



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Le contentieux des contrats publics en Europe. Pays-Bas

de Moor-van Vugt, A.; Konijnenbelt, W.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Revue Francaise de Droit Administratif

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Moor-van Vugt, A., & Konijnenbelt, W. (2011). Le contentieux des contrats publics en Europe. Pays-Bas. *Revue Francaise de Droit Administratif*, 2011(1), 62-65.
<http://www.dalloz.fr/Document?famille-id=REVUES&produit-id=RFDA&id=RFDACHRON20110023>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Le contentieux des contrats publics en Europe (1)

Pays-Bas

Adrienne de Moor-van Vugt, Professeur de droit public à l'Université d'Amsterdam(19)

Willem Konijnenbelt, Professeur de droit public à l'Université d'Amsterdam, Conseiller d'État

Introduction : les contrats « publics »

Les contrats publics, au sens de contrats administratifs, sont quasi inexistantes aux Pays-Bas (2). Il en existe quelques exemples, par exemple le contrat de coopération entre collectivités territoriales (*gemeenschappelijke regeling*), ou encore le contrat d'exécution d'une décision de subventionnement (3) dans lequel peuvent être spécifiées les activités subventionnées et les prestations dues par la partie subventionnée. Mais cela n'empêche pas que les contrats administratifs soient relativement rares chez nous. La plupart des contrats entre deux administrations ou entre une administration et un particulier, qui, en droit français, seraient des contrats administratifs, sont des contrats de droit privé en droit néerlandais. Les concessions de travaux ou de services publics par contre sont, en droit néerlandais, d'une autre nature ; elles ne sont pas conçues comme des contrats mais comme des décisions administratives spécifiques. D'une part, ces décisions sont toujours des actes négociés (mais pris, finalement, par l'autorité administrative seule) et, par conséquent, susceptibles d'un recours en annulation devant le juge administratif (4). D'autre part, les concessionnaires, en vertu de dispositions législatives explicites, sont tenus de réaliser les travaux ou d'assurer le service qui leur sont concédés ; en cela, la concession se distingue du permis ordinaire, qui fait ce qu'il promet : il permet, il n'oblige pas à faire ce qui est permis.

Dans le cadre de la présente contribution, pour des raisons de commodité, nous entendrons par *contrat « public »* les corollaires néerlandais des institutions qui, en droit français, seraient appelées contrat administratif ou marché public. Le lecteur se souviendra alors que, en droit néerlandais, il s'agira, le plus souvent, d'un contrat de droit privé ou, parfois, d'un acte administratif.

Notre exposé se divise en deux parties. Dans un premier temps, nous donnerons une idée globale du « contentieux » privé et du contentieux administratif en droit néerlandais. Dans un second temps, nous nous attarderons sur les spécificités de quelques exemples de contrats « publics ».

Les contentieux privé et public

Le « contentieux » privé

En droit néerlandais, tout un chacun qui prétend qu'un droit privé est ou pourrait être lésé par un acte de quelqu'un ou qu'il y a ou pourrait avoir non-exécution d'une obligation de la part de ce dernier, peut demander justice au juge civil par la voie d'une procédure au fond ou d'une procédure en référé. Dans les cas qui nous intéressent ici, la procédure du référé sera suivie le plus souvent.

Dans l'hypothèse d'un contrat « public » qui est précédé d'une procédure d'adjudication (et qui n'est pas octroyé par la voie d'une décision administrative unilatérale), le *juge des référés* pourra être saisi en vertu de l'article 254 du Code de procédure civile, dont le premier alinéa se lit ainsi : « 1. Dans toutes les affaires urgentes où, vu les intérêts des parties, une disposition provisoire et immédiate est requise, le juge des référés a le pouvoir de la prendre

».

Le juge des référés peut être saisi sans qu'une procédure au fond soit engagée. En ce qui concerne ses pouvoirs d'intervention, on remarquera qu'il peut, dans son ordonnance, par exemple, prendre des dispositions telles que :

- ordonner l'interruption de la procédure d'adjudication,
- ordonner une nouvelle procédure d'adjudication,
- ordonner l'ouverture d'une procédure d'adjudication (lorsque le contrat « public » risque d'être conclu sans une telle procédure),
- ordonner l'admission du requérant aux négociations ou à la soumission,
- ordonner un réexamen de la soumission,
- ordonner la passation du marché avec le requérant,
- interdire la passation du marché avec un autre que le requérant,
- interdire la passation du marché avec une partie spécifique,
- interdire une nouvelle procédure d'adjudication...

