

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public : questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat

Sommaire	Page
Introduction	689
I. L'existence du contrat soumis au droit des marchés publics	690
A. Les solutions du droit privé	690
B. L'offre et l'acceptation dans le contexte des marchés publics	691
II. La validité du contrat soumis au droit des marchés publics	693
Conclusion	694
Bibliographie	695

Introduction

Il est fréquent que, pour accomplir une tâche publique, l'État (ou une personne privée à laquelle l'État a confié cette tâche)¹ cherche à se procurer contre rémunération un bien ou un service auprès d'une personne privée en passant avec elle un contrat nommé ou innommé (p. ex. un contrat de vente, de bail, d'entreprise ou de mandat, ou encore un leasing, cf. art. 5 LMP ; art. 8 nLMP)². Cas échéant, la formation de ce contrat synallagmatique relève du droit privé (art. 1 ss CO)³, mais s'opère dans le cadre posé par le droit des marchés publics⁴. L'État doit alors en substance procéder à une soumission, en suivant des règles de droit public sur la procédure et les critères d'adjudication (art. 8 ss LMP)⁵, afin d'assurer la transparence de la phase précontractuelle, l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1

* Professeure à l'Université de Lausanne

¹ ATF 144 II 184, c. 2.4 ; ATF 135 II 49, c. 5.2.2.

² ATF 144 II 187, c. 2.5 ; ATF 141 II 113 c. 1.2.2 ; ATF 135 II 49 c. 4.3.1.

³ ATF 129 I 410 c. 3.4 ; ATF 134 II 297 c. 4 ; FF 2016, p. 112 ; POLTIER, NN 458 et 460.

⁴ On se référera ci-après à la LMP, applicable aux marchés publics concernant la Confédération, étant entendu que cantons et communes doivent suivre des règles analogues, vu l'art. 5 LMI et l'AIMP, cf. ATF 141 II 113 c. 3 ; ATF 144 II 184, c. 2.1.

⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1065 ss.

LMP)⁶. S'il traite avec un fournisseur privé de biens ou de services en violation de ces règles, la sanction du droit public est limitée, puisque l'État devra tout au plus verser aux concurrents de ce fournisseur une indemnité couvrant leurs frais de soumission et de recours (art. 34 LMP ; art. 58 al. 4 nLMP). C'est pourquoi il est admis que, pour assurer l'effectivité du droit des marchés publics, le comportement de l'État contraire aux règles de ce droit mérite une sanction en droit privé⁷, censé former un tout cohérent avec le droit public et contribuer autant que possible à la réalisation de ses objectifs ce qu'indique par exemple l'art. 19 al. 2 CO. Il s'agit en particulier de se demander en quoi la violation des règles des marchés publics a une incidence sur l'existence ou la validité du contrat. C'est cette question, qui renvoie aux rapports entre droit public et droit matériel des contrats, que l'on entend aborder dans la présente contribution⁸.

I. L'existence du contrat soumis au droit des marchés publics

A. Les solutions du droit privé

Selon l'art. 1 CO, un contrat existe dès qu'il est conclu, soit dès que les parties se sont échangées des manifestations de volontés réciproques et concordantes ; comme l'indique l'art. 2 al. 1 CO, il suffit pour cela que les parties s'entendent sur les éléments objectivement essentiels du contrat⁹. L'offre constitue la première de ces manifestations de volontés (art. 3 ss CO) ; conformément à l'art. 2 al. 1 CO, elle doit décrire au moins tous les éléments objectivement essentiels du contrat proposé, de façon à ce que son destinataire puisse décider sans autres s'il l'accepte ou la refuse. Il y a donc en principe acceptation lorsque le destinataire de l'offre signifie à son auteur (dans les délais des art. 3 à 5 CO) qu'il est d'accord de s'engager avec lui dans un contrat contenant tous les points essentiels décrits dans l'offre¹⁰.

En cas de doute sur le sens à donner à une déclaration, en particulier pour savoir si elle constitue une offre ou une acceptation, le droit privé commande de procéder à son interprétation subjective selon l'art. 18 CO et subsidiairement d'appliquer le principe de la

⁶ ATF 125 I 209 c. 6b ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1067 ; POLTIER, N 11 et 58.

⁷ Cf. not. BEYELER, N 2633 ; CLERC, p. 809 ss ; POLTIER, N 488 ss.

⁸ La question de savoir si et comment l'inexistence ou l'invalidité du contrat peut être constatée par le juge administratif saisi d'un recours fondé sur l'art. 32 al. 2 LMP (cf. aussi art. 58 al. 2 nLMP) ou s'il appartient au juge civil de la trancher (cf. FF 2016, p. 141) ne sera donc pas développée ci-après.

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 286 et 330 ss ; CR CO I-MORIN, Art. 1 CO, N 77 ss.

¹⁰ ATF 2C_711/2018 c. 3.3.2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 357, 378 et 435 ; CR CO I-MORIN, Art. 1 CO, N 80 et 97.

confiance¹¹. Si cette démarche ne donne pas de résultat clair, il est possible de s'en remettre à des règles complémentaires d'interprétation, comme par exemple la maxime *in dubio contra stipulatorem*¹².

B. L'offre et l'acceptation dans le contexte des marchés publics

Pour établir son adjudication, l'État doit évaluer la prestation caractéristique (cf. art. 8 nLMP) et les prix présentés dans les propositions reçues des soumissionnaires, en principe à la suite de son appel d'offres (cf. art 13 et 18 LMP), afin de retenir celle qui est économiquement la plus avantageuse (art. 21 al.1 LMP). Il se prononce donc nécessairement sur des propositions qui décrivent les points objectivement essentiels du contrat en cause (p. ex. la chose vendue et son prix, cf. art. 184 CO) et constituent à ce titre des offres au sens des art. 3 ss CO¹³.

Pour préserver les intérêts des soumissionnaires évincés, le droit des marchés publics interdit toutefois à l'État de contracter avant l'échéance du délai de recours contre l'adjudication, voire la fin de l'effet suspensif accordé à un tel recours (période de *standstill*)¹⁴. Il en résulte que l'adjudication ne peut jamais constituer une acceptation, même si elle en a le contenu puisque l'État s'y exprime favorablement sur les éléments essentiels de l'offre retenue (art. 21 LMP)¹⁵. Il s'agit uniquement d'une décision administrative, qui autorise l'État à contracter avec le soumissionnaire retenu au terme d'un certain délai¹⁶.

Cela conduit à retenir que, contrairement à ce qui est parfois affirmé¹⁷, le droit des marchés publics modifie bel et bien le droit des contrats : il ne change certes rien aux conditions de l'art. 1 CO ; en revanche, en interdisant de considérer l'adjudication comme une acceptation, il pose *une règle spéciale d'interprétation d'une déclaration de volonté*, qui l'emporte sur l'art. 18 CO et le principe de la confiance, et s'applique jusqu'à la fin du

¹¹ CR CO I- MORIN, Art. 1 CO, N 20 s., 95 et 111.

¹² ATF 144 III 93 ; ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231 s. ; CR CO I- MORIN, N 113.

¹³ ATF 141 II 14, c. 10.3, où le TF s'écarte de la solution trop restrictive défendue à l'ATF 135 II 297 c. 4.2 ; BEYELER, N 1710 ss ; LOCHER, p. 43 ; POLTIER, N 356 et 475.

¹⁴ POLTIER, N 469 s.

¹⁵ POLTIER, N 357 et 472. C'est la raison pour laquelle, avant l'entrée en vigueur de la LMP, les privatistes considéraient que l'adjudication valait comme telle acceptation de contracter, cf. ZUFFEREY, p. 157.

¹⁶ ATF 129 I 410 c. 3.4 ; GAUCH, N 461a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1067b.

¹⁷ BEYELER, N 2431.

standstill. Par conséquent, une réponse positive de l'État à l'offre du bénéficiaire ne peut jamais valoir comme acceptation si elle intervient avant cette échéance.

Par ailleurs, si on ne veut pas vider de sa substance l'interdiction de contracter pendant le *standstill*, il faut retenir *a fortiori* que la déclaration que l'État adresse à un soumissionnaire en l'absence d'adjudication formelle ne peut jamais se comprendre comme une manifestation de volonté de contracter, quel que soit son contenu, même si elle s'interprète éventuellement en droit public comme une adjudication *de facto*, afin de protéger les intérêts juridictionnels des concurrents du soumissionnaire¹⁸. Par absence d'adjudication formelle, il faut entendre non seulement le cas où aucune adjudication au sens de l'art. 21 LMP n'a été publiée, mais aussi celui où les parties cherchent à conclure un contrat dont le contenu s'écarte largement de celui visé dans une adjudication en soi licite¹⁹.

