on l'a vu, une mesure provisoire peut être obtenue de la commission des référés du Conseil d'État dans un délai très bref (quelques semaines, voire quelques jours), alors qu'il faut attendre plus longtemps – généralement trois à quatre mois – pour l'obtenir devant les tribunaux civils.

En ce qui concerne les demandes de décision d'annulation définitive introduites devant le Conseil d'État, il faut généralement attendre au moins dix-huit mois avant qu'un arrêt définitif ne soit rendu. Enfin, les actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles prennent au moins deux à trois ans.

6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

En Grèce, le ministère d'avocat est obligatoire pour tous les recours formés devant les juridictions administratives ou civiles.

7. Frais de procédure

Pour les recours formés devant les juridictions administratives, les frais sont minimes. Pour les actions en dommages-intérêts introduites devant les juridictions civiles, le requérant doit acquitter un droit de timbre d'un montant égal à 1 % du quantum réclamé. Il peut éviter cette obligation en introduisant une action en reconnaissance de son droit à dédommagement (sans déclaration de la somme en cause), mais, dans ce cas, il ne peut réclamer des intérêts moratoires.

La dépense la plus importante, quel que soit le type de procédure, est sans doute représentée par les honoraires des avocats. Dans la procédure administrative comme dans la procédure civile, le juge condamne généralement le perdant aux dépens, bien que ceux-ci ne couvrent pas l'intégralité des frais réellement engagés pour l'instance. Dans certaines conditions, le tribunal peut exempter le perdant de l'obligation de rembourser tout ou partie des dépens.

8. Appel

Les mesures provisoires ne sont pas susceptibles d'appel. Les arrêts définitifs du Conseil d'État ou de la cour administrative d'appel peuvent faire l'objet respectivement d'un appel ou d'un recours en cassation devant le Conseil d'État (chambre d'appel et de cassation) dans un délai de soixante jours suivant le prononcé de l'arrêt.

Les décisions des tribunaux civils ou administratifs de première instance peuvent faire l'objet d'un appel respectivement devant la cour d'appel ou devant la cour administrative d'appel, dans un délai de trente jours à compter de la décision du tribunal.

L'arrêt définitif (en première instance) de la cour d'appel (litiges et marchés de travaux publics) est susceptible d'un recours devant la cour de cassation (*Areios Pagos*), dans un délai de trente jours également.

9. Exécution des jugements

Le jugement d'un tribunal administratif annulant un acte administratif est directement exécutoire à l'encontre du pouvoir adjudicateur en cause. Il en est de même pour une mesure provisoire prononcée par la commission des référés du Conseil d'État ou un tribunal civil.

En théorie, les jugements des tribunaux civils accordant des dommages-intérêts ne sont pas exécutoires à l'encontre de l'État grec, mais, en pratique, ce dernier se conforme presque toujours volontairement à ces jugements. Il en va de même pour certaines entités publiques qui, bien que régies par le droit privé, bénéficient d'une immunité particulière en vertu de lois spécifiques.

Adresses utiles

1) Liste non exhaustive de tribunaux administratifs

Première instance	Cour d'appel
Athènes: 1, rue Sofocleous	1, rue Sofocleous
Le Pirée: 31-33, rue Gounari	12, rue Nikita
Thessalonique: Palais de justice	68, rue Fragon
Patras: 60, rue Kanari	147, rue Riga Fereou
Larissa: Palais de justice	12, rue Kouma
Chania: 3, rue Stratigou Ganakaki	3, rue Stratigou Ganakaki

Conseil d'État

47, rue Panepistimiou, Athènes
(transféré à Eleftheriou Venizelou)

2) Liste non exhaustive de tribunaux civils

Première instance	Cour d'appel
Athènes: ancienne École militaire	65, rue Socratous
Le Pirée: 3-5, rue Skouze et Philonos	3-5, rue Skouze et Philonos
Thessalonique: Palais de justice	Palais de justice
Patras: 30, rue Gounari	30, rue Gounari
Larissa: Grand-place	Grand-place
Chania: place de la Liberté	place de la Liberté

Cour de cassation (Areios Pagos), 121, avenue Alexandras, Athènes

3) Ministères chargés du contrôle des règles communautaires en matière de passation de marchés publics

Ministère du commerce	place Kanigos, Athènes
Ministère de l'environnement et des travaux publics (Direction des travaux publics)	182, rue Harilaou Trikoupi, Athènes
Ministère des affaires étrangères (Direction des questions communautaires)	3, rue Academias, Athènes

4) Arbitres indépendants pour les litiges commerciaux en Grèce

Chambre de commerce	8, rue Academias, Athènes
Ordre des avocats d'Athènes	60, rue Academias, Athènes

IRLANDE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et McCann FitzGerald (Dublin), 1997**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	137
2. Juridiction compétente	137
3. Moyens de recours	137
3.1 Mesures provisoires.....	137
3.2 Ordonnance d'annulation et de modification	138
3.3 Dommages-intérêts.....	139
4. Qui peut former un recours?	140
5. Délai de formation d'un recours	140
6. Modalités de la procédure	140
6.1 Obligation d'information préalable.....	141
6.2 Demandes de mesures provisoires.....	141
6.3 Procédure devant les juridictions ordinaires.....	141
6.4 Durée de la procédure.....	142
6.5 Contrôle judiciaire.....	142
6.6 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?.....	143
7. Frais de procédure	144
8. Appel	144
9. Exécution des jugements	144
ANNEXE 1: Adresses utiles	146

IRLANDE

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Les directives "recours" ont été transposées en droit irlandais par une série d'actes réglementaires. Les dispositions des directives "recours" 89/665 et 92/13 relatives à leur mise en œuvre ont été appliquées respectivement par les actes réglementaires n° 309 de 1994 et n° 104 de 1993.

Les directives "recours" ont été transposées dans une large mesure par analogie plus que par itération ou reproduction de leurs dispositions. Ainsi, l'acte réglementaire n° 309 de 1994 précise que, en matière de procédures de passation des marchés publics entrant dans le champ d'application des directives concernant le secteur public, les décisions des pouvoirs adjudicateurs "sont examinées conformément aux conditions fixées dans la directive [recours] [89/665]". Par conséquent, ce sont les dispositions des directives "recours" qui régissent, dans une large mesure, les recours possibles en Irlande dans le domaine de la passation des marchés publics.

2. Juridiction compétente

Les actes réglementaires précisent que les recours en matière de passation des marchés publics doivent être formés devant la *High Court* (juridiction supérieure compétente en première instance pour les affaires civiles) d'Irlande. La *High Court* connaît de ces recours dans les quatre chambres de Dublin, mais il arrive qu'un juge de la *High Court* ait à connaître d'affaires en audience foraine dans les principales villes d'Irlande. Quelques adresses utiles figurent à l'annexe 1 du présent chapitre.

3. Moyens de recours

Conformément aux directives "recours", les recours susceptibles d'être formés en Irlande entrent dans les trois catégories décrites ci-après.

3.1 Mesures provisoires

En Irlande, la personne qui s'estime lésée peut saisir la *High Court* en vue d'obtenir par voie de référé une mesure provisoire (*injunction* ou ordonnance de référé) destinée à suspendre la procédure de passation du marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur. La demande de mesure provisoire doit être introduite "dans les délais les

plus brefs" et, en pratique, la mesure n'est accessible que si le contrat faisant suite au marché en cause n'a pas encore été conclu.

Les actes réglementaires ne contiennent aucune précision quant aux principes qui régissent la possibilité de mesures provisoires, mais se contentent de renvoyer aux directives "recours". En vertu de ces directives, la juridiction irlandaise

"peut tenir compte des conséquences probables des mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages"²⁹.

Les principes généraux du droit irlandais qui régissent la possibilité de mesures provisoires s'appliquent également aux affaires de passation des marchés publics. D'après la jurisprudence des tribunaux irlandais (et britanniques), la règle générale veut que l'octroi d'une mesure provisoire soit accessoire à l'action principale portant sur le fond. Pour obtenir une mesure provisoire, le plaignant doit d'abord démontrer que son affaire est de nature à rendre possible son examen au fond. Autrement dit, son affaire doit permettre une argumentation sérieuse, mais pas nécessairement une argumentation dont le juge estime qu'elle aurait plus de 50 % de chances d'aboutir. En général, cette obligation n'est pas difficile à satisfaire.

Quant à savoir si un tribunal va accorder une mesure provisoire, la réponse dépend généralement de la capacité du requérant à satisfaire la *High Court* sur les points suivants:

- a) le requérant a-t-il démontré que son affaire était recevable?
- b) si oui, des dommages-intérêts apporteraient-ils une réparation suffisante au requérant si la mesure provisoire n'était pas accordée?
- c) si les dommages-intérêts n'apportent pas une réparation suffisante, l'évaluation des intérêts s'exerce-t-elle au détriment du requérant? Par exemple, la *High Court* pourrait considérer qu'une mesure suspendant la procédure d'adjudication porterait gravement atteinte à l'intérêt public – ce qui l'emporte sur tout préjudice susceptible d'être causé au plaignant –, auquel cas la Cour refuserait d'accorder la mesure provisoire.

3.2 Décisions d'annulation

Les tribunaux irlandais ont la faculté d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales prises dans le cadre d'une procédure de passation de marché public. Ils peuvent également ordonner la modification de documents relatifs à la procédure de passation en cause (appel d'offres...) afin de supprimer des spécifications discriminatoires. Il est évident que le juge a la faculté de rendre ces décisions avant la conclusion du contrat faisant suite au marché en cause. Il ne peut le faire après la conclusion du contrat que si le marché public en cause est régi par les règles qui concernent le secteur public ou celles qui concernent les secteurs spéciaux.

Pour les marchés publics relevant des règles du secteur public, l'acte réglementaire n° 309 de 1994 précise que, si un contrat a été conclu à la suite de l'attribution du marché, la *High Court* peut

- a) déclarer que ce contrat ou l'une quelconque de ses clauses sont nuls et non avenus,

²⁹ Article 2, paragraphe 4, de la directive 89/665 et article 2, paragraphe 4, de la directive 92/13.

- b) déclarer que le contrat ne produira ses effets que sous réserve de certaines modifications qu'elle juge nécessaires, y compris les modifications requises pour protéger les intérêts d'une partie au contrat qui n'est pas responsable de la violation (le tiers auquel le marché a été attribué),
- c) prononcer une autre décision qu'elle juge appropriée au sujet de la validité du contrat ou de l'une quelconque de ses clauses.

En ce qui concerne la passation des marchés publics des secteurs spéciaux, l'acte réglementaire n° 104 de 1993 ne confère pas à la *High Court* la même faculté de prononcer la nullité de contrats, l'obligation de les modifier ou toute autre décision concernant leur validité. On peut donc en déduire qu'il n'est pas possible de demander une décision d'annulation ou de modification à l'encontre d'entités opérant dans les secteurs spéciaux dès lors que le contrat du marché en cause a été conclu.

À ce jour, en Irlande, aucun jugement n'a développé une théorie sur les principes régissant la possibilité de ces décisions dans le contexte de la passation des marchés publics. On peut supposer que les tribunaux recourent probablement à un critère d'évaluation des intérêts analogue à celui qui est appliqué lors de l'examen des demandes de mesures provisoires.

3.3 Dommages-intérêts

En Irlande, les actes réglementaires confirment que, lorsqu'un contrat a été conclu à la suite de l'attribution d'un marché, la *High Court* peut accorder des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation des règles de passation des marchés publics. En revanche, ils ne précisent pas les principes qui régissent la possibilité de demander des dommages-intérêts, ni le montant de ceux-ci. C'est pourquoi ces affaires restent régies par les principes généraux et la jurisprudence irlandaise en matière de dommages-intérêts.

En vertu des principes généraux, le requérant est tenu de prouver qu'une violation des règles de passation des marchés publics a effectivement été commise et qu'il a subi ou va subir un préjudice de ce fait. Étant donné que la violation des directives et des actes réglementaires constitue la violation d'une obligation prévue par la loi, il s'agit donc d'un acte relevant de la responsabilité extracontractuelle ou quasi délictuelle. Toujours en vertu des principes généraux, les dommages-intérêts en matière de responsabilité quasi délictuelle ont pour effet de placer le requérant dans la position où il se serait trouvé si le quasi-délit n'avait pas été commis, ce qui peut être interprété dans le sens que, pour se voir accorder des dommages-intérêts dans un contexte de passation de marché public, le requérant doit prouver qu'il aurait été l'adjudicataire du marché si la violation des règles de passation des marchés publics n'avait pas été commise. Or, il est généralement très difficile de prouver qu'une offre donnée est celle qui aurait été retenue, et l'obligation de fournir cette preuve pourrait bien entraver l'efficacité des recours. C'est pourquoi on peut supposer que les tribunaux irlandais accorderont des dommages-intérêts, même si le requérant peut seulement prouver qu'il avait une chance réelle de remporter le marché, les dommages-intérêts l'indemnisant alors pour la perte de cette chance.

En ce qui concerne le quantum ou montant des dommages-intérêts, il apparaît que le requérant doit pouvoir récupérer tout ou partie des frais qu'il a engagés pour participer à la procédure de passation de marché. Du reste, la directive "recours" 92/13 pour les secteurs spéciaux

confirme que ces frais sont récupérables si le requérant peut prouver qu'il avait une "chance réelle" de remporter le marché et que, à la suite de la violation, cette chance a été compromise.

Il apparaît que le requérant peut également se voir accorder des dommages-intérêts pour la perte du bénéfice qu'il aurait pu retirer du marché en cause. Évidemment, il lui incombera de prouver le montant du bénéfice (éventuel) qu'il aurait réalisé s'il avait remporté le marché. Il n'est pas exclu que le tribunal réduise ce montant d'un certain pourcentage afin de tenir compte de l'éventualité que le requérant n'aurait peut-être pas remporté le marché, même en l'absence de violation des règles de passation des marchés publics.

4. Qui peut former un recours ?

Les recours qui viennent d'être exposés peuvent être formés par toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public ou un marché de secteurs spéciaux et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. Par conséquent, un recours peut être formé par toute personne qui a participé ou aurait voulu participer à une procédure de passation de marché.

5. Délai de formation d'un recours

Les actes réglementaires ne fixent aucun délai pour la formation d'un recours. De même, les directives "recours" (auxquelles les actes se réfèrent) ne donnent aucune précision à cet égard, exception faite de la disposition prévoyant que les demandes de mesures provisoires doivent être déposées "dans les délais les plus brefs".

La situation n'est donc pas claire en ce qui concerne les délais, mais le requérant sera bien avisé de respecter le délai de trois mois prévu pour les demandes de *judicial review* (recours juridictionnel), d'autant plus qu'un requérant demandant réparation en vertu des actes réglementaires peut également décider de former un recours juridictionnel (voir section 6.5 ci-après). Les règles de la *High Court* précisent qu'une demande d'autorisation d'introduire un recours juridictionnel doit être faite *sans tarder et, en tout état de cause, dans un délai de trois mois* à compter de la date à laquelle les motifs de la demande sont apparus (ou six mois lorsque la réparation demandée fait l'objet d'une ordonnance de renvoi à une juridiction supérieure pour complément d'instruction), sauf si le tribunal estime qu'il y a de bonnes raisons de prolonger ce délai.

Il apparaît que le juge prolongera ce délai s'il y a un certain décalage entre la survenance de la violation et la date à laquelle le requérant peut raisonnablement en avoir eu connaissance. À titre d'exemple, lorsque la violation consiste dans le défaut de publication d'un avis d'appel d'offres pour le marché en cause, le délai pourrait commencer à courir seulement à compter de la date à laquelle le requérant a su (ou pouvait raisonnablement avoir su) que le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans en assurer la publicité en bonne et due forme.

6. Modalités de la procédure

6.1. Obligation d'information préalable

Les actes réglementaires prévoient que la personne désireuse de former un recours au titre des règles de passation des marchés publics doit préalablement informer le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours en vertu de l'acte réglementaire.

6.2 Demandes de mesures provisoires

Le plaignant qui demande une mesure provisoire, par exemple une ordonnance de référé, doit demander une assignation (*summons*) au tribunal en y joignant une déclaration sous serment (*affidavit*). Le tribunal peut commencer à examiner l'affaire avant que l'assignation et la déclaration sous serment ne soient signifiées à l'autre partie (*ex parte*), mais fixera ensuite une audience à laquelle l'autre partie pourra être présente (*inter partes*). En principe, une demande de mesure provisoire n'implique pas l'audition de témoins, mais elle suppose que les avocats déposent des conclusions devant le juge à partir des preuves fournies sous serment.

La personne qui demande une ordonnance de référé est systématiquement tenue de prendre l'engagement devant le tribunal qu'elle paiera des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le défendeur si, à l'audience finale, elle perd le procès.

6.3 Procédure devant les juridictions ordinaires

Pour les actions introduites en vertu des directives "recours", il semble que la manière correcte d'introduire l'instance consiste à faire délivrer une assignation spéciale. Une fois que le greffe de la *High Court* a délivré cette assignation spéciale, une date est fixée pour la première audience dans un certain nombre de semaines et inscrite au rôle du greffier en chef. Une déclaration sous serment (*affidavit*) du requérant confirmant la demande formulée dans l'assignation spéciale est consignée au greffe et une copie de cette déclaration est remise au défendeur. Sauf instructions contraires du tribunal, l'instance introduite par une assignation spéciale est entendue par le juge sur la foi de la déclaration sous serment.

Les affaires de passation de marchés publics sont susceptibles d'être portées sur la liste des audiences de la *High Court* après leur inscription au rôle du greffier en chef. Un délai supplémentaire peut être accordé pour le dépôt d'autres déclarations sous serment. Toutefois, il peut être utile de demander au tribunal que l'affaire soit entendue par voie d'audience plénière, avec échange de conclusions et interrogatoire et contre-interrogatoire de témoins. Même si l'affaire doit être entendue sur la foi d'une déclaration sous serment, la partie désireuse d'interroger une personne ayant déposé sous serment dans le cadre de l'instance peut délivrer une citation à comparaître pour contre-interrogatoire.

Les règles des juridictions supérieures autorisent les parties à adresser à la *High Court* une demande de communication de pièces. Cette demande doit être précédée d'une lettre adressée à la partie adverse pour lui demander la communication volontaire. Si l'acceptation de la communication volontaire n'est pas reçue dans un délai de 21 jours suivant cette lettre, le demandeur peut solliciter de la *High Court* une ordonnance de communication. La communication comporte deux étapes: d'une part, la remise d'une liste de pièces annexée à une déclaration sous serment faite par l'une des parties à l'autre pour indiquer toutes les pièces pertinentes; d'autre part, la vérification, par l'autre partie, des pièces qui ne bénéficient pas de la confidentialité juridique. La portée de la communication est très grande et s'étend à toutes

les pièces qu'une partie a ou a eues en sa possession, sous sa garde ou en son pouvoir au sujet d'une question en cause dans l'espèce, hormis celles qui sont couvertes par la confidentialité juridique (par exemple, les communications entre une partie et son avocat). Lorsque des pièces sont confidentielles, leur existence doit être divulguée, mais elles ne doivent pas être disponibles pour examen.

Le témoignage d'experts peut être utile dans certaines affaires de passation de marchés publics. Les experts ont la faculté de donner leur avis sur des faits au sujet desquels ils ont qualité pour s'exprimer. En ce qui concerne les dépositions de témoins, elles sont généralement communiquées à la partie adverse avant le procès, encore que ce ne soit pas obligatoire.

En principe, l'affaire est jugée en audience publique par un juge unique de la *High Court* et sans jury, et les parties sont représentées par des avocats (généralement des *barristers* ou avocats inscrits au barreau, sur dossiers préparés par des *solicitors* ou avoués) qui déposent des conclusions en leur nom et procèdent au contre-interrogatoire des témoins sur la foi de la déclaration sous serment. Dans certains cas où un recours juridictionnel a été formé (voir section 6.5 ci-après) et le juge a décidé que l'affaire serait entendue en audience plénière, il est probable que les deux instances seront entendues conjointement.

6.4 Durée de la procédure

En cas d'urgence, des mesures provisoires peuvent être demandées à la *High Court* et obtenues presque immédiatement. Dans la déclaration sous serment introductive d'instance, le requérant est tenu d'exposer les conditions déterminant l'urgence. Le temps nécessaire pour que l'affaire passe en jugement et qu'une décision définitive soit prononcée varie fortement d'une affaire à l'autre et dépend dans une certaine mesure du temps pris par les parties pour échanger leurs conclusions et/ou les déclarations sous serment et pour achever la communication de pièces. Lorsqu'une affaire a atteint la phase du jugement, la date d'audience dépend de la charge de travail de la *High Court*. À titre tout à fait estimatif, la durée qui s'écoule entre la demande introductive d'instance et le procès proprement dit se situe dans une fourchette de un à trois ans. Si le juge surseoit à statuer, le délai pour connaître l'issue du procès peut être encore plus long.

Si l'espèce soulève des points de droit communautaire délicats, la *High Court* peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes pour lui demander de statuer, "à titre préjudiciel", sur des questions d'interprétation. Cette saisine peut parfois allonger de deux ans la durée de l'instance devant la juridiction nationale.

Enfin, il faut noter que, s'il est fait appel de la décision de la *High Court* devant la *Supreme Court* (juridiction supérieure), la date de l'arrêt définitif sera repoussée d'autant.

6.5 Recours juridictionnel

La personne qui s'estime lésée peut souhaiter introduire un recours juridictionnel en plus (ou à la place) de l'instance introduite au titre des directives "recours" (voir section 6.3).

Pour le recours juridictionnel, le requérant doit d'abord solliciter de la *High Court* l'autorisation d'introduire l'instance. La demande d'autorisation doit être faite sans tarder et, en tout état de cause, dans les trois mois suivant la date à laquelle les motifs de la demande sont

apparus (ou six mois lorsque la réparation demandée fait l'objet d'une ordonnance de renvoi à une juridiction supérieure pour complément d'instruction), sauf si le tribunal estime qu'il y a de bonnes raisons de prolonger ce délai. Le requérant est tenu de démontrer que l'affaire est "plaidable" ou "exposable".

Si l'autorisation est accordée, il est demandé au requérant, dans la plupart des cas, de procéder par voie de notification de demande introductive d'instance. En général, un délai relativement court (quatre semaines environ) est imparti au défendeur après la signification pour déposer son dossier d'opposition. En pratique, ce délai est prolongé d'une durée qui peut aller jusqu'à deux mois (généralement sur accord) afin de permettre au défendeur de préparer ses déclarations sous serment.

La demande au fond est entendue par un magistrat de la *High Court*, le plus souvent en audience publique. En général, le recours juridictionnel est déterminé par rapport aux preuves testimoniales fournies par attestation sous serment (plutôt que par déposition à la barre), sans certaines des autres procédures formelles qui s'appliquent dans les affaires civiles ordinaires. Dans certaines affaires, d'autres procédures formelles (comme la communication de pièces) peuvent être appliquées d'un commun accord entre les parties ou par décision du tribunal.

Les réparations suivantes peuvent être obtenues dans le cadre du recours juridictionnel: décision imposant au pouvoir adjudicateur de s'abstenir d'agir en dehors de sa compétence (interdiction), infirmation de la décision avec obligation de réexaminer le dossier (ordonnance de renvoi à une juridiction supérieure ou *certiorari*), décision imposant au pouvoir adjudicateur d'exécuter ses obligations judiciaires ou autres obligations publiques (*mandamus*), octroi d'une ordonnance de référé et, selon le type de recours, condamnation du pouvoir adjudicateur à payer des dommages-intérêts.

La personne qui s'estime lésée peut envisager l'éventualité de former un recours au motif de violation des directives concernant la passation des marchés publics en introduisant ou en ajoutant un recours juridictionnel. Compte tenu de la complexité de ce choix, le plaignant sera bien avisé de consulter un juriste.