Plusieurs sortes d'interventions nuancées sont possibles. Un ordre d'ouverture ou de réouverture de la procédure d'adjudication, ou de réexamen des soumissions, pourra être complété, par exemple, par l'imposition de certains critères de sélection ou de réexamen, par une interdiction d'appliquer des critères discriminatoires, etc.

Une fois le contrat conclu, le juge des référés peut, par exemple, interdire l'exécution ou l'exécution prolongée du contrat, ordonner la résiliation du contrat en vertu d'une clause contractuelle ou d'un pouvoir de résiliation prévu par la loi.

Le juge des référés peut intervenir, si besoin, en quelques heures ; normalement, la procédure prendra quelques semaines.

Les *procédures judiciaires au fond* auront pour objet, le plus souvent, une demande de réparation.

Le contentieux administratif

Le contentieux administratif, en droit néerlandais, a toujours pour objet une décision d'une autorité administrative ; cela est aussi vrai pour les décisions de refus d'allouer une indemnité au requérant. À première vue, ce contentieux est bien comparable au recours en annulation du droit administratif français : le requérant demande (en principe) l'annulation de la décision contestée. Mais il y a des différences essentielles, dont la plus importante pour notre sujet concerne les pouvoirs du juge administratif.

Selon l'article 8:72 du Code général du droit administratif (CGDA) :

« 1. Lorsque le tribunal déclare le recours fondé, il annule, entièrement ou en partie, la décision administrative contestée.

2. L'annulation d'une décision ou d'une partie de décision entraîne l'annulation des suites juridiques de la décision ou de la partie annulées.

3. Le tribunal peut disposer que les suites juridiques de la décision ou de la partie annulées subsistent entièrement ou en partie.

4. Lorsque le tribunal déclare le recours fondé, il peut ordonner à l'organe administratif de prendre une nouvelle décision ou d'effectuer une autre opération en observant son jugement, ou bien il peut disposer que son jugement remplace la décision administrative annulée ou la partie annulée.

5. Le tribunal peut imposer un délai à l'organe administratif pour prendre une nouvelle décision ou pour effectuer une autre opération. Il peut, si besoin est, prendre une disposition provisoire. Dans ce cas, le tribunal fixe le moment où la disposition provisoire devient caduque.

6. Le tribunal peut disposer qu'une disposition provisoire devient caduque à un moment ultérieur à la date de son jugement.

7. Le tribunal peut disposer que l'organe administratif, si ou tant que celui-ci n'obéit pas à un jugement, sera assujéti à une astreinte au profit d'une partie indiquée par le tribunal et dont le montant est fixé dans le jugement. (...) ».

Depuis peu, le juge administratif peut en outre, en vertu de l'article 8:54 a du CGDA, dans un jugement interlocutoire indiquant un ou plusieurs vices dont la décision administrative est entachée, obliger l'organe administratif à prendre, dans un délai imposé par le juge, une nouvelle décision observant le jugement interlocutoire. La nouvelle décision administrative fait partie, *de iure*, du litige déjà en cours et sera examinée finalement en même temps que la décision qui faisait l'objet de la procédure depuis le début. Il s'agit d'une sorte de court-circuit provoqué par le juge administratif, destiné à accélérer le jugement définitif du litige. Notons que, lorsque c'est le juge d'appel (5) qui applique cette procédure, le recours contre la nouvelle décision administrative monte directement au juge d'appel.

En somme, le juge administratif, dans une procédure visant, à première vue, à l'annulation de la décision contestée, n'a pas pour seul pouvoir celui d'annuler cette décision ; il dispose en outre d'instruments plus positifs, comme le maintien des effets juridiques de la décision annulée - essentiellement lorsqu'il a constaté un vice de forme ou de compétence qui a été réparé au cours de la procédure devant le juge -, le remplacement de la décision annulée par le jugement ou - variante assez proche -, la possibilité d'enjoindre à l'administration de prendre une décision bien définie, par exemple la délivrance, sous peine d'astreinte, d'un diplôme ou d'un certificat.