Dans toutes ces hypothèses, le contrat ne peut donc tout simplement pas exister, si bien qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur une éventuelle représentation sans pouvoirs²⁰, ou sur un cas de nullité²¹, car ces questions ne se posent que si, au préalable, un contrat a été conclu (cf. art. 20 et 32 al. 1 CO). Si l'État a tout de même échangé des prestations avec un fournisseur privé de biens ou de services, il y aura lieu à restitution selon les art. 641 CC ou 62 ss CO²². En revanche, une éventuelle responsabilité pour *culpa in contrahendo* de l'État est difficilement envisageable ; en effet, comme l'interdiction de contracter est prévue dans la loi, le fournisseur ne pourra en principe pas établir qu'il s'est légitimement fié (art. 3 al. 2 CC) à l'existence d'un contrat²³.

En définitive, la réponse positive de l'État à l'offre du soumissionnaire ne peut avoir un effet en droit des contrats qu'au terme du délai de recours contre l'adjudication (ou à la fin de l'effet suspensif) : comme l'indique clairement l'art. 22 LPM, le contrat peut désormais être conclu. Une réponse positive de l'État à l'offre du soumissionnaire (telle que retenue dans l'adjudication) vaudra alors acceptation et entraînera la conclusion du

¹⁸ Cf. POLTIER, N 485 ; LOCHER, p. 61 ; voir aussi FF 2016, p. 141.

¹⁹ CLERC, p. 813 ; POLTIER, N484 ; le raisonnement rejoint ici celui fait en droit de la représentation, où l'acte que le représentant accomplit en dépassant ses pouvoirs s'assimile à un cas de représentation sans pouvoirs, cf. not. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1443.

²⁰ Cf. ABEGG, p. 169 s.

²¹ C'est ainsi p. ex. que CLERC, p. 812 ss, évoque un cas d'illicéité au sens de l'art. 20 CO, tandis que GAUCH, N 509, retient plutôt une inefficacité *sui generis* (art. 1 al. 2 CC).

²² L'art. 66 CO ne s'appliquera qu'à propos de ce que le fournisseur a éventuellement versé à un agent de l'état pour obtenir le marché malgré l'interdiction de contracter (p. ex. en violation de ce qui a été prévu dans l'adjudication), ATF 134 III 436 c. 2.4.

²³ Cf. CR CO I-MORIN, Art. 1 CO N 142. Pour les mêmes raisons, le fournisseur de biens ou de services ne devrait pas non plus pouvoir se prévaloir d'une éventuelle « relation contractuelle de fait » (cf. art. 320 al. 2 CO p. an.).

contrat si elle intervient dès l'échéance de ce délai (art. 5 CO). Si elle intervient plus tard, elle constituera plutôt une contre-offre, que le soumissionnaire devra accepter à son tour pour qu'il y ait contrat²⁴. L'État peut néanmoins aussi renoncer à donner suite à l'offre du soumissionnaire, car l'adjudication ne lui donne qu'une autorisation et non une obligation de contracter²⁵. Suivant les cas, il pourrait alors engager sa responsabilité pour *culpa in contrahendo* vis-à-vis du soumissionnaire, par exemple pour rupture tardive des pourparlers²⁶.

II. La validité du contrat soumis au droit des marchés publics

Comme tout contrat, le contrat conclu à l'échéance du *standstill* ne produit ses effets que s'il est valide²⁷. La question de sa validité de ce contrat se pose avant tout lorsque la nullité absolue de l'adjudication (p. ex. pour cause de non publication d'un appel d'offre ou d'utilisation injustifiée d'une procédure de gré à gré)²⁸ est constatée par jugement, à la suite d'un recours déposé pendant le *standstill* et admis après la conclusion du contrat (cf. art. 32 al. 2 LMP)²⁹.

Selon Evelyne CLERC, un tel contrat est alors absolument nul pour illicéité au sens de l'art. 20 al. 1 CO³⁰. Quoique largement critiquée³¹, cette solution mérite attention. En effet, l'art. 20 al. 1 CO ne concerne plus aujourd'hui les seuls vices affectant le contenu du contrat. Ainsi, selon les art. 8 et 9 LCD, les conditions générales sont illicites et partant nulles au sens de l'art. 20 al. 1 CO si leur utilisateur a abusé de sa position de puissance vis-à-vis d'un consommateur, pour lui imposer des clauses qui dérogent largement en sa défaveur aux règles du droit dispositif. Il s'agit ici de sanctionner le comportement déloyal d'une seule des parties dans la formation du contrat, parce que le droit privé a pour objectif fondamental de garantir que le contrat représente le résultat de l'exercice conjoint de la liberté contractuelle de chaque partie³².

²⁴ ATF 134 II 297 c. 4.3.1.

²⁵ ATF 129 I 410 c. 3. 4.