6.6 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Dans les affaires portées devant la *High Court*, il est d'usage que chacune des parties demande à un *solicitor* (avoué) d'agir en son nom pour s'occuper des obligations procédurales compliquées et pour présenter ses arguments de droit et de fait. Si les *solicitors* demandent généralement à un avocat ou *barrister* (les plaignants ne peuvent le faire eux-mêmes directement sur les questions contentieuses) de plaider le dossier, ils ont cependant la faculté d'agir en qualité d'avocat devant la *High Court*. Le coût de l'intervention d'un avoué ou d'un avocat est abordé à la section 7.

Le plaignant a la faculté de se représenter lui-même en justice, mais il s'agit de l'exception plus que de la règle.

7. Frais de procédure

Un droit de timbre de 60 livres sterling doit être acquitté lors de la délivrance d'une assignation. Le montant à acquitter pour la notification de la demande introductive d'instance et les déclarations sous serment est plus faible.

Les plaignants doivent savoir que l'élément de coût le plus important est constitué par les honoraires d'avoué ou d'avocat. Le montant des frais à engager varie en fonction de la gravité, de la complexité et de la durée de l'affaire.

Il est d'usage pour la *High Court* de condamner le perdant aux dépens, lesquels représentent une forte proportion des frais engagés par le gagnant. Il s'agit là d'un facteur de risque important qui doit être pris en compte lors de l'introduction de l'instance. En outre, si le requérant a réussi à obtenir une ordonnance de référé, mais perd le procès à l'audience finale, il peut se trouver tenu de verser des dommages-intérêts au défendeur en vertu d'un engagement en ce sens. En effet, les plaignants doivent s'attendre à ce que la *High Court* leur impose de prendre cet engagement s'ils veulent obtenir le référé.

Actuellement, le tribunal accorde en principe le remboursement des dépens sur la base "partie et partie", qui signifie essentiellement que les dépens ne couvrent que les frais raisonnablement et dûment engagés pour permettre à la partie (gagnante) de mener l'instance. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre quant au montant des dépens sur cette base, la question sera tranchée (à la suite des arguments exposés par chaque partie) par le juge-greffier de la taxation.

Les frais liés au temps consacré par le requérant à donner des instructions à ses conseillers juridiques, à préparer les conclusions et à participer à l'instance sont irrépétibles et constituent donc un autre facteur à prendre en compte dès le début.

8. Appel

Une fois que la *High Court* a prononcé son jugement, le perdant peut faire appel devant la *Supreme Court* (juridiction supérieure). Dans certains cas, il peut être nécessaire d'obtenir l'autorisation du juge de la *High Court* ou de la *Supreme Court*. L'appel ne peut être formé que sur un point de droit et n'implique pas que l'affaire portée devant la *High Court* soit rejugée. En général, l'appel est examiné par trois (exceptionnellement cinq) juges de la *Supreme Court*.

9. Exécution des jugements

Si un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice ne respecte pas les clauses d'une mesure provisoire ou d'une décision d'annulation, ses dirigeants se rendent coupables d'outrage à magistrat (*contempt of court*). En première instance, il est probable qu'ils seront appelés à comparaître pour expliquer les raisons de cet outrage et à réparer celui-ci. Si les dirigeants concernés refusent de comparaître, ils s'exposent à une peine d'emprisonnement. En réalité, il est fort peu probable que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne respectent pas une décision du tribunal.

Lorsque des dommages-intérêts sont accordés, il est peu probable, là encore, que le pouvoir adjudicateur - surtout s'il s'agit d'une collectivité publique - ne les paie pas, car il s'exposerait

alors à ce que le plaignant demande l'exécution forcée du jugement. Le plaignant pourrait notamment

- a) demander l'inscription du jugement à titre de sûreté judiciaire sur les avoirs du pouvoir adjudicateur,
- b) introduire une action demandant la mise en liquidation du pouvoir adjudicateur pour défaut de paiement d'une dette, si la mise en demeure adressée au pouvoir adjudicateur de s'acquitter de sa dette sous 21 jours est restée sans effet

ou

- c) faire saisir par le représentant de la Couronne (*sheriff*) les biens ou les avoirs du pouvoir adjudicateur, afin d'obtenir la liquidation du montant de la dette.

En réalité, il est peu probable que le pouvoir adjudicateur s'expose à la gêne de la publicité faite autour de l'action introduite en raison de sa défaillance.

ANNEXE 1

Adresses utiles

High Court Central Office
The Four Courts
Inns Quay
Dublin 7

Chartered Institute of Arbitrators, Irish Branch
8 Merrion Square
Dublin 2

Tél: 01 662 7867
Fax: 01 662 7891

ITALIE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles et Londres)
et M^e Antonio Appella, avocat (Rome), 1997**

SOMMAIRE

1.	Mise en œuvre des directives "recours"	151
2.	Juridictions compétentes	151
3.	Moyens de recours	152
3.1	Mesures provisoires	152
3.2	Décisions d'annulation	153
3.3	Dommmages-intérêts	155
4.	Qui peut former un recours?	156
5.	Délai de formation d'un recours	156
6.	Modalités de la procédure	157
6.1	Obligation de notification préalable	157
6.2	Demandes de mesures provisoires	157
6.3	Autres recours administratifs	157
6.4	Procédures devant les juridictions civiles ordinaires.....	157
6.5	Durée de la procédure	158
6.6	L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	159
7.	Frais de procédure	159
8.	Appel	159
9.	Exécution des jugements	160
	ANNEXE 1: Adresses utiles	163

ITALIE

1. Mise en œuvre des directives "recours"

La directive "recours" 89/665 a été transposée par les articles 12 et 13 de la loi n° 142 du 19 février 1992 ("loi 142/92"). L'article 12 concerne la procédure qui permet à la Commission européenne d'intervenir en cas de violation claire et manifeste des règles de passation des marchés publics par une collectivité publique italienne (voir section 11 ci-après), tandis que l'article 13 introduit dans le droit italien le principe selon lequel une entreprise a droit à des dommages-intérêts en cas de violation des règles communautaires de passation des marchés publics par une collectivité publique.

En ce qui concerne les recours formés contre les entités opérant dans les secteurs spéciaux, la directive "recours" 92/13 a été transposée par l'article 11, paragraphe 1, de la loi n°489 du 19 décembre 1992 ("loi 489/92"), laquelle dispose simplement que les articles 12 et 13 de la loi 142/92 s'appliquent également aux procédures de passation des marchés publics des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. D'autres dispositions de transposition de la directive 92/13 devraient être introduites en temps opportun, mais en attendant, la Commission européenne a ouvert à l'encontre de l'Italie la procédure pour transposition inadéquate de cette directive.

Le Parlement italien n'a pas jugé nécessaire d'établir une réglementation spécifique de la compétence des instances de recours pour accorder des mesures provisoires et annuler des décisions illégales. Le système traditionnel du droit administratif offrait déjà une importante protection en cas de procédure d'adjudication illégale. En effet, avant même la transposition des directives "recours", les entreprises qui s'estimaient lésées avaient la possibilité d'obtenir la suspension provisoire, puis l'annulation de décisions administratives illégales violant les règles de passation des marchés publics. Au moment de l'adoption de la loi 142/92, les débats parlementaires ont montré que le système en place a été jugé suffisant pour assurer la protection des intérêts des soumissionnaires individuels lésés par une violation des règles communautaires de passation des marchés publics.

2. Juridictions compétentes

Les pouvoirs d'accorder réparation dans le domaine des marchés publics sont conférés à des juridictions distinctes qui sont compétentes pour des aspects différents de la procédure de recours. D'une part, dans le cadre du système traditionnel du droit administratif italien, la faculté d'accorder des mesures provisoires et d'annuler des décisions illégales est confiée aux juridictions administratives. D'autre part, l'article 13 de la loi 142/92 a conféré aux juridictions ordinaires la faculté d'accorder des dommages-intérêts.

Les juridictions administratives comprennent les *Tribunali Amministrative Regionali* (TAR) en première instance, et le Conseil d'État (*Consiglio di Stato*) en appel. Les TAR ont

compétence générale en matière de légitimité des mesures administratives qui violent les intérêts légitimes (*interessi legittimi*) et ont compétence exclusive pour annuler un acte administratif illégal. La compétence territoriale des TAR est définie sur une base régionale: il y a un TAR dans chaque capitale de région, mais, dans certaines régions, d'autres villes ont également des chambres décentralisées. Chaque TAR a un président et au moins cinq juges administratifs.

Le système des juridictions ordinaires comprend en première instance les *Giudici di Pace* (juges de paix), les *Preture* et les tribunaux, en seconde instance les cours d'appel, et en dernière instance la Cour de cassation, laquelle ne peut connaître que des questions de droit. En ce qui concerne les mesures administratives, les juridictions ordinaires ne peuvent connaître que des affaires impliquant la violation de droits individuels (*diritti soggettivi*) par opposition aux intérêts légitimes; leurs pouvoirs se limitent à déclarer illégale la mesure administrative et à en interdire l'application en l'espèce. En ce qui concerne la faculté d'accorder des dommages-intérêts au motif de violation des règles communautaires en matière de passation des marchés publics, voir section 3.3 ci-après.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

Dans les affaires de marchés publics, les mesures provisoires doivent être demandées auprès des tribunaux administratifs, et notamment des *Tribunali Amministrativi Regionali* ("TAR"), comme on l'a vu à la section 2. Les principes et procédures qui régissent la possibilité et l'octroi de mesures provisoires par les tribunaux administratifs sont définis dans une loi de 1974³⁰.

En vertu des principes généraux, pour obtenir une mesure provisoire, le requérant a toujours dû prouver deux éléments:

- a) l'existence d'une affaire recevable,
- b) le risque de préjudice grave et irréparable, encore qu'il semble que les tribunaux soient disposés à accorder la suspension provisoire d'un acte administratif même si le préjudice en question n'est pas irréparable.

Dans l'examen des décisions relatives à l'octroi de mesures provisoires, les tribunaux administratifs procèdent généralement à une évaluation des intérêts. Autrement dit, ils mettent dans la balance, d'un côté, le préjudice que le retard subi par la procédure d'adjudication risque de porter à l'intérêt général et, de l'autre côté, les intérêts des soumissionnaires.

La jurisprudence a étendu la possibilité de mesures provisoires aux actes administratifs dits "négatifs" par lesquels l'administration publique ne prend pas de mesure positive, mais refuse simplement d'adopter un acte. Par conséquent, en matière de marchés publics, les soumissionnaires écartés peuvent demander la suspension provisoire de décisions administratives par lesquelles le pouvoir adjudicateur rejette leur offre de participer à la

³⁰ Article 21 de la loi n° 1034 de 1971 – *Legge TAR* – portant création des TAR.

procédure de passation d'un marché public. Ce recours est possible pour tous les marchés publics, quelle qu'en soit la valeur.

Par ailleurs, la jurisprudence a peu à peu étendu les pouvoirs des tribunaux administratifs en ce qui concerne les décisions qu'ils peuvent rendre à la suite de demandes de mesures provisoires. L'idée initiale était que le seul pouvoir des tribunaux administratifs consistait à suspendre l'acte contesté. Or, cette position tranchait avec l'article 700 du code de procédure civile, lequel prévoit un outil plus souple pour l'octroi de mesures provisoires par les juridictions ordinaires. En effet, l'article 700 dispose que, en cas de préjudice imminent et irréparable et lorsque aucune mesure provisoire spécifique n'est possible, le tribunal peut accorder une mesure provisoire adaptée, afin de conférer son efficacité à tout jugement ultérieur sur le fond.

Ces dernières années, la jurisprudence a établi que, par analogie avec l'article 700 du code de procédure civile, les tribunaux administratifs avaient également la faculté d'accorder des mesures provisoires adaptées (autres que la simple suspension de l'acte). En matière de marchés publics, cette évolution signifie que les tribunaux administratifs sont disposés à ordonner, à titre provisoire, que le soumissionnaire écarté soit admis à la procédure d'adjudication, sous réserve de confirmation par la procédure de recours définitive.

3.2 Décisions d'annulation

Comme on va le voir ci-après, les tribunaux administratifs ont compétence générale pour tous les litiges portant sur la légalité d'une mesure administrative qui viole un intérêt légitime. Cette compétence est limitée à l'illégalité pour trois motifs:

- a) l'incompétence, lorsqu'un organe administratif empiète sur les domaines de compétence d'un autre organe administratif qui appartient à la même autorité administrative;
- b) la violation de la loi;
- c) l'excès de pouvoir, résultant par exemple de l'appréciation erronée des faits, de la motivation illogique, insuffisante ou contradictoire et d'un traitement inéquitable ou discriminatoire.

L'expérience montre que le motif d'annulation le plus couramment invoqué en matière de marchés publics est l'excès de pouvoir, surtout en ce qui concerne l'appréciation "raisonnable" des conditions factuelles de participation à la procédure d'adjudication.

Les décisions définitives que peuvent prendre les tribunaux administratifs sont

- a) l'annulation de la mesure administrative et le renvoi à l'autorité compétente (uniquement pour le motif d'incompétence),
- b) l'annulation totale ou partielle de la mesure administrative en cas de violation de la loi ou d'excès de pouvoir,
- c) le paiement de frais par le pouvoir adjudicateur.

En sus de cette compétence générale, les TAR ont également compétence, dans des conditions exceptionnelles, pour examiner le fond de la mesure administrative (c'est-à-dire sa conformité avec les règles d'une bonne administration). Ce chef de compétence permet aux TAR de rendre une décision qui remplacera la mesure administrative contestée. La compétence des TAR pour examiner le fond d'un acte administratif est exceptionnelle et strictement limitée par la loi à des matières bien précises, et notamment les contrats de prêts publics, la création d'établissements publics d'enseignement et les dépenses de l'État dans le domaine de la santé publique. Il s'agit là de sujets qui n'ont guère de rapport direct avec les marchés publics.

Il importe de souligner que les TAR ne peuvent examiner que les "actes et mesures" des autorités administratives, c'est-à-dire des mesures qui sont administratives tant sur la forme que sur le fond. Autrement dit, dans le contexte des marchés publics, la compétence des tribunaux administratifs est limitée aux actes adoptés par le pouvoir adjudicateur durant la procédure de passation de marché (appel d'offres, décision d'adjudication, etc.). Les contrats conclus pour les marchés ne sont pas des contrats administratifs et sont régis par les règles du droit privé. Ils ne peuvent donc pas être résiliés, ni annulés dans le cadre d'une procédure administrative.

Une autre question est de savoir si l'annulation de la décision d'adjudication peut entraîner la nullité du contrat conclu en vertu de cette décision illégale. L'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665 laisse aux États membres le soin de décider si l'instance responsable des procédures de recours doit également être habilitée, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, à annuler le contrat ou des décisions relatives à ce contrat. La législation italienne de transposition ne répond pas à cette question. La thèse exprimée est que, en principe, suite à l'annulation, par les tribunaux administratifs, de l'attribution du marché, le contrat conclu en vertu de la décision illégale peut sans doute être déclaré nul et non avenu par les juridictions ordinaires au motif d'absence de ses conditions juridiques essentielles et/ou de violation de règles impératives. En revanche, si l'exécution du contrat du marché public a déjà commencé, les tribunaux n'invalideront pas le contrat et les entreprises lésées devront se borner à réclamer des dommages-intérêts ordinaires.

La question de l'effet sur un contrat qui a déjà été conclu de vices éventuels d'actes pris durant la procédure administrative est sujette à controverse et aucune unanimité ne se dégage de la doctrine sur ce point.

D'un côté, le soumissionnaire écarté peut s'appuyer sur l'article 1418 du code civil, qui dispose qu'un contrat est nul s'il est contraire à des règles impératives. Avec ce motif, on peut soutenir que la violation des règles de passation des marchés publics compromet la validité du contrat et permet au soumissionnaire écarté d'introduire devant les juridictions ordinaires une action en nullité du contrat, mais ce point de vue n'est pas vérifié dans la jurisprudence.

D'un autre côté, il faut noter que, dans la jurisprudence, certaines sources semblent indiquer que seul le pouvoir adjudicateur (et non le soumissionnaire écarté) peut tirer argument des violations commises durant la procédure d'adjudication, en vue d'obtenir l'annulation du contrat. Ce point de vue est fondé sur l'article 1425 et suivants du code civil qui précise qu'une partie peut demander l'annulation du contrat au motif que sa volonté contractuelle a été imparfaitement formée. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut affirmer que la violation des règles de passation des marchés publics a affecté la formation de sa volonté contractuelle. Pour cette raison, lui seul peut demander l'annulation du contrat, avec la conséquence que le soumissionnaire écarté risque de se retrouver sans le moindre moyen de recours.

En définitive, compte tenu des difficultés qui entourent les deux interprétations et des lenteurs de la justice italienne, il semble que le recours le plus efficace concrètement soit l'introduction d'une action en dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires, et notamment dans les cas où l'exécution des travaux a déjà commencé.

Enfin, il convient de noter que le tribunal administratif a la faculté d'annuler la décision d'adjudication et, en même temps, d'attribuer le marché au requérant (si le tribunal est convaincu que le marché aurait été attribué à ce dernier en l'absence de la violation). Dans ce cas, le requérant verra ses intérêts satisfaits et il ne lui sera pas accordé de dommages-intérêts.

3.3 Dommages-intérêts

L'article 13 de la loi 142/92 prévoit des dommages-intérêts en cas de violation des règles communautaires en matière de passation des marchés publics, comme suit:

"Quiconque a été lésé par un acte commis en violation des règles communautaires en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, ou en violation des dispositions nationales de transposition, peut réclamer des dommages-intérêts au pouvoir adjudicateur. Les actions en dommages-intérêts ne peuvent être introduites devant les juridictions ordinaires que postérieurement à la décision illégale qui a été annulée par un jugement du tribunal administratif."

Cette disposition est novatrice, car elle introduit dans le droit italien le principe selon lequel une entreprise a droit à des dommages-intérêts en raison de la violation, par l'administration, de règles de passation des marchés publics. À ce stade, il convient de préciser qu'en droit italien, l'entreprise lésée n'a qu'un intérêt légitime (*interesse legittimo*) et non un droit individuel (*diritto soggettivo*) vis-à-vis de l'administration. Avant l'adoption de l'article 13 de la loi 142/92, il était d'usage que des dommages-intérêts ne pussent être accordés qu'en cas d'atteinte aux droits individuels (*diritti soggettivi*) et non en cas d'atteinte aux intérêts légitimes (*interessi legittimi*). Dans le cadre des marchés publics, le fait de prévoir l'indemnisation pour violation dans des cas qui étaient traditionnellement considérés comme des *interessi legittimi* (intérêts légitimes) et non comme des *diritti soggettivi* (droits individuels) constitue tout bonnement une révolution culturelle.

Il ressort clairement des dispositions italiennes de transposition qu'une action en dommages-intérêts n'est possible que si le pouvoir adjudicateur a pris une décision administrative illégale en violation des règles de passation des marchés publics et si cette décision a été annulée par une juridiction administrative. La loi 142/92 ne s'étend pas sur les principes régissant la possibilité et le montant des dommages-intérêts. Avec l'application des principes énoncés dans le code civil en matière de responsabilité extracontractuelle, il apparaît que les dommages-intérêts devraient en principe couvrir la perte effectivement subie (frais d'offre et frais de justice) et la perte de bénéfice (dont la perte de débouché). Il semble évident que des dommages-intérêts peuvent être accordés au titre des frais de préparation de l'offre ou de participation à la procédure d'adjudication, si le requérant démontre qu'il avait une chance réelle de remporter le marché. En revanche, le critère de preuve pour obtenir des dommages-intérêts au titre de la perte de bénéfices est probablement beaucoup plus difficile à satisfaire. Il n'est pas exclu qu'il soit fait droit à une telle demande uniquement si l'entreprise lésée peut prouver qu'elle aurait remporté le marché en l'absence de violation des règles de passation des marchés publics.

En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts, si le calcul de la perte subie au titre des frais d'offre ne pose aucun problème, en revanche, la perte de bénéfices semble infiniment plus difficile à déterminer. La difficulté de prouver le montant du bénéfice qu'une entreprise aurait dégagé du marché varie en fonction de la nature de celui-ci. Il est probable que, dans ces conditions, le juge aura recours aux dispositions des articles 1226 et 2056 du code civil et exercera son pouvoir discrétionnaire pour évaluer de manière "équitable" (et assez imprévisible) les dommages-intérêts au titre de la perte de bénéfices.

4. Qui peut former un recours ?

Si la législation italienne de transposition ne prévoit pas expressément la qualité pour agir, le principe de base de la procédure italienne impose cependant au requérant de démontrer son intérêt à introduire une instance. Il semble que ce principe réponde à la condition énoncée à l'article 1, paragraphe 3, de la directive "recours", qui veut que les procédures de recours soient accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

L'action introduite par une personne qui n'a pas été affectée par la mesure contestée est irrecevable. De même, il apparaît qu'une action ne peut être introduite par une organisation représentant des entreprises qui n'ont pas participé à la procédure d'adjudication et n'ont donc pas été affectées par la mesure contestée.

5. Délai de formation d'un recours

Le délai prévu pour former une demande de mesure provisoire et de décision d'annulation devant les juridictions administratives est de soixante jours à compter de la communication de la mesure au requérant.

En ce qui concerne les actions en dommages-intérêts devant les juridictions ordinaires, la question n'est pas claire. En effet, ces actions se prescrivent par dix ans ou par cinq ans, selon que la responsabilité du pouvoir adjudicateur est jugée contractuelle ou extracontractuelle. La thèse qui prévaut semble être que le droit à réparation des préjudices subis en raison de la violation de règles de passation des marchés publics relève des dispositions régissant la responsabilité extracontractuelle. La prescription serait donc de cinq ans à compter de la date du jugement du tribunal administratif annulant la décision contestée.

6. Modalités de la procédure

6.1 Obligation de notification préalable

La législation italienne ne prévoit aucune obligation pour le requérant d'informer préalablement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice de son intention de former un

recours. Pourtant, le requérant sera bien avisé de le faire, notamment s'il souhaite étudier la possibilité de parvenir à un règlement amiable pour éviter d'aller jusqu'au procès.

6.2 Demandes de mesures provisoires

En général, la demande de mesure provisoire fait partie de la demande d'annulation de l'acte administratif contesté, mais elle peut être déposée séparément. Elle est notifiée, dans les deux mois suivant la communication de la mesure au requérant, au pouvoir adjudicateur qui a pris la mesure contestée (ou au procureur de la République – *Avvocatura dello Stato* – s'il s'agit d'un ministère) et au moins l'une des autres parties intéressées.

La procédure est très simple. Le TAR statue en référé (sans audience publique), mais les avocats des parties demandent généralement à être entendus. La décision relative à la demande de mesure provisoire est prise dans des délais très brefs, de l'ordre de deux à trois mois après la demande ou l'audience éventuelle.

6.3 Autres recours administratifs

La demande d'annulation d'un acte administratif est introduite par la notification, dans les deux mois suivant la communication de la mesure au requérant, d'un *ricorso* (équivalent d'un recours contentieux) au pouvoir adjudicateur qui a pris la mesure contestée (ou au procureur de la République – *Avvocatura dello Stato* – s'il s'agit d'un ministère) et au moins l'une des autres parties intéressées.

L'instance comprend deux phases: l'instruction et le jugement. Selon le principe qui sous-tend la phase d'instruction, le requérant doit prouver que son recours n'est pas manifestement irrecevable, tandis que les juges administratifs peuvent ordonner toutes les mesures qui s'imposent pour obtenir des preuves, et notamment demander la production de nouvelles pièces et toutes les vérifications et clarifications nécessaires. Une loi récente destinée à améliorer la transparence des procédures administratives (loi n° 241 de 1990) prévoit que quiconque ayant un intérêt à la protection de certaines situations juridiques a un droit d'accès aux documents administratifs, à quelques exceptions près. Ce point est particulièrement important pour le renforcement de la protection judiciaire des soumissionnaires qui s'estiment lésés et souhaitent contester les décisions prises par l'administration.

Les jugements définitifs que peuvent prononcer les juridictions administratives sont décrits à la section 3.2.

6.4 Procédures devant les juridictions civiles ordinaires

L'introduction d'une instance devant les juridictions civiles ordinaires se fait par assignation du défendeur par voie d'huissier au moyen d'une *citazione* (avec exposé intégral de la requête). La *citazione* doit remplir les conditions énoncées à l'article 163 du code de procédure civile et les modalités d'assignation par voie d'huissier, fixées à l'article 137 et suivants de ce code. Ainsi, la *citazione* doit comporter les éléments suivants:

- a) exposé de la réparation demandée,
- b) moyens de fait et de droit donnant lieu au recours,
- c) indication précise des preuves sur lesquelles le requérant entend s'appuyer,

- d) provision (mandat) par laquelle le requérant constitue son avocat pour le représenter dans l'instance,
- e) date de la première audience et invitation du défendeur à présenter son mémoire en défense vingt jours avant la date de la première audience, ou dix jours avant cette date si les conditions de comparution sont abrégées, et à dûment comparaître devant le juge à la date de la première audience, faute de quoi il sera passible des sanctions visées à l'article 167 du code de procédure civile.

Le non-respect de ces conditions et des modalités d'assignation par huissier peut entraîner la nullité de la *citazione* et, par voie de conséquence, l'irrecevabilité de l'instance.

Le mémoire en défense doit contenir les éventuelles demandes reconventionnelles et indiquer les preuves sur lesquelles le défendeur entend s'appuyer pour réfuter les allégations du requérant.

À la première audience, il arrive que le juge se contente de vérifier si la *citazione* a été notifiée dans les règles et si le défendeur a comparu. Il fixe ensuite une audience ultérieure durant laquelle il interrogera les parties de manière informelle, tentera de parvenir à une transaction, clarifiera certains points et autorisera des modifications aux conclusions. Après le dépôt des conclusions, l'article 184 du code de procédure civile prévoit la phase d'instruction durant laquelle le juge statue sur la recevabilité des preuves proposées par les parties dans les conclusions et de nouvelles preuves éventuellement demandées par les parties à l'audience. Après cette phase, de nouvelles preuves ne seront recevables qu'à titre exceptionnel.

Les règles relatives aux moyens de preuve sont énoncées aux articles 191 à 266 du code de procédure civile et aux articles 2697 à 2739 du code civil. Elles traitent de la charge de la preuve, des témoignages d'experts, des pièces, de la vérification, de la recevabilité, des interrogatoires formels, des déclarations sous serment des parties, des présomptions et des témoins.

À l'issue de l'instruction, les parties remettent une brève récapitulation de leurs conclusions et le juge unique met l'affaire en délibéré avant de prendre sa décision. Une audience publique n'aura lieu que si les parties le demandent.

6.5 Durée de la procédure

La décision relative à une demande de mesure provisoire est prise à bref délai, de l'ordre de deux à trois mois après la demande ou l'éventuelle audience, ce qui est très rapide, compte tenu des lenteurs habituelles de la justice.

Quant au temps pris par les juridictions administratives pour l'annulation d'un acte administratif, les statistiques moyennes sont très préoccupantes en ce qui concerne la rapidité des recours permettant de contester des actes illégaux. En effet, on a calculé que la durée moyenne des procédures administratives était de 3 077 jours en première instance et de 1 105 jours en appel devant le Conseil d'État, soit une dizaine d'années en moyenne pour obtenir une décision d'annulation définitive. Une amélioration de la durée des instances sera peut-être obtenue grâce à l'article 31 bis de la loi n° 109 de 1994, qui prévoit que l'audience sur le fond d'une demande d'annulation doit être fixée dans les trois mois suivant la date de la mesure provisoire, mais il arrive qu'un temps considérable s'écoule avant que l'audience proprement dite n'ait lieu.

Comme on l'a vu, le requérant ne peut introduire une action en dommages-intérêts devant les juridictions (civiles) ordinaires que s'il a obtenu du tribunal administratif une décision d'annulation. Il peut donc s'écouler plusieurs années avant que le requérant ne puisse seulement introduire son action en dommages-intérêts. Et même là, l'action devant la juridiction civile (de première instance) dure généralement de trois à cinq ans. L'affaire peut durer plus longtemps encore s'il est fait appel du jugement du tribunal administratif ou du tribunal ordinaire et/ou si une question est portée devant la Cour de justice des Communautés européennes pour que celle-ci statue à titre préjudiciel. Par conséquent, il peut arriver que le requérant doive attendre dix, voire quinze ans, avant d'obtenir une décision définitive lui accordant des dommages-intérêts.

6.6 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Le requérant doit se faire représenter par un avocat, que ce soit devant les juridictions administratives ou civiles. Pour faire face à la complexité des procédures administratives et pour que l'affaire soit présentée le plus efficacement possible, il est normal et conseillé de faire appel à des avocats spécialisés dans le domaine des marchés publics.

7. Frais de procédure

Les principaux frais sont les honoraires d'avocat et les frais d'instance.

En vertu de la loi italienne, le barème des honoraires des avocats est fixé par un organisme juridique, le *Consiglio Nazionale Forense*, et publié régulièrement. Ces barèmes varient en fonction de la valeur en litige, mais l'avocat et le client peuvent décider d'un commun accord de ne pas en tenir compte, l'avocat facturant alors ses honoraires prorata temporis. Pour une affaire concernant un marché dépassant le seuil communautaire de référence, on estime que les honoraires d'avocat pour une instance administrative, de la demande de mesure provisoire à l'appel devant le Conseil d'État (frais d'instance compris), seraient de l'ordre de 100 000 à 120 000 euros.

Comme dans d'autres juridictions, il est d'usage que les juridictions administratives et civiles condamnent le perdant aux dépens en totalité ou en partie. Il s'agit d'un élément important qu'il convient d'avoir à l'esprit au moment d'introduire une action.

8. Appel

En ce qui concerne les juridictions administratives, les jugements des TAR sont susceptibles d'appel devant le Conseil d'État, en seconde instance, dans les soixante jours suivant la notification du jugement au requérant. Le Conseil d'État réexamine l'affaire dans son intégralité et peut rendre une décision sur le fond qui remplacera celle du TAR. L'affaire n'est renvoyée au TAR que si

- a) l'appel est autorisé au motif de vices de procédure,
- b) le jugement du TAR contient des vices de forme,
- c) le TAR s'est, à tort, déclaré incompétent.

L'arrêt du Conseil d'État peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation uniquement pour des motifs de compétence.

Les jugements des juridictions civiles ordinaires sont susceptibles d'appel devant la cour d'appel, en seconde instance, dans les trente jours suivant la notification du jugement au requérant ou, si le jugement n'a pas été notifié, dans l'année qui suit son dépôt au greffe. L'arrêt de la cour d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, mais uniquement sur des points de droit. Les arrêts de la Cour de cassation sont définitifs.

L'exécution des jugements des TAR n'est pas automatiquement suspendue par un appel; en revanche, le Conseil d'État peut ordonner le sursis à exécution immédiate dès lors que celle-ci risque d'entraîner un préjudice grave et irréparable. De même, la cour d'appel ne peut ordonner le sursis à exécution des jugements des juridictions civiles ordinaires de première instance que pour des motifs graves.

9. Exécution des jugements

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'obtempère pas à un jugement prononcé à son encontre, la partie intéressée peut introduire devant les juridictions administratives une action en exécution (*giudizio di ottemperanza*). Cette action est possible pour l'exécution des jugements des juridictions ordinaires comme des juridictions administratives. En outre, la jurisprudence a établi qu'elle était également possible pour l'exécution des mesures provisoires.

La procédure pour les actions en exécution est la suivante:

- a) la juridiction administrative fixe un délai durant lequel le pouvoir adjudicateur est tenu de se conformer au jugement;
- b) si le pouvoir adjudicateur n'obtempère pas dans ce délai, le tribunal se substitue à lui et adopte l'acte nécessaire à l'exécution du jugement;
- c) comme autre solution, le tribunal peut désigner un fonctionnaire ad hoc qui sera habilité à adopter les actes administratifs nécessaires à l'exécution du jugement en lieu et place du pouvoir adjudicateur.

En ce qui concerne les jugements des juridictions ordinaires accordant des dommages-intérêts, il y a lieu de noter qu'une jurisprudence récente permet aux parties privées d'avoir recours directement à l'action en exécution prévue par le code de procédure civile, à savoir la liquidation de biens forcée. Ainsi, le créancier par jugement (par exemple, l'entreprise qui a obtenu des dommages-intérêts) détiendra un droit individuel envers le pouvoir adjudicateur et pourra donc éviter la longue procédure du *giudizio di ottemperanza* (action en exécution par les juridictions administratives), tout en utilisant directement le recours habituel possible devant les juridictions ordinaires.

ADRESSES UTILES

1. Liste non exhaustive de juridictions

Pretura Civile di Roma Viale Giulio Cesare 54-ang Via Lepanto Rome	Tél: 06 38701
Tribunale Civile di Roma Viale Giulio Cesare 54/c Rome	Tél: 06 35771
Corte d'Appello di Roma Sez. Civili-Piazzale Clodio Rome	Tél: 06 38701
Corte Suprema di Cassazione Piazza Cavour Rome	Tél: 06 686001
Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Piazza Nicosia 20 Rome	Tél: 06 686091
Consiglio di Stato (Conseil d'État) Piazza Capo di Ferro 13 Rome	Tél: 06 68271

2. Instances chargées du contrôle des marchés publics

Ministero dei Lavori Pubblici (Ministère des travaux publics) Piazza Porta Pia Rome	Tél: 06 44121
Consiglio Superiore Presso Il Min.LL.PP. (Conseil supérieur auprès du ministère des travaux publics) Piazza Porta Pia Rome	Tél: 06 4426 7395

LUXEMBOURG

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Molitor, Feltgen & Harpes (Luxembourg), 1997**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	168
2. Juridictions compétentes	168
2.1 Juridictions administratives et civiles	168
2.2 Commission des soumissions	168
3. Moyens de recours	169
3.1 Mesures provisoires	169
3.2 Décisions d'annulation	170
3.3 Dommages-intérêts	171
3.4 Recours contre les entités des secteurs spéciaux	171
4. Qui peut former un recours?	172
5. Délai de formation d'un recours	172
6. Modalités de la procédure	173
6.1 Devant le tribunal administratif	173
6.2 Devant le tribunal d'arrondissement	173
6.3 Durée de la procédure	173
6.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	173
7. Frais de procédure	174
8. Appel	174
9. Exécution des jugements	174
ANNEXE 1: Adresses utiles	176

LUXEMBOURG

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Au Luxembourg, la directive "recours" 89/665 relative à la passation des marchés publics a été mise en œuvre par la loi du 13 mars 1993 ("loi de 1993")³¹.

Jusqu'à une date récente, la loi de 1993 ne s'appliquait pas aux entités adjudicatrices visées par la directive "secteurs spéciaux" 93/38 et la directive "recours" 92/13 pour les secteurs spéciaux, mais le 27 juillet 1997, le grand-duc a signé une nouvelle loi qui est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1997 ("loi de 1997"). La loi de 1997 prévoit que les dispositions introduites par la loi de 1993 s'appliquent désormais à toutes les procédures d'adjudication des entités *publiques*, y compris celles qui entrent dans le champ d'application de la directive "secteurs spéciaux". Un ensemble de recours a également été introduit pour les secteurs spéciaux du secteur *privé*.

2. Juridictions compétentes

2.1 Juridictions administratives et civiles

Au Luxembourg, les recours contentieux concernant des marchés *publics* doivent être formés auprès du président du tribunal administratif. Avant la réorganisation qui a eu lieu en 1996, les pouvoirs du tribunal administratif dans les affaires de marchés publics étaient exercés par le Conseil d'État et son président. En ce qui concerne les marchés passés par des entités *privées* opérant dans les secteurs spéciaux, les personnes qui s'estiment lésées doivent s'adresser au président du tribunal d'arrondissement.

Comme on le verra à la section 3, ces tribunaux ont compétence pour accorder des mesures provisoires et des décisions d'annulation. Le tribunal d'arrondissement est également compétent pour émettre des ordres de paiement dissuasifs à l'encontre des entités privées opérant dans les secteurs spéciaux (conformément à l'article 2, paragraphe 1, point c) de la directive "recours" 92/13).

Les actions en dommages-intérêts, même à l'encontre de collectivités publiques, doivent être introduites auprès du tribunal d'arrondissement et non auprès du tribunal administratif. En effet, le droit luxembourgeois ne confère pas aux tribunaux administratifs la faculté d'accorder des dommages-intérêts.

2.2 Commission des soumissions

Avant de porter un litige devant les tribunaux administratifs ou les tribunaux d'arrondissement, les personnes qui s'estiment lésées peuvent former un recours auprès de la

³¹ Mémorial A 1993, page 398.

Commission des soumissions du ministère des travaux publics, laquelle est l'organe de contrôle des marchés publics. L'article 36, paragraphe 6, de la loi sur la responsabilité de l'État, modifiée par la loi du 4 avril 1974 portant réglementation des marchés publics, prévoit que la Commission des soumissions doit garantir la bonne application de la législation relative aux marchés publics. Les fonctions et le mode opératoire de la Commission des soumissions sont réglementés par les articles 44, 45 et 46 du règlement du 2 janvier 1989. La Commission est composée de représentants des pouvoirs publics et de membres des professions libérales (avocats, experts-comptables, etc.).

Il peut être demandé à la Commission des soumissions d'effectuer des tâches particulières. Ainsi, elle peut émettre des avis consultatifs, bien que ceux-ci n'aient pas force juridique obligatoire et ne puissent être contestés dans des procédures de recours juridictionnel. Bien que son rôle principal soit plus dissuasif que coercitif, ses avis sont en principe respectés. La Commission a également une mission de conciliation et joue donc un rôle qui se situe entre le recours contentieux et le recours administratif.

Les recours devant la Commission des soumissions peuvent être formés par le pouvoir adjudicateur, un soumissionnaire ou un organisme professionnel intéressé. Après avoir examiné les faits, la Commission émet un avis à l'intention du pouvoir adjudicateur. Cette procédure n'empêche pas le requérant, en dernier ressort, de former un recours auprès du tribunal administratif ou du tribunal d'arrondissement, ni d'en référer immédiatement au ministre concerné. Dans ce dernier cas, le ministre peut lui-même porter l'affaire devant la Commission.

Il peut être demandé à la Commission d'intervenir, même si la décision d'attribuer un marché a déjà été prise. Cette procédure peut être assimilée à un recours administratif.

Dans ce contexte, il convient de souligner que la réglementation des procédures administratives non contentieuses prévoit que les droits de la défense doivent être respectés chaque fois qu'une décision est prise. Ces droits comprennent le droit d'exposer l'affaire, le droit d'accès au dossier et l'obligation que les actes administratifs soient toujours motivés. Certaines de ces dispositions concernent l'action publique et il n'est pas rare que les tribunaux administratifs les fassent valoir d'office pour infirmer une décision administrative non conforme.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

La compétence des tribunaux administratifs pour accorder des mesures provisoires a été introduite dans le droit luxembourgeois par la loi de 1993 transposant la directive 89/665. La loi de 1997 a conféré une compétence analogue aux tribunaux d'arrondissement en ce qui concerne les secteurs spéciaux du secteur privé.

L'article 1^{er} de la loi de 1993 prévoit que toute partie intéressée qui estime que le droit communautaire a été violé dans le cadre d'une procédure de passation de marché public peut demander au président du tribunal administratif d'ordonner des mesures provisoires. Cette demande peut être introduite à tout moment avant la conclusion (signature) du contrat faisant suite au marché en cause.

L'article 2 dispose que le président peut ordonner des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée du droit communautaire ou d'empêcher que d'autres préjudices ne soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur ait corrigé la violation conformément à ce qu'a ordonné le président.

En outre, l'article 3 de la loi de 1993 précise que le président peut, lorsqu'il examine s'il y a lieu d'ordonner des mesures provisoires, tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. La décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par le requérant. Dans son avis sur la loi de 1993, le Conseil d'État luxembourgeois déclare que, lorsque les mesures provisoires sont refusées, la décision de refus doit être motivée.

À ce jour, une seule décision de suspension a été accordée (par le président du Conseil d'État).³² La loi de 1993 a créé pour la première fois dans le droit luxembourgeois une procédure de référé en matière de contentieux administratif. Il n'est donc pas étonnant que le président ait été réticent à accorder ces mesures. Comme le montre la jurisprudence, la philosophie générale des tribunaux administratifs et du Conseil d'État semble indiquer que le juge administratif ne prononce l'annulation ou la suspension de décisions administratives que si elle est rigoureusement nécessaire ou si la décision prise est manifestement illégale. De même, l'avis du Conseil d'État sur la transposition des directives concernant les marchés publics donne à penser que les présidents des tribunaux administratifs vont continuer à suivre l'approche traditionnelle adoptée dans d'autres domaines.

3.2 Décisions d'annulation

En vertu de la loi de 1993, le président du tribunal administratif peut ordonner l'annulation de décisions prises illégalement (et notamment la suppression de spécifications discriminatoires) durant une procédure d'adjudication. En revanche, la loi de 1993 ne confère pas au président la faculté de prendre une décision définitive annulant l'attribution d'un marché par un pouvoir adjudicateur. Cette décision définitive d'annulation ne peut être prise que par le tribunal administratif lui-même, à la suite d'un recours en annulation. Au demeurant, la possibilité de ce type de recours existait déjà dans le droit luxembourgeois avant la loi de 1993.

En cas d'annulation d'une décision administrative, le tribunal administratif n'a pas la faculté d'y substituer sa propre décision. Au contraire, le dossier est renvoyé au pouvoir adjudicateur et le contrat relatif au marché reste en vigueur, même si la décision sur laquelle il est fondé est illégale. Il a été suggéré que, dans certaines conditions, une juridiction civile ordinaire devrait pouvoir prononcer des mesures provisoires destinées à suspendre l'exécution du contrat, ou obliger le pouvoir adjudicateur en cause à annuler le contrat, sous peine de se voir imposer une astreinte.

3.3 Dommages-intérêts

³² Initialement, les pouvoirs d'examen conférés par la loi de 1993 pouvaient être exercés par le président de la commission des litiges du Conseil d'État. Mais deux lois promulguées en 1996 ont retiré ces pouvoirs judiciaires à la commission pour les confier aux tribunaux administratifs.

Les lois transposant dans le droit luxembourgeois les directives communautaires relatives à la passation des marchés publics ne contiennent pas de dispositions particulières en matière de dommages-intérêts. En vertu des principes généraux du droit luxembourgeois, des dommages-intérêts peuvent être obtenus des tribunaux civils (d'arrondissement) en cas de perte ou de préjudice causé par une décision administrative illégale. Cette compétence résultant d'une loi de 1988 concernant la responsabilité civile de l'État et d'autres organismes publics, il n'a pas été jugé utile d'introduire de nouvelles dispositions spécifiques sur les dommages-intérêts dans le contexte des marchés publics.

Avant de pouvoir introduire une action en dommages-intérêts devant les juridictions civiles, la partie qui s'estime lésée doit obtenir du tribunal administratif l'annulation de la décision contestée.

D'une manière générale, il est établi par la jurisprudence que l'annulation ou la réformation d'une décision administrative suppose ipso facto que le pouvoir adjudicateur a une responsabilité quasi délictuelle. Ce principe a déjà été appliqué dans plusieurs affaires de marchés publics où le pouvoir adjudicateur a été condamné à verser des dommages-intérêts. La jurisprudence en matière de dommages-intérêts en faveur des soumissionnaires indique que l'indemnisation intégrale de la perte doit être accordée et que cette perte pourrait englober la *perte de bénéfices*. Pour obtenir des dommages-intérêts, il suffit généralement que la personne lésée prouve la perte d'une chance et il n'est donc pas indispensable qu'elle démontre qu'elle aurait remporté le marché si la violation n'avait pas été commise.

Dans différentes affaires de marchés publics, les tribunaux luxembourgeois se sont appuyés sur l'article 36 de la loi du 27 juillet 1936 concernant la responsabilité de l'État, plus que sur les règles communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics, pour accorder une indemnisation au titre de la perte de bénéfices.

3.4 Recours contre les entités des secteurs spéciaux

La directive 92/13 "secteurs spéciaux" a été transposée par la loi de 1997, laquelle établit une distinction importante entre les entités du secteur public et celles du secteur privé.

En ce qui concerne les entités du secteur *public*, la loi de 1997 applique en fait les dispositions de la loi de 1993 qui confèrent au président du tribunal administratif la même compétence pour prononcer des mesures de suspension provisoire et des décisions d'annulation.

En ce qui concerne les entités *privées* des secteurs spéciaux, la compétence pour accorder des mesures provisoires et autres mesures appartient au président du tribunal d'arrondissement, siégeant en qualité de juge des référés. Ce juge civil a la faculté de prendre des mesures provisoires et des décisions d'annulation, conformément à l'article 2, paragraphe 1, points a) et b), de la directive 92/13 "secteurs spéciaux". Il est important de noter que le président du tribunal d'arrondissement est également compétent pour ordonner des paiements dissuasifs, conformément à l'article 2, paragraphe 1, point c), de la directive 92/13.

Par conséquent, le juge des référés a le choix entre

- suspendre la procédure de passation de marché ou ordonner la modification ou la suppression de spécifications techniques

et

- imposer des paiements à l'entité adjudicatrice privée si une clause abusive ou illégale susceptible de causer un préjudice n'est pas modifiée ou supprimée.

Quelle que soit la solution retenue par le juge des référés, l'octroi de dommages-intérêts par la juridiction civile est toujours possible conformément aux principes généraux du droit luxembourgeois en matière d'actions en responsabilité quasi délictuelle, ce qui tranche avec la compétence du président du tribunal administratif, lequel n'a pas la faculté d'accorder des dommages-intérêts ni d'ordonner des paiements dissuasifs.

Enfin, il y a lieu de noter au sujet des secteurs spéciaux que la loi de 1997 prévoit expressément la procédure de conciliation définie aux articles 9 à 11 de la directive 92/13. Les détails de cette forme facultative de règlement des litiges sont évoqués à la section 1 ci-dessus.

4. Qui peut former un recours?

D'après le Conseil d'État, pour qu'une personne qui s'estime lésée puisse contester une décision administrative, il faut que son intérêt en la matière soit personnel, direct et actuel. Les lois de 1993 et de 1997 n'ajoutent aucune condition nouvelle en ce qui concerne la qualité et l'intérêt des requérants à agir. Le Conseil d'État a confirmé que les dispositions législatives confèrent la qualité pour agir et l'intérêt à agir à chaque soumissionnaire participant à une procédure de passation de marché (sous réserve qu'il remplisse également les conditions d'admissibilité à cette procédure). Il n'est toujours pas précisé si des tiers qui n'ont pas participé directement à la procédure de passation de marché ont la qualité pour agir et l'intérêt à agir.

5. Délai de formation d'un recours

Le délai fixé pour former un recours auprès du tribunal administratif est de trois mois après la notification de la décision en question. Si le requérant n'est pas résident au Luxembourg, ce délai est porté à quatre mois. Toutefois, ces délais peuvent être interrompus par une demande non contentieuse adressée au ministre ou à la Commission des soumissions, sollicitant que la décision négative qui a été prise soit reconsidérée.

Comme le Conseil d'État l'a précisé dans plusieurs affaires, les délais commencent à courir à la date de notification officielle de la décision, même si le destinataire de la notification avait connaissance de l'irrégularité avant cette date. Il faut cependant souligner, dans ce contexte, qu'une décision non motivée n'est pas considérée comme une notification en bonne et due forme, de sorte que le délai ne commence à courir qu'à la date où les motifs de la décision sont communiqués au destinataire.

Comme on l'a vu plus haut, les demandes de mesures provisoires doivent être introduites avant la date de conclusion (signature) du contrat qui suit l'attribution du marché en cause.

Le code civil luxembourgeois prévoit que les actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles ordinaires se prescrivent par trente ans.

6. Modalités de la procédure

6.1 Recours formés devant le tribunal administratif

La récente réorganisation des juridictions administratives luxembourgeoises fait l'objet de la loi du 7 novembre 1996. L'article 98 de cette loi précise que la procédure à suivre pour former des recours devant le nouveau tribunal administratif reste identique à celle qui s'appliquait précédemment pour les recours devant le Conseil d'État, tant qu'elle n'a pas été modifiée par une nouvelle loi propre au tribunal administratif. Cette loi fait l'objet d'un projet qui est actuellement débattu au Parlement luxembourgeois, mais elle n'a pas encore été adoptée.

La procédure devant le tribunal administratif est essentiellement écrite et contradictoire. Le requérant introduit l'instance par le dépôt au tribunal d'un mémoire écrit. Ensuite, les parties échangent leurs conclusions écrites, sous forme de mémoires, chaque partie ayant le droit de présenter un maximum de deux mémoires. Après cet échange, le tribunal fixe la date de l'audience publique au cours de laquelle les parties ne présentent généralement que quelques explications complémentaires orales concernant des détails factuels. Bien que la partie la plus importante de la procédure soit constituée par les mémoires, une audience publique a toujours lieu.

6.2 Recours formés devant le tribunal d'arrondissement

La procédure devant le tribunal d'arrondissement est, elle aussi, essentiellement écrite. Le requérant introduit l'instance au moyen d'une assignation, laquelle est signifiée au défendeur par un huissier de justice. Ensuite, chacune des parties présente ses moyens sous forme de conclusions. Devant le tribunal d'arrondissement, le nombre de conclusions pouvant être présentées est illimité. Des explications ne sont fournies à la barre que si cela se révèle indispensable à la compréhension de détails techniques.

6.3 Durée de la procédure

Le président du tribunal administratif peut accorder des mesures provisoires en l'espace de quelques semaines après l'introduction du recours. Jusqu'ici, la quasi-totalité des suspensions et des mesures provisoires ordonnées par le président du Conseil d'État l'ont été dans un délai de trois à dix-huit jours. Dans une affaire ordinaire, le temps nécessaire pour obtenir une décision définitive varie entre huit mois et trois ans, en fonction de la nécessité de mesures d'instruction, comme l'examen d'une expertise ou une visite des lieux.

Les actions en dommages-intérêts devant les juridictions civiles ordinaires durent généralement entre un et deux ans, à condition qu'aucune difficulté majeure ne survienne.

6.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

En général, dans les affaires contentieuses portées devant les juridictions administratives et civiles, le requérant doit se faire représenter par un avocat inscrit à l'un des deux barreaux luxembourgeois (Luxembourg et Diekirch). Le ministère d'avocat n'est cependant pas obligatoire pour les personnes qui demandent des mesures provisoires devant le président du tribunal d'arrondissement, mais là encore, les requérants se font généralement représenter par un avocat.

7. Frais de procédure

Le droit luxembourgeois établit une distinction entre les honoraires, que chaque partie doit payer à son avocat, et les dépens, que le perdant doit rembourser dans leur intégralité au gagnant. Le montant des honoraires varie en fonction des avocats mandatés, mais aussi de la durée et de la complexité de l'affaire. En revanche, les dépens sont calculés par rapport à la valeur en litige.

8. Appel

Depuis la réorganisation des juridictions administratives luxembourgeoises en 1996, les jugements du tribunal administratif sont susceptibles d'appel devant le tribunal administratif, de création récente.

Les jugements des juridictions civiles ordinaires (tribunaux d'arrondissement) peuvent toujours faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Luxembourg, dès lors que la valeur en litige est supérieure à 30 000 francs luxembourgeois.

9. Exécution des jugements

L'annulation d'une décision administrative par le tribunal administratif a force obligatoire et doit être respectée par le pouvoir adjudicateur; il en va de même pour la décision de suspension provisoire rendue par le président du tribunal. Néanmoins, depuis 1986, le droit administratif luxembourgeois confère aux requérants des pouvoirs limités pour faire exécuter le jugement du tribunal administratif (autrefois l'arrêt du Conseil d'État) après l'annulation de la décision administrative contestée. La loi prévoit que, si le pouvoir adjudicateur ne se conforme pas au jugement, le requérant peut demander au tribunal administratif, après l'expiration d'un délai de trois mois suivant le prononcé du jugement, la désignation d'un commissaire spécial qui prendra alors une nouvelle décision en lieu et place du pouvoir adjudicateur en cause.

Étant donné qu'il n'existe, à ce jour, aucune pratique concernant l'application de cette procédure dans le contexte d'un marché public, il est difficile d'apprécier les implications concrètes de cette possibilité. Il est cependant permis de douter que cette procédure soit utile dans les affaires de passation de marchés publics, puisque le contrat du marché en cause reste en vigueur même si la décision d'attribution du marché a été annulée. Un auteur spécialisé dans les questions administratives défend le point de vue selon lequel, en cas d'annulation d'une décision d'attribution de marché, la désignation d'un commissaire n'est pas possible et le seul recours envisageable est une action en responsabilité quasi délictuelle. Toutefois, depuis la transposition de la directive 89/665, on peut se demander si la désignation d'un commissaire ne pourrait pas être exigée dans le cadre d'une mesure provisoire ordonnée par le président du tribunal administratif.

ADRESSES UTILES

Tribunal administratif

Tribunal administratif
1 rue du Fort Thuengen
Nouvel Hémicycle
L-1499 Luxembourg

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg

Tribunal d'arrondissement
BP 15
L-2010 Luxembourg

Tribunal d'arrondissement de Diekirch

Tribunal d'arrondissement
BP 164
L-9202 Diekirch

Cour d'appel

Cour supérieure de Justice
12 côte d'Eich
L-1450 Luxembourg

Commission des soumissions

Ministère des Travaux publics
Commission des soumissions
L-2940 Luxembourg

PAYS-BAS

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Wieringa Advocaten (Amsterdam), 1997**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	181
2. Juridictions compétentes	181
3. Moyens de recours	182
3.1 Mesures provisoires	182
3.2 Décisions d'annulation	183
3.3 Dommages-intérêts	183
4. Qui peut former un recours?	184
4.1 Juridictions ordinaires.....	184
4.2 CABTP	184
5. Délai de formation d'un recours	184
6. Modalités de la procédure	185
6.1 Devant les juridictions ordinaires	185
6.2 Devant la CABTP	185
6.3 Durée de la procédure	185
6.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	186
7. Frais de procédure	186
8. Appel	186
9. Exécution des jugements	187
ANNEXE 1: Adresses utiles	189

PAYS-BAS

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Aux Pays-Bas, les violations alléguées des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics peuvent être contestées devant une juridiction civile ordinaire ou un tribunal d'arbitrage spécial. Dans la plupart des cas, cette possibilité repose sur des dispositions préexistantes du droit néerlandais plus que sur des mesures introduites expressément aux fins de transposition des directives "recours".

La directive 89/665 a été partiellement transposée par l'article 6.2 du règlement relatif à la passation de marchés de travaux.³³ Cet article précise qu'aux Pays-Bas, l'administration centrale (mais pas les autres collectivités publiques) doit appliquer le règlement uniforme sur la passation des marchés publics CE 1991 ("RUP-CE 1991")³⁴ lors de l'attribution de marchés de travaux entrant dans le champ d'application de la directive correspondante. Le paragraphe 67 du RUP-CE prévoit que les litiges nés de l'application du RUP-CE font l'objet d'une procédure d'arbitrage devant la Commission d'arbitrage du bâtiment et des travaux publics des Pays-Bas ("CABTP").³⁵ Les administrations autres que l'administration centrale peuvent, de leur propre chef, déclarer que le RUP-CE (y compris son paragraphe 67) s'applique à une procédure de passation de marché public, même si celle-ci n'entre pas dans le champ d'application de la directive "travaux". Ces affaires relèvent également de la compétence de la CABTP.

Aucune autre transposition n'ayant été opérée, la directive 89/665 n'a pas été transposée en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services. Par ailleurs, aucune mesure nationale ne transpose la directive 92/13 concernant les secteurs spéciaux. En fait, le gouvernement néerlandais estime qu'aucune mesure spécifique de transposition n'est nécessaire, étant donné que les moyens de recours actuels devant les juridictions civiles ordinaires satisfont déjà aux obligations des directives "recours".

2. Juridictions compétentes

Aux Pays-Bas, les recours concernant des violations des règles communautaires de passation des marchés publics doivent normalement être formés devant les juridictions civiles ordinaires, ce qui signifie concrètement le tribunal de grande instance ayant compétence territoriale. À titre dérogatoire, la CABTP a compétence pour connaître des litiges survenant dans les cas limités relevant du RUP-CE 1991. Lorsque le RUP-CE ne s'applique pas (à titre obligatoire ou facultatif), les recours contre les violations alléguées des directives relatives aux marchés publics doivent être formés devant les juridictions ordinaires au motif que le

³³ [Besluit aanbesteding van werken]

³⁴ [Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991]

³⁵ [Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland]

pouvoir adjudicateur a commis un acte illégal en violation du droit néerlandais transposant chacune de ces directives.

En cas d'application du RUP-CE, les recours concernant les violations alléguées des règles de passation des marchés publics doivent être formés (en première instance) devant la CABTP, les juridictions ordinaires n'étant pas compétentes.

Il n'est pas rare que les collectivités publiques autres que l'administration centrale déclarent de leur propre chef que le RUP-CE 1991 s'applique à une procédure de passation particulière (y compris celles qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive "travaux"). Dans ce cas, le recours alléguant la violation de la directive concernée doit être formé devant la CABTP (une juridiction ordinaire se déclarerait alors incompétente).

Un texte législatif du 1^{er} septembre 1995 fixe les règles détaillées relatives à la composition de la CABTP, à ses procédures, à ses arbitres et à la nomination de ceux-ci.

3. Moyens de recours

3.1. Mesures provisoires

Le président du tribunal de grande instance et le président de la CABTP ont tous deux compétence pour ordonner des mesures provisoires, s'ils ont été saisis en référé. Il convient de distinguer le *référé*, visant à obtenir des mesures provisoires, de la procédure *accélérée* portant sur le fond de l'affaire. Cette dernière procédure est accessible devant les juridictions civiles, sous réserve de l'autorisation du président du tribunal, laquelle sera accordée si le requérant établit de façon recevable que l'affaire est urgente.

Dans les affaires de passation de marché public portées devant la CABTP, l'autorisation du président de la CABTP est réputée accordée si le plaignant demande une procédure accélérée. En général, les requérants ne demandent pas de mesures provisoires à la CABTP, car la procédure accélérée permet d'obtenir une décision sur le fond de l'affaire en l'espace de quelques semaines. En revanche, la possibilité d'obtenir des mesures provisoires auprès des juridictions ordinaires conserve toute son importance, car la durée de la procédure accélérée y est d'au moins six mois.

Les personnes qui s'estiment lésées peuvent demander au tribunal (ou à la CABTP) une mesure provisoire de suspension d'une procédure d'adjudication de marché, au motif qu'il y a eu violation des règles de passation des marchés publics. La jurisprudence des tribunaux de grande instance indique que le président du tribunal pourrait également ordonner qu'il soit mis un terme à la procédure d'adjudication, puis que celle-ci soit réitérée dans le respect des règles de passation des marchés publics. Il pourrait aussi décider que le requérant qui a été injustement écarté soit réadmis à la procédure d'appel d'offres et/ou qu'il soit fait interdiction au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché à un tiers. Enfin, rien n'empêche, en principe, le président de suspendre ou d'annuler le contrat qui a déjà été conclu pour le marché en cause, mais n'a pas encore été exécuté.

Le code de procédure civile prévoit qu'une mesure provisoire peut être accordée si l'évaluation des intérêts plaide en faveur de cette solution et si l'affaire est suffisamment urgente du point de vue du requérant, par exemple en raison du préjudice irréparable que celui-ci risquerait de

subir. Toutefois, certaines décisions que l'on trouve dans la jurisprudence relative aux marchés publics semblent indiquer que les juges peuvent appliquer un critère moins rigoureux dans leur décision d'accorder ou non des mesures provisoires en cas de violation des règles de passation des marchés publics. Étant donné, en effet, que ces règles sont considérées comme étant d'un ordre "public" supérieur, les juges peuvent être disposés à accorder une mesure provisoire au seul motif que la violation des règles est établie comme probable et ils peuvent statuer de la sorte sans évaluer en détail les intérêts en cause ou l'éventuel préjudice irréparable auquel le requérant serait exposé.

3.2 Décisions d'annulation

Les juridictions civiles ordinaires et la CABTP sont compétentes pour annuler les décisions illégales prises durant une procédure d'adjudication. Elles peuvent également ordonner l'annulation du contrat conclu à la suite du marché attribué dans le cadre de cette procédure, sous réserve que ce contrat n'ait pas été exécuté.

La jurisprudence semble indiquer que les juridictions ordinaires peuvent être disposées à prononcer des décisions d'annulation au seul motif qu'il y a eu violation des règles de passation des marchés publics, sans procéder à une évaluation détaillée des intérêts en cause. Une décision de la CABTP donne à penser que celle-ci n'annulera un contrat conclu que si le marché a été attribué en violation des règles de passation des marchés publics, et qu'à la suite de l'annulation, le marché devrait être attribué au requérant.

3.3 Dommages-intérêts

La personne qui a subi un préjudice du fait de la violation des règles de passation des marchés publics peut introduire une action en dommages-intérêts devant une juridiction ordinaire ou, si le RUP-CE s'applique, devant la CABTP. En principe, le pouvoir adjudicateur est tenu de dédommager le requérant pour tout préjudice subi par celui-ci en raison de l'acte illégal.

En vertu des principes généraux du code civil, les dommages-intérêts peuvent couvrir les dépenses engagées et le préjudice subi, ainsi que la perte de bénéfices. Il apparaît cependant que la récupération de la perte de bénéfices n'est possible que si le requérant peut établir qu'en l'absence de la violation, il aurait remporté le marché. Pour obtenir l'indemnisation des frais d'offre, il est indispensable d'établir qu'en raison de la violation des règles de passation des marchés publics, ces frais ont été engagés en vain.

Dans une affaire, le tribunal de grande instance a accordé une indemnisation brute représentant 10 % du prix indiqué dans l'offre du requérant, après avoir établi que ce dernier aurait remporté le marché en l'absence de la violation. Le tribunal a estimé que 10 % constituait une estimation raisonnable du bénéfice que le requérant aurait pu escompter à la signature du contrat relatif au marché en cause.

L'indemnisation de préjudices comme la perte de survaleur, de publicité et d'expérience est également possible, encore que la jurisprudence relative à la passation de marchés publics n'en fournisse pas d'exemples à ce jour. Concrètement, il peut s'avérer difficile de justifier ces pertes.

4. Qui peut former un recours?

4.1 Juridictions ordinaires

La qualité pour agir ne fait l'objet d'aucune condition particulière, à ceci près que le code civil précise que le requérant doit avoir un intérêt à agir. Les recours formés par des candidats ou des soumissionnaires écartés sont, à l'évidence, recevables. Si le marché est attribué sans publicité préalable, toute personne qui aurait pu être candidate si la procédure avait fait l'objet d'une publicité régulière peut former un recours. En revanche, les personnes qui n'ont pas été candidates à la procédure d'adjudication et qui ne peuvent fournir de justification (violation des règles de publicité, etc.) pour leur non-participation seront probablement déboutées par la juridiction civile. La jurisprudence ne fournit pas d'exemples de ce type de recours.

Un organisme sectoriel (organisation professionnelle, etc.) peut introduire un recours devant une juridiction ordinaire s'il s'agit d'une personne morale et si ses statuts indiquent que son objet comprend la défense de l'intérêt concerné.

4.2 CABTP

La situation est différente devant la CABTP. Non seulement le requérant doit avoir un intérêt à agir mais, en vertu de l'article 67.1 du RUP-CE 1991, la CABTP n'est compétente que pour les litiges entre des personnes qui participent directement à une procédure d'adjudication relevant (à titre obligatoire ou facultatif) du RUP-CE 1991. Pour former un recours qui soit recevable, la personne qui s'estime lésée doit avoir participé à la procédure d'adjudication. Si le pouvoir adjudicateur n'a absolument pas respecté la procédure ouverte, ni la procédure restreinte, le RUP-CE 1991 ne s'applique pas et la CABTP n'est pas compétente. Dans ce cas, le recours doit être formé devant les juridictions ordinaires.

Aux termes de l'article 67.2, les organisations représentatives d'entreprises du bâtiment sont considérées comme étant parties à la procédure d'adjudication et les recours qu'elles forment sont recevables, à la différence des recours formés par d'autres organisations.

Les requérants qui ne sont pas immatriculés aux Pays-Bas sont autorisés à former des recours devant la CABTP et les juridictions ordinaires.

5. Délai de formation d'un recours

En règle générale, les actions civiles doivent être introduites dans un délai de cinq ans suivant le lendemain du jour où la personne qui s'estime lésée a eu connaissance du préjudice et de l'identité du pouvoir adjudicateur responsable du préjudice. En tout état de cause, la prescription est de vingt ans à compter de la date de survenance du litige.

Lorsque le RUP-CE 1991 s'applique, le recours est autorisé s'il est formé devant la CABTP dans un délai de trois mois suivant la confirmation écrite de l'attribution des travaux (article 67.3 du RUP-CE 1991). Un recours plus tardif n'est autorisé que si le litige résulte de circonstances dont le requérant a eu connaissance après l'expiration de ce délai de trois mois.

6. Modalités de la procédure

6.1 *Devant les juridictions civiles*

Devant les juridictions civiles, les actions sont introduites par une assignation signifiée au défendeur par un huissier de justice. Pour les procédures accélérées, l'autorisation du président du tribunal de grande instance est obligatoire, tandis que, pour le référé, une audience a lieu dès que l'assignation a été signifiée. Dans les autres procédures, les parties présentent un ou deux mémoires et il n'y a audience que si l'une des parties ou les deux le demandent.

En référé, le président du tribunal de grande instance statue par un jugement avant dire droit dans lequel il peut ordonner des mesures provisoires et qui est exécutoire. Dans d'autres procédures, le tribunal de grande instance statue par un jugement sur le fond qui est exécutoire.

6.2 *Devant la CABTP*

Les recours devant la CABTP doivent revêtir la forme écrite. Le requérant (plaignant) verse un dépôt de garantie à valoir sur les frais de procédure. Faute d'accord entre les parties sur la désignation des arbitres, le président de la CABTP nomme un ou trois arbitres parmi les membres de la commission. La langue de la procédure est le néerlandais. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire.

Après avoir remis un ou deux mémoires écrits, les parties sont convoquées à une audience au cours de laquelle chacune expose ses arguments. Outre la procédure normale, la loi du 1^{er} septembre 1995 définit les règles de la procédure accélérée et du référé. La jonction des parties et/ou des recours est possible. De même, l'intervention de tiers est autorisée.

La décision de la CABTP est rendue sous forme de sentence arbitrale. Elle a force exécutoire et son exécution peut être ordonnée par une juridiction civile.

6.3 *Durée de la procédure*

Comme on l'a vu, les décisions de la CABTP sont presque toujours rendues à l'issue d'une procédure accélérée. Comme cette procédure aboutit le plus souvent à une décision sur le fond en l'espace d'un mois environ, la procédure du référé n'est généralement pas jugée nécessaire.

Devant les juridictions ordinaires, au contraire, la procédure généralement choisie est celle du référé. En principe, le référé dure un à deux mois, mais si l'affaire est suffisamment urgente, cette procédure peut être beaucoup plus rapide. En revanche, la procédure accélérée dure au moins six mois et n'est donc choisie que lorsque le contrat du marché en cause a déjà été conclu. Enfin, la procédure normale devant les juridictions civiles dure généralement un an, voire plus.

6.4 *L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?*

Pour les instances introduites devant les juridictions civiles, il est obligatoire de se faire représenter par un avocat inscrit au barreau néerlandais. Dans la procédure du référé, seul le

défendeur peut comparaître en personne. Pour les recours formés devant la CABTP, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire, mais il est d'usage et généralement conseillé de se faire représenter par un juriste.

7. Frais de procédure

La personne qui forme un recours devant une juridiction civile ou la CABTP est tenue d'acquitter un droit de greffe. À titre d'exemple, pour un référé devant une juridiction civile, en cas de demande pécuniaire supérieure à 25 000 florins, ce droit s'élève à 1,9 % de la somme réclamée, avec un plafonnement à 6 625 florins. En l'absence de demande pécuniaire, le droit est de 350 florins. En appel, le droit de greffe à acquitter est encore plus élevé.

À l'issue de l'instance, la juridiction civile doit condamner le perdant aux dépens. En effet, elle n'a aucune marge de discrétion en la matière et doit fixer le montant des dépens selon un barème officiel. Le taux fixe d'indemnisation ne couvre pas l'intégralité des frais réellement engagés.

En général, la CABTP ordonne au perdant d'indemniser le gagnant pour ses frais de procédure, mais comme elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, elle peut en décider autrement. De plus, comme la CABTP n'est pas tenue de fixer les frais de procédure par rapport à un barème officiel, elle décide du montant de l'indemnisation en équité (*ex aequo et bono*).

8. Appel

Tous les jugements du tribunal de grande instance peuvent faire l'objet d'un appel devant la cour d'appel.

L'article 1065 du code de procédure civile précise qu'une juridiction civile peut annuler les décisions d'un tribunal d'arbitrage (comme la CABTP) si, entre autres choses, la décision et/ou la procédure sont contraires à "l'ordre public" ou aux bonnes mœurs. Comme la CABTP et les juridictions civiles considèrent que le respect des directives relatives à la passation de marchés publics est une question concernant l'ordre public, on peut supposer que les décisions de la CABTP sont susceptibles d'appel devant une juridiction civile pour cause de violation d'une directive.

9. Exécution des jugements

Les jugements des juridictions civiles constituent des titres exécutoires au sens du code de procédure civile. Il est d'usage pour les collectivités publiques de respecter ces jugements en tout état de cause, sans attendre qu'on les y contraigne, et c'est ce qui explique que les juridictions civiles refusent souvent d'imposer une astreinte dans la perspective éventuelle d'un défaut d'exécution. Au demeurant, si un jugement n'est pas respecté alors qu'aucune

astreinte n'avait été prévue, il est toujours possible de demander l'imposition d'une astreinte par un jugement avant dire droit.

Les sentences rendues par la CABTP peuvent faire l'objet d'un ordre d'exécution (*exequatur*) donné par une juridiction civile (article 1062 du code de procédure civile). Cette juridiction peut refuser de donner l'exequatur si elle estime que la décision de la CABTP est manifestement contraire à l'ordre public. En général, la CABTP fait droit aux demandes d'imposition d'une astreinte conditionnelle, laquelle devient exigible si la sentence arbitrale n'est pas exécutée, même si celle-ci concerne une collectivité publique.

Adresses utiles

Tribunaux de grande instance des principales villes:

Parnassusweg 220-228
Postbus 84500
1080 BN
Amsterdam

Wilhelminaplein 100
3082 AK
Rotterdam

Juliana van Stolberglaan 2
2595 CL
La Haye

Hamburgerstraat 28
3512 NS
Utrecht

CABTP:

Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland
Stationsplein 29
Postbus 19290
3501 DG Utrecht

Tél.: 030 234 32 22
Fax: 030 230 01 25

Ministère néerlandais chargé du contrôle de la passation des marchés publics:

Ministerie van Economische Zaken
(Ministère des affaires économiques)
Bezuidenhoutseweg 30
2594 AV La Haye
Postbus 20101
[2500 EC Den Haag]

Tél.: 070 379 89 11
Fax: 070 347 40 81

PORTUGAL

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Veiga Gomes, Bessa Monteiro, Marques Bom (Lisbonne), 1997**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	194
2. Juridictions compétentes	194
3. Recours administratifs	195
3.1 Recours gracieux.....	195
3.2 Recours hiérarchiques.....	195
3.3 Règles particulières relatives à la "séance publique"	195
4. Recours contentieux	196
4.1 Mesures provisoires	197
4.2 Décisions d'annulation	198
4.3 Dommages-intérêts	198
5. Qui peut former un recours?	198
6. Délai de formation d'un recours	199
7. Modalités de la procédure	199
7.1 Demandes des mesures provisoires et de décisions d'annulation	199
7.2 Actions en dommages-intérêts.....	199
7.3 Durée de la procédure	200
7.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	200
8. Frais de procédure	200
9. Appel	201
10. Exécution des jugements	201
ANNEXE 1: Adresses utiles	202

PORTUGAL

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Les directives "recours" 89/665 et 92/13 n'ont pas encore été transposées en droit portugais. Toutefois, en vertu des législations et principes portugais en vigueur, le soumissionnaire qui s'estime lésé et toute autre partie intéressée peuvent contester l'attribution d'un marché public ou une autre décision administrative entrant dans le champ d'application des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics.

Les directives communautaires relatives aux marchés publics de travaux ont été transposées par le décret n° 405/93 du 10 décembre 1993, tandis que le décret n° 55/95 du 29 mars 1995 transpose les directives concernant les marchés publics de fournitures et de services. Ces deux décrets contiennent des dispositions au sujet des formalités des recours administratifs et contentieux.

Étant donné que la directive 93/38 "secteurs spéciaux" (comme la directive 90/531 qui l'a précédée) n'a pas encore été transposée en droit portugais, le présent chapitre est essentiellement consacré aux recours possibles en matière de passation de marchés publics dans le secteur public "classique" et non dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

2. Juridictions compétentes

Avant de pouvoir introduire une action en justice, la personne qui s'estime lésée par une violation alléguée des règles de passation des marchés publics doit épuiser certaines procédures de recours administratif. Elle doit notamment

- a) introduire un recours gracieux auprès du pouvoir adjudicateur
- et
- b) si ce recours est resté sans effet à l'expiration d'un délai de quinze jours, introduire un recours hiérarchique (*recurso hierárquico*) auprès de l'autorité de tutelle du pouvoir adjudicateur.

Ces recours administratifs sont décrits à la section 3 ci-dessous. Une fois qu'ils ont été épuisés (et dans l'hypothèse où il n'a pas été remédié à la violation), la personne qui s'estime lésée peut introduire un recours contentieux. Ce type de recours doit être formé devant les tribunaux administratifs de circonscription (*Tribunais Administrativos de Circulo*) ou le tribunal administratif suprême (*Supremo Tribunal Administrativo*). Les affaires doivent être portées devant cette dernière juridiction lorsque l'autorité de tutelle du pouvoir adjudicateur est l'État portugais, l'un de ses organes, les collectivités territoriales des régions autonomes des Açores et de Madère ou l'un de leurs organes, ou un commandant en chef de l'armée portugaise.

3. Recours administratifs

3.1 Recours gracieux

Avant toute autre action, la personne qui s'estime lésée dans une procédure de passation de marché public doit introduire un recours gracieux auprès du pouvoir adjudicateur et ce, dans un délai de huit jours. Le recours gracieux doit revêtir la forme d'une demande écrite (en deux exemplaires) adressée au pouvoir adjudicateur et, si la demande est envoyée par la poste, la lettre doit être recommandée.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de donner suite au recours dans un délai de quinze jours. Si le recours reste sans effet (ou si le pouvoir adjudicateur n'en tient pas compte), il est réputé tacitement rejeté à l'expiration de ce délai. En revanche, si le pouvoir adjudicateur accepte le recours, il peut remédier à la violation en cause et, si besoin est, annuler toutes les formalités ultérieures qui ont éventuellement été effectuées à la suite de cette violation.

3.2 Recours hiérarchiques

En vertu du décret 405/93, le rejet d'un recours gracieux portant sur une procédure de passation de marché public doit faire l'objet d'un recours hiérarchique avant que l'affaire ne puisse être portée devant les tribunaux. Ce recours doit donc être adressé à l'autorité de tutelle (en vertu du droit portugais) du pouvoir adjudicateur. Ainsi, une agence locale de protection de l'environnement a pour autorité de tutelle le ministère de l'environnement. La seule exception est le cas où le pouvoir adjudicateur n'est soumis à la tutelle d'aucune autorité supérieure, mais il s'agit là d'un cas peu fréquent.

Les recours hiérarchiques doivent être formés dans un délai de huit jours à compter de la notification au requérant du rejet du recours gracieux adressé au pouvoir adjudicateur. Si le recours gracieux fait l'objet d'un rejet tacite, le recours hiérarchique doit être introduit dans un délai de huit jours suivant l'expiration du délai de quinze jours au cours duquel le pouvoir adjudicateur était tenu de donner suite au recours gracieux. Le recours hiérarchique doit, lui aussi, revêtir la forme d'une demande écrite adressée à l'autorité de tutelle.

Si le recours hiérarchique aboutit, le pouvoir adjudicateur est tenu de se conformer à la décision de son autorité de tutelle et, en conséquence, de remédier à la violation en question. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur doit également révoquer ou annuler les mesures qui ont été prises à la suite de ladite violation. Si le recours hiérarchique est rejeté, l'examen de l'affaire ne peut se poursuivre que par voie de recours aux juridictions administratives.

En général, les recours gracieux et les recours hiérarchiques n'ont pas pour effet de suspendre la procédure administrative, la seule exception étant le régime spécial, décrit ci-après, qui régit la "séance publique" de la procédure de passation d'un marché public.

3.3 Règles particulières de la "séance publique"

Les deux décrets (405/93 et 55/95) de transposition des règles de passation des marchés publics en droit portugais contiennent des dispositions particulières relatives à la "séance publique" de la procédure de passation d'un marché public (*acto público do concurso*). La séance publique est l'étape au cours de laquelle les offres sont ouvertes publiquement et les

soumissionnaires sont admis ou écartés. Elle est présidée par une commission ("la Commission") composée d'au moins trois membres, dont l'un est désigné comme président.

Les soumissionnaires qui participent à la procédure et assistent à la séance publique peuvent former un recours gracieux s'ils souhaitent contester leur exclusion de la liste des soumissionnaires acceptés (ou l'inclusion de certains autres soumissionnaires) ou le rejet de leur offre (ou l'acceptation de l'offre d'un autre soumissionnaire). Le soumissionnaire qui s'estime lésé doit adresser son recours oralement ou par écrit à la Commission durant la séance publique. S'il ne le fait pas immédiatement, il ne disposera plus des autres moyens de recours (recours hiérarchique ou contentieux).

En vertu de l'article 95, paragraphe 3, du décret n° 405/93 et de l'article 64, paragraphe 1, du décret n° 55/95, les décisions de la Commission peuvent faire l'objet d'un recours hiérarchique auprès de l'autorité administrative qui est le donneur d'ouvrage (*o dono da obra*). Le recours hiérarchique doit obligatoirement précéder le recours contentieux et, en ce qui concerne les marchés de travaux visés par le décret n° 405/93, il doit être formé durant la séance publique.

Contrairement aux recours gracieux et hiérarchiques formés à d'autres stades d'une procédure de passation de marché public, les recours hiérarchiques formés dans le cadre du régime spécial des décisions prises en séance publique ont des effets suspensifs. Autrement dit, l'attribution du marché est bloquée jusqu'à ce que l'autorité administrative ait statué, expressément ou tacitement, sur la totalité des recours hiérarchiques formés contre des décisions de la Commission à la suite des recours gracieux formés par les soumissionnaires durant la séance publique.

Dans les cinq jours suivant la réception d'une copie certifiée conforme du procès-verbal de la séance publique, la personne qui s'estime lésée doit présenter son mémoire à l'autorité concernée. Si aucune décision n'est notifiée au requérant dans un délai de quinze jours (pour les marchés de travaux régis par le décret n° 405/93) ou de dix jours (pour les marchés de fournitures et de services régis par le décret n° 55/95) à compter de la date de dépôt du recours, ce recours hiérarchique est tacitement rejeté.

Si le recours hiérarchique aboutit, la violation ou l'irrégularité en cause sera rectifiée et les droits et intérêts légitimes du requérant seront dûment satisfaits; si besoin est, le marché public sera annulé.

4. Recours contentieux

Au Portugal, les décisions des autorités administratives, y compris celles qui sont prises durant la procédure de passation d'un marché public, relèvent de la compétence exclusive des juridictions administratives. Les décrets de transposition des règles de passation des marchés publics (décrets 405/93 et 55/95) prévoient deux restrictions précises en matière de recours contentieux dans les affaires de passation de marchés publics.

D'une part, la violation alléguée doit avoir fait l'objet d'un recours gracieux suivi d'un recours hiérarchique qui n'ont permis, ni l'un ni l'autre, de régler le litige. Ces recours administratifs sont décrits en détail plus haut.

D'autre part, le décret n° 405/93 précise que des actions ne peuvent être introduites auprès des juridictions administratives qu'au sujet de la "décision définitive concernant le marché

public". Il semble que cette condition signifie que seule la décision définitive d'attribution du marché peut être contestée, mais pas les décisions ou formalités provisoires, intervenues durant la procédure de passation du marché. Bien que les décisions ou formalités provisoires ne puissent faire l'objet d'un recours spécifique, l'article 55, paragraphe 2, du décret n° 405/93 indique qu'il est possible d'évoquer, dans le recours contre la décision définitive d'attribution, les éventuelles violations ou irrégularités qui se sont produites durant la procédure de passation du marché, sous réserve qu'elles aient eu une influence directe sur la décision définitive d'attribution. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence du Tribunal administratif suprême que la décision d'écartier un soumissionnaire en particulier est définitive en soi et peut donc faire l'objet d'un recours spécifique.

4.1 Mesures provisoires

L'introduction d'un recours contentieux n'a pas pour effet de suspendre la décision d'adjudication contestée et n'empêche donc pas son application, ni son exécution. À titre exceptionnel, toutefois, une procédure spéciale peut être instituée devant la juridiction administrative en vue d'obtenir la suspension de l'application ou de l'exécution d'une décision administrative qui fait l'objet d'un recours. Cette suspension ne sera accordée que pour les motifs suivants:

- a) l'application peut causer un préjudice difficilement réparable (*prejuízo de difícil reparação*);
- b) la suspension ne portera pas gravement atteinte à l'intérêt général;
- c) de prime abord, le recours est conforme aux dispositions légales en vigueur.

Si la suspension est accordée, elle sera dûment notifiée au pouvoir adjudicateur afin de bloquer l'application ou l'exécution de la décision jusqu'à ce que la juridiction administrative ait statué définitivement sur l'affaire. Malgré cela, le pouvoir adjudicateur peut commencer ou poursuivre l'application de sa décision tant que l'affaire n'est pas jugée, dès lors qu'il peut démontrer que l'intérêt général ou la nécessité d'éviter un préjudice plus considérable requiert célérité. S'il ne justifie pas valablement le refus de suspendre la décision, la juridiction administrative peut, à la demande du requérant, rétablir la suspension demandée.

Concrètement, en matière de passation de marchés publics, il est extrêmement difficile d'obtenir la suspension d'une décision d'attribution ou d'éviction, car les juridictions administratives inclinent à considérer qu'en cas d'annulation, le requérant peut toujours être valablement indemnisé par l'octroi de dommages-intérêts.

Les juridictions administratives interprètent très strictement la notion de préjudice "difficile" à réparer (*prejuízo de difícil reparação*). En principe, les préjudices irréparables n'existent pas. Étant donné que la suspension de la décision d'attribution ou d'éviction est peu probable, il est rare que des soumissionnaires saisissent les juridictions administratives, et c'est ce qui explique que les décisions de justice rendues au Portugal au sujet de violations des règles de passation des marchés publics soient si peu nombreuses.

4.2 Décisions d'annulation

La personne qui s'estime lésée peut demander l'annulation de la décision définitive d'attribution du marché prise par le pouvoir adjudicateur. Il apparaît également que les juridictions administratives peuvent annuler d'autres décisions ou actes pris durant la procédure de passation d'un marché public, dans la mesure où ces décisions ou ces actes peuvent influencer directement sur la décision définitive d'attribution.

Les juridictions administratives peuvent annuler la décision définitive d'attribution même si le contrat du marché en cause a été conclu (signé). Lorsque l'attribution d'un marché est annulée, le contrat est résilié et le pouvoir adjudicateur est libre de lancer un nouvel appel d'offres. En revanche, si le contrat a déjà été partiellement exécuté, le pouvoir adjudicateur pourrait faire valoir avec succès des motifs justifiant la non-exécution de la décision d'annulation, à savoir l'impossibilité ou l'atteinte grave à l'intérêt général.

4.3 Dommages-intérêts

Dans une affaire de passation de marché public, la personne qui s'estime lésée a la possibilité d'introduire une action en dommages-intérêts, contre le pouvoir adjudicateur, devant le tribunal administratif de circonscription.

Étant donné qu'aucune disposition particulière ne régit la possibilité, ni le quantum des dommages-intérêts dans ce type d'affaires, les règles applicables sont donc celles que prévoit le code civil. De ce fait, les dommages-intérêts devraient couvrir le préjudice direct (*danos emergentes*) comprenant la totalité des frais directement liés à la préparation de l'offre. Il n'est pas exclu que les dommages-intérêts couvrent également la perte de bénéfices (*lucros cessantes*), c'est-à-dire le bénéfice net que le soumissionnaire aurait réalisé si le marché lui avait été attribué.

L'indemnisation du préjudice direct et/ou de la perte de bénéfices n'est possible que dans la mesure où il existe un rapport suffisant entre la violation des règles de passation des marchés publics et le préjudice ou la perte en question.

À ce jour, les tribunaux portugais n'ont jamais rendu de décision accordant des dommages-intérêts au motif de violation des règles de passation des marchés publics. Par conséquent, des orientations judiciaires en matière de possibilité et de montant des dommages-intérêts dans ce domaine se font toujours attendre.

5. Qui peut former un recours?

En vertu des principes généraux du droit portugais, toutes les "parties directement intéressées" ont le droit d'agir pour contester un acte administratif. Dans les affaires de passation de marchés publics, ces parties comprennent évidemment tous les soumissionnaires pour le marché en cause. Il apparaît que d'autres parties qui sont susceptibles d'être intéressées, mais n'ont pas participé à la procédure d'adjudication, n'ont aucun droit d'agir.

6. Délai de formation d'un recours

En vertu du code de procédure administrative (le "LPTA"), l'action en nullité devant les juridictions administratives doit être introduite dans un délai de deux mois si le requérant est domicilié au Portugal ou un délai de quatre mois s'il est domicilié à l'étranger. En principe, ces délais commencent à courir à la date de notification ou de publication de la décision administrative en cause. Toutefois, si le pouvoir adjudicateur ne prend (ou ne communique) pas une décision donnée, le délai est d'un an et commence à courir à la date à laquelle il est tacitement entendu que le recours gracieux a été rejeté. En matière de passation de marchés publics, le délai court à partir de la date à laquelle le recours hiérarchique nécessaire a été rejeté (expressément ou tacitement).

L'action en dommages-intérêts devant les juridictions administratives est régie par le principe usuel (en droit civil) qui veut que l'action soit introduite dans les trois ans suivant la date à laquelle la cause du recours s'est produite.

7. Modalités de la procédure

7.1 Demandes de mesures provisoires et de décisions d'annulation

Les articles 24 à 58 du LPTA définissent toutes les conditions et les étapes de la procédure pour introduire un recours en annulation d'une décision administrative, y compris la possibilité d'obtenir une décision de suspension provisoire. L'intégralité de la procédure se déroule par écrit et il n'y a généralement pas d'audience au tribunal.

Le recours en annulation d'une décision administrative commence par le dépôt d'un mémoire introductif de recours contentieux (*recurso contencioso*) auprès du tribunal compétent. Dans ce mémoire, le requérant doit (entre autres) préciser ses chefs de demande, avec indication des règles et principes juridiques qui ont prétendument été violés par la décision administrative. En plus de l'identité des parties, le mémoire doit citer les tiers intéressés qui seraient lésés si la décision administrative en cause était annulée, comme le soumissionnaire auquel le marché en cause a été attribué.

Le pouvoir adjudicateur doit présenter son mémoire en défense dans le mois suivant la date à laquelle le recours lui a été signifié et, dans le même délai, remettre au tribunal l'original ou une copie certifiée conforme de son dossier administratif concernant la procédure d'adjudication en cause. Après le dépôt du mémoire en défense du pouvoir adjudicateur (ou après l'expiration du délai d'un mois prévu pour ce dépôt), le tribunal demande aux tiers intéressés de remettre leurs conclusions sous vingt jours.

Après le dépôt des conclusions et avant que le tribunal ne rende sa décision, les parties sont priées de présenter leurs moyens de preuve. Hormis certains cas particuliers (comme ceux qui impliquent des décisions administratives de collectivités locales ou territoriales), les seules preuves admissibles sont des preuves documentaires et, si le tribunal l'autorise, des expertises. Durant l'instance, les juges administratifs bénéficient de l'assistance du ministère public.

7.2 Actions en dommages-intérêts

La procédure des actions en dommages-intérêts devant les juridictions administratives est régie par les articles 71 et 72 du LPTA. L'article 72 précise que les dispositions générales de procédure civile s'appliquent. Ces dispositions prévoient nécessairement la possibilité

d'audiences, sauf si le pouvoir adjudicateur défendeur accepte les faits sans la moindre contestation.

En général, la procédure d'une action en dommages-intérêts comprend trois étapes principales, à savoir l'échange de mémoires, l'audience intermédiaire et la présentation des preuves, et l'audience finale et les conclusions à la barre. La juridiction administrative entend tous les témoins indiqués par les parties, mais n'entend l'une des parties (le requérant ou le pouvoir adjudicateur) que si l'autre partie le demande.

7.3 *Durée de la procédure*

D'une manière générale, les juridictions administratives sont lentes. Si une décision de suspension provisoire peut être accordée dans un délai de trois mois, en revanche, l'action en annulation prend au moins deux ans et l'action en dommages-intérêts au moins trois ans avant qu'un jugement définitif ne soit prononcé.

7.4 *L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?*

À l'exception des autorités administratives, qui peuvent se faire représenter soit par un avocat inscrit au barreau, soit par un juriste diplômé, les parties en présence devant une juridiction administrative doivent se faire représenter par un avocat inscrit au barreau.

8. Frais de procédure

Les frais de la procédure administrative ne sont pas excessifs si la requête porte sur l'annulation d'une décision de passation de marché public. La dépense maximale, si l'intéressé (le soumissionnaire) n'obtient pas une décision favorable, ne dépasse pas le paiement des frais d'instance, lesquels s'élèvent à 120 000 escudos, majorés des frais annexes.

En revanche, si le soumissionnaire réclame des dommages-intérêts, les frais d'instance fixés pour les juridictions civiles, estimés en fonction du montant de dommages-intérêts réclamé, s'appliquent. D'une façon générale, la dépense maximale est de l'ordre de 1 % du montant total réclamé. Ainsi, dans une affaire où le soumissionnaire écarté réclame en justice le paiement de dommages-intérêts totaux (préjudice réel plus perte de bénéfices) de 100 millions d'escudos, le montant total des frais de procédure sera légèrement supérieur à un million d'escudos.

Le tribunal condamne le perdant aux dépens dont il fixe le montant dans une fourchette de 30 % à 80 % du montant total des frais d'instance, selon la complexité de l'affaire et la valeur en litige.

9. Appel

Les tribunaux administratifs de circonscription sont des juridictions de première instance dont les jugements sont susceptibles d'appel devant le Tribunal administratif suprême, lequel est à la fois une juridiction de première instance et une juridiction d'appel. Lorsqu'il est saisi en cette dernière qualité, le Tribunal administratif suprême statue en dernier ressort. Lorsqu'une instance est introduite devant ce tribunal, le jugement peut généralement faire l'objet d'un appel devant la chambre de la section du contentieux administratif du Tribunal administratif suprême (*Pleno da Secção di Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo*).

Peuvent former appel, le perdant, une personne directement lésée par le jugement du tribunal ou le ministère public, dans les dix jours suivant la notification du jugement. L'appelant doit remettre son mémoire d'appel dans les vingt jours suivant la notification de l'acceptation de l'appel par le tribunal.

10. Exécution des jugements

En vertu de la Constitution portugaise et du LPTA, le pouvoir adjudicateur a l'obligation générale d'exécuter la décision d'une juridiction administrative qui annule une de ses décisions. Cette obligation d'exécution impose le remplacement de la décision en cause par une décision valide et la correction des effets de l'acte annulé. Si la décision d'annulation n'est pas exécutée sous trente jours, le requérant peut (avant l'expiration d'un délai de trois ans) en demander l'exécution. Le pouvoir adjudicateur est alors obligé d'exécuter la décision du tribunal dans les soixante jours de cette demande, faute de quoi le requérant pourra saisir le tribunal administratif pour obtenir réparation supplémentaire, y compris le paiement éventuel d'une indemnité.

Le pouvoir adjudicateur a toujours la faculté d'affirmer qu'il existe de bonnes raisons de ne pas exécuter une décision de justice, par exemple le risque d'atteinte grave à l'intérêt général. En l'absence de telles raisons, la poursuite du défaut d'exécution volontaire de décisions de justice peut, en définitive, donner lieu à des sanctions civiles, disciplinaires ou pénales à l'encontre des représentants du pouvoir adjudicateur.

Adresses utiles

1. Liste non exhaustive de juridictions administratives portugaises:

Tribunal administratif de circonscription de Coimbra Rua da Sofia 149-4 3000 Coimbra	Tél.: 039 20 140 Fax: 039 28 191
Tribunal administratif de circonscription de Lisbonne Escadinhas de S Crispin 7-3 1100 Lisboa	Tél.: 01 887 6741 Fax: 01 888 3455
Tribunal administratif de circonscription de Porto Rua Santo Ildefonso 501 4000 Porto	Tél.: 02 510 2391 Fax: 02 510 2395
Tribunal administratif suprême Rua S Pedro de Alcântara 75 1250 Lisboa	Tél.: 01 346 7797 Fax: 01 346 6129

2. Ministères chargés du contrôle de la passation des marchés publics:

Ministère de l'équipement et de l'aménagement du territoire Rua de São Mamede ao Caldas 21 1100 Lisboa	Tél.: 01 886 1119 Fax: 01 886 7622
Ministère des finances Rua da Âlfandega 1100 Lisboa	Tél.: 01 888 5176 Fax: 01 886 2360

3. Collèges d'arbitres indépendants reconnus au Portugal:

Associação Comercial de Lisboa Rua das Portas de Santo Antão 89 Lisboa	Tél.: 01 342 3277
Cento de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Cidade de Lisboa Largo do Chão do Loureiro Lisboa	Tél.: 01 888 3535
Ordem dos Advogados Largo de São Domingos 14-1 Lisboa	Tél.: 01 886 7152

ESPAGNE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Buffete Armero (Madrid), 1997**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	208
2. Juridictions compétentes	208
3. Recours administratifs	209
4. Recours contentieux	210
4.1 Ordonnances de suspension provisoire	210
4.2 Décisions d'annulation	211
4.3 Dommages-intérêts	211
5. Qui peut former un recours?	212
6. Délai de formation d'un recours	213
7. Modalités de la procédure	213
7.1 Demandes de mesures provisoires	213
7.2 Autres recours contentieux	213
7.3 Durée de la procédure	214
7.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	214
8. Frais de procédure	214
9. Appel	215
10. Exécution des jugements	215
ANNEXE 1: Adresses utiles	216

ESPAGNE

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Les règles de passation des marchés publics fixées dans les directives 93/36 (marchés publics de fournitures), 93/37 (travaux) et 92/50 (services) ont été transposées en droit espagnol par la loi 13/1995 intitulée *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* ("LCAP"). Par ailleurs, le gouvernement espagnol estime que le système juridique espagnol se conforme au contenu de la directive "recours" 89/665 par le biais de diverses dispositions de procédure déjà en vigueur et que des mesures spécifiques de transposition ne s'imposent donc pas.

L'Espagne ayant une longue tradition d'examen des actes administratifs émis par les pouvoirs adjudicateurs dans des procédures de passation de marchés publics, les recours mentionnés dans la directive 89/665 sont déjà prévus, essentiellement par deux lois:

- a) *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (loi n° 30/1992 ou "LRJPA"), qui régit les procédures de recours administratifs contre les actes d'un pouvoir adjudicateur;
- b) *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* ("LJCA"), qui régit les procédures de recours contentieux une fois que le recours administratif a été épuisé.

La directive "recours" 92/13, qui s'applique aux entités opérant dans les secteurs spéciaux, n'a toujours pas été transposée en droit espagnol, alors que l'Espagne était tenue de le faire le 1^{er} janvier 1996 au plus tard. Cette situation traduit le fait que les règles de fond des directives "secteurs spéciaux" 90/531 et 93/38 n'ont pas davantage été transposées à ce jour en droit espagnol. La directive 92/13 impose une mise en œuvre spécifique afin d'assurer que des recours soient accessibles en matière de procédures de passation des entités du secteur privé et qui n'entrent donc pas dans le champ d'application des lois administratives susmentionnées. Le reste de ce chapitre porte essentiellement sur les recours possibles contre les pouvoirs adjudicateurs, y compris les entités qui opèrent dans les secteurs spéciaux et répondent à la définition d'une collectivité publique.

2. Juridictions compétentes

En vertu du droit espagnol, les personnes désireuses de contester des actes et décisions adoptés par une autorité administrative doivent, en règle générale, commencer par adresser un recours gracieux directement à l'autorité en question ou un recours hiérarchique à son autorité de tutelle. Il s'agit du recours administratif préliminaire décrit à la section 3 ci-après.

Une fois que le recours administratif a été épuisé, la personne qui s'estime lésée dans une affaire de passation de marché public peut former un recours contentieux contre le pouvoir adjudicateur devant les juridictions administratives espagnoles. La branche des juridictions

administratives devant laquelle le recours doit être formé dépend de la nature du pouvoir adjudicateur et de la décision contestée. À titre d'exemple, les recours contre les décisions prises par le conseil des ministres et les organes de l'État doivent en principe être formés devant la troisième chambre de la Cour suprême (*Sala Tercera del Tribunal Supremo*) ou la chambre du contentieux administratif de la Cour nationale (*Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional*). En revanche, les recours contre les décisions de collectivités locales ou territoriales doivent généralement être formés devant les chambres du contentieux administratif des tribunaux supérieurs de justice (*Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia*) de la région concernée.

3. Recours administratif

Dans la plupart des cas, la personne qui s'estime lésée par une violation alléguée des règles de passation des marchés publics doit commencer par former un recours administratif, soit par un recours gracieux adressé au pouvoir adjudicateur, soit par un recours hiérarchique adressé à l'autorité de tutelle de celui-ci. En général, c'est cette dernière qui est compétente pour statuer sur le recours administratif.

Il n'existe qu'un petit nombre de circonstances particulières où il n'est pas nécessaire de passer par le recours administratif préliminaire, l'une d'elles se produisant lorsque l'acte administratif en cause émane d'un pouvoir adjudicateur qui n'a pas d'autorité de tutelle. Il s'agit, par exemple, du cas où la décision contestée a été prise par le conseil des ministres ou un ministre. Dans ce cas, la personne qui s'estime lésée peut former directement un recours contentieux devant les juridictions administratives sans passer par la phase préliminaire du recours administratif.

Toute personne dont les droits ou les intérêts légitimes sont susceptibles d'être lésés par la décision administrative contestée peut former un recours administratif. D'une manière générale, la qualité pour agir est reconnue à toute personne qui a participé ou aurait voulu participer à une étape d'une procédure de passation de marché.

En général, le délai pour former un recours administratif est d'un mois à partir de la date de notification ou de publication de la décision contestée. En matière de passation des marchés publics, lorsque la violation alléguée réside dans le défaut de publication d'un avis au Journal officiel, ce délai d'un mois ne commence à courir qu'à la date où le requérant prend connaissance du fait qu'un acte donné (décision d'adjudication, etc.) a eu lieu en l'absence de cette publication.

L'introduction d'un recours administratif n'a pas en soi un effet suspensif, pas plus qu'elle n'oblige le pouvoir adjudicateur à suspendre l'application ou les effets de la décision ou de l'acte contestés. En revanche, le requérant a la faculté de demander cette suspension provisoire. Lorsqu'il étudie la question de savoir s'il doit accorder la suspension ou non, le pouvoir adjudicateur est tenu de mettre en balance, d'un côté, le préjudice que la suspension risque de causer à l'intérêt général ou aux intérêts de tiers et, de l'autre, le préjudice que le requérant risque de subir si la décision contestée est à effet immédiat. En général, la suspension ne devrait être accordée que dans les cas où la mise en œuvre de l'acte contesté risque de causer un préjudice impossible ou, à tout le moins, difficile à réparer (*perjuicios de imposible o difícil reparación*). Si le pouvoir adjudicateur ne répond pas dans les trente jours suivant la demande de suspension, l'acte contesté est réputé suspendu.

D'une façon générale, les pouvoirs adjudicateurs sont réticents à faire droit aux demandes de suspension faites dans le cadre de recours administratifs et refusent le plus souvent de suspendre les effets de décisions qu'ils ont prises. Par conséquent, la formation d'un recours administratif ne retarde pas l'application de la décision contestée et, en matière de passation de marchés publics, ce recours n'empêche pas le pouvoir adjudicateur de poursuivre la procédure pour finalement prendre la décision d'adjudication du marché et conclure le contrat correspondant.

Une fois que le recours administratif a été introduit, le pouvoir adjudicateur dispose d'un nouveau délai de trois mois pour décider s'il accepte le recours (et rectifie sa procédure en conséquence) ou s'il le rejette. Sa décision doit être notifiée au requérant et dûment motivée. Si le pouvoir adjudicateur ne notifie pas sa décision, le recours sera réputé tacitement rejeté (ou, exceptionnellement, accepté) par le "silence de l'Administration". Dans la plupart des cas, le recours sera réputé implicitement rejeté par le défaut de réponse formelle du pouvoir adjudicateur dans le délai de trois mois.

Si le pouvoir adjudicateur rejette le recours, que ce soit expressément par décision ou tacitement par le silence de l'Administration, la phase préliminaire du recours administratif prend fin. Ce n'est qu'à ce moment-là que le requérant peut former un recours juridictionnel devant les juridictions administratives. Le reste de ce chapitre est consacré à cette forme de recours.

4. Recours contentieux

4.1 Ordonnances de suspension provisoire

En vertu de la LJCA, la personne qui s'adresse aux juridictions administratives peut demander une mesure provisoire de suspension de la décision administrative contestée. En matière de passation de marchés publics, la suspension peut concerner une décision ou un acte administratif pris à n'importe quel stade de la procédure d'adjudication. Le tribunal peut accorder la suspension si l'exécution de la décision risque de causer un préjudice impossible ou difficile à réparer (*perjuicios de imposible o difícil reparación*).

La jurisprudence montre que les juridictions administratives espagnoles n'abordent la suspension d'actes administratifs qu'au cas par cas. En vertu du principe de bonne exécution et de l'importance attachée à l'intérêt général, l'octroi d'une mesure provisoire est traditionnellement considéré comme l'exception à la règle générale. Néanmoins, certains jugements récents indiquent que les tribunaux sont disposés à adopter une attitude moins rigide et à être plus équitables lorsqu'ils évaluent les intérêts du requérant par rapport à ceux de l'Administration et du public en général.

À ce jour, très peu d'actions demandant la suspension de décisions ont été introduites en matière de passation de marchés publics. L'une au moins de ces affaires semble indiquer que, pour les marchés publics de travaux, les tribunaux sont réticents à porter atteinte à l'intérêt général et permettent que les travaux soient achevés.

Le soumissionnaire qui s'estime lésé et introduit un recours doit établir que, si l'acte contesté n'est pas suspendu, il va subir un préjudice impossible ou très difficile à réparer. En général, cet argument repose sur le fait que, faute de suspension, le marché sera attribué et le contrat

correspondant conclu, et que le requérant perdra définitivement toute chance de remporter le marché. Il se peut que la réponse des tribunaux à cet argument soit de considérer que la perte de cette chance peut être valablement compensée par des dommages-intérêts, surtout si l'intérêt du soumissionnaire est essentiellement d'ordre économique. Il s'agit cependant d'une question qui reste à développer plus avant par les tribunaux.

Si elle accorde la suspension, la juridiction administrative peut exiger en contrepartie du requérant qu'il s'engage à indemniser le pouvoir adjudicateur pour les préjudices susceptibles d'être causés à l'intérêt général ou à des tiers, au cas où le jugement serait prononcé contre le requérant à l'audience finale.

4.2 Décisions d'annulation

La personne qui s'estime lésée peut demander au tribunal l'annulation d'un acte administratif pris durant une procédure d'adjudication en violation des règles de passation des marchés publics fixées dans la LCAP. En vertu de la théorie des "actes détachables" (*actos separables*), ces actes relèvent de l'examen exclusif par les juridictions administratives, quand bien même le marché à attribuer serait régi par le droit privé (et non le droit public).

En cas d'action en annulation, le pouvoir adjudicateur a généralement la faculté de valider l'acte en cause en remédiant à la violation à laquelle celui-ci a donné lieu. Ainsi, si la violation a consisté à exclure injustement un soumissionnaire d'une procédure restreinte d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur pourrait y remédier en invitant tardivement le soumissionnaire écarté à remettre une offre. Ce n'est que dans le cas où l'un des motifs de "nullité absolue" s'applique que le pouvoir adjudicateur ne peut valider ses actes de la sorte. Toutefois, en matière de passation de marchés publics, les motifs de nullité absolue ne s'appliquent que rarement.

Lorsque le contrat relatif au marché en cause n'a pas encore été conclu, l'annulation de l'un quelconque des actes détachables signifie que le marché ne peut pas être attribué tant qu'il n'a pas été remédié à la violation. Théoriquement, l'invalidation d'un acte administratif pris dans une procédure de passation de marché public signifie que le contrat conclu à la suite de cet acte est nul, lui aussi. Toutefois, le pouvoir adjudicateur a la faculté de déclarer que le contrat doit continuer à être respecté et exécuté temporairement si son annulation implique une "perturbation grave" de services publics.

4.3 Dommages-intérêts

Dans une affaire de passation de marché public, le requérant peut demander le versement de dommages-intérêts par le pouvoir adjudicateur. Dans un premier temps, il doit réclamer ces dommages-intérêts au pouvoir adjudicateur lui-même, dans le cadre de la phase préliminaire du recours administratif (voir section 3). Si le recours administratif reste sans effet, le requérant peut introduire un recours contentieux devant les juridictions du contentieux administratif.

Pour percevoir des dommages-intérêts, le requérant doit démontrer qu'il a subi une perte ou un préjudice réel en raison du comportement du pouvoir adjudicateur. Les dommages-intérêts

peuvent couvrir les pertes directes, comme les frais engagés inutilement pour la préparation de l'offre, ou la perte de bénéfices, ou les deux. Cette dernière concerne les bénéfices que le requérant aurait normalement réalisés, n'eût été la violation des règles de passation des marchés publics.

En principe, le droit espagnol n'autorise l'indemnisation de la perte de bénéfices que si le soumissionnaire aurait dû légalement remporter le marché, car ce n'est que dans ce cas qu'il subirait une perte réelle et directe. Autrement dit, pour récupérer des bénéfices perdus, le requérant doit démontrer qu'il aurait remporté le marché si la procédure d'adjudication s'était déroulée en toute légalité. En général, les tribunaux n'accordent pas de dommages-intérêts sur la foi de simples anticipations.

Une affaire type de passation de marché public est celle où une entreprise affirme qu'elle a été illégalement exclue d'une procédure d'adjudication après avoir présenté une offre en bonne et due forme, ou qu'elle a fait l'objet d'une discrimination injuste au stade final de l'attribution du marché, alors que son offre était la plus avantageuse. Dans ce cas, le requérant doit être en mesure de démontrer qu'il a subi un préjudice économique réel par suite d'une violation des règles de passation des marchés publics. D'après le droit espagnol, le tribunal pourrait d'abord voir si la situation juridique du requérant peut être rétablie d'une façon ou d'une autre, par exemple en réadmettant le requérant à la procédure d'adjudication. Il se peut toutefois que ce rétablissement soit impossible parce que le contrat relatif au marché a été définitivement conclu avec un tiers et qu'il n'est pas de l'intérêt général que ce contrat soit résilié. Des dommages-intérêts devraient alors être accordés comme autre solution de réparation, conformément aux principes du droit espagnol décrits ci-dessus.

Il existe un cas où le requérant peut avoir plus de mal à obtenir des dommages-intérêts. Il s'agit du cas où la violation réside dans le défaut de publication d'un avis au Journal officiel des Communautés européennes. En effet, même si l'entreprise en question avait un intérêt potentiel à participer à la procédure d'adjudication non publiée, elle n'a pas encore engagé de frais de préparation de l'offre, ni subi la moindre perte directe du fait de cette violation. Dans ce type de cas, il peut s'avérer difficile pour le plaignant d'établir qu'il a subi un préjudice réel et personnel du fait de l'absence de publication. Toutefois, ces questions ne pourront être clarifiées que lorsqu'elles auront été traitées par les tribunaux dans des affaires bien précises.

5. Qui peut former un recours?

Toute personne directement intéressée par les conséquences d'une décision administrative peut contester cette décision devant les juridictions administratives, à condition que la phase préliminaire du recours administratif ait été épuisée. En matière de passation de marchés publics, toute personne qui a participé à la procédure d'adjudication (en qualité de soumissionnaire, par exemple) est considérée comme ayant l'intérêt direct nécessaire en ce qui concerne l'issue de cette procédure. Une certaine jurisprudence semble indiquer que les personnes qui n'ont pas participé à la procédure d'adjudication ne doivent pas être considérées comme ayant un intérêt direct. Néanmoins, si la violation réside dans le défaut de publication d'un avis au Journal officiel des Communautés européennes, les entreprises spécialisées dans les produits ou services en cause devraient être en mesure de démontrer l'intérêt nécessaire en contestant la procédure d'adjudication qui n'a pas fait l'objet d'une publicité.

6. Délai de formation d'un recours

Le délai de formation d'un recours devant les juridictions administratives dépend de l'issue de la phase préliminaire du recours administratif. Si celui-ci a été expressément rejeté, le délai est de deux mois suivant la date à laquelle le rejet a été notifié au requérant. Si le recours administratif a été rejeté tacitement (par le silence de l'Administration), le délai pour former un recours juridictionnel est d'un an à compter de la date à laquelle le rejet tacite est réputé avoir eu lieu.

Dans les cas où la décision contestée ne fait pas l'objet d'un recours administratif (par exemple, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas d'autorité de tutelle), le délai est de deux mois à partir de la date à laquelle la décision administrative contestée a été notifiée ou publiée.

7. Modalités de la procédure

7.1 Demandes de mesures provisoires

L'article 123 de la LJCA prévoit que, lorsque la suspension a été demandée au tribunal, le ministère public (qui représente l'Administration), les parties et toutes les parties jointes doivent être entendus par le tribunal dans les cinq jours. Si le ministère public s'oppose à la suspension pour cause d'atteinte à l'intérêt général, le tribunal ne peut pas accorder la suspension sans notification préalable au ministère ou au pouvoir adjudicateur dont émane l'acte contesté.

Après que le ministère public a remis son rapport (s'opposant à la suspension) ou après l'expiration d'un délai de quinze jours sans que ce rapport ait été remis, le tribunal rend sa décision. S'il ordonne la suspension de l'acte, il exigera du requérant qu'il s'engage à couvrir l'éventualité d'un préjudice causé à l'intérêt général ou à un tiers. Cet engagement consiste pour le requérant à verser au greffe du tribunal un dépôt de garantie ou à donner toute autre forme de garantie analogue. Enfin, s'il est difficile de prévoir le temps que mettra le tribunal à rendre sa décision, on peut cependant l'estimer à deux ou trois mois.

7.2 Autres recours contentieux

Le recours formé devant les juridictions du contentieux administratif est introduit par un mémoire sommaire rappelant l'objet de l'affaire, à laquelle doivent être jointes les pièces suivantes: procuration donnée à l'avoué (*procurador*) ou à l'avocat représentant le requérant, copie de l'acte contesté et copie de la notification préalable au pouvoir adjudicateur de l'intention du requérant de former le recours.

Dès que le recours a été enregistré en bonne et due forme, le tribunal publie l'avis de recours au bulletin officiel correspondant. Il demande également une copie du dossier administratif au pouvoir adjudicateur et ce dernier doit le remettre sous vingt jours.

Une fois que le tribunal a reçu le dossier administratif, il le communique au requérant. Celui-ci dépose alors sa requête dans un délai de vingt jours, à la suite de quoi le pouvoir adjudicateur et les parties jointes éventuelles disposent de vingt jours pour déposer leur mémoire en réponse. La requête et le mémoire en réponse doivent présenter les faits, les

moyens de droit invoqués et les demandes des parties attachées ou se référant à tout document de preuve.

Une audience aura lieu si les deux parties le demandent ou si le tribunal estime qu'elle s'impose. Dans le cas contraire, chacune des parties dépose ses conclusions concernant les faits, les preuves produites et les moyens de droit sur lesquels reposent les demandes de chaque partie. En vertu de la loi, le tribunal doit rendre sa décision dans les dix jours suivant l'audience ou la date fixée pour la décision sur la base des conclusions écrites.

7.3 Durée de la procédure

En général, une décision de suspension provisoire peut être obtenue de la juridiction administrative en l'espace de deux à trois mois. Le délai qui s'écoule avant le jugement définitif du tribunal varie d'une affaire à l'autre. Si la cause est déterminée en première instance, la décision peut être obtenue dans un délai approximatif d'un an, mais ce délai dépend également de la juridiction qui a été saisie. Il faut savoir que les tribunaux espagnols sont actuellement débordés et que l'arriéré judiciaire ne fait apparemment que s'aggraver. En cas d'appel devant la Cour suprême, le délai peut être plus long encore.

7.4 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Pour la formation d'un recours administratif auprès du pouvoir adjudicateur ou de l'autorité de tutelle de celui-ci, le requérant n'est pas obligé de se faire représenter par un avocat. En revanche, le ministère d'avocat est obligatoire pour tous les recours contentieux devant les juridictions administratives et civiles espagnoles. La constitution d'un *procurador* (voir plus loin) est extrêmement utile, mais non obligatoire devant les juridictions administratives, tandis qu'elle est obligatoire devant les juridictions civiles et la Cour suprême.

8. Frais de procédure

Pour toute action en justice, les frais comprennent les honoraires des avocats et de l'avoué (*procurador*) de chacune des parties. Le *procurador* est le représentant des parties devant le tribunal: c'est lui qui dépose et reçoit les pièces (établies par les avocats) au nom de la partie qu'il représente.

Il va de soi que les frais varient en fonction de la complexité et de la durée de l'instance. En général, les juridictions administratives ne condamnent pas le perdant aux dépens. En fait, la LJCA n'autorise cette condamnation que si le requérant a introduit le recours de mauvaise foi.

La situation est différente devant les juridictions civiles où la règle générale veut que le perdant soit condamné aux dépens. Si le recours n'aboutit que partiellement, il est probable que chacune des parties devra supporter ses propres frais. Le montant des dépens fait l'objet d'une évaluation selon les règles établies par le code de procédure civile.

9. Appel

Les jugements de la Cour nationale ou des tribunaux supérieurs de justice prononcés en première instance sont susceptibles d'appel devant la Cour suprême. Ces appels ne sont

possibles que pour certains motifs de droit, comme l'abus de compétence, la violation d'obligations de procédure essentielles ou la violation des dispositions légales ou de la jurisprudence appliquées pour le règlement de l'affaire.

L'appel doit être formé sous dix jours devant la juridiction qui a prononcé le jugement contesté, avec un bref exposé des moyens. Seules les parties qui ont participé à la procédure en première instance peuvent former un appel. Après que la Cour suprême a reçu le dossier, elle demande aux parties de remettre leurs conclusions sous trente jours.

10. Exécution des jugements

Les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation générale de prendre les mesures qui s'imposent pour se conformer aux jugements sans tarder. Ils peuvent ne pas exécuter ou retarder l'exécution seulement dans certaines circonstances tout à fait exceptionnelles et doivent, pour ce faire, recevoir l'agrément du conseil des ministres. Si le jugement impose le paiement d'une somme (dommages-intérêts...), le pouvoir adjudicateur dispose d'un mois (à compter de la notification du jugement) pour prendre toutes les mesures budgétaires qui s'imposent.

Si les dispositions de la loi régissant l'exécution ne sont pas respectées, les fonctionnaires du pouvoir adjudicateur qui sont concernés peuvent être rendus personnellement et directement responsables du non-respect. En général, le tribunal commence par rendre des décisions destinées à inciter au respect du jugement, mais des mesures plus draconiennes peuvent être prises si le jugement n'est toujours pas respecté à l'expiration d'un nouveau délai de six mois. La sanction la plus courante est la décision contraignant le pouvoir adjudicateur à dédommager le requérant au motif de non-respect du jugement. En revanche, le tribunal n'est pas habilité à grever des biens publics.

Dans la majorité des cas, le pouvoir adjudicateur respecte sans retard inutile le jugement prononcé à son encontre. En revanche, lorsqu'il manifeste peu d'empressement à le faire, de nombreux mois peuvent s'écouler avant que l'exécution du jugement soit obtenue.

Adresses utiles

1. Liste non exhaustive de juridictions administratives

Sala Tercera de lo Contencioso del Tribunal Supremo
Plaza Villa de Paris, s/n
28004 Madrid

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional
c/ Prim 12
28004 Madrid

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid
c/ General Castaños no 1
28004 Madrid

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Barcelona
c/ Paseo Luis Company s/n
08071 Barcelone

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Valencia
c/ Plaza Puerta del Mar s/n
46003 Valence

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Bilbao
c/ Buenos Aires no 4 4-6
48007 Bilbao

2. Ministère chargé du contrôle de la passation des marchés publics

Junta Consultiva de Contratación Administrativa Ministerio de Economía y Hacienda
c/ Velazquez no 50
29001 Madrid

SUÈDE

**Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles)
et Advokatfirman Delphi (Stockholm), 1997**

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	221
2. Juridictions compétentes	221
3. Moyens de recours	222
3.1 Mesures provisoires	222
3.2 Décisions d'annulation	223
3.3 Dommages-intérêts	223
3.3.1 <i>Possibilité de dommages-intérêts</i>	223
3.3.2 <i>Quantum des dommages-intérêts</i>	224
4. Qui peut former un recours?	225
5. Délai de formation d'un recours	225
6. Modalités de la procédure	226
6.1 Obligation de notification préalable	226
6.2 Recours devant le tribunal administratif départemental	226
6.3 Recours devant le tribunal de grande instance.....	226
6.4 Durée de la procédure	226
6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	227
7. Frais de procédure	227
8. Appel	227
9. Exécution des jugements	228
10. Loi relative à l'intervention contre les pratiques abusives en matière de passation des marchés publics	228
ANNEXE 1: Adresses utiles	231

SUÈDE

1. Mise en œuvre des directives "recours"

En Suède, les directives communautaires relatives à la passation des marchés publics ont été transposées par la loi sur les marchés publics qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994³⁶ et s'applique aux procédures d'adjudication entamées après cette date. Quant aux directives "recours" 89/665/CEE et 92/13/CEE, elles sont mises en œuvre dans le chapitre 7 de la loi sur la passation des marchés publics.