Dans le cadre du contentieux administratif, la *procédure du référé administratif* est facilement accessible ; il s'agit d'une procédure très souple et très efficace. Dès qu'un recours - même un recours administratif - a été intenté contre une décision administrative, le requérant peut saisir le juge administratif des référés ; ce juge est le président de la juridiction compétente sur le fond (6) ou un membre de la juridiction désigné par lui.

Selon l'article 8:81 du CGDA, « 1. Lorsqu'un recours contre une décision administrative a été intenté devant le tribunal, le juge des référés [...] peut, sur demande, prendre une disposition provisoire lorsque l'urgence le demande, vu les intérêts en cause ».

Le juge peut, par exemple, suspendre la concession dans sa totalité ou en partie, imposer provisoirement de nouvelles charges, ordonner le paiement d'une avance, disposer que le requérant sera traité (provisoirement) comme si le permis demandé par lui lui avait été accordé... Lorsqu'il s'agit d'une décision octroyant une concession ou refusant la concession demandée, le juge pourra ordonner des dispositions semblables à celles mentionnées *supra* à propos du juge civil des référés. La disposition « provisoire » devient caduque au moment indiqué dans l'ordonnance du juge ou au moment de l'intervention du jugement sur le fond (7).

Le juge administratif des référés peut intervenir dans les mêmes délais que son homologue civil. Son jugement n'est pas susceptible d'appel. Toutefois, tout intéressé peut, à tout moment, introduire une requête devant le même juge auquel il est demandé de réviser son

ordonnance au vu de données nouvelles (8).

Quelques exemples de « contrats publics »

La concession de transport public

La concession de transport public est octroyée par voie de décision administrative unilatérale, en vertu de la loi relative au transport des personnes 2000 (*Wet personenvervoer 2000*) et du règlement édicté pour l'exécution de cette loi. La décision est précédée d'une procédure d'adjudication conformément au Règlement portant règles sur adjudications par l'administration publique (*Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten*) de 2005. (9) Le juge compétent pour les recours, en premier et en dernier ressort, est le Collège de recours pour le commerce et l'industrie, mentionné note 5. Seule la décision d'octroi de la concession (ou de refus) est susceptible d'être contestée devant ce juge ; l'interprétation du cahier des charges donnée par l'administration, par exemple, ne l'est pas, même lorsqu'elle fournit une interprétation des paramètres (*terms of reference*) de l'adjudication à laquelle un concurrent ne s'était pas attendu.

Pour y remédier, le juge a qualifié des décisions intermédiaires, qui, normalement, ne seraient pas susceptibles de recours (par exemple, l'exclusion de certains prétendants ou soumissionnaires), de décisions susceptibles d'être portées devant le juge administratif. D'autres exemples de telles décisions intermédiaires susceptibles de recours sont les décisions de négliger une procédure d'adjudication, de passer un marché provisoire ou d'arrêter la procédure d'adjudication (10).

Une fois la concession octroyée, le recours au juge administratif et le référé administratif tels que présentés plus haut sont ouverts aux parties intéressées (11).

Autres contrats avec procédure d'adjudication

Le gouvernement, à l'occasion de la transposition de la directive 2007/66/CE relative aux procédures de recours en matière de passation des marchés publics, a entendu remplacer les règles déjà existantes transposant les directives 2004/18/CE (marchés publics de travaux, de fournitures et de services) et 2004/17/CE (marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dits « secteurs spéciaux »), un ensemble assez disparate, par une seule codification donnant les règles d'ensemble c'est-à-dire par une loi relative aux adjudications (*Aanbestedingswet*). Un premier essai (12) a échoué devant le Sénat, qui a rejeté le projet de loi, estimant, d'une part, que le projet contenait trop de clauses de délégation de pouvoir réglementaire (en droit constitutionnel néerlandais, les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire sont tout autres qu'en droit constitutionnel français), et d'autre part, qu'il y avait trop peu de place, dans le projet de loi, pour le sur-mesure. (13)

L'introduction d'un nouveau projet de loi a été annoncée pour la fin de l'an 2010.

Pour éviter une transposition tardive de la directive 2007/66/CE, une loi provisoire vient d'être adoptée, la loi relative à la transposition des directives concernant la passation de marchés (*Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden, WIRA*), (14) applicable également aux concessions de transport public dépassant le seuil de l'article 7 de la directive 2004/18/CE.

Selon les termes de ladite loi, un soumissionnaire est censé être un candidat sérieux tant qu'il n'a pas été exclu définitivement. Il s'agit d'une exclusion définitive dès lors qu'elle est intervenue par écrit - plus précisément : par message électronique, cela eu égard au délai de quinze jours mentionné à l'alinéa suivant - et qu'elle a été maintenue par le juge ou qu'il n'est plus possible de contester l'exclusion devant le juge (article 5 de la loi WIRA). Ce juge, dans la plupart des cas, est le juge civil des référés.

L'entité adjudicatrice est tenue de donner des « raisons pertinentes » pour une décision d'exclusion (article 6). (15) Elle ne peut pas passer à la passation du marché avant un délai

de quinze jours minimum (article 4). Ce délai était imposé par la réglementation en vigueur bien avant la loi WIRA, même bien avant l'arrêt *Commission c. Autriche* (16). Pendant ce délai - qui doit être communiqué à tous les soumissionnaires exclus -, toute partie intéressée peut saisir le juge des référés et lui demander de prendre une « disposition provisoire ». Le délai ne commence à courir qu'à condition que la motivation de l'exclusion des soumissionnaires soit suffisamment sérieuse pour qu'elle puisse être contestée devant le juge. Lorsque l'entité adjudicatrice procède à la passation d'un marché provisoire, le délai ne commence pas encore à courir : l'exclusion définitive des autres soumissionnaires n'a pas encore eu lieu. Il en résulte que les parties intéressées ont plus de temps pour s'informer des raisons de leur échec provisoire et sont mieux renseignées sur les paramètres (*terms of reference*) de la procédure de passation du marché. Cette procédure est surtout utilisée pour des projets complexes comme l'octroi d'une concession de transport public ou de services.

Le juge peut annuler l'attribution d'un marché lorsque une règle de la procédure prévue par la loi WIRA ou par une autre réglementation en vigueur (17) n'a pas été suivie ou quand le délai d'attente n'a pas été respecté. L'article 11, premier paragraphe, de la loi WIRA dispose, presque dans les mêmes termes que l'article 2 *quinquies* de la directive 2007/66/CE, que : « 1. Le juge peut ne pas procéder à l'annulation d'un contrat lorsque, tous les aspects pertinents étant examinés, des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que le contrat soit maintenu ».

Le paragraphe suivant de l'article précise ces raisons impérieuses. Les coûts d'une annulation ou du retard de la procédure d'adjudication ne figurent pas parmi ces raisons. Le juge peut, au cas où il y aurait des raisons bien sérieuses mais pas suffisamment impérieuses pour maintenir le contrat tout court, écourter la durée du contrat. (18)

Dans le cas d'un contrat « public » qui, en droit néerlandais, est qualifié de contrat de droit privé, les parties peuvent toujours opter pour une procédure d'arbitrage. Toutefois, ils y procèdent moins aujourd'hui compte tenu des possibilités assez larges de saisir le juge des référés découlant de la loi WIRA, plus larges qu'avant l'intervention de ladite loi.

Quant aux *sanctions* prévues par l'article 2 *sexies* de la directive 2007/66/CE, elles peuvent être infligées aux entités adjudicatrices, en vertu de l'article 14 de la loi WIRA, par l'Autorité néerlandaise de la concurrence (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*). Les décisions de cette autorité sont des décisions administratives susceptibles de recours devant le juge administratif de Rotterdam. Les appels peuvent être portés devant le Collège des recours pour le commerce et l'industrie, le CBB.

En résumé

Les possibilités générales de recours au juge - juge judiciaire ou juge administratif, selon les cas -, y compris les possibilités de demander l'intervention du juge des référés, se sont montrées bien suffisantes pour assurer une protection juridictionnelle adéquate dans le domaine des contrats « publics ». L'on a constaté que seules quelques précisions supplémentaires assez secondaires étaient nécessaires : la jurisprudence du juge administratif admettant plus facilement de reconnaître le caractère de décision susceptible de recours à des décisions prises au cours de l'élaboration de certains contrats « publics » dans le domaine de l'adjudication, la règle imposant aux entités adjudicatrices un délai d'attente avant de pouvoir passer à la passation effective d'un marché, ouvrant ainsi, selon les règles normales, une voie effective au juge des référés.

La clef de cette simplicité réside dans la multitude de possibilités d'intervention dont dispose le juge - le juge administratif comme le juge judiciaire, le juge du fond comme le juge des référés -, la souplesse et la flexibilité, donc l'efficacité, qui caractérisent, traditionnellement, le référé en droit néerlandais.

Sancta simplicitas ?

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Contentieux * Droit comparé * Pays-Bas
DROIT COMPARE * Pays-Bas * Marché public * Contentieux

(1) Dans son numéro 1/2011, la RFDA a publié un dossier intitulé « Le contentieux des contrats publics en Europe » qui comporte, outre cet article, les contributions suivantes :

- la présentation de Pierre Delvolvé, p. 1 ;
- l'article de Dominique Pouyaud, France, p. 6 ;
- l'article de Hanna Schröder et Ulrich Stelken, Allemagne, p. 16 ;
- l'article de David Renders, Belgique, p. 25 ;
- l'article de Constantin Yannakopoulos, Grèce, p. 31 ;
- l'article de Gergely Barabás et Marianna Nagy, Hongrie, p. 47 ;
- l'article de Roberto Caranta, Italie, p. 57 ;
- l'article de Andrzej Wróbel, Pologne, p. 66 ;
- l'article de J. M. Sérvulo Correia, Portugal, p. 76 ;
- et l'article de John Bell, Royaume-Uni, p. 85 .

(2) V. Willem Konijnenbelt, « Les marchés publics aux Pays-Bas », in *Annuaire européen d'administration publique 2005*, 2006, p. 266.

(3) Art. 4:36 du Code général du droit administratif, CGDA (*Algemene wet bestuursrecht*).

(4) Dans la suite, nous reviendrons sur les différences entre les recours en annulation français et néerlandais.

(5) Les principales juridictions d'appel sont au nombre de trois : le Collège des recours pour le commerce et l'industrie (*College van Beroep voor het bedrijfsleven, CBB*) dans le domaine du droit public économique, le Conseil central de recours (*Centrale Raad van Beroep, CRvB*) en matière de sécurité sociale, de fonction publique et des bourses d'études, et la juridiction générale d'appel, la Section contentieuse du Conseil d'État (*Afdeling bestuursrechtspraak, ABRS*).

(6) Au cas de recours administratif, c'est la juridiction qui sera compétente pour le recours contre la décision prise sur le recours administratif.

(7) Sauf si ce dernier applique le paragraphe 6 de l'article 8:72 du CGDA ; v. *supra* dans le texte.

(8) Pour plus de détails, v. Willem Konijnenbelt, « Les transformations du contentieux administratif aux Pays-Bas », in *Annuaire européen d'administration publique 2009*.

(9) Le règlement est fondé sur la loi-cadre sur les règles communautaires concernant les marchés publics (*Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen*).

(10) V. l'arrêt CBB 26 mars 2008, LJN : BC7696 (www.rechtspraak.nl) ; l'arrêt fait mention de plusieurs arrêts antérieurs du Collège allant dans le même sens. Une décision de suspendre la procédure d'adjudication par contre n'est pas susceptible de recours.

(11) Dans la pratique, presque toutes les concessions de transport public sont contestées

devant le juge administratif.

(12) Doc. parl. 30 501.

(13) À noter que le Sénat néerlandais ne dispose pas du droit d'amendement ; il doit se contenter d'approuver les projets de loi votés par la Seconde chambre (la chambre basse) ou de les rejeter.

(14) JO 2010, 38 ; entrée en vigueur le 19 févr. 2010.

(15) Lorsque l'attribution est réalisée par la voie d'une décision administrative, l'obligation de motiver la décision découle directement des articles 3:46 et 3:47 du CGDA. Au cas d'une attribution découlant du choix de la soumission la plus intéressante économiquement, un classement détaillé des soumissionnaires devra être publié.

(16) Arrêt de la Cour du 24 juin 2004, C-212/02, *Commission des Communautés européennes c. République d'Autriche*.

(17) Par exemple, le Règlement sur les adjudications par l'administration publique (*Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten*) de 2005 ou le Règlement sur les adjudications dans les secteurs spéciaux (*Besluit aanbestedingen speciale sectoren*) de la même année.

(18) V. l'art. 2 *sexies* de la directive mentionnée.

(19) Également conseiller suppléant au Collège des recours pour l'industrie et le commerce (v. *infra*, note 5).