²⁶ CR CO I-MORIN, Art. 1 CO N 137 ; voir aussi BEYELER, N 2858.

²⁷ CR CO I-MORIN, Art. 1 CO, N 33.

²⁸ CLERC, p. 811 ; POLTIER, N 488.

²⁹ Sur la question différente des rapports entre révocation de l'adjudication et vices du consentement, cf. POLTIER, N 499.

³⁰ CLERC, p. 811.

³¹ Voir notamment ABEGG, p. 169 ; GAUCH, N 509 ; LOCHER, p. 107 s. ; POLTIER, N 488.

³² MORIN, p. 161 et 165 ss et les références citées.

Certes, à la différence de l'utilisateur des conditions générales, l'État qui conclut un contrat sur la base d'une adjudication violant gravement les règles des marchés publics adopte un comportement déloyal qui ne lèse pas les intérêts de son cocontractant, mais ceux des autres soumissionnaires, privés de la possibilité de déposer une offre. Ce comportement est toutefois contraire au but du droit des marchés publics, qui vise précisément à assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires afin de protéger leur liberté économique (art. 27 et 35 al. 2 Cst). Par conséquent, il n'est pas choquant de faire primer la protection des intérêts des soumissionnaires évincés sur celle des intérêts des parties au contrat conclu sur la base d'une adjudication illicite, et de retenir sa nullité au sens de l'art. 20 CO. Les intérêts du cocontractant de l'État pourront au demeurant équitablement être pris en compte : s'il a conclu et exécuté de bonne foi tout ou partie du contrat invalide, cette nullité ne devrait produire qu'un effet *ex nunc*, à compter de la décision sur recours, dans la mesure où ce contrat est de durée (art. 320 al. 3 CO par analogie)³³. Il faudra en outre réserver la responsabilité pour *culpa in contrahendo* de l'État à son égard, qui peut être tenu de réparer le gain manqué par la conclusion du contrat vicié³⁴ et pourrait même être amené en cas de faute grave à lui verser *ex aequo et bono* des dommages-intérêts positifs (art. 26 al. 2 et 39 al. 2 CO par analogie)³⁵.

Conclusion

Le droit des marchés publics influence aussi bien l'existence que la validité du contrat :

- D'une part, en interdisant de considérer l'adjudication comme une acceptation, il pose une règle spéciale d'interprétation d'une manifestation de volonté, avec pour conséquence que le contrat ne peut pas être conclu avant la fin du *standstill*. Dans la mesure où cette interdiction ressort de la loi, le fournisseur privé avec lequel l'État aurait quand même traité ne pourra alors pas invoquer sa bonne foi pour réclamer une indemnité *pour culpa in contrahendo*.
- D'autre part, lorsque le contrat conclu après le *standstill* repose sur une adjudication absolument illicite, il faut prononcer la nullité du contrat au sens de l'art. 20 al. 1 CO, car la protection des intérêts des soumissionnaires évincés qui forme le but du droit des marchés publics a pour but de protéger l'emporte alors sur celle des intérêts des parties au contrat. S'il est de bonne foi, le soumissionnaire qui a conclu ce

³³ ATF 129 III 320, c. 7.1.2. ; ATF 132 III 242 c. 4.2.

³⁴ KUONEN, N 1853 ss ; dans la mesure où la nullité du contrat n'a qu'un effet *ex nunc*, les dommages-intérêts négatifs devraient toutefois se calculer conformément à l'art. 404 al. 2 CO par analogie.

³⁵ CR CO I- MORIN, Art. 1 CO N 139.

contrat pourra néanmoins invoquer l'art. 320 al. 3 CO par analogie et demander des dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo*.

Tout cela illustre la superposition entre droit public et droit privé dans un ordre juridique censé former un tout cohérent.

Bibliographie

- ABEGG Andreas, *Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten*, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- EVELYNE Clerc, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, *PJA* 1997, p. 804 ss.
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 6^e éd., Genève/Bâle/Zurich 2019.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg / EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- LOCHER Thomas, *Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht*, Berne 2013.
- MORIN Ariane, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2^e éd., Bâle 2012, Art. 1 CO (cité : CR CO I-MORIN).
- MORIN Ariane, L'impact de l'art. 8 LCD sur le contrat de leasing, *RDS* 2019 I, p. 159 ss.
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, Le contrat à l'épreuve du droit des marchés publics, in : Bellanger/Chaix/Chappuis/Héritier-Lachat, (édit.) *Le contrat dans tous ses états*, Berne 2004 p. 155 ss.