En principe, la loi sur les marchés publics s'applique à l'ensemble des marchés publics de Suède, même lorsque le marché n'entre pas dans le champ d'application des directives communautaires (marchés d'une valeur inférieure au seuil fixé, etc.).

2. Juridictions compétentes

Les demandes de mesures à l'encontre de violations de la loi sur les marchés publics ("recours en examen") doivent être introduites devant le tribunal administratif départemental (*Länsrätt*) compétent, c'est-à-dire celui dans le ressort duquel le pouvoir adjudicateur est domicilié.

En revanche, les actions en dommages-intérêts doivent être introduites devant le tribunal de grande instance (*Tingsrätt*) compétent, c'est-à-dire celui dans le ressort duquel le pouvoir adjudicateur est domicilié.

Si les recours contentieux et les actions en dommages-intérêts doivent être portées devant les juridictions suédoises, un nouvel organisme, appelé Commission nationale des marchés publics (*Nämnden för Offentlig Upphandling*), est désormais chargé du contrôle général de la procédure de passation des marchés publics qui font l'objet de la loi précitée.

Pour accomplir sa mission de contrôle, cette Commission nationale dispose de différents pouvoirs. Elle peut demander la communication de renseignements dont elle a besoin pour cette mission. Si ces renseignements sont surtout demandés par écrit, ils peuvent cependant (à titre exceptionnel) être obtenus également par des visites des lieux. Le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer les renseignements demandés.

L'objectif important qui sous-tend la mission de contrôle de la Commission nationale des marchés publics consiste à fournir des renseignements pertinents au gouvernement suédois ou à la Commission européenne, selon le cas. À titre d'exemple, cette dernière peut demander au gouvernement suédois des renseignements lui permettant de vérifier la transposition par la Suède, de la législation communautaire en matière de passation de marchés publics. En tout état de cause, le gouvernement suédois a un intérêt général à obtenir des renseignements sur

³⁶ Loi (1992:1528) relative aux marchés publics, modifiée par les lois 1993:1468, 1994:614, 1995:704 et 1996:433. D'autres modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1998 (loi 1997:1068).

les pratiques en matière de passation des marchés publics. De plus, la Commission nationale prête son concours aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, mais aussi aux personnes physiques et morales en les renseignant sur l'interprétation et l'application des règles de passation des marchés publics.

Tous les jugements et décisions rendus par les tribunaux en vertu de la loi sur les marchés publics doivent être communiqués à la Commission nationale.

3. Moyens de recours

3.1 Mesures provisoires

En vertu de la section 7:2 de la loi sur les marchés publics³⁷, les personnes qui s'estiment lésées peuvent demander au tribunal administratif départemental une décision de suspension provisoire de la procédure d'adjudication en cause, en attendant le jugement définitif du tribunal. Ces décisions ne peuvent être obtenues qu'antérieurement à la conclusion du contrat relatif au marché. Il n'est, en effet, pas possible d'obtenir des décisions de suspension, modification ou annulation de contrats conclus. L'article 7.1 de la loi sur les marchés publics, modifiée par la loi 1997:1068, prévoit que la "conclusion du contrat" est la date cruciale avant laquelle les demandes de mesures provisoires doivent être introduites.

Au départ, la loi sur les marchés publics prévoyait qu'il n'était pas possible de demander des mesures provisoires après que le pouvoir adjudicateur eut pris sa décision d'attribution du marché, même si le contrat correspondant n'avait pas encore été conclu. Mais cette situation peu satisfaisante a été corrigée par une décision très importante adoptée en juin 1996 par la Cour administrative de cassation (*Regeringsrätt*)³⁸ et qui dispose que des mesures provisoires (et d'autres formes de recours – voir section 3.2) doivent être accessibles jusqu'à la date de conclusion (signature) effective du contrat relatif au marché.

Une décision de suspension provisoire peut être demandée au sujet d'actes du pouvoir adjudicateur qui constituent (prétendument) une violation d'une disposition de la loi sur les marchés publics. Il ressort des principes généraux du droit suédois que la personne qui demande une mesure provisoire doit démontrer qu'elle risque de subir un préjudice grave si la mesure n'est pas accordée. Le tribunal peut refuser d'accorder une décision provisoire s'il estime que le préjudice ou le désagrément que la décision causerait (au pouvoir adjudicateur) serait plus important que le préjudice causé au requérant par le refus de la décision. D'après les travaux préparatoires d'une version antérieure de la loi, le tribunal devrait, en pesant les intérêts en jeu, évaluer les frais susceptibles d'être engagés par suite de la décision provisoire. L'intérêt général peut également être pris en considération lors de l'application de ce critère. Tout semble indiquer que ces principes devraient continuer à s'appliquer.

Si le requérant n'est pas expressément tenu de démontrer que son affaire est recevable, il découle cependant des principes généraux évoqués plus haut qu'il devra démontrer que le préjudice potentiel est probable ou qu'un préjudice réel lui a été causé et qu'il y a eu violation d'une disposition de la loi sur les marchés publics.

³⁷ Modifiée par la loi 1997:1068.

³⁸ RÅ 1996 réf. 50.

3.2 Décisions d'annulation

Il n'existe pas de procédures formelles pour les demandes de décisions d'annulation devant les juridictions administratives ou les juridictions civiles. En revanche, toute décision sur le fond prise par une juridiction administrative aux termes de la loi sur les marchés publics se traduit par l'annulation automatique de la décision illégale. Les mesures que le requérant peut demander au tribunal administratif départemental sont les suivantes:

- a) ordre de recommencer la procédure d'adjudication;
- b) ordre de ne pas conclure la procédure d'adjudication tant qu'il n'a pas été remédié à la violation

et/ou

- c) seulement pour les entités opérant dans les secteurs spéciaux, astreinte visant à interdire à l'entité de poursuivre la procédure d'adjudication sans avoir remédié à la violation. Les travaux préparatoires concernant la loi sur les marchés publics³⁹ indiquent que l'astreinte ne doit pas être inférieure à 1 % de la valeur du marché⁴⁰.

La loi précise que ces mesures peuvent être demandées lorsque le pouvoir adjudicateur a violé son obligation fondamentale d'exécuter ses procédures d'adjudication de manière objective, commerciale et non discriminatoire⁴¹ ou s'il a violé toute autre disposition de la loi. Les mesures possibles sont particulièrement pertinentes lorsque le requérant estime qu'il a été exclu de la procédure d'adjudication en raison, par exemple, des conditions de participation, de l'avis de marché ou de documents d'appel d'offres fournis par le pouvoir adjudicateur et rédigés d'une façon discriminatoire qui viole la loi sur les marchés publics.

La loi a été modifiée en 1996⁴² afin de préciser que l'évaluation des intérêts n'est possible que si les tribunaux examinent la question d'accorder ou non une mesure provisoire. Par conséquent, le tribunal administratif départemental ne devrait pas procéder à une évaluation des intérêts lorsqu'il décide, au moment de statuer définitivement sur l'affaire, d'accorder ou non l'une des mesures mentionnées plus haut.

Comme on l'a vu à la section 3.1, un contrat conclu (signé) ne peut être ni résilié, ni annulé.

3.3 Dommages-intérêts

3.3.1 Possibilité de dommages-intérêts

La personne qui s'estime lésée peut introduire devant le tribunal de grande instance compétent une action en dommages-intérêts à l'encontre du pouvoir adjudicateur qui, selon elle, a violé la loi sur les marchés publics. L'annulation de décisions illégales n'est pas une condition préalable à l'octroi de dommages-intérêts et, du reste, elle ne peut être obtenue auprès des juridictions civiles.

³⁹ Proposition 1992/93:88, page 101.

⁴⁰ Ce minimum est également évoqué dans la note explicative accompagnant la présentation de la directive "recours" pour les secteurs spéciaux 92/13/CEE.

⁴¹ Article 1:4 de la loi.

⁴² Loi 1996:433.

Le principe fondamental qui régit la possibilité de dommages-intérêts dans le cadre de la loi veut que le pouvoir adjudicateur indemnise le requérant pour le préjudice que celui-ci a subi du fait de la violation. En vertu de l'article 7:6 de la loi, pour qu'un tribunal considère qu'une personne a subi un préjudice en raison d'une violation, il doit être convaincu qu'elle a (en principe) perdu le marché à la suite de cette violation. Étant donné que cette condition implique la nécessité d'établir un lien de causalité entre la violation commise et le préjudice subi, le requérant qui réclame des dommages-intérêts doit donc prouver qu'il aurait remporté le marché si la violation n'avait pas eu lieu.

En dérogation à ce principe, un critère moins rigoureux est appliqué lorsque, dans une affaire concernant la passation d'un marché public dans les secteurs spéciaux, le requérant cherche à récupérer les frais qu'il a engagés pour la préparation de son offre ou la participation à une procédure ("frais d'offre"). En effet, pour récupérer ses frais d'offre auprès d'une entité opérant dans les secteurs spéciaux, le requérant n'est pas tenu de prouver qu'il aurait remporté le marché en l'absence de la violation: il lui suffit de prouver que sa chance de remporter le marché a été compromise à la suite de la violation.

Cette règle propre aux secteurs spéciaux figure à la section 7:7 de la loi libellée comme suit:

"Le soumissionnaire, ou le candidat à la soumission d'une offre, qui a participé à une procédure de passation de marché conformément au chapitre 4 a droit à une indemnisation au titre des frais qu'il a engagés pour la préparation d'une offre et la participation à la procédure de passation de marché, à condition que la violation des dispositions de la présente loi ait compromis ses chances de remporter le marché."

Cette disposition constitue une transposition assez peu précise de l'article 2, paragraphe 7, de la directive 92/13/CEE. En effet, d'après cet article, celui qui demande des dommages-intérêts au titre des frais d'offre est tenu uniquement de prouver, premièrement, qu'il y a eu violation du droit communautaire ou, en l'espèce, de la loi sur la passation des marchés publics, deuxièmement, qu'il avait une chance réelle de remporter le marché et, troisièmement, que cette chance a été compromise à la suite de cette violation. Or la deuxième condition (le requérant avait une chance réelle de remporter le marché) n'est pas énoncée à la section 7:7 précitée, mais on peut penser que cette condition est implicite. Ce point de vue est étayé par la déclaration suivante qui figure dans les travaux préparatoires de la loi:

"même s'il se peut que la violation ait eu une incidence sur la procédure de passation de marché en général, une indemnisation ne devrait généralement pas être accordée lorsque le pouvoir adjudicateur, pour sa part, peut prouver que le soumissionnaire n'aurait eu aucune chance de remporter le marché pour d'autres raisons, par exemple le manque de compétences techniques pour remplir les conditions définies pour le marché public"⁴³.

3.3.2 Quantum des dommages-intérêts

En vertu de la section 7:6 de la loi, les dommages-intérêts comprennent non seulement les "frais inutiles", mais aussi l'indemnisation des pertes directes subies et de la perte de bénéfices. La loi ne définit pas les "frais inutiles", mais on peut présumer que ce terme recouvre les frais d'offre. Le requérant devrait, en principe, être placé dans la situation financière dans laquelle il se serait trouvé s'il avait remporté le marché. La loi ne donne pas de précisions quant aux modalités d'appréciation du quantum des dommages-intérêts.

⁴³ Proposition 1992/93:88, page 103.

Jusqu'ici, le nombre des demandes de dommages-intérêts en vertu de la loi sur les marchés publics est minime. Dans l'une des affaires, le tribunal de grande instance a déclaré que les dommages-intérêts au titre de la perte de bénéfices devaient être calculés comme étant

"la différence entre le chiffre d'affaires que le soumissionnaire aurait pu escompter réaliser grâce au marché s'il l'avait remporté, d'une part, et les dépenses qu'il n'a pas engagées du fait qu'il n'a pas eu à réaliser les travaux prévus par le marché, d'autre part".

4. Qui peut former un recours?

Tout fournisseur, prestataire de services ou entreprise qui a ou aurait eu un intérêt à se voir attribuer le marché en cause et qui a été ou risque d'être lésé par une violation alléguée de la loi sur les marchés publics est en droit d'introduire un recours devant un tribunal administratif départemental. S'il n'est pas nécessaire que le requérant ait participé à la procédure de passation de marché, il convient de noter que les requérants qui n'ont pas participé à cette procédure risquent d'avoir du mal à prouver qu'ils ont été ou risquent d'être lésés par la violation alléguée.

De plus, tout fournisseur, prestataire de services ou entreprise intéressé qui s'estime lésé par une violation de la loi sur les marchés publics est en droit d'introduire une action en dommages-intérêts devant un tribunal de grande instance. Là encore, il n'est pas nécessaire que le requérant ait participé à la procédure de passation de marché, mais, dans ce cas, il risque d'avoir du mal à prouver qu'il a subi un préjudice. En fait, pour qu'un tribunal considère qu'un requérant a subi un préjudice en raison d'une violation, il doit être convaincu que celui-ci a (en principe) perdu le marché à la suite de cette violation (voir section 3 ci-dessus).

5. Délai de formation d'un recours

Avant une décision adoptée par la Cour administrative de cassation en juin 1996, les recours devant le tribunal administratif départemental ne pouvaient être formés que durant la procédure de passation de marché et non après l'adoption de la décision d'attribution du marché. Or, la décision précitée indique que les recours peuvent être formés jusqu'à la date de signature du contrat relatif au marché, même si la décision d'attribution du marché a déjà été prise. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, la loi portant modification de la loi sur les marchés publics précise que la conclusion du contrat est la date butoir avant laquelle les recours doivent être introduits. Aucun autre délai n'est fixé.

Actuellement, aux termes de la loi modificative susmentionnée, les actions en dommages-intérêts doivent être introduites devant le tribunal de grande instance compétent dans un délai d'un an à partir de la date de conclusion du contrat relatif au marché, faute de quoi le droit d'introduire cette action devient caduc.

6. Modalités de la procédure

6.1 Obligation de notification préalable

Il n'y a pas d'obligation formelle de notifier préalablement au pouvoir adjudicateur la violation alléguée ou l'intention de former un recours devant les tribunaux. Il semble que cette

disposition ait été jugée superflue, la notification préalable pouvant être escomptée en tout état de cause. Les auteurs conseillent cependant de procéder à cette notification.

6.2 Recours devant le tribunal administratif départemental (Länsrätt)

Les recours contentieux, et notamment les demandes de mesures provisoires, devant le tribunal administratif départemental doivent être formés au moyen d'une requête écrite précisant la mesure demandée et les motifs du recours. Si la requête initiale ne doit pas obligatoirement être accompagnée des moyens de preuve, les auteurs conseillent cependant de joindre ceux-ci à la requête introductive d'instance dans le cas des demandes de mesures provisoires et ce, afin d'accélérer la procédure. En outre, la requête doit comporter des renseignements détaillés sur le requérant et le défendeur, comme le numéro d'inscription au registre du commerce ou son équivalent, l'adresse, le numéro de téléphone, etc. Il incombe au tribunal de communiquer les mémoires de chaque partie à l'autre partie.

La procédure se déroule essentiellement par écrit, mais des audiences peuvent avoir lieu à la demande du requérant, même si, en définitive, c'est le tribunal qui décide à son entière discrétion si des audiences doivent avoir lieu ou non. Il y a lieu de noter que, en fait, les audiences sont rares.

6.3 Recours devant le tribunal de grande instance (Tingsrätt)

Les actions en dommages-intérêts devant le tribunal de grande instance doivent être introduites par une demande d'assignation, laquelle doit contenir la description du recours, préciser les motifs sur lesquels il repose et exposer tous les moyens de preuve. Elle doit préciser ce que les moyens de preuve sont censés prouver. De plus, elle doit comporter des renseignements très détaillés sur le requérant et le défendeur, comme le numéro d'inscription au registre du commerce ou son équivalent, l'adresse, le numéro de téléphone, etc. Il incombe au tribunal de communiquer les mémoires de chaque partie à l'autre partie.

La procédure se déroule par écrit et avec des audiences. Ces dernières ont généralement lieu lors de la phase préparatoire de l'instance et dans la phase finale. Étant donné qu'une action en dommages-intérêts ne peut être introduite avant la conclusion du contrat relatif au marché en cause, et comme le contrat signé ne peut être ni résilié, ni annulé, il ne reste guère de marge pour des mesures provisoires. Du reste, il est très rare que les demandes de mesure provisoires fassent l'objet d'audiences.

6.4 Durée de la procédure

Bien qu'aucun délai ne soit expressément fixé pour l'introduction de demandes de mesures provisoires, le principe général veut que les recours soient formés sans tarder. De plus, le requérant peut demander un référé. En pratique, les tribunaux statuent généralement sur les demandes de mesures provisoires en l'espace de quelques jours et, tout au plus, de quinze jours, mais la durée exacte dépend notamment de la décision du tribunal de communiquer ou non la demande à l'autre partie.

D'une manière générale, les juridictions administratives rendent leur décision définitive dans un délai nettement plus bref que les tribunaux de grande instance. Il semble que ce délai plus court s'explique surtout par le fait qu'il est crucial, d'un point de vue économique général et dans l'intérêt des parties en cause, que le contrat relatif au marché puisse être conclu dès que possible. Le même raisonnement ne s'applique pas aux actions en dommages-intérêts introduites devant les tribunaux de grande instance. En effet, alors que les juridictions administratives peuvent statuer en l'espace de quelques jours ou semaines, les affaires portées devant les tribunaux de grande instance peuvent durer un à trois ans. Comme toujours, le délai nécessaire dépend finalement des circonstances de chaque affaire et des moyens dont disposent les tribunaux.

6.5 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Bien que le ministère d'avocat ne soit pas obligatoire en la matière, il est généralement conseillé aux requérants de se faire représenter par un avocat devant le tribunal administratif départemental ou le tribunal de grande instance. Le fait que la Suède, contrairement à certains pays de l'UE, n'oblige pas formellement les particuliers et les entreprises à se faire représenter en justice ne signifie pas que les procédures des juridictions suédoises soient moins compliquées que dans d'autres pays. L'intervention d'un avocat réduit donc le risque de perdre une affaire en raison d'erreurs de procédure ou de la méconnaissance de la législation. De surcroît, la loi sur les marchés publics est la transposition de directives communautaires relatives à la passation des marchés publics, ce qui rend son interprétation plus difficile que celle de la législation suédoise normale. Le coût de l'intervention d'un avocat sera évoqué à la section 7.

7. Frais de procédure

Aucun droit de greffe n'est à acquitter pour les recours formés devant les juridictions administratives. En revanche, un droit de 450 couronnes doit être acquitté pour les actions en dommages-intérêts introduites devant les juridictions civiles.

Dans les recours formés devant le tribunal administratif départemental, ni le requérant ni le pouvoir adjudicateur ne peuvent se faire rembourser leurs frais de procédure (honoraires d'avocat compris) par l'autre partie. En revanche, dans les actions en dommages-intérêts introduites devant le tribunal de grande instance, le perdant est, en règle générale, condamné aux dépens.

8. Appel

Les décisions du tribunal administratif départemental sont susceptibles d'appel devant la Cour administrative d'appel compétente (*Kammarrätt*), les décisions de cette dernière pouvant, à leur tour, faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour administrative de cassation (*Regeringsrätt*). Hormis les mesures à caractère provisoire, les décisions des juridictions administratives ne s'appliquent pas immédiatement, mais sont susceptibles d'appel par l'une ou l'autre des parties à l'instance dans un délai de trois semaines à compter de la date à laquelle la partie en question a reçu la décision.

Le jugement du tribunal de grande instance peut être contesté devant la cour d'appel (*Hovrätt*) compétente et, en dernier ressort, la Cour de cassation (*Högsta domstolen*). Là encore, les appels doivent être formés dans un délai de trois semaines suivant la date de la décision du tribunal.

Tous les appels doivent être formés auprès du tribunal qui a prononcé la décision ou le jugement contesté. Les appels formés devant les Cours administratives d'appel sont subordonnés à une autorisation d'appel, laquelle n'est en principe accordée que dans les affaires portant sur des points de droit. De même, les appels devant la cour d'appel (*Hovrätt*) peuvent être subordonnés à une autorisation si le montant des dommages-intérêts réclamés est inférieur à 37 000 couronnes.

9. Exécution des jugements

Les décisions des juridictions administratives et des juridictions civiles dans les affaires de passation de marchés publics peuvent, semble-t-il, être exécutées par l'Autorité suédoise d'exécution (*Kronofogdemyndigheten*). La condition sine qua non de l'exécution est qu'il n'y ait pas eu appel et que le délai pour former appel soit expiré. Ce n'est qu'à ce moment-là que la décision ou le jugement est considéré comme ayant l'autorité de la chose jugée.

L'Autorité d'exécution peut ordonner au pouvoir adjudicateur de se conformer au jugement ou à la décision et peut assortir cet ordre d'un ordre de paiement d'une astreinte provisoire. Si le pouvoir adjudicateur n'obtempère pas à ce dernier ordre, l'Autorité peut donner un ordre d'astreinte provisoire supplémentaire, même si son premier ordre n'est pas passé en force de chose jugée. L'Autorité d'exécution peut fixer le montant de l'astreinte à son entière discrétion et elle est seule compétente pour introduire une action en imposition d'astreinte devant le tribunal de grande instance du département dans lequel elle est située.

Des contacts officieux avec l'Autorité d'exécution confirment que celle-ci n'a encore été saisie d'aucune demande d'exécution de décisions ou jugements au titre de la loi sur les marchés publics.

10. Loi relative à l'intervention contre les pratiques abusives en matière de passation de marchés publics

En vigueur depuis le 1^{er} juillet 1994, la loi relative à l'intervention contre les pratiques abusives en matière de passation de marchés publics⁴⁴ ("la loi d'intervention") prévoit un moyen par lequel la Direction générale de la concurrence peut (essentiellement) prendre des mesures pour interdire le recours à des pratiques abusives dans les procédures de passation des marchés publics relevant de la loi sur les marchés publics. L'expression "pratiques abusives en matière de passation de marchés publics" désigne, en gros, les procédés employés par un pouvoir adjudicateur qui font naître une discrimination à l'encontre de certaines entreprises ou qui, d'une autre manière, faussent considérablement la concurrence dans la procédure d'adjudication.

⁴⁴ Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

En vertu de la loi d'intervention, la Direction générale de la concurrence peut demander au tribunal de commerce un ordre interdisant à un pouvoir adjudicateur de recourir à des pratiques abusives dans la passation de marchés publics. Cette interdiction peut être assortie d'un ordre de paiement d'une astreinte provisoire. Ces deux types d'ordres peuvent être de nature provisoire. En outre, des actions en imposition d'une astreinte peuvent être introduites devant le tribunal administratif départemental compétent. Étant donné que l'interdiction est applicable immédiatement, mais ne se rapporte qu'au comportement ultérieur du pouvoir adjudicateur, le tribunal de commerce ne peut pas rendre des décisions concernant une procédure d'adjudication particulière, comme c'est le cas des décisions possibles en vertu de la loi sur la passation des marchés publics. Cette distinction importante fait que la loi d'intervention vient compléter la loi sur les marchés publics et que ces deux textes peuvent être appliqués simultanément.

Ce droit d'agir revient essentiellement à la Direction générale de la concurrence. Toutefois, si celle-ci n'agit pas, un groupe de consommateurs, de salariés ou d'entreprises ou une entreprise qui sont concernés par les pratiques abusives ont la faculté de former un recours. Les soumissionnaires qui s'estiment lésés peuvent donc avoir des occasions d'invoquer la loi d'intervention, mais comme les décisions possibles ne concernent que le comportement ultérieur du pouvoir adjudicateur, les moyens plus concrets que prévoit la loi sur la passation des marchés publics restent encore les principales voies de recours qui s'offrent à ces parties.

Adresses utiles

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DES TROIS VILLES PRINCIPALES:

Göteborg

Länsrätten i
Göteborgs och Bohus län
Box 2524
403 17 Göteborg

Malmö

Länsrätten i
Malmöhus län
Box 4522
203 20 Malmö

Stockholm

Länsrätten i
Stockholms län
Box 17106
104 62 Stockholm

TRIBUNAUX DE GRANDE INSTANCE DES TROIS VILLES PRINCIPALES:

Göteborg

Göteborgs tingsrätt
404 83 Göteborg

Malmö

Malmö tingsrätt
Box 265
201 22 Malmö

Stockholm

Stockholms tingsrätt
Box 8307
104 20 Stockholm

ADRESSES UTILES

Commission nationale des marchés publics:
Nämnden för offentlig upphandling (NOU)
Box 2012
103 11 Stockholm

Collège d'arbitres indépendants reconnu:

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut
Box 16050
103 21 Stockholm

Ministère chargé du contrôle des règles de passation des marchés publics:

Finansdepartementet
Regeringskansliet
103 33 Stockholm

Conciliateur:

Gösta Westring
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

ROYAUME-UNI

Exposé rédigé par Herbert Smith (Bruxelles et Londres), 1997

SOMMAIRE

1. Mise en œuvre des directives "recours"	236
2. Juridictions compétentes	236
3. Moyens de recours	237
3.1 Mesures provisoires	237
3.2 Décisions d'annulation et de modification	237
3.3 Dommages-intérêts	238
4. Qui peut former un recours?	238
5. Délai de formation d'un recours	239
6. Modalités de la procédure	239
6.1 Obligation de notification préalable	239
6.2 Demandes de mesures provisoires	239
6.3 Procédure devant les juridictions ordinaires	240
6.4 Durée de la procédure	241
6.5 Recours administratif.....	241
6.6 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?	242
7. Frais de procédure	242
8. Appel	242
9. Exécution des jugements	243
ANNEXE 1: Adresses utiles	244

ROYAUME-UNI

1. Mise en œuvre des directives "recours"

Au Royaume-Uni, la mise en œuvre des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics a été opérée par les actes réglementaires suivants:

- a) règlement de 1991 relatif aux marchés publics de travaux⁴⁵,
- b) règlement de 1993 relatif aux marchés publics de services⁴⁶,
- c) règlement de 1995 relatif aux marchés publics de fournitures⁴⁷,
- d) règlement de 1996 relatif aux marchés passés par les entités des secteurs spéciaux⁴⁸.

Les trois premiers règlements régissent la passation des marchés publics de l'État, des collectivités locales et d'autres organes du secteur public, tandis que le règlement de 1996 relatif aux marchés des secteurs spéciaux s'applique aux entités (dont la plupart ont été privatisées) opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. On trouvera au chapitre 1^{er} une indication du moment où les règles de passation des marchés publics sont susceptibles de s'appliquer, ainsi que des précisions sur les types de violation qui peuvent se produire.

Outre qu'ils fixent les règles de fond relatives à la procédure de passation des marchés publics, les règlements précités (collectivement: "les règlements") comprennent chacun une section sur les droits de recours devant les tribunaux britanniques. Les recours susceptibles d'être formés sont décrits ci-après.

2. Juridictions compétentes

Les instances introduites au titre de l'un ou l'autre des règlements doivent l'être devant:

- a) la *High Court* en Angleterre et au pays de Galles,
- b) la *Court of Session* (cour d'appel) en Écosse,
- c) la *High Court* en Irlande du Nord.

Ces juridictions sont établies dans la plupart des métropoles et des villes moyennes du Royaume-Uni. Le choix exact du tribunal est fonction du domicile du pouvoir adjudicateur et du requérant, mais il est d'usage d'introduire l'instance devant le tribunal le plus proche du domicile du pouvoir adjudicateur en cause, ou à Londres (si l'instance doit être introduite en

⁴⁵ Acte réglementaire 1991/2680

⁴⁶ Acte réglementaire 1993/3228

⁴⁷ Acte réglementaire 1995/201

⁴⁸ Acte réglementaire 1996/2911

Angleterre ou au pays de Galles). Les adresses régionales de ces juridictions figurent à l'annexe 1 de ce chapitre.

3. Moyens de recours

Les recours pouvant être formés au titre des règlements de passation des marchés publics entrent dans les trois catégories décrites ci-après.

3.1 Mesures provisoires

La personne qui s'estime lésée peut demander au tribunal d'ordonner une mesure provisoire (*injunction* ou ordonnance de référé) qui suspende la procédure d'adjudication prétendument viciée ou l'application d'une décision ou d'un acte pris par le pouvoir adjudicateur durant une procédure d'adjudication. Il est important de noter que ces mesures provisoires ne peuvent être accordées que si le contrat relatif au marché en cause n'a pas encore été conclu entre le pouvoir adjudicateur et un tiers. Une fois ce contrat conclu, le seul recours possible est la demande de dommages-intérêts (voir 3.3 ci-après). La personne qui s'estime lésée a donc tout intérêt à former sa demande de mesure provisoire dans les délais les plus brefs.

Pour obtenir une mesure provisoire, le requérant doit d'abord établir que son recours permet une argumentation sérieuse (mais pas nécessairement qu'il a plus de 50 % de chances de voir son recours aboutir) lors de la phase définitive de l'instance. Il s'agit là d'un obstacle qui n'est généralement pas difficile à surmonter. Mais aussi et surtout, le requérant doit convaincre le tribunal que le *balance of convenience* (mise en balance des intérêts) plaide en faveur de l'octroi de la mesure. En évaluant les intérêts, le tribunal est susceptible de prendre en considération différents facteurs, et notamment ceux qui suivent:

- a) l'octroi ou le refus de la mesure créerait-il de plus grandes difficultés? Ainsi, le tribunal peut décider qu'une mesure suspendant la procédure d'adjudication porterait atteinte à l'intérêt général, car elle retarderait la fourniture au public de services importants;
- b) des dommages-intérêts assureraient-ils une réparation suffisante au requérant si la mesure provisoire n'était pas accordée?
- c) solidité relative du dossier de chacune des parties.

Comme leur nom l'indique, les mesures provisoires sont accordées par un jugement avant dire droit et sans que la contestation ne soit tranchée, puisque le jugement sur le fond interviendra ultérieurement.

3.2 Décisions d'annulation

La *High Court* est compétente pour ordonner l'annulation d'une décision ou d'un acte pris illégalement au cours d'une procédure de passation de marché. Il peut s'agir de la décision d'attribuer le marché à un fournisseur donné ou d'une décision prise à un stade antérieur de la procédure, comme celle qui consiste à établir une présélection des candidats. La décision d'annulation peut revêtir la forme d'un jugement définitif (et non d'un jugement avant dire

droit) ayant l'autorité de la chose jugée. Les éléments que le tribunal prend en considération avant de décider d'accorder ou non la décision d'annulation sont généralement analogues à ceux qui ont été exposés plus haut au sujet des mesures provisoires.

Lorsqu'il y a eu violation des règles de passation des marchés publics, la *High Court* peut également ordonner au pouvoir adjudicateur de modifier des documents. À titre d'exemple, elle peut exiger la rectification de spécifications techniques discriminatoires ou la prolongation de délais courts à l'excès.

De même que les mesures provisoires, les décisions d'annulation et de modification ne peuvent être rendues que si le contrat faisant suite au marché en cause n'a pas encore été conclu.

3.3 Dommages-intérêts

Que le contrat d'un marché ait été conclu ou non, la *High Court* est compétente pour accorder des dommages-intérêts à un soumissionnaire qui a subi une perte ou un préjudice à la suite de la violation des règles de passation des marchés publics. Les règlements ne s'étendent pas sur les principes qui régissent la possibilité et le montant des dommages-intérêts. La seule exception est le règlement applicable aux entités des secteurs spéciaux, lequel prévoit que, si le requérant prouve que la violation a compromis sa "chance réelle" de remporter le marché, il a droit à des dommages-intérêts couvrant les frais qu'il a engagés pour la préparation d'une offre et la participation à la procédure de passation de marché ("frais d'offre"). Sinon, lorsqu'ils sont saisis de demandes de dommages-intérêts, les tribunaux britanniques appliquent les principes du droit national.

Pour obtenir des dommages-intérêts, le requérant est tenu de prouver que le pouvoir adjudicateur a commis une violation des règlements et que cette violation lui a causé une perte ou un préjudice. Selon les faits de l'instance, les dommages-intérêts accordés peuvent couvrir tout ou partie des frais d'offre du requérant et la perte du bénéfice que celui-ci aurait retiré du marché.

Il apparaît que le requérant n'est pas tenu de prouver que, en l'absence de la violation, il aurait forcément remporté le marché en cause. Une bonne chance de remporter le marché devrait être suffisante. En revanche, il n'est pas exclu que le tribunal réduise le montant des dommages-intérêts d'un certain pourcentage afin de tenir compte de l'éventualité que l'offre du requérant n'aurait, de toute façon, pas été retenue.

4. Qui peut former un recours?

Les droits de recours définis dans les règlements sont accessibles à toute personne qui a cherché à être, qui cherche à être ou qui aurait souhaité être l'adjudicataire du marché. Autrement dit, les recours peuvent être accessibles au fournisseur qui avait un intérêt à se voir confier l'exécution du marché en cause. Il s'agit des soumissionnaires qui ont participé à la procédure de passation de marché, mais aussi de tous les autres qui y auraient participé, n'eût été la violation.

La seule autre réserve est que le requérant doit être un ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'un des autres pays d'Europe indiqués dans les règlements, et y être établi.

5. Délai de formation d'un recours

En vertu de chacun des règlements, les recours doivent être formés *sans tarder et, en tout état de cause, dans un délai de trois mois* à compter de la date à laquelle les motifs de recours sont apparus, sauf si le tribunal estime qu'il y a de bonnes raisons de prolonger ce délai.

Le délai commence à courir à la date à laquelle le comportement contesté s'est produit. À titre d'exemple, si le requérant se plaint d'avoir été indûment écarté d'une opération de préqualification, il dispose, pour introduire une action en justice, de trois mois (au maximum) à compter de la date de la décision du pouvoir adjudicateur de l'écarter. Toutefois, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour prolonger ce délai si, par exemple, le pouvoir adjudicateur n'a pas informé le requérant immédiatement de sa décision de l'écarter. Dans ce cas, le délai ne devrait commencer à courir qu'à la date à laquelle le requérant a pris connaissance (ou aurait dû prendre connaissance) de la décision de l'écarter.

6. Modalités de la procédure

6.1 Obligation de notification préalable

Les règlements prévoient que, si elle veut former un recours, la personne qui s'estime lésée doit préalablement informer le pouvoir adjudicateur de la violation effective ou alléguée et de son intention d'introduire un recours à ce titre. Une décision de la *High Court*⁴⁹ précise qu'il s'agit d'une condition procédurale impérative et que le défaut de notification au pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et du recours envisagé rend ce dernier irrecevable. Il est conseillé de faire cette notification par écrit.

6.2 Demandes de mesures provisoires

La personne qui demande une mesure provisoire, par exemple une ordonnance de référé, doit demander une assignation au tribunal en y joignant une déclaration sous serment (*affidavit*). Le tribunal peut commencer à examiner l'affaire avant que l'assignation et la déclaration sous serment ne soient signifiées à l'autre partie (*ex parte*), mais fixera ensuite une audience à laquelle l'autre partie pourra être présente (*inter partes*). En principe, une demande de mesure provisoire n'implique pas l'audition de témoins, mais elle implique que les avocats déposent des conclusions devant le juge à partir des preuves fournies sous serment.

L'assignation concernant la demande de mesure provisoire peut être délivrée avant ou après la délivrance d'un acte introductif ou *writ* ou en même temps que celle-ci (voir section 6.3), mais si elle est délivrée avec le *writ*, il est d'usage que le requérant s'engage à délivrer et signifier ce dernier. En général, la personne qui demande une ordonnance de référé est tenue de prendre l'engagement de payer des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le

⁴⁹ *The Queen v Portsmouth City Council, ex parte Bonaco Builders and others*, 6 juin 1995; *The Times* du 16.1.1996. Décision confirmée par la cour d'appel le 8 novembre 1996.

défendeur si, à l'audience finale, elle perd le procès. Des procédures analogues (mais pas identiques) s'appliquent à propos des mesures provisoires demandées dans le cadre de la procédure de recours juridictionnel (voir section 6.5).

6.3 Procédure devant les juridictions ordinaires

En principe, les recours devant la *High Court* sont introduits par un acte initial (*writ*), lequel doit être accompagné d'un exposé complet de la requête du plaignant ou d'un exposé concis de la nature de la requête et de la réparation demandée. Une fois que le tribunal a délivré le *writ*, celui-ci doit être signifié au défendeur sous quatre mois. Une série de documents formels (conclusions) qui présentent les dossiers respectifs sont ensuite échangés entre les parties. Les conclusions doivent contenir uniquement les faits matériels et, en principe, ne doivent pas contenir d'éléments de droit. Les premières conclusions du requérant sont constituées par sa requête (qui peut faire partie de l'acte initial). Ensuite, le défendeur présente ses conclusions en défense, et d'autres conclusions peuvent suivre. L'instruction est réputée close quinze jours après la signification des dernières conclusions de l'instance, encore que le tribunal puisse autoriser des modifications ultérieures.

Après la clôture de l'instruction, les règles de la *High Court* prévoient que la communication des pièces doit avoir lieu automatiquement entre les parties à l'instance. Elle comporte deux étapes: d'une part, la communication au moyen d'une liste de pièces transmise par l'une des parties à l'autre pour indiquer toutes les pièces pertinentes; d'autre part, la vérification, par l'autre partie, de celles de ces pièces qui ne bénéficient pas de la confidentialité juridique. La portée de la communication est très grande et s'étend à toutes les pièces qu'une partie a ou a eues en sa possession, sous sa garde ou en son pouvoir au sujet d'une question en cause dans l'espèce, hormis celles qui sont couvertes par la confidentialité juridique (par exemple, les communications entre une partie et son avocat).

Dans le mois suivant la clôture de l'instruction, le requérant doit obtenir une ordonnance de clôture donnant les consignes pour la suite de l'instance. Il s'agit là d'une occasion pour le tribunal d'envisager les préparatifs du jugement. Les consignes portent notamment sur les dépositions des témoins et les expertises.

Les dépositions des témoins, qui servent à étayer un dossier, sont l'équivalent de l'audition des témoins à la barre. Elles doivent donc être exhaustives, car les preuves portant sur des questions qui n'ont pas été traitées dans la déposition ne seront autorisées à l'audience qu'avec l'autorisation du tribunal. Quant aux expertises, elles peuvent être utiles dans certaines instances concernant la passation de marchés publics, les experts étant en mesure de donner un avis technique en raison de leurs lumières particulières. En principe, les dépositions des témoins et les expertises doivent être communiquées aux autres parties suffisamment à l'avance.

En principe, l'affaire est jugée en audience publique par un seul magistrat de la *High Court* et sans jury, et les parties sont normalement représentées par des avocats (généralement des *barristers* ou avocats inscrits au barreau) qui déposent des conclusions en leur nom et procèdent à l'interrogatoire contradictoire des témoins.

6.4 Durée de la procédure

En cas d'urgence, des mesures provisoires peuvent être demandées à la *High Court* et obtenues presque immédiatement. Dans une déclaration sous serment adressée au tribunal, le requérant est tenu d'exposer les conditions déterminant l'urgence. Le temps nécessaire pour que l'affaire passe en jugement et qu'une décision définitive soit prononcée varie fortement d'une affaire à l'autre et dépend dans une certaine mesure de la charge de travail de la chambre de la *High Court* qui a eu à connaître de l'affaire. À titre tout à fait estimatif, il peut s'écouler un à deux ans entre la demande introductive d'instance et le jugement définitif.

Si l'espèce soulève des points délicats de droit communautaire, la *High Court* peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes pour lui demander de statuer, "à titre préjudiciel", sur des questions d'interprétation. Cette saisine peut parfois prolonger de deux ans la durée de l'instance devant la juridiction nationale, mais en fait, elle n'est opérée que dans une petite minorité de cas.

Enfin, il convient de noter que, s'il est fait appel de la décision de la *High Court* devant les juridictions supérieures (voir section 8.2), la date de l'arrêt définitif sera repoussée d'autant.

6.5 Recours juridictionnel

Un autre moyen de recours possible, et totalement distinct, consiste à introduire un recours juridictionnel. Il s'agit là d'une procédure classique qui permet aux tiers de contester les actes et décisions des pouvoirs publics britanniques. Bien que, du fait de l'existence des règlements, il ne soit plus obligatoire de contester les décisions de passation de marchés publics par voie de recours juridictionnel, cette solution peut toujours être utilisée (comme le confirme la déclaration figurant dans les règlements, selon laquelle leur application est sans préjudice de l'utilisation d'autres moyens de recours).

Si une personne qui s'estime lésée souhaite introduire un recours juridictionnel, elle doit commencer par demander à un magistrat de la *High Court* l'autorisation d'utiliser cette voie de recours, ce qui constitue peut-être le principal inconvénient du recours juridictionnel par rapport à une action ordinaire introduite au titre des règlements. Du reste, l'existence de cette dernière peut être l'une des raisons amenant le magistrat à refuser l'autorisation du recours juridictionnel. La demande d'autorisation doit être faite sans tarder et, en tout état de cause, dans les trois mois suivant la date à laquelle les motifs de la demande sont apparus, sauf si le tribunal estime opportun de prolonger ce délai. Si l'autorisation est accordée (ce qui peut impliquer le seul examen de documents ou la tenue d'une audience publique), la procédure se déroule et l'affaire est entendue par un ou plusieurs juges de la *High Court* (normalement en séance publique).

En général, le recours juridictionnel est déterminé par rapport aux preuves testimoniales fournies par attestation sous serment (plutôt que par déposition orale), sans certaines des autres procédures formelles qui s'appliquent dans les affaires civiles ordinaires. Souvent, il n'y a pas ou guère de communication de pièces.

Les réparations suivantes peuvent être obtenues dans le cadre du recours juridictionnel: décision imposant au pouvoir adjudicateur de s'abstenir d'agir en dehors de sa compétence (interdiction), infirmation de la décision avec obligation de réexaminer le dossier (ordonnance de renvoi à une juridiction supérieure ou *certiorari*), décision imposant au pouvoir adjudicateur d'exécuter ses obligations judiciaires ou autres obligations publiques

(*mandamus*), délivrance d'une déclaration relative aux droits des parties, octroi d'une ordonnance de référé et, selon le type de recours et dans des conditions restreintes, condamnation du pouvoir adjudicateur au paiement de dommages-intérêts. Comme on le voit, ces réparations se chevauchent étroitement avec celles qu'offrent les règlements, encore que le droit à dommages-intérêts soit beaucoup plus restreint.

Dans certaines circonstances, il peut être avantageux pour la personne qui s'estime lésée de former un recours au motif de violation des règlements, en introduisant ou en ajoutant un recours juridictionnel. Compte tenu de la complexité de ce choix, il est conseillé au requérant de consulter un juriste.

6.6 L'intervention d'un avocat est-elle nécessaire?

Dans les affaires portées devant la *High Court*, il est d'usage que chacune des parties demande à un *solicitor* (avoué) d'agir en son nom pour s'occuper des obligations procédurales compliquées et pour présenter ses arguments de droit et de fait. De plus, en vertu des règles qui régissent la pratique judiciaire de la *High Court*, la plupart des conclusions orales ne peuvent être présentées que par un avocat (c'est-à-dire un *barrister* et non un *solicitor*). Par conséquent, le *solicitor* mandaté doit généralement demander à un avocat de plaider le dossier (ce que le requérant ne peut le plus souvent pas faire lui-même directement). Le coût de l'intervention d'un avocat est évoqué à la section 7.

Le requérant a la faculté de se représenter lui-même en justice, mais c'est un cas très rare et globalement déconseillé.

7. Frais de procédure

Un droit relativement faible, d'un montant de 500 livres sterling dans ce type d'affaire, doit être acquitté lors de l'introduction de l'instance. Mais aussi et surtout, lorsqu'il souhaite introduire une instance, le requérant ne doit pas oublier le coût du ministère d'avocat, dont le montant global dépend de la gravité, de la complexité et de la durée de l'affaire et est difficile à prévoir initialement.

Il est d'usage pour la *High Court* de condamner le perdant aux dépens, lesquels représentent une forte proportion des frais de procédure engagés par le gagnant. Il s'agit là d'un facteur de risque supplémentaire qui doit être pris en compte lors de l'introduction de l'instance. En outre, si le requérant a réussi à obtenir une ordonnance de référé, mais perd le procès à l'audience finale, il peut se trouver tenu de verser des dommages-intérêts au défendeur en vertu d'un engagement en ce sens. En effet, les requérants doivent s'attendre à ce que la *High Court* leur impose de prendre cet engagement s'ils veulent obtenir le référé.

8. Appel

Après que la *High Court* a prononcé son jugement, le perdant peut contester celui-ci devant la cour d'appel. Dans certains cas, il se peut que l'autorisation préalable du juge ou de la cour d'appel soit nécessaire à cet effet, les magistrats examinant alors un certain nombre d'éléments, y compris les chances de succès, pour décider s'ils doivent accorder ou non cette

autorisation. L'arrêt de la cour d'appel peut à son tour être contesté, sur autorisation, devant la Chambre des Lords, qui est la juridiction la plus élevée de l'ordre judiciaire britannique.

9. Exécution des jugements

Il est tout à fait improbable qu'un pouvoir adjudicateur choisisse délibérément de ne pas respecter une décision prise à son encontre par la *High Court*, notamment en raison des sanctions pécuniaires très lourdes auxquelles il s'exposerait. Si le pouvoir adjudicateur ne respecte pas les termes de l'ordonnance de référé, le requérant peut demander la condamnation de ses dirigeants à une peine d'emprisonnement (encore que le tribunal donnera probablement un avertissement au pouvoir adjudicateur à la première audience, afin de l'inciter à respecter le jugement). Dans le cas des jugements concernant des dommages-intérêts, le requérant peut demander la saisie des biens du pouvoir adjudicateur.

ADRESSES UTILES

High Court de Londres:

Royal Courts of Justice
Strand
London WC2A 2LL

Court of Session d'Écosse:

Parliament House
Parliament Square
Edinburgh EH1 1RQ

High Court d'Irlande du Nord:

Royal Courts of Justice
Chichester Street
Belfast BT1 3JF

En outre, de nombreuses villes du Royaume-Uni ont un greffe de district de la *High Court* (et de la *Court of Session* en Écosse).

Adresse du ministère chargé de contrôler l'application des règles communautaires en matière de passation des marchés publics:

HM Treasury
Procurement Policy
Allington Towers
19 Allington Street
London SW1E 5EB

Tél.: 0171 270 1648
Fax: 0171 270 1653