

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **La vie du contrat dans les commandes publiques. Het leven van de overeenkomst in de oveheidsopdrachten. pp. 7-44 (1ère partie) et pp.115-140 (2e partie)**

Vandeburie, Aurélien; De Ridder, S.

*Published in:*  
Ent. dr.

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Vandeburie, A & De Ridder, S 2010, 'La vie du contrat dans les commandes publiques. Het leven van de overeenkomst in de oveheidsopdrachten. pp. 7-44 (1ère partie) et pp.115-140 (2e partie)', *Ent. dr.*, VOL. 2010, Numéro 1-2, p. 1-44 et 113-138.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## La vie du contrat dans les commandes publiques – Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten

### (1<sup>ère</sup> partie – 1<sup>ste</sup> deel)

1. Quotidiennement, la pratique nous enseigne que le contrat n'est pas ce "long fleuve tranquille", que ses rédacteurs peuvent lui souhaiter d'être. Comme l'on a pu le constater, "divers avatars peuvent influencer sur le cours normal de la convention: le contrat peut faire l'objet d'une modification; il peut être cédé, il peut se voir frappé de suspension; enfin, le contrat peut prendre fin prématurément, sans que les parties n'aient obtenu la satisfaction escomptée"<sup>1</sup>. Les contrats passés dans le cadre de marchés publics n'échappent pas à ce constat. Souvent malmenée, leur existence reste, elle aussi, loin d'être figée. Différents aléas peuvent en effet venir troubler le cours normal de l'exécution du marché. C'est à l'étude de ces soubresauts et transformations contractuels que cette contribution est consacrée.

Seront successivement examinées les causes, les conséquences, et, plus généralement, les règles qui encadrent, dans les secteurs classiques:

- la modification (I);
- la suspension (II);
- la transmission (III);
- l'extinction (IV);
- et, enfin, la reconduction du marché (V).

\*  
\* \*

Dagelijks leert de praktijk ons dat de overeenkomst niet het "rustig kabbelend beekje" is dat haar opstellers wensen dat ze zou zijn. Samen met Wery moet worden vastgesteld dat "divers avatars peuvent influencer sur le cours normal de la convention: le contrat peut faire l'objet d'une modification; il peut être cédé, il peut se voir frappé de suspension; enfin, le contrat peut prendre fin prématurément, sans que les parties n'aient obtenu la satisfaction escomptée"<sup>2</sup>. De overeenkomsten afgesloten in het kader van de overheidsopdrachten ontsnappen niet aan

<sup>1</sup> P. WERY, "Le contrat: sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction", *Guide juridique de l'entreprise*, Bruxelles, Kluwer, 2<sup>ème</sup> éd., livre 31bis, 2000, p. 9.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 9.

deze vaststelling. Hun bestaan is verre van star. Verschillende omstandigheden kunnen in feite het normale verloop van de uitvoering van de opdracht verstoren. Het is aan de studie van dat contractueel kunst- en vliegwerk dat deze bijdrage is gewijd.

Achtereenvolgens zullen de oorzaken worden onderzocht alsook de gevolgen en, meer algemeen, de regels die de klassieke sectoren omkaderen, voor wat betreft:

- de wijziging (I);
- de opschorting (II);
- de overdracht (III);
- de beëindiging (IV);
- en, tot slot, de reconductie van de overheidsopdrachten (V).

## Hoofdstuk I. De wijziging van overheidsopdrachten

**2. Inleiding** – Overheidsopdrachten zijn administratieve contracten en strekken in die zin de contracterende partijen in navolging van artikel 1134 BW in principe tot wet. Het forfaitaire karakter van deze opdrachten, hun vaak lange duurtijd en de fundamenteel ongelijke positie van de contracterende partijen noodzaken één of beide partijen gedurende de uitvoering ervan echter vaak om over te gaan tot een wijziging van de opdracht. Of dat steeds kan, en op welke wijze dan, wordt hier nader bekeken.

Het regime van de administratieve contracten – en in ruimere zin het administratief recht –, waartoe de overheidsopdrachten behoren, heeft een bijzonder karakter. Getuige daarvan is bijvoorbeeld de mogelijkheid waarover de administratieve overheid beschikt om af te wijken van het beginsel van de overeenkomst-wet, vervat in artikel 1134 BW. Zo kan een aanbestedende overheid bijvoorbeeld in het kader van overheidsopdrachten in bepaalde gevallen op grond van het algemeen belang overgaan tot een eenzijdige wijziging van een met een aannemer gesloten overeenkomst. Hetzelfde geldt echter, zij het niet op grond van het algemeen belang, ook voor de aannemer die door de wetgever in het kader van overheidsopdrachten in bepaalde gevallen kan overgaan tot een eenzijdige wijziging van de door hem met de aanbestedende overheid gesloten overeenkomst.

In dit hoofdstuk wordt de wijziging van overheidsopdrachten zoals ze voorligt in de Belgische wetgeving nader bekeken en wordt ze getoetst aan recente internrechtelijke en Europeesrechtelijke rechtspraak; doch enkel de wijziging van overheidsopdrachten bij de uitvoering van de overeenkomst. De wijziging bij de totstandkoming van overheidsopdrachten wordt niet behandeld, net zo min als de kaderovereenkomsten<sup>3+4</sup>.

3 Een kaderovereenkomst is een overeenkomst waarvan alle elementen voorafgaand aan het sluiten ervan nog niet zijn vastgelegd, maar die evolueert in functie van de uitvoering van de overeenkomst. Zie P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2009, 219, nr. 101.

4 De wijzigingen aangebracht aan de overheidsopdracht die volgens de onderhandelingsprocedure werd gegund, omdat de diensten om te bestellen niet op afdoende wijze konden worden bepaald bij het starten van de gunningsprocedure (artikel 17, § 3, 2° Overheidsopdrachtenwet 1993), zijn daarentegen wel wijzigingen aan die opdracht, aangezien tijdens de onderhandelingsprocedure, de prestaties wel gedefinieerd zijn kunnen worden.

Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de eenzijdige wijziging van overheidsopdrachten (sectie 1), en anderzijds de meerzijdige wijzigingen van overheidsopdrachten oftewel de wijzigingen bij wijzigingsovereenkomst of avenant (sectie 2).

De verlenging van overheidsopdrachten is ons inziens – zij het dan in een verbijzonderde vorm – een wijziging, en zal om deze reden niet apart worden behandeld.

Tenslotte zal de Belgische regelgeving worden getoetst aan de (recente) Europese en interne rechtspraak (sectie 3).

### Sectie 1. Eenzijdige wijziging van overheidsopdrachten

**3. Situering** – Eerst zal er worden stilgestaan bij de eenzijdige wijziging op grond van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst (§ 1), vervolgens bij de eenzijdige wijziging als instrument om het financieel evenwicht te bewaren (§ 2).

#### § 1. Het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst

**4. Theorie** – Het recht van de aanbestedende overheid om de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen en het gehouden zijn van de aannemer alle toevoegingen, weglatingen en wijzigingen aan de opdracht aan te brengen die de aanbestedende overheid in de loop van de uitvoering beveelt, vindt zijn grondslag in het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst.<sup>5</sup>

Het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst impliceert dat het statuut, de organisatie en de werking van de openbare dienst steeds door de openbare macht gewijzigd en aan de wisselende eisen van het algemeen belang aangepast kunnen worden.<sup>6</sup>

De overheid kan derhalve, in zoverre ze van een overeenkomst gebruik maakt om een openbare dienst te behartigen, eenzijdig raken aan haar contractuele afspraken en dit zelfs zonder dat haar dit recht uitdrukkelijk in de overeenkomst werd toegekend.<sup>7</sup>

De macht van de aanbestedende overheid om eenzijdig wijzigingen aan te brengen aan een overeenkomst is echter niet absoluut. Deze macht kan slechts uitgeoefend worden op grond van motieven van algemeen belang en mag niet leiden tot een ommekeer van de overeenkomst of van haar algemene economie, alsook niet van haar voorwerp.<sup>8+9</sup>

5 C. DE KONINCK, "Schade en schadeloosstelling bij de uitvoering van overheidsopdrachten", in C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2007, 356, nr. 418. Zie ook: F. DELOBBE en alii, "L'exécution de l'ouvrage", *Act. Dr.*, 1992, 68-70.

6 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 93, nr. 70. Zie ook: L. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, "La potestas variandi dans les contrats administratifs", in X. (ed.), *Etudes offertes au Professeur René Hostiou*, Paris, Litec, 2008, 485-498.

7 Cass., 31 mei 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1.159; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *TPR*, 1987, 1.736.

8 D. BATSELE, Ph. FLAMME en Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Brussel, Bruylant, 2001 (ed. 2), 309, nr. 348. Zie ook: C. DE KONINCK, op. cit., 358, nr. 419: Wanneer de aanbestedende overheid wijzigingen en aanpassingen aanbrengt aan een overheidsopdracht in uitvoering, blijken deze in de praktijk niet noodzakelijk voort te vloeien uit de (gewijzigde) noden van het algemeen belang, maar blijken deze nu en dan het gevolg te zijn van een onzorgvuldige voorbereiding van de kwetsieuzere overheidsopdracht. Bijv.: een gebrekkig of afwezig milieu- of geotechnisch onderzoek of een gebrekkige voorstudie of tekortkomingen in de plannen.

9 Zo is de aannemer van een overheidsopdracht tot aanneming van werken krachtens artikel 42 AAV enkel gehouden de eventuele toevoegingen, weglatingen en wijzigingen aan de opdracht aan te brengen, die de aanbestedende overheid in de loop van de uitvoering beveelt en die met het voorwerp van de opdracht samenhangen en binnen de perken ervan blijven, én slechts voor zover de totale waarde van de bijwerken niet méér dan 50% van het initieel bedrag van de opdracht bedraagt.

De theorie dat de aanbestedende overheid gerechtigd is om overheidsopdrachten eenzijdig te wijzigen op grond van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst wordt niet algemeen aanvaard. De voorstanders<sup>10</sup> steunen zich op de theorie van de administratieve contracten<sup>11</sup> om te stellen dat de aanbestedende overheid als publieke macht het recht heeft om de administratieve overeenkomst in het algemeen belang eenzijdig te wijzigen. De overheid treedt daarbij op als behoedster van het algemeen belang en kan bij contract met een particulier met deze niet op gelijke voet worden gesteld vermits het algemeen belang steeds voorrang dient te krijgen op het particulier belang.<sup>12</sup> De tegenstanders<sup>13</sup> stellen daarentegen dat de overheid als publieke macht de overeenkomst niet eenzijdig in het algemeen belang kan beëindigen of wijzigen.<sup>14</sup> Wanneer de overheid ter realisatie van haar doelstellingen een beroep doet op de privaatrechtelijke techniek van de overeenkomst, zijn de burgerrechtelijke regels dienaangaande principeel van toepassing.<sup>15</sup>

Of de aanbestedende overheid nu wel of niet over een eenzijdig wijzigingsrecht beschikt op grond van het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst is in de praktijk echter niet zo belangrijk, omdat de Koning het veranderlijkheidsbeginsel vertaald heeft naar de overheidsopdrachten.

**5. Consolidatie in de regelgeving** – In het kader van overheidsopdrachten werd het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst in de Belgische regelgeving bestendigt in vier fundamentele bepalingen<sup>16</sup>. Eerst en vooral in artikel 7 AUR<sup>17</sup>, dat luidt als volgt: "Ongeacht de wijze waarop de prijzen worden bepaald, is de aanbestedende overheid gerechtigd de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen, voor zover het voorwerp ervan onveranderd blijft en, zo nodig, mits een rechtmatige compensatie". Voorts in artikel 8 AUR, dat stelt dat: "Na gunning van de opdracht [niet] kan [worden afgeweken] van haar essentiële bepalingen en voorwaarden [...]".<sup>18</sup> Daarnaast in artikel

- 10 P. WIGNY, *Droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1962, 273; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1969, I, 165, nr. 120; A. DELVAUX en P. DEBROUX, "Règles générales régissant l'exécution des marchés publics", in *Guide de droit immobilier*, losbl., januari 1997, VII.3.4-5; C. DE KONINCK, *op. cit.*, 356-358, nrs. 418-420; W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, *op. cit.*, 1.736.
- 11 W. VAN GERVEN en M. WYCKAERT, *op. cit.*, 1715-1716: Administratieve contracten zijn die groep van overeenkomsten waarop, zelfs bij gebreke van enige formele tekst in die zin, bepaalde algemene publiekrechtelijke beginselen toepassing vinden, die de normale burgerrechtelijke regels terzijde kunnen schuiven.
- 12 D. D'HOOGHE en M. GELDERS, "De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten: overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessie van openbare dienst", in *Tendensen in het Bedrijfsrecht. De eenzijdige wijziging van het contract*, Brussel, Bruylant, 2003, 99, nr. 7.
- 13 *Ibidem*, 95-107, nrs. 2-19; S. BAETEN, P. DE BOCK, K. LEMMENS, J. OLIVIER en K. LEUS, "Enige bedenkingen omtrent het juridisch kader van de convenanten", *T. Gem.*, 2001, 20-21; M. GELDERS, "Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken", *RW*, 2003-2004, 521, nrs. 1-2.
- 14 D. D'HOOGHE en M. GELDERS, *op. cit.*, 100, nr. 9.
- 15 M. GELDERS, *op. cit.*, 521, nr. 1.
- 16 Voor een algemeen commentaar, zie: Omz. BZ-OVO-08-02, Overheidsopdrachten – handleiding onderzoek schadevergoedingseisen bij overheidsopdrachten, goedgekeurd door de Vlaamse regering op 5 december 2008, [www.vlaanderen.be/overheidsopdrachten/schadevergoedingshandleiding.htm](http://www.vlaanderen.be/overheidsopdrachten/schadevergoedingshandleiding.htm).
- 17 Koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, BS, 18 oktober 1996, 26.830, hierna verkort AUR.
- 18 De in artikel 8 AUR vermelde bevoegdheid tot afwijking betreft niet de eenzijdige wijzigingen waartoe het bestuur heeft besloten met het oog op de behartiging van het algemeen belang, maar deze ten voordele van de medecontractant.

42 AAV<sup>19</sup>, dat een opsomming bevat van de verschillende gevallen waarbij een bestaande overeenkomst kan worden gewijzigd en van hoe de gevolgen van deze wijzigingen moeten worden geregeld, en dat, voor wat betreft de aannemingsovereenkomsten voor werken<sup>20</sup>, in samenhang dient gelezen te worden met artikel 7 AUR.<sup>21</sup> En tenslotte in artikel 16 AAV dat de aannemer beschermt dankzij de versoepeling en humanisering van klassieke begrippen als "forfait" en "overmacht".<sup>22</sup>

**6. Artikel 7 AUR** – Krachtens artikel 7 AUR is de aanbestedende overheid, ongeacht de wijze waarop de prijzen worden bepaald, gerechtigd de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen, voor zover het voorwerp ervan onveranderd blijft en, zo nodig, mits een rechtmatige compensatie.

De veranderlijkheid van de openbare dienst is één van de principes van het administratief recht en, vertaald naar de overheidsopdrachten, betekent het onder meer de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de al gesloten overeenkomsten te wijzigen.

Met "rechtmatige compensatie" wordt in de eerste plaats het opvangen van de gevolgen van de bevolen wijzigingen door verrekeningen bedoeld. Het is slechts wanneer de aannemer kan bewijzen dat de hem toegestane prijs- en termijn aanpassingen niet volstaan om het door hem als gevolg van de wijziging geleden verlies op te vangen, dat een vergoeding kan verschuldigd zijn.<sup>23</sup>

Artikel 7 AUR is enkel van toepassing op de aanbestedende overheid.

**7. Artikel 42 AAV** – Voor overheidsopdrachten voor aanneming van werken wordt het krachtens artikel 7 AUR aan de aanbestedende overheid toegekende wijzigingsrecht nader uitgewerkt in artikel 42 AAV.

Artikel 42, § 1 AAV stelt dat de aannemer ertoe gehouden is alle wijzigingen aan de opdracht aan te brengen die de aanbestedende overheid in de loop van de uitvoering beveelt, in zoverre die wijzigingen met het voorwerp van de opdracht samenhangen en binnen de perken ervan blijven, de totale waarde van de bijwerken niet meer dan 50% van het oorspronkelijke bedrag van de opdracht bedraagt, de wijzigingsbevelen schriftelijk worden gegeven en de wijzigingen, die aan de oorspronkelijke bepalingen van de opdracht en aan de plannen moeten worden aangebracht, aangeduid worden.

- 19 Algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken, BS, 18 oktober 1996, 26.880, hierna verkort AAV en opgenomen als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.
- 20 De AAV bevat geen gelijkaardige bepaling met betrekking tot overheidsopdrachten voor leveringen of diensten.
- 21 M. GELDERS, *op. cit.*, 521-533.
- 22 M.-A. FLAMME, *opm. onder RvS*, 9 maart 2006, nr. 156.161, SA WATCO, *T. Aann.*, 2007, 140, nr. 2.
- 23 Bijv.: wanneer door de wijziging van een bepaald onderdeel van de opdracht, er een belangrijke verstoring optreedt bij de uitvoering van een ander deel. De bewezen gevolgen van die verstoring zullen dan in aanmerking komen voor vergoeding.

Krachtens artikel 42, § 2, tweede lid AAV kan elke partij<sup>24</sup> een herziening van de eenheids-prijzen eisen voor de bijwerken van dezelfde aard en beschreven in dezelfde termen als in de post van de opmetingsstaat wanneer de bijkomende werken het drievoudige overtreffen van de hoeveelheid voorzien in de betreffende post van de opmetingsstaat, of wanneer de prijs van de supplementen die betrekking hebben op de betreffende post 10%<sup>25</sup> van het bedrag der aanneming overtreft. Belangrijk hierbij is de term "bijwerken". Immers, de in deze bepaling voorziene herzieningsmogelijkheid is enkel van toepassing op de door de aanbestedende overheid bevolen "bijwerken" en niet op overschrijdingen die voortvloeien uit een onderschatte raming van de vermoedelijke hoeveelheden.<sup>26</sup> Deze herzieningsregeling is echter niet van toepassing op een opdracht waarvoor een globale prijs het geheel van de prestaties dekt.<sup>27</sup>

Elke partij kan, overeenkomstig artikel 42, § 2, vierde lid AAV tevens een herziening van de eenheidsprijzen eisen wanneer de hoeveelheid, die wordt onttrokken aan een post van de opmetingsstaat, meer dan het vijfde van de aanvankelijk aangeduide hoeveelheid belooft.

Wanneer de wijzigingen op bevel van de aanbestedende overheid leiden tot één of meer verminderingen, waarvan het geheel een vermindering van de oorspronkelijke aannemingsom veroorzaakt, heeft de aannemer, luidens artikel 42, § 4 AAV, recht op een forfaitaire vergoeding van 10% van deze vermindering, welk ook het uiteindelijk bedrag van de opdracht zij. Wanneer de vermindering van de oorspronkelijke aannemingsom daarentegen niet het gevolg is van bevolen wijzigingen, maar wel van de normale speling van de vermoedelijke hoeveelheden, mag ze niet in aanmerking genomen worden, evenmin als de vermindering die het resultaat is van de toepassing van de contractuele prijsherzieningsformule. Deze laatste is immers begrepen in de oorspronkelijke prijs.<sup>28</sup>

Artikel 42, § 6 AAV voorziet dat wanneer, onafhankelijk van elke door de aanbestedende overheid aangebrachte wijziging aan de opdracht, de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden van een post volgens prijslijst het drievoudige overtreffen of minder bedragen dan de helft van de vermoedelijke hoeveelheden, ieder der partijen de herziening van de oorspronkelijke eenheidsprijzen en uitvoeringstermijnen kan vragen. Deze regeling heeft enkel betrekking op het louter spel van de vermoedelijke hoeveelheden, los van om het even welke wijziging aan de opdracht<sup>29</sup>. Ze is enkel van toepassing op prijzen tegen prijslijst, zodat drastische schommelingen in forfaitaire

24 M.a.w. zowel de aannemer, als de aanbestedende overheid. Dat is een toepassing van het wederkerigheidsbeginsel. De aanbestedende overheid maakt hier echter weinig gebruik van.

25 Met een minimum van 1.350 €.

26 C. DE KONINCK, *op. cit.*, 428, nr. 544. Zie ook: Cass., 13 februari 2003, *JLMB*, 2004, 297-282; M. GELDERS, "Omtrent de herziening van de eenheidsprijzen op grond van artikel 42, § 2 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden", (noot onder Cass., 13 februari 2003), *RW*, 2003-2004, 1501-1503.

27 M. GELDERS, *op. cit.*, 1502.

28 C. DE KONINCK, *op. cit.*, 430, nr. 552.

29 Met dien verstande dat op grond van een cassatiearrest van 2 april 2009 (C.07.0516.F) de berekening van de prijsherziening in het kader van art. 42, § 6, AAV:  
– niet lijkt te mogen gebeuren op grond van de oorspronkelijke inschrijvingsprijzen maar wel op grond van de werkelijke kostprijs of van een methode die steunt op inschrijvingseenheidsprijzen die na de opmaak van de offerte worden geëvalueerd;  
– en dat van de vergoeding geen bedrag mag worden afgetrokken om rekening te houden van de foutenmarge eigen aan de werking van de vermoedelijke hoeveelheden.

prijzen of posten tegen globale som geenszins voor een herziening in welke zin dan ook in aanmerking kunnen komen.<sup>30</sup>

## § 2. De eenzijdige wijziging als instrument om het financieel evenwicht van de overeenkomst te bewaren

**8. Situering** – Niet enkel in geval van wijziging, zoals supra behandeld, maar ook als de uitvoering van de opdracht wordt verstoord door een feit<sup>31</sup> dat aan de aanbestedende overheid ten laste kan worden gelegd, of door een onvoorziene omstandigheid heeft de aannemer recht op een herstel van het financieel evenwicht van de overeenkomst.<sup>32</sup> Om dat financieel evenwicht te kunnen bewaren heeft de Belgische regelgeving een aantal instrumenten uitgewerkt.

Artikel 16 AAV, dat de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheidsregels omzet naar de materie van de overheidsopdrachten<sup>33</sup>, biedt de aannemer de mogelijkheid om een herziening van de opdracht te bekomen ofwel ten gevolge van nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die hij de aanbestedende overheid ten laste kan leggen en die voor hem de oorzaak kunnen zijn van een vertraging en/of een nadeel, ofwel ten gevolge van onvoorziene omstandigheden. Hetzelfde geldt voor de aanbestedende overheid. Dit is een toepassing van het wederkerigheidsbeginsel<sup>34</sup>.

Er moet echter een onderscheid gemaakt worden op het niveau van de uitvoerbaarheid. Artikel 16 AAV kent de contracterende partijen een recht toe. In de in artikel 16 AAV opgesomde specifieke gevallen beschikken de aannemer en de aanbestedende overheid over het recht om de wijziging van de overheidsopdracht te "bekomen" of te "vragen". Wanneer één van hen de overheidsopdracht krachtens artikel 16 AAV wenst te wijzigen en de ander hiermee instemt, is er sprake van een bilaterale of meezijdige wijziging en bestaat er op het niveau van de uitvoerbaarheid geen onderscheid. Er bestaat dan een gelijke regeling voor de aannemer en de aanbestedende overheid.

Wanneer er echter geen overeenstemming is<sup>35</sup>, moet er op het vlak van de uitvoerbaarheid wel een onderscheid gemaakt te worden tussen de aannemer en de aanbestedende overheid. De aannemer zal zijn recht in dat geval via de rechter moeten afdwingen en alzo de aanbestedende overheid eenzijdig de wijziging van de overeenkomst opleggen.

De aanbestedende overheid zal echter niet genoodzaakt zijn om de gerechtelijke weg te behandelen aangezien haar beslissingen op grond van het "privilège du préalable" geacht worden

30 C. DE KONINCK, *op. cit.*, 432, nr. 556.

31 Het feit dat men spreekt van een "ten laste legbaar feit" en niet van een "fout" is belangrijk. Op deze wijze wordt er, aldus M.-A. FLAMME en A. DELVAUX, rekening gehouden met de specificiteit van overheidsopdrachten en van de beperkingen die op de aanbestedende overheid kunnen rusten ten gevolge van de evolutie van het algemeen belang die de noodzaak tot wijzigingen, toevoegingen of verbrekings met zich mee kan brengen. Zie hieromtrent: M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1969, II, nr. 6; A. DELVAUX en P. DEBROUX, *op. cit.*, VII.3.4-6.

32 A. DELVAUX en P. DEBROUX, *op. cit.*, VII.3.4-6.

33 Zie hieromtrent: J. NOEL (ed.), *Les Marchés Publics. Droits belge et européen. Principes et applications*, I, Charleroi, Esimap, 2001, 578-581, nrs. 693-697; C. DE KONINCK, *op. cit.*, 379, nr. 459.

34 C. DE KONINCK, *op. cit.*, 379 en 389, nr. 460 en 477.

35 Of wanneer de aannemer rechtstreeks naar de rechter stapt of de aanbestedende overheid onmiddellijk gebruik maakt van haar voorrecht.

gelijkvormig te zijn met het recht en dat vermoeden geldt zonder dat zij vooraf beroep moet doen op de rechter<sup>36</sup>.

Hierna wordt eerst nader ingegaan op de eenzijdige wijziging van de overeenkomst door de aannemer krachtens artikel 16 AAV (A). Vervolgens zal deze door de aanbestedende overheid worden onderzocht (B).

Tenslotte wordt even stilgestaan bij een bijzonder geval, met name dat van de heffingen bedoeld in artikel 13, § 3 AAV (C).

#### A. Eenzijdige wijziging door de aannemer

**9. Artikel 16, § 1, eerste lid AAV** – De aannemer kan zich op basis van artikel 16, § 1, eerste lid AAV beroepen op nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die hij aan de aanbestedende overheid of haar personeel ten laste legt en die voor hem oorzaak zouden zijn van een vertraging en/of een nadeel, met het oog op het verkrijgen van een herziening<sup>37</sup> van de opdracht en/of schadevergoeding<sup>38,39</sup>.

**10. Artikel 16, § 2, 1° AAV** – Daarnaast kan de aannemer<sup>40</sup>, wanneer hij een zeer belangrijk nadeel heeft geleden, voor omstandigheden waaraan de aanbestedende overheid vreemd is, krachtens artikel 16, § 2, 1° AAV om herziening van de overeenkomst vragen, door omstandigheden te doen gelden, die hij redelijkerwijze niet kon voorzien bij het indienen van de offerte of de gunning van de opdracht, die hij niet kon ontwijken en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen alhoewel hij al het nodige daarvoor heeft gedaan, de zogenaamde onvoorziene omstandigheden.

Opdat artikel 16, § 2, 1° AAV toepassing zou kunnen vinden, moeten de omstandigheden waarop de aannemer zich beroept redelijkerwijs onvoorzienbaar, onvermijdbaar en onverhelpbaar zijn, mogen deze omstandigheden niet te wijten zijn aan een fout of nalatigheid van de

36 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 7, nr. 8.

37 Onder "herziening" dient te worden verstaan de aanpassing of wijziging van de contractuele clausules en voorwaarden van de overheidsopdracht aan de in artikel 16 AAV bedoelde feiten en omstandigheden.

38 Wanneer artikel 16, § 1 AAV van toepassing is, kan de aannemer aanspraak maken op een integrale schadevergoeding van de door hem geleden schade. Dat is niet het geval voor een schadevergoeding krachtens artikel 16, § 2 AAV. In dat geval kan er geen aanspraak gemaakt worden op een integrale schadevergoeding omdat artikel 16, § 2 AAV enkel een herstel van het contractuele evenwicht beoogt. Hierbij moet een zekere moderatie in acht genomen worden bij de bepaling van de diverse posten van de vergoeding, in die zin dat de moderatie duidelijk aantoonbaar is, evenwel zonder dat achteraf een bepaald deel van de berekende vergoeding in mindering zou zijn gebracht. Er is derhalve geen sprake van een integrale maar wel een bijna integrale schadevergoeding in het kader van een herziening krachtens artikel 16, § 2 AAV. Hierop bestaat één uitzondering, namelijk de zuivere meerprestaties, op voorwaarde dat er sprake is van een zeer belangrijk nadeel en dat ze veroorzaakt zijn door grondmechanische omstandigheden. Zie hieromtrent: Cass., 28 september 1989, *Tijds. Aan.*, 1990, 123, met commentaar van A. DELVAUX; Cass., 8 maart 1991, *Pas.*, 1991, I, 637 en *RW*, 1990-1991, II, 1447.

39 Bijv.: geen toegang tot de plaats waar de levering moet gebeuren, fouten in de door de aanbestedende overheid aan de aannemer verstrekte documenten of het ontbreken of de onvolledigheid van de door de aanbestedende overheid voor de studie te verstrekken gegevens.

40 Enkel de aannemer. Bij de eenzijdige verbreking van de opdracht in geval van onvoorziene omstandigheden is er geen wederkerigheid voorzien. De aanbestedende overheid kan niet overgaan tot een verbreking wanneer de aannemer een groot voordeel heeft genoten ten gevolge van onvoorziene omstandigheden. Zie: artikel 16, § 2, 4° AAV.

aannemer of van de aanbestedende overheid, en moeten ze de aannemer een zeer belangrijk nadeel berokkend hebben.<sup>41</sup>

Een omstandigheid kan als onvoorzien worden beschouwd, wanneer zij volledig vreemd is aan een feit of een fout van de partijen, redelijkerwijs onvoorzienbaar is bij het sluiten van de overeenkomst, een abnormaal karakter vertoont – zoniet gaat het slechts om een eenvoudige moeilijkheid die binnen de grenzen der aannemingsrisico's valt – en een ernstige verzwaring tot gevolg heeft van de aannemingslasten of een verstoring van de economie van het contract.<sup>42+43</sup>

De omstandigheid mag logischerwijze ook niet te wijten zijn aan een fout of een nalatigheid van de aanbestedende overheid of haar personeel. Immers, in dat geval is artikel 16, § 1 eerste lid AAV van toepassing.

Daarnaast moet er sprake zijn van een "zeer belangrijk nadeel". Artikel 16, § 2 AAV vormt een uitzondering op onder meer de artikelen 1134, 1788 en 1793 BW en artikel 1, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet 1993<sup>44</sup> en kan derhalve slechts in uitzonderlijke toestanden toepassing vinden.<sup>45</sup> Artikel 16, § 2, 1° AAV mag niet door de aannemer aangewend worden om het normale risico dat op elke overeenkomst weegt teniet te doen. Het geleden nadeel moet "zeer belangrijk" zijn en zeker niet gelegen zijn in een gewone winstderving. Hoe zwaar een nadeel precies moet zijn om "zeer belangrijk" te worden geacht, behoort tot de appreciatiebevoegdheid van de rechter, die hiertoe rekening zal houden met het inschrijvingsbedrag<sup>46</sup> en de persoonlijke toestand van de aannemer<sup>47</sup>.

Gewoonlijk wordt er een onderscheid gemaakt tussen vier soorten van onvoorziene omstandigheden: overmacht of "force majeure"<sup>48+49</sup>, overheidsdaden of "faits du prince"<sup>50</sup>,

41 C. DE KONINCK, *op. cit.*, 390, nr. 478.

42 J. NOËL (ed.), *op. cit.*, 582, nr. 700; C. DE KONINCK, *op. cit.*, 90-391, nr. 479.

43 Zie ook: Luik, 28 juni 1995, *Pas.*, 1995, II, 36-42.

44 Artikel 1, § 1, Overheidsopdrachtenwet 1993 bepaalt dat overheidsopdrachten op forfaitaire basis moeten worden gegund.

45 Dergelijke uitzonderingsbepalingen dienen ook steeds restrictief te worden uitgelegd. Zie ook: M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1969, II, nr. 966; C. DE KONINCK, *op. cit.*, 388-389, nr. 476.

46 Zie M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, C. DARDENNE, A. DELVAUX en Ph. MATHEI, *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, II, Brussel, 1997 (ed. 6), 415, nr. 22: Uit de rechtspraak van hoven en rechtbanken blijkt dat zodra de geleden schade 3% van het inschrijvingsbedrag van de opdracht heeft bereikt, er sprake is van een zeer belangrijk nadeel.

47 Cass., 1 oktober 1998, *Arr. Cass.* 1998, 927-929.

48 Bijv. abnormaal slecht weer voor de plaats en het seizoen (in zoverre door de aanbestedende overheid erkend), overstroming, staking, oorlog of niet-foutieve daden van derden. Zie ook: Artikel 16, § 2, 2°, AAV: "Dienen als [dergelijke] omstandigheden [te worden] beschouwd, de ongunstige weersomstandigheden en de gevolgen hiervan, doch slechts in de mate waarin ze door de aanbestedende overheid als abnormaal worden erkend, voor de plaats en voor het seizoen". En ook: J. NOËL (ed.), *op. cit.*, 582-584, nr. 702; C. DE KONINCK, *op. cit.*, 92-393, nrs. 480-483.

49 Het in gebreke blijven van een onderaannemer wordt beschouwd als een vorm van overmacht in hoofde van de aannemer. Krachtens artikel 16, § 2, 3°, AAV kan het echter enkel dienstig door de aannemer worden aangevoerd, in zoverre de onderaannemer zich kan beroepen op onvoorziene omstandigheden die de aannemer zelf had kunnen invoeren indien hij zich in een gelijkaardige toestand zou hebben bevonden.

50 Het betreft hier de inwerking op de overheidsopdracht van maatregelen die de aanbestedende overheid neemt in het kader van haar algemene overheidsmacht. Bijv. nieuwe milieumaatregelen rond stortbeperkingen of materiaalkeuze.

grondmechanische omstandigheden of "sujétions imprévues"<sup>51</sup> en socio-economische omstandigheden volgens de imprevisieer<sup>52</sup>.

Omstandigheden die niet in aanmerking komen als onvoorziene omstandigheid zijn de foutieve daden door bekende derden, in zoverre die daden geen verband houden met een contractuele relatie tussen die derden en de aanbestedende overheid. Immers, in dat geval zijn de omstandigheden niet "onverhelpbaar" in hoofde van de aannemer, aangezien hij op grond van artikel 1382 BW beschikt over een rechtstreeks en integraal vorderingsrecht tegen de gekende derden die hem schade berokkenen.<sup>53</sup>

#### B. Eenzijdige wijziging door de aanbestedende overheid

**11. Artikel 16, § 1, tweede lid AAV** – De aanbestedende overheid kan zich krachtens artikel 16, § 1, tweede lid AAV beroepen op nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die het aan de aannemer of zijn personeel ten laste legt, en die voor haar oorzaak zouden zijn van een vertraging en/of een nadeel, met het oog op het verkrijgen van een herziening van de opdracht.

Het is wel zo dat de aanbestedende overheid daarnaast nog over tal van andere sanctiemogelijkheden tegenover de aannemer beschikt<sup>54</sup>, zodat de toepassing van artikel 16, § 1, tweede lid AAV in de praktijk weinig toepassing zal vinden.

**12. Artikel 16, § 2, 4° AAV** – Krachtens artikel 16, § 2, 4° AAV kan de aanbestedende overheid ook om herziening van de opdracht vragen wanneer de aannemer een zeer belangrijk voordeel genoten heeft ten gevolge van onvoorziene omstandigheden.<sup>55</sup>

Naar analogie met het "zeer belangrijk nadeel" in hoofde van de aannemer moet er, opdat artikel 16, § 2, 4° AAV toepassing zou kunnen vinden, sprake zijn van een "zeer belangrijk voordeel". Een "(gewoon) belangrijk voordeel" of enkel een "voordeel" volstaan niet. In de praktijk zal het voor de aanbestedende overheid echter niet vanzelfsprekend zijn om gewoon nog maar een voordeel in hoofde van de aannemer vast te stellen; laat staan om de grootte van dat voordeel te kunnen evalueren.<sup>56</sup>

51 Dit zijn problemen in de ondergrond. Bijv. onbekende ondergrondse omwallingsoverblijfselen of de aanwezigheid van rotsformaties die zelfs na een degelijk gevoerd sonderingsonderzoek onopgemerkt bleven.

52 Het betreft hier de inwerking van de algemene socio-economische toestand op de overheidsopdracht. Bijv. abnormale materiaalprijsstijgingen of abnormale muntpariteitsschommelingen.

53 Bijv. de hinder die de aannemer bij werken ondervindt van vergunningshouders die hun nutsleidingen laattijdig verplaatsen, ook al heeft de aanbestedende overheid tijdig een verplaatsingsbevel gegeven en treft hem anderszins geen enkele fout.

54 Bijv.: verdragingsboetes, ambtshalve maatregelen, kortingen, verbrekings- of erkenningsstrafes.

55 De aanbestedende overheid is in dat geval evenwel verplicht om de wijziging te vragen ten laatste negentig kalenderdagen volgend op de datum van de betekening van het proces-verbaal van voorlopige oplevering van de opdracht, alsook om, op straffe van verval, de aannemer zo snel mogelijk schriftelijk op de hoogte te brengen van deze omstandigheden, door hem in het kort te wijzen op de invloed die zij op het verloop en op de kostprijs van de opdracht hebben gehad of zouden kunnen hebben.

56 J. Noel (ed.), *op. cit.*, 588-589, nr. 708.

#### C. Gemeenschappelijke bepaling

**13. Artikel 13, § 3 AAV** – Artikel 13, § 3 AAV betreft heffingen<sup>57</sup> die pas bekendgemaakt worden nadat de aannemer zich via zijn offerte verbonden heeft en die bijgevolg bij het opmaken ervan niet bekend waren. Daardoor kon de aannemer er in zijn prijzen geen rekening mee houden en hebben ze dus een onvoorziene en onvermijdbaar karakter.

Normaliter zou in dat geval artikel 16, § 2 AAV van toepassing zijn en zou er noodzakelijkerwijze sprake moeten zijn van een zeer belangrijk nadeel of een zeer belangrijk voordeel om tot een wijziging van de overeengekomen prijzen te kunnen komen.

Artikel 13, § 3 AAV heeft daar duidelijk van willen afwijken en geeft zowel de aannemer als de aanbestedende overheid<sup>58</sup> het recht op volledige vergoeding van respectievelijk het bewezen nadeel of het bewezen voordeel, in zoverre het bewijs van de werkelijke omvang wordt geleverd, de wijziging niet opgevangen wordt door toepassing van de prijssherzieningsformule en de uitvoering van de opdracht zich niet in een aan de aannemer te wijten periode van vertraging bevindt.

Aangezien artikel 13, § 3 AAV de toepasselijkheid van artikel 16, § 2 AAV niet uitsluit, kunnen beide bepalingen cumulatief worden toegepast.

#### Sectie 2. De meezijdige wijziging van overheidsopdrachten

**14. Situering** – Wat betreft de meezijdige wijziging van overheidsopdrachten dient er een onderscheid gemaakt te worden enerzijds de meezijdige wijziging op grond van een recht toegekend door de AAV, en anderzijds de meezijdige wijziging bij het ontbreken van een dergelijk recht.

**15. Recht toegekend door de AAV: artikel 16** – Artikel 16 AAV kent de contracterende partijen het recht toe om in geval van onvoorziene omstandigheden, of in geval van nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die de andere contracterende partij ten laste kunnen gelegd worden en die voor hen de oorzaak kunnen zijn van een vertraging en/of een nadeel, de wijziging van de overheidsopdracht te "bekomen" of te "vragen".

Wanneer de andere contracterende partij instemt met de krachtens dat recht gevraagde wijziging, is er sprake van een meezijdige wijziging op grond van een recht toegekend door de AAV.

**16. Geen recht toegekend: de wijzigingsovereenkomst of avenant** – Wanneer de wetgever geen expliciet wijzigingsrecht voorzien heeft, dient er, bij gebrek aan specifieke bepalingen hieromtrent, teruggerepen te worden naar de algemene regels van het burgerlijk recht.

Artikel 1134 BW bepaalt dat alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan degenen die ze hebben aangegaan tot wet strekken. Ze kunnen niet worden herroepen dan met de wederzijdse toestemming van de contracterende partijen of op gronden door de wet erkend.

57 Bijv.: milieuheffingen of retributies.

58 Net zoals artikel 16 AAV voorziet artikel 13, § 3 AAV in de mogelijkheid tot wederkerigheid van de vordering.

Overeenkomsten kunnen in principe dus niet gewijzigd worden tenzij met wederzijdse toestemming van de contracterende partijen. In dat geval is er sprake van een nieuwe wilsovereenkomst en dus ook een nieuwe overeenkomst.

Deze nieuwe wijzigingsovereenkomst, ook wel avenant genaamd, is een accessorium van de oorspronkelijke opdracht en wordt als het ware door de oorspronkelijke opdracht opgeslorpt om alzo één overeenkomst uit te maken.

De techniek van de avenant laat de contractpartijen van een overheidsopdracht toe om met wederzijdse toestemming de oorspronkelijke opdracht te wijzigen zonder daarvoor een nieuwe opdracht, met de daarbij behorende nieuwe gunningsprocedure en publiciteitsvereisten, te moeten starten.

### Sectie 3. De Belgische situatie getoetst aan de rechtspraak

**17. Europa** – De wijziging van een gecontracteerde opdracht kan in bepaalde gevallen een nieuwe overheidsopdracht uitmaken die het voorwerp moet zijn van een nieuwe gunningsprocedure.<sup>59</sup>

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat zulks het geval is voor wijzigingen die als "wezenlijk" moeten worden beschouwd.<sup>60</sup> Een wijziging is wezenlijk als ze kenmerken vertoont die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doet blijken van de wil van de partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst.<sup>61</sup>

In het arrest *pressetext Nachrichtenagentur* somde het Hof van Justitie een aantal gevallen op van dergelijke wezenlijke wijzigingen.

De wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.<sup>62</sup>

Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst kan eveneens als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Zie ook S. ARROWSMITH, "Amendments to specifications under the European Public Procurement Directives", *PPLR*, 1997, 128; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londen, Sweet & Maxwell, 2005, 287-296; D. D'HOOGHE en M. GELDERS, *op.cit.*, 108; D. D'HOOGHE en F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 110.

<sup>60</sup> HvJ, 5 oktober 2000, C-337/98, Commissie/Frankrijk, r.o. 46 en 49; HvJ, 29 april 2004, C-496/99, Commissie/CAS Succhi di Frutta SpA, r.o. 117-118; HvJ, 19 juni 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, r.o. 34.

<sup>61</sup> HvJ, 19 juni 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, r.o. 34.

<sup>62</sup> r.o. 35.

<sup>63</sup> r.o. 36.

Een wijziging kan ook als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.<sup>64</sup>

In het algemeen blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat er sprake is van een wezenlijke wijziging wanneer de wijziging, indien zij initieel was voorzien in de documenten van toepassing op de gunningsprocedure, zou hebben geleid tot de toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, de inschrijvers in staat zou hebben gesteld een inhoudelijk andere offerte in te dienen of tot de keuze voor een andere offerte zou hebben geleid dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.<sup>65</sup>

**18. België** – Een wijziging van de voorwaarden van de opdracht, met inbegrip van de verlenging ervan, is onwettig als zij niet steunt op voldoende draagkrachtige motieven.<sup>66</sup> De noodzaak de voorwaarden van de opdracht aan te passen aan uitzonderlijke of onvoorziene omstandigheden is in principe aanvaardbaar als verantwoording.<sup>67</sup>

**19. Kritische bedenkingen** – Het arrest *pressetext Nachrichtenagentur* heeft belangrijke gevolgen voor de problematiek van de wijzigbaarheid van bestaande en lopende overeenkomsten inzake overheidsopdrachten. In dat arrest stelt het Hof van Justitie dat de wezenlijke wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht een nieuwe opdracht uitmaakt die het voorwerp moet zijn van een nieuwe gunningsprocedure met de daarbij horende publiciteitsvereisten.<sup>68</sup>

Omtrent de invulling van het begrip "wezenlijke wijziging" geeft het Hof een aantal concrete toetsingscriteria aan de hand van de welke het Hof vervolgens de in die zaak concreet voorliggende wijzigingen gaat analyseren. Een definitie blijft echter achterwege. Dat maakt dat het begrip "wezenlijke wijziging" een blanco-norm is. Dit kan een voordeel zijn, zij het niet voor de juridische zekerheid.

Daarnaast kan niet anders dan worden vastgesteld dat de notie van de "wezenlijke wijziging" moeilijk of zelfs niet verenigbaar is met de huidige Belgische wetgeving. Zo bepaalt artikel 8 AUR totaal het tegenovergestelde van wat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak stelt.

Tenslotte dient de vraag gesteld te worden of een "wezenlijke wijziging" ingegeven door een onvoorziene omstandigheid of overmacht, overeenkomstig artikel 16, § 2 AAV, wel degelijk het voorwerp moet uitmaken van een nieuwe gunningsprocedure.

<sup>64</sup> r.o. 36.

<sup>65</sup> HvJ, 29 april 2004, C-496/99, Commissie/CAS Succhi di Frutta SpA, r.o. 116; HvJ, 19 juni 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, r.o. 35. Voor een grondige bespreking zie: F. VANDENDRIESSCHE en P. DE KEYSER, "Hoofdstuk II. Toepassingsgebied van de wetgeving: overheidsopdrachten", in D. D'HOOGHE (ed.), *De Gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 177-183; C. DE WOLF, "Europese rechtspraak", *T. Aann.*, 2009, 186-201.

<sup>66</sup> M.-A. FLAMME, *opm. onder RvS*, 9 maart 2006, nr. 156.161, SA WATCO, *T. Aann.*, 2007, 147-148, nr. 13.

<sup>67</sup> F. VANDENDRIESSCHE en P. DE KEYSER, *op. cit.*, 181, nr. 274.

<sup>68</sup> De onderhandelingsprocedure in het kader van de artikel 17, § 2, 2°, a) en 17, § 2, 3°, b) overheidsopdrachtenwet 1993 [analoog in de overheidsopdrachtenwet 2006: artikel 26, § 1, 2°, a) en 3°, b) en c)] vormt een uitzondering op de vereisten van publiciteit.



## Chapitre II. La suspension du marché

**20.** Sans que le lien contractuel se trouve rompu, le déroulement normal du contrat peut être perturbé par la suspension de l'exécution de toutes ou de certaines de ses obligations. Le contrat, qui continue à exister, se trouve alors temporairement "gelé dans ses effets"<sup>69</sup>. Cette interruption temporaire de l'exécution du marché se produit, le plus souvent, par le fait ou à l'initiative des parties ou de l'une d'entre elles, voire encore à la suite de la survenance d'un événement indépendant de leurs volontés.

En droit commun<sup>70</sup>, outre le fait que les cocontractants peuvent toujours décider de suspendre de commun accord leurs relations contractuelles, l'exception *non adimpleti contractus* permet, dans les contrats synallagmatiques, au créancier de se dispenser d'honorer ses obligations aussi longtemps que le débiteur défaillant n'accomplit pas les siennes. La force majeure, lorsqu'elle n'engendre qu'une impossibilité temporaire d'exécution de l'obligation du débiteur et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai initialement convenu, suspend également l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique.

La réglementation des marchés publics déroge, en partie, à ces principes. Des règles particulières s'appliquent, en effet, tant dans la situation où l'une des parties au contrat désire en paralyser l'exécution en réaction à un défaut d'exécution d'une obligation contractuelle de l'autre partie (§ 1<sup>er</sup>), que lorsque la suspension intervient comme mode de sauvegarde du marché qui ne peut, pour une raison ou une autre, momentanément être exécuté<sup>71</sup> (§ 2). A ces deux causes de suspension du marché s'en ajoute une troisième: l'interdiction ordonnée par un juge de poursuivre l'exécution du contrat afin de protéger les droits d'un tiers intéressé (§ 3).

### § 1. La suspension du marché comme sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle

**21. Rejet de l'exception *non adimpleti contractus* en faveur de l'adjudicataire** – La situation de l'adjudicataire et celle du pouvoir adjudicateur par rapport au droit de pouvoir faire application de l'exception d'inexécution doivent être distinguées.

A l'inverse de ce qui est prévu pour le pouvoir adjudicateur, l'on exclut en effet généralement que l'adjudicataire puisse faire application de cette exception<sup>72</sup>. Cette règle trouverait son fondement dans le principe de continuité du service public<sup>73</sup>.

69 P. WERY, *op. cit.*, p. 28.

70 VOY, L. CORNELIS, "De schorsing van verbintenissen", *TPR*, 2008, pp. 467-506.

71 Pour reprendre une distinction développée par X. THUNIS, "La suspension du contrat", in *La fin du contrat*, Bruxelles, Larcier, CUP, 2001, Vol. 51, pp. 43-75, spéc. p. 49.

72 A. DELVAUX et P. DEBROUX, "Règles générales régissant l'exécution des marchés publics", in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 163. Addé: *Rapport public 2008 du Conseil d'Etat de France, Le contrat, mode d'action et de production de normes*, Paris, La documentation française, p. 122, note 429.

73 A. DELVAUX, "L'exécution de l'ouvrage et le Cahier général des charges régissant les marchés publics de travaux et services", *Act. dr.*, 1992, p. 48; M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, C. DARDENNE, A. DELVAUX et Ph. MATHEI, *Commentaire pratique des marchés publics*, Bruxelles, CNC, 1996, t. 2, p. 327; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, 5<sup>ème</sup> éd., p. 26.

**22. Exception prévue par le C.G.Ch.** – L'article 15, § 6, du Cahier général des charges prévoit toutefois que lorsque, par la faute du pouvoir adjudicateur, le paiement n'a pas été effectué trente jours de calendrier après l'échéance du délai de paiement, l'adjudicataire peut ralentir le rythme d'exécution des travaux, fournitures ou services ou interrompre ceux-ci<sup>74</sup>. Qu'il décide effectivement de suspendre ou non ses prestations, l'adjudicataire a alors droit, en toute hypothèse, à une prolongation de délai d'exécution égale au nombre de jours de calendrier compris entre l'échéance de la période de trente jours précitée et la date du paiement, à condition que la demande en soit introduite par écrit avant l'expiration des délais contractuels.

Cette disposition qui permet en principe à l'adjudicataire de suspendre l'exécution du marché indépendamment de la circonstance qu'il a déjà reçu un certain montant du prix<sup>75</sup>, ne peut toutefois être invoquée que lorsque l'importance des paiements en retard au cours de la période considérée le justifie. Elle ne peut donc jouer en présence de montants modiques. Ainsi, un entrepreneur ne peut, sans violer le principe d'exécution de bonne foi des conventions, exiger l'interruption des travaux lorsque les sommes impayées s'élèvent à quelques 254,75 €<sup>76</sup>.

L'application de l'article 15, § 6, du C.G.Ch. n'est envisageable que pour les paiements tardifs du prix du marché. Ceci exclut le paiement tardif de dommages-intérêts pouvant être demandés sur la base de l'une ou l'autre disposition du Cahier général des charges, ainsi que le paiement tardif des intérêts de retard. Par ailleurs, il va de soi que cette disposition n'est d'aucun secours lorsque les retards de paiement surviennent après la fin du marché, puisque dans ce cas ce dernier ne peut plus être ni ralenti ni suspendu.

Le retard de paiement doit également être imputable à une faute du pouvoir adjudicateur. Dès lors, si l'administration peut se prévaloir d'un cas de force majeure, telle une grève<sup>77</sup>, pour justifier l'absence de paiement à l'échéance, l'adjudicataire ne peut ni ralentir ni interrompre l'exécution du marché. Par contre, il n'est pas requis que le retard de paiement perturbe nécessairement l'exécution normale du marché<sup>78</sup>.

En pratique, l'adjudicataire ne devrait toutefois courir le risque de ralentir ou d'interrompre l'exécution de ses obligations que lorsqu'il peut introduire une demande de prolongation des délais d'exécution du marché<sup>79</sup>. Dans le cas contraire, en effet, ces délais resteront inchangés, même en cas d'arrêt ou de ralentissement du marché<sup>80</sup>. Tout retard pourra dès lors donner lieu à la perception d'amendes, ainsi qu'à l'application de pénalités, ce qui pourrait, en définitive, s'avérer plus préjudiciable pour l'adjudicataire. Sans doute, ce dernier devrait pouvoir obtenir,

74 La décision de ralentir le rythme d'exécution des travaux, fournitures ou services, voire de les interrompre pour retard de paiement doit toutefois être notifiée par lettre recommandée à la poste adressée au pouvoir adjudicateur, quinze jours de calendrier au moins avant le jour de ralentissement du rythme d'exécution ou d'interruption effective.

75 Civ. Bruxelles, 19 septembre 1996, *Res. Jur. Imm.*, 1996, p. 103.

76 Gand, 7 mars 2008, *NJW*, 2008, liv. 182, p. 410.

77 J. NOEL (dir.), *Les marchés publics. Droits belge et européen*, Charleroi, Esimap, 2001, vol. I, p. 575, n° 688.

78 Cass., 28 janvier 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 293, note A. DELVAUX et T. BEGUIN.

79 Si le délai contractuel vient à expirer après l'envoi de la lettre notifiant sa décision d'interrompre ou de ralentir l'exécution du marché, l'adjudicataire bénéficiera quand même d'une prolongation du délai d'exécution. Dans ce cas de figure, l'adjudicataire aura alors tout intérêt à ne pas ralentir ni même interrompre les travaux puisqu'il pourra bénéficier de cette prolongation pour terminer les travaux dans les temps, évitant ainsi l'application d'amendes de retard et de pénalités.

80 J. NOEL (dir.), *op. cit.*, p. 574, n° 687.

s'il y a réellement ralentissement du rythme d'exécution ou interruption, une indemnisation de son préjudice suivant les modalités prévues par l'article 15, § 6, alinéa 3, 2°, du C.G.Ch.<sup>81</sup>. Il n'est toutefois pas acquis que le montant de ces indemnités se révèle égal ou supérieur à celui des amendes et pénalités à payer.

L'article 15, § 6, du C.G.Ch. ne reproduit donc qu'imparfaitement le mécanisme de l'exception d'inexécution<sup>82</sup>. La faute de l'administration dans l'une de ses obligations essentielles – à savoir le paiement du prix – n'offre pas à l'adjudicataire la possibilité de postuler sans réserve ni condition la suspension de l'exécution de ses obligations. Si l'absence de paiement du pouvoir adjudicateur permet à l'adjudicataire de s'y dérober en partie puisqu'il se voit reconnaître le droit de pouvoir ralentir l'exécution du marché, voire de l'interrompre, l'adjudicataire sera tenu d'exécuter le marché dans les délais d'exécution initialement prévus lorsque la demande de prolongation de délai d'exécution est introduite après l'expiration des délais contractuels.

**23. Exception doctrinale** – A côté de cette dérogation à l'exclusion de l'application de l'exception d'inexécution aux adjudicataires de marchés publics, certains auteurs sont d'avis que lorsque l'article 16, § 2, du Cahier général des charges est applicable, et que la situation est à ce point exceptionnelle que l'adjudicataire n'a pas d'autre choix que de résilier le marché, il devrait être admis que ce dernier a également le droit d'arrêter l'exécution du marché avant même d'y avoir mis formellement fin<sup>83</sup>. Dans cette hypothèse, ce n'est toutefois pas l'application de l'exception d'inexécution que l'adjudicataire postule en sa faveur puisqu'aucune faute ne peut être reprochée à l'administration, mais l'application des règles de droit commun applicables en cas de force majeure.

L'on peut, néanmoins, se demander si l'adjudicataire ne pourrait pas également suspendre son intervention lorsque les conditions d'application de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du C.G.Ch. sont réunies<sup>84</sup>, s'il n'obtient pas du pouvoir adjudicateur qu'il donne l'ordre d'interrompre temporairement le marché. On remarquera à ce propos qu'en France, si l'exclusion de l'exception *non adimpleti contractus* est également de mise pour l'adjudicataire, la jurisprudence admet que le cocontractant de l'administration peut ne pas exécuter ses obligations si les manquements de l'administration sont d'une importance telle qu'ils seraient de nature soit à le mettre dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements, soit à compromettre la bonne exécution de la prestation, au détriment des intérêts bien compris de l'administration<sup>85</sup>.

81 Jugé à ce propos que pour pouvoir prétendre à une indemnisation complète lorsqu'il a subi un dommage du fait de la perturbation des travaux, il n'est absolument pas nécessaire que l'entrepreneur ait effectivement suspendu les travaux. Son dommage – à évaluer *in concreto* – existe tout autant lorsqu'il choisit de seulement retarder les travaux. Son droit à indemnisation ne dépend donc pas de l'interruption effective totale des travaux (Gand, 21 mars 2003, *NJW*, 2003-2004, p. 1079).

82 Comp. avec M. SCHOUPS, K. TENGROOTENHUYSEN et I. FRANCK, "Actualia schade en schadeloosstelling bij de uitvoering van overheidsopdrachten (1995-2005)", in K. DEKELAERE et A. VERBEKE, *Jaarboek Bouwrecht (2004-2005)*, Bruges, Die Keure, 2005, p. 192.

83 A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 48.

84 W. ABBELOOS et D. ABBELOOS, "De schadevergoeding wegens onderbreking van een overheidsopdracht van werken", *RW*, 2003-2004, p. 645.

85 Ph. TERNEYRE, "Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs", in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 805.

En toute hypothèse, les manquements invoqués par l'adjudicataire ne pourront avoir trait qu'au marché à propos duquel il entend suspendre son intervention. L'article 11 du C.G.Ch. lui interdit en effet de se prévaloir de difficultés résultant d'autres marchés pour modifier ou retarder ce marché.

**24. Droits du pouvoir adjudicateur** – Lorsque, par sa faute, l'adjudicataire ne respecte pas ses obligations, l'administration peut, suivant l'article 16, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du C.G.Ch., obtenir la révision ou la "résiliation" du marché. Il nous semble qu'*a fortiori*, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir faire usage de l'*exceptio non adimpleti contractus* dans cette hypothèse. Pour geler temporairement ses engagements, l'administration ne pourra toutefois pas se fonder sur les manquements occasionnés dans le cadre d'un autre marché que celui à propos duquel elle décide d'user de cette exception.

L'on peut néanmoins s'interroger sur l'efficacité de cette technique de pression lorsque l'administration entend suspendre le paiement des acomptes et sommes dus dans le cours de l'exécution du contrat. En effet, l'adjudicataire peut, en principe, décider, en cas de retard de paiement, de ralentir ou d'interrompre l'exécution du marché dans les conditions visées par l'article 15, § 6, du C.G.Ch., voire même de le résilier. L'administration peut-elle alors, lorsque la suspension des paiements fait suite à un manquement grave de l'adjudicataire, contester le droit dont dispose l'adjudicataire de suspendre ses obligations en se réfugiant derrière la circonstance que l'absence de paiement dans les délais n'est pas la conséquence de sa propre faute? Il faudrait pour cela admettre que l'inexécution des obligations de l'adjudicataire constitue une cause justificative du comportement de l'administration. Dans le cas contraire, l'attitude de l'administration engendrera un effet contre-productif lorsque l'objectif qu'elle poursuit consiste seulement à exercer une pression sur l'adjudicataire qui accuse un retard dans l'exécution du planning du marché.

Mise à part cette question, il ne paraît pas très judicieux d'appauvrir la trésorerie d'un cocontractant en le privant d'une partie de ses ressources lorsqu'il en a le plus besoin, c'est-à-dire dans le cours de l'exécution du marché.

Pour pallier à cette difficulté pratique et permettre à l'administration de pouvoir se prévaloir d'un moyen de pression efficace pour forcer l'adjudicataire à accélérer le déroulement du marché, sans pour autant le menacer de mettre en œuvre les mesures d'office, l'on prendra soin de fixer dans le cahier spécial des charges des délais d'exécution intermédiaires. Ceci permettra, pour les marchés de travaux et de fournitures, lorsque chaque phase correspond à un montant propre du prix du marché ou que ces délais partiels sont de rigueur, d'appliquer, conformément aux articles 48, § 2, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, et 66, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup>, du C.G.Ch., des amendes de retard particulières, dont le montant pourra être immédiatement compensé avec celui des acomptes versés<sup>86</sup>.

Dans l'attente d'une résiliation ou d'une révision du marché consécutive à une faute de l'adjudicataire, l'administration pourrait également décider d'interrompre l'exécution du marché, suspendant ainsi son obligation d'en permettre et d'en faciliter l'exécution. Dans ce cas, l'article 15, § 5, du C.G.Ch. pourra, en principe, trouver à s'appliquer.

86 Art. 20, § 7, du C.G.Ch.

Cette disposition prévoit que lorsque, par l'ordre ou par le fait du pouvoir adjudicateur, l'exécution du marché est interrompue pour une période d'au moins trente jours de calendrier; il est payé à l'adjudicataire un acompte sur le prochain paiement à concurrence des prestations exécutées. L'adjudicataire est, dans cette situation, également fondé à introduire un compte d'indemnisation<sup>87</sup>, d'un montant à convenir de commun accord, pour des interruptions ordonnées par le pouvoir adjudicateur, lorsque leur ensemble dépasse un vingtième du délai contractuel et au moins dix jours ouvrables, ou quinze jours de calendrier si le délai n'est pas exprimé en jours ouvrables. Pour pouvoir donner lieu à indemnisation, ces interruptions ne peuvent être imputables aux conditions météorologiques défavorables, ni avoir été prévues au cahier spécial des charges; elles doivent en outre se situer dans le délai contractuel. La réparation du dommage de l'adjudicataire n'est toutefois pas conditionnée à la démonstration qu'il n'a commis aucune faute, de sorte qu'un juge peut, après avoir constaté qu'un ordre d'interruption des travaux a été valablement donné par l'administration, décidé que l'adjudicataire est fondé à réclamer la réparation des préjudices qu'il justifie avoir subis, sans être tenu, en outre, de constater l'absence de faute de l'adjudicataire<sup>88</sup>. Il n'est pas nécessaire, non plus, que celui qui entend se prévaloir de l'application de l'article 15, § 5, démontre l'existence d'une faute de l'administration<sup>89</sup>. Il importe peu, également, que l'adjudicataire signale à l'administration l'influence que son ordre peut avoir sur la bonne marche et le coût du marché<sup>90</sup>.

Le pouvoir adjudicateur qui décide d'interrompre l'exécution du marché préalablement à une résiliation motivée par le comportement fautif de son cocontractant ne devra toutefois, le plus souvent, pas devoir verser ces acomptes et indemnités. Lorsque la résiliation est imminente et intervient endéans les 30 jours à compter de l'interruption, aucun acompte n'est dû. De la même manière, un compte d'indemnisation ne peut être dressé si la résiliation intervient avant un délai de dix jours ouvrables ou de 15 jours de calendrier. Il y a fort à parier, par ailleurs, que lorsque les faits imputables à l'adjudicataire sont suffisamment graves pour justifier la résiliation ou la révision du marché, les prestations exécutées seront soit inexistantes, soit non conformes aux prescriptions du cahier des charges de sorte qu'elles ne devraient donner lieu à aucun paiement. Enfin, dans ce cas de figure, l'adjudicataire ne devrait pas pouvoir obtenir l'indemnisation d'un quelconque dommage puisque c'est son comportement qui est à l'origine de la suspension de l'exécution du marché<sup>91</sup>. En toute hypothèse, le cahier spécial des charges pourrait expressément prévoir qu'aucune indemnité n'est due lorsque l'ordre d'interruption des travaux trouve sa justification dans un des cas visés par l'article 16, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, du C.G.Ch.

## § 2. La suspension du marché comme technique de sauvegarde du contrat

**25. Effet suspensif de la force majeure** – En droit commun, lorsque la force majeure empêche temporairement l'une des parties à un contrat synallagmatique de s'exécuter, les engagements

87 Quant à l'étendue du préjudice indemnifiable, voy. W. ABBELOOS et D. ABBELOOS, *op. cit.*, pp. 647-651.

88 Cass., 29 septembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 775.

89 Cass., 26 septembre 1996, *Pas.*, 1996, p. 868.

90 Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, p. 592; Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, n° 370.

91 Sans doute, la réparation du dommage de l'adjudicataire n'est-elle pas conditionnée à la démonstration qu'il n'a commis aucune faute. Toutefois, lorsque l'adjudicataire se rend coupable d'un comportement fautif, ce dernier ne nous semble pas fondé à réclamer la réparation des préjudices qu'il justifie avoir subis. Son comportement interrompt en effet le lien causal qui existe entre l'ordre du pouvoir adjudicateur et le préjudice subi.

de son cocontractant sont corrélativement suspendus<sup>92</sup>. La suspension de l'exécution des obligations de l'un entraîne automatiquement le gel de celles de l'autre et, par voie de conséquence, la suspension de tous les engagements nés du contrat. Il n'en est pas toujours ainsi dans les marchés publics.

La survenance de circonstances imprévisibles et inévitables assimilables à un cas de force majeure ne suspend pas *de plano* l'exécution des obligations de l'adjudicataire lorsque l'impossibilité qui en découle pour lui n'est que temporaire. S'il en était ainsi, ce dernier ne devrait pas demander de prolongation des délais d'exécution, comme le prévoit pourtant dans cette hypothèse l'article 16, § 2, du C.G.Ch. Malgré les événements qui l'empêchent momentanément de réaliser le marché, l'adjudicataire reste donc en principe tenu de s'exécuter, même s'il bénéficie du droit d'obtenir notamment en ce cas une prolongation des délais d'exécution. L'article 29, § 2, du C.G.Ch. déroge toutefois à ce principe. Cette disposition prévoit que dans l'hypothèse de découvertes faites dans le cadre de l'exécution d'un marché de travaux l'entrepreneur doit, dans l'attente d'une décision du pouvoir adjudicateur, interrompre immédiatement l'exécution des travaux dans le voisinage immédiat de la découverte. L'exécution des obligations de l'adjudicataire est ainsi suspendue de plein droit par la simple découverte d'un objet d'intérêt quelconque, notamment scientifique, artistique, archéologique, historique. Bien que le C.G.Ch. ne le mentionne point, l'on peut penser que la paralysie des obligations de l'entrepreneur entraîne l'interruption temporaire du marché, à charge toutefois pour l'administration de prendre les décisions qui s'imposent pour permettre la reprise du chantier le plus rapidement possible et sans préjudice du droit de l'entrepreneur à être indemnisé<sup>93</sup>.

L'impossibilité temporaire pour l'administration de procéder au paiement des acomptes et avances sur le prix ne suspend pas non plus l'exécution des engagements de l'adjudicataire. On l'a déjà indiqué, l'interruption ou le ralentissement de l'exécution du marché par l'adjudicataire n'est permis qu'en cas de retard de paiement imputable à la faute du pouvoir adjudicateur. La survenance d'un événement imprévisible et inévitable empêchant l'administration d'honorer ses dettes dans les délais contractuels ne suspend donc pas le contrat, ni ne permet à l'adjudicataire de paralyser momentanément ses obligations.

L'avènement d'un cas de force majeure peut, par contre, suspendre l'obligation qu'a l'administration de permettre et de faciliter l'exécution du marché. Les exemples envisageables sont nombreux: suspension de l'exécution des travaux non encore achevés pour permettre la tenue d'une expertise ou d'une descente sur le lieu imposée par un tribunal ou un juge d'instruction; suspension consécutive à une décision judiciaire interdisant le déroulement des travaux le temps nécessaire à ce qu'il soit statué sur une action en revendication intentée par un tiers relativement à la propriété de l'immeuble objet des travaux; suspension ensuite de l'annulation/de la suspension de l'exécution du permis d'urbanisme concernant la construction à ériger;.... Dans ce cas, l'adjudicataire est également libéré momentanément de ses engagements. Afin d'éviter toute discussion quant à l'application éventuelle de l'article 15,

92 P. WERY, *op. cit.*, p. 29.

93 Article 29, § 2, alinéa 2 du C.G.Ch.. L'article 15, § 5, alinéa 2, du C.G.Ch., ne trouvera pas à s'appliquer ici dès lors que cette disposition ne vise que les interruptions ordonnées par le pouvoir adjudicateur.

§ 5, du C.G.Ch. dans ce cas de figure, une clause prévoyant qu'aucune indemnité ne sera due en pareille hypothèse pourrait être reprise dans le cahier spécial des charges<sup>94</sup>.

**26. Suspension du contrat en raison d'inconvénients empêchant son exécution** – L'article 29, § 1<sup>er</sup>, du C.G.Ch. permet également au pouvoir adjudicateur d'interrompre, pendant une certaine période, l'exécution des travaux qu'il juge ne pas pouvoir être effectués sans inconvénient à cette époque. La mise en œuvre de cette prérogative, qui peut faire suite à une demande expresse de l'adjudicataire, entraîne une prolongation du délai d'exécution initial à concurrence du retard occasionné par cette interruption, pour autant que le délai contractuel ne soit pas expiré. Dans le cas contraire, une remise d'amendes pour retard d'exécution peut être consentie conformément à l'article 17 du C.G.Ch. Si donc la décision du pouvoir adjudicateur provoque la suspension du contrat et, par voie de conséquence, celle des engagements de l'adjudicataire, ce dernier n'est pas pour autant dispensé de prendre les mesures de protection de la partie du marché déjà réalisée. L'article 29, § 1<sup>er</sup>, du C.G.Ch. prévoit à ce propos que l'entrepreneur est tenu de prendre, à ses frais, toutes les précautions nécessaires pour préserver les travaux et matériaux des dégradations pouvant provenir de conditions météorologiques défavorables, du vol ou d'actes de malveillance. Il devrait en principe toutefois pouvoir obtenir l'indemnisation de son dommage<sup>95</sup>, dans les modalités visées par l'article 15, § 5, alinéa 2, du C.G.Ch.<sup>96 97</sup>, sauf si le cahier spécial des charges l'exclut, de sorte que l'adjudicataire pouvait inclure l'éventualité de la réalisation de ce risque dans l'offre de prix.

L'on considère traditionnellement que cette possibilité d'interrompre les travaux ne s'étend qu'aux interruptions commandées par des circonstances climatiques, comme par exemple, celle de n'exécuter les travaux que pendant la belle saison (art 28, § 1<sup>er</sup>, C.G.Ch.)<sup>98</sup>. Une doctrine plus récente<sup>99</sup>, à laquelle nous nous rallions, estime que cette vision restrictive, qui n'est prévue ni par la lettre, ni par l'esprit de l'article 29, § 1<sup>er</sup>, du C.G.Ch. doit être exclue. La notion d'"inconvénients" visée par cette disposition doit donc être interprétée largement. Des considérations diverses pourront dès lors être avancées par l'administration pour justifier l'interruption des travaux. L'énumération de ces événements prévisibles dans les documents de marché permettra à nouveau d'éviter toute discussion à ce propos.

94 La Cour de Cassation a toutefois, décidé qu'une clause du cahier spécial des charges qui met à charge de l'adjudicataire la totalité de la responsabilité de tout dommage pouvant survenir sur le chantier, avec pour seule motivation que l'adjudicataire reconnaît s'être rendu compte de l'importance de toutes les particularités de l'exécution, constitue une dérogation insuffisamment motivée et, dès lors, nulle (Cass., 2 avril 2009, *JLMB*, 2009, p. 1.500, note de D. De Roy). L'on doit, également, signaler que dans un litige où pareille clause figurait aux documents du marché, le juge a accueilli la demande de révision du marché fondée sur l'article 16 du C.G.Ch. introduite par un entrepreneur au motif que la circonstance qu'il ait renoncé à toute indemnité du fait de l'arrêt des travaux ne le prive pas de se prévaloir de circonstances anormales et imprévisibles survenues en cours d'exécution des travaux, étant l'interruption des travaux durant près de deux années ainsi que la recherche, à l'issue de cette interruption, de nouveaux sous-traitants à des conditions moins favorables pour remplacer ceux entretemps disparus (Civ. Bruxelles, 9 juillet 1992, *Res.jur. imm.*, 1993, p. 37).

95 *Contra*: C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, Boek II, *De uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2002, p. 59; C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2007, p. 363, n° 429.

96 C. LENDERS, "Artikel 15, § 5 AAV: over de te voorzien onderbrekingen", in *Jaarboek overheidsopdrachten. Chronique des marchés publics. 2007/2008*, Bruxelles, E.B.P., 2008, p. 541, n° 53.

97 L'interruption ordonnée pour des raisons d'ordre climatique ne donnera dès lors pas lieu à l'établissement d'un compte d'indemnisation, cette hypothèse étant exclue par l'article 15, § 5, du C.G.Ch.

98 M.-A. FLAMME et alii, *op. cit.*, p. 554.

99 C. LENDERS, *op. cit.*, p. 541, n° 53.

**27. Suspension du contrat pour motifs d'intérêt général** – En sus des hypothèses précitées, l'on devrait pouvoir admettre qu'un pouvoir adjudicateur a toujours le pouvoir d'interrompre temporairement l'exécution de n'importe quel marché, donc aussi également les marchés de fournitures et de services, pour des motifs d'intérêt général. L'on ne comprendrait pas, en effet, que l'administration puisse, en vertu de ses pouvoirs exorbitants du droit commun, toujours modifier ou résilier un contrat lorsque l'intérêt général l'exige<sup>100</sup>, mais ne pourrait en suspendre l'exécution qu'en présence d'inconvénients climatiques et uniquement pour les marchés de travaux. L'adjudicataire devrait alors pouvoir postuler l'indemnisation de son préjudice suivant les modalités prévues par l'article 15, § 5, du C.G.Ch., ainsi qu'obtenir un acompte sur le prochain paiement à concurrence des prestations exécutées. Le délai d'exécution devrait également être suspendu, jusqu'à ce que l'administration notifie à l'adjudicataire un ordre de reprise de l'exécution du marché<sup>101</sup>.

**28. Recours contre l'ordre d'interrompre le marché** – L'on peut se demander si l'adjudicataire dispose d'un quelconque recours contre la décision du pouvoir adjudicateur d'interrompre l'exécution du marché. Il n'est pas exclu, à ce propos, que celle-ci cause d'importants désagréments à l'adjudicataire. Ce dernier peut-il, alors, demander à un juge d'ordonner, par exemple, la reprise immédiate des travaux contre l'avis de l'administration?

Le droit qu'offre l'article 15, § 5, du C.G.Ch. d'introduire un compte d'indemnisation ne peut être interprété comme enlevant toute possibilité d'obtenir le rétablissement du marché lorsque l'ordre d'interruption est entaché d'un vice de légalité, notamment, un vice de motivation. Dès lors que cette disposition est dénuée de toute idée de faute, elle ne fait pas échec à une demande de réparation en nature du préjudice de l'adjudicataire. L'indemnisation accordée dans le cadre de l'article 15, § 5, du C.G.Ch., ne constitue en effet pas une modalité d'une réparation par équivalent du dommage du cocontractant de l'administration.

L'article 16, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du C.G.Ch., semble toutefois réduire à néant les chances de pouvoir obtenir la révocation judiciaire d'un ordre illégal d'interruption de l'exécution du marché. Cette disposition ne permet en effet d'obtenir que la prolongation des délais d'exécution, voire la résiliation ou la modification du marché et/ou des dommages-intérêts en cas de comportement fautif du pouvoir adjudicateur.

L'intentement d'un recours devant le Conseil d'Etat semble également exclue à l'encontre d'une décision suspendant le contrat<sup>102</sup>.

### § 3. La suspension du marché comme mesure de protection des droits d'un tiers soumissionnaire évincé

**29. Etat de la jurisprudence actuelle** – L'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat contre la décision d'attribution d'un marché n'a pas pour effet d'en suspendre le caractère exécutoire. Le pouvoir adjudicateur peut donc, moyennant le respect, lorsqu'elle s'impose, de l'obligation de *standstill*, notifier cette décision au soumissionnaire choisi et poursuivre l'exécution du contrat ainsi formé. Il n'est donc pas exclu que si un arrêt d'annulation de

100 Voy. n° 3 et 52.

101 C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *op. cit.*, p. 369, n° 441.

102 CE, 5 septembre 1997, n° 67.990, *Wolf*; CE, 11 avril 2001, n° 94.693, *Wolf*.

la décision d'attribution est prononcée, il intervient à un moment où l'exécution du contrat est achevée ou en passe de l'être. Dans ces circonstances, le tiers irrégulièrement évincé ne pourra plus obtenir que la réparation par équivalent de son préjudice.

Cette situation, on peut le comprendre, n'est guère satisfaisante pour le tiers évincé, lequel entreprend le plus souvent différentes actions judiciaires pour se voir, en définitive, attribuer le marché, plutôt que d'obtenir une indemnité. Aussi, a-t-il intérêt à faire en sorte que l'exécution du marché puisse être paralysée le temps de l'examen par le Conseil d'Etat de sa requête en annulation s'il ne peut ou n'a pas réussi à bloquer la formation du contrat.

Certains admettent à ce propos que le soumissionnaire évincé peut s'adresser au juge des référés judiciaires pour qu'il ordonne la suspension de l'exécution du contrat. Ce dernier est en effet compétent pour prendre les mesures provisoires qui s'imposent pour sauvegarder les droits subjectifs des parties, parmi lesquels le droit à l'égalité de traitement d'un soumissionnaire intéressé à l'obtention d'un marché public<sup>103</sup>, en ce compris le droit à ce que les différentes offres des soumissionnaires soient comparées selon les mêmes critères objectifs, à tous les stades de la formation du marché, mais aussi le droit à une réparation en nature dans le cadre d'une responsabilité extracontractuelle du pouvoir adjudicateur<sup>104</sup>.

Pareille demande n'est toutefois que rarement couronnée de succès. Sa recevabilité, tout d'abord, n'est pas toujours admise en jurisprudence. Elle ne l'est que par ceux qui estiment qu'un soumissionnaire évincé peut poursuivre l'annulation judiciaire du contrat en cas d'attribution irrégulière du marché. En cas contraire, le juge rejette la demande, estimant qu'étant donné que le juge des référés ne peut faire davantage que ce que peut faire le juge du fond, il ne peut suspendre un contrat si son annulation s'avère juridiquement impossible<sup>105</sup>. Or, comme on le verra ci-après, la possibilité pour un tiers irrégulièrement évincé de poursuivre l'annulation judiciaire du contrat est loin d'être acquise en doctrine comme en jurisprudence<sup>106</sup>.

D'autres magistrats refusent également de suspendre l'exécution du marché au motif que ce dernier est presque entièrement exécuté<sup>107</sup> ou, au terme d'une mise en balance des intérêts de chacune des parties, que l'intérêt général, voire les intérêts de l'adjudicataire<sup>108</sup>, s'oppose(nt) à ce que l'exécution du contrat soit reportée<sup>109</sup>. L'on dénombre néanmoins quelques décisions qui ont acquiescé à pareille demande<sup>110</sup>.

**30. Dispositif prévu par la loi du 23 décembre 2009**<sup>111</sup> – Pressé de se mettre en conformité avec les dispositions des directives communautaires applicables en la matière, le législateur a

103 Bruxelles, 18 décembre 1997, *CDPK*, 1998, p. 331, note K. RONSE et H. BOULARBAH; *Entr. et dr.*, 2002, p. 202; Bruxelles, 17 mars 1999, *Entr. et dr.*, 2002, p. 74, note A. DURVIAUX.

104 Gand (vac.), 25 juillet 2007, *TGR - TWVR*, 2008, p. 4.

105 Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, *JLMB*, 2000, p. 1267, note A. DELVAUX; *Entr. et dr.*, 2000, p. 402.

106 *Infra*, n° 48.

107 Liège, 7 octobre 1996, *JT*, 1997, p. 342.

108 Bruxelles (réf.), 22 avril 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 239, note M.-A. FLAMME.

109 Voy. aussi Gand (vac.), 25 juillet 2007, *TGR - TWVR*, 2008, p. 4., lequel considère que la demande de suspension de l'exécution du marché attribué produirait pour le pouvoir adjudicateur un dommage disproportionné par rapport au préjudice que le soumissionnaire n'ayant pas obtenu le marché prétend subir du fait de la décision d'attribution.

110 Civ. Bruxelles, 7 avril 1987, *Entr. et dr.*, 1987, p. 306; Civ. Bruxelles, 18 février 2000, *Entr. et dr.*, 2000, p. 186; Bruxelles, 30 janvier 2001, *RW*, 2003-2004, p. 505; Civ. Bruxelles, 25 juin 2001, *JT*, 2002, p. 347; *CDPK*, 2003, liv. 4, p. 699.

111 MB, 28 décembre 2009. L'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2009 est fixée au 25 février 2010 (AR 10 février 2010 – MB 16 février 2010).

adopté une nouvelle loi en vue d'introduire dans la loi du 24 décembre 1993 un nouveau livre – le livre IIbis – relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours.

L'article 65/21 nouveau de la loi, auquel renvoie l'article 65/32 pour les marchés de travaux<sup>112</sup> soumis à la publicité obligatoire au niveau belge dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée se situe entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié de ce dernier montant, énonce dorénavant notamment que, pour les marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne<sup>113</sup>, le marché, une fois conclu, ne peut, en principe, être suspendu par une juridiction pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution, sauf dans le cas prévu à l'article 65/13.

Selon cette disposition, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution<sup>114</sup> par l'instance de recours<sup>115</sup> entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché qui aurait été éventuellement conclu en violation du délai d'attente.

Pour bien comprendre cette disposition il faut se référer à l'article 65/11, alinéa 2 nouveau de la loi, auquel renvoie l'article 65/30 pour les marchés de travaux précités n'atteignant pas le seuil européen. Cette disposition prévoit en effet que lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 65/15 est introduite dans le délai d'attente visé à l'article 65/11, alinéa 1<sup>er</sup>, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur la demande de suspension. Lorsqu'un recours en suspension est introduit durant le délai d'attente, le marché ne peut donc en principe être conclu. S'il l'est malgré tout, la décision de suspension de la décision d'attribution emporte suspension du contrat irrégulièrement conclu. Dans ce cas, la loi impose également à l'autorité adjudicatrice d'en informer l'adjudicataire sans délai et de lui ordonner, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.

La suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du marché est levée de plein droit lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 65/23.

112 Ne sont toutefois pas concernés les marchés de travaux en matière de défense visés à l'article 346, 1, b), du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

113 Sont exclus les marchés en matière de défense visés à l'article 346, 1, b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

114 L'instance de recours peut, dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 65/14, c'est-à-dire, notamment, à la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, et sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable ne doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices. La juridiction saisie tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

115 Il s'agit ici, soit de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, soit du juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

L'article 65/30, alinéa 2 nouveau de la loi, prévoit également que lorsque l'autorité adjudicatrice décide de rendre l'obligation de faire précéder la conclusion du contrat d'un délai d'attente applicable aux marchés n'atteignant pas les seuils européens et aux marchés de travaux qui ne sont pas visés par cette obligation<sup>116</sup>, une fois conclu, le marché ne peut être suspendu par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution. Aucune exception n'est permise ici, l'article 65/32, alinéa 3, de la loi prévoyant expressément que si l'autorité adjudicatrice, conformément à l'article 65/30, alinéa 2, fait application volontaire de l'article 65/11, alinéa 1<sup>er</sup>, les articles 65/13 et 65/17 à 65/22 ne sont pas applicables. Dans ce cas de figure, il n'est donc plus possible de faire suspendre l'exécution du contrat pour un motif tiré de l'irrégularité de l'attribution du marché<sup>117</sup>.

Par contre, lorsque l'autorité adjudicatrice n'impose pas pour ces marchés de procédure stands-till, la jurisprudence précitée qui accepte de suspendre un marché public pourrait encore trouver à s'appliquer.

**31. Pour mémoire (?) ... Dispositif prévu par l'article 2 de la loi du 16 juin 2006** – Cette disposition, non encore entrée en vigueur, et qui, à terme, devait – ce dont il est permis de douter compte tenu de l'adoption de la loi du 23 décembre 2009 – remplacer la loi du 24 décembre 1993, prévoit qu'une fois le marché conclu, le contrat n'est plus, sauf exception, susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, fondée sur une passation irrégulière.

Si la loi garantit au soumissionnaire évincé ou risquant de l'être la possibilité d'introduire un recours en suspension contre la décision d'attribution, elle n'interdit pas formellement à l'autorité adjudicatrice de conclure le marché durant le temps pris par la juridiction saisie pour se prononcer sur ce recours, même si elle prévoit que le délai d'attente est prolongé pour permettre le déroulement de la procédure de suspension. Elle ne frappe d'ailleurs la violation de cette obligation d'aucune sanction tant et si bien que le contrat pourra être conclu malgré l'existence d'un recours en suspension, ce qui, devant le Conseil d'Etat, en réduit à néant l'intérêt dès lors qu'en droit commun la suspension de la décision d'attribution du marché n'entraîne pas la suspension de ce contrat<sup>118</sup>.

Sans doute, la loi prévoit-elle qu'en cas de conclusion du marché avant l'expiration du délai d'attente qu'elle organise, le soumissionnaire lésé ou risquant de l'être peut, dans les trente jours à compter à partir de la date où il a pris connaissance de la conclusion du marché, demander l'annulation du contrat au président du tribunal compétent statuant comme en référé. Aucune exception au principe précité suivant lequel une fois conclu le marché ne peut être remis en cause n'est établie en ce qui concerne l'interdiction de prononcer la suspension de l'exécution du contrat. Or, lorsqu'on sait que la loi permet au juge saisi d'un tel recours en annulation de rejeter la demande lorsque le marché est partiellement ou totalement exécuté au moment du prononcé, les tiers évincés ont grand intérêt à en bloquer le déroulement. L'on peut dès lors se

116 C'est-à-dire les marchés de fournitures et de services, ainsi que les marchés de travaux dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne se situe pas entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié de ce dernier montant.

117 La différence de traitement qui s'en suit n'est pas forcément inconstitutionnelle. Si la Cour constitutionnelle devait être interrogée à ce propos, il n'est pas improbable qu'elle reproduise la solution qu'elle a retenue dans son arrêt n° 179/2005, du 7 décembre 2005.

118 CE; Ass. Gén., n° 87.983, 15 juin 2000, *Feyer-Formanova*.

demander si le juge ne pourrait pas alors, s'il l'estime nécessaire, ordonner cette suspension sur la base de l'article 19, alinéa 2, du code judiciaire, au titre de mesure avant dire droit. Cela ne semble toutefois guère envisageable, compte tenu du principe qu'énonce la loi suivant lequel une fois le marché conclu, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, fondée sur une passation irrégulière, sans préjudice de l'application de l'article 2, § 4, de la loi.

### Chapitre III. La transmission du marché

**32.** Un marché public peut, à l'instar de la plupart des contrats, faire l'objet d'une transmission. Si, le plus souvent, c'est le cocontractant de l'administration qui décidera de se faire substituer dans l'exécution du marché, il n'est pas impossible que ce soit le pouvoir adjudicateur qui vienne à être remplacé par une autre autorité publique. Ces deux situations n'étant pas régies par le même corps de règles, il convient de les examiner séparément (§ 1<sup>er</sup> et 2). Une troisième hypothèse peut également être envisagée: celle de la transmission du marché consécutive au remplacement du pouvoir adjudicateur par un tiers privé. Ce cas de figure, qui n'est plus aujourd'hui isolé vu la montée en flèche du processus de privatisation de certaines missions de service public, appelle des développements particuliers (§ 3).

#### § 1<sup>er</sup>. La cession du marché à un nouvel adjudicataire

**33. Définition** – L'on entend généralement par "cession de marché", l'opération par laquelle un tiers reprend purement et simplement l'ensemble des droits et obligations nés du contrat<sup>119</sup>. Au terme de la cession, tous ces droits et obligations sont transférés au cessionnaire, qui s'engage à exécuter le marché en se conformant aux clauses et conditions du Cahier général et du cahier spécial des charges, ainsi qu'à celles de la soumission du cédant (prix de soumission, conditions techniques et délais initiaux). L'opération entraîne ainsi la *substitution réelle* et complète de l'adjudicataire initial par un autre cocontractant.

Il n'y a donc pas de cession lorsque l'adjudicataire qui est une société se transforme régulièrement en une société d'une autre forme, ou, plus généralement, lorsque la structure d'une société est modifiée sans que ne soit remise en cause sa personnalité morale. Le changement de propriétaire du capital social n'entraîne pas non plus, en règle, de cession du marché<sup>120</sup>.

Il en est de même du transfert de l'exploitation d'un marché public dont le cédant reste l'unique adjudicataire. Cette opération s'analyse en un contrat de sous-traitance<sup>121</sup>. De la même manière, la conclusion d'un marché pour compte afin d'achever le travail aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant ne peut s'analyser comme une cession de marché mais comme la décision

119 Avis de la Section des finances du Conseil d'Etat de France n° 141.654, 8 juin 2000, *AJDA*, 2000, p. 758; *Entr. et dr.*, 2005, p. 323, note de O. COLLON et T. DE NYS. Dans ce sens également, CE fr., n° 203674-204132, 28 mai 2001, *Territoires des îles Wallis et Futuna, Mata Utu*.

120 N. SYMCHOWICZ, "Contrats administratifs et mise en concurrence", *AJDA*, 2000, p. 105.

121 Mons, 23 janvier 1991, *JT*, 1991, p. 582.

de procéder à une réadjudication pour manquements contractuels de l'adjudicataire originaire<sup>122</sup>. Dans cette hypothèse, le contrat conclu avec l'adjudicataire initial n'est donc pas cédé au tiers qui se chargera de poursuivre son exécution, puisque cette exécution a lieu pour le compte de celui-là.

Il y a par contre bien cession à un tiers lors de la réalisation d'opérations de fusions, scissions et absorptions, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles qui remplacent l'adjudicataire ou, lorsqu'à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer en qualité de cessionnaire un marché public. Il y a également cession lorsqu'une association momentanée qui s'est vu attribuer un marché de travaux transfère le contrat à l'un de ses associés<sup>123 124</sup>.

Outre ces situations particulières, une cession de marché interviendra, le plus généralement<sup>125</sup>, lorsque l'adjudicataire initialement désigné désire se débarrasser d'un marché; soit qu'en cours d'exécution il se heurte à des difficultés financières ou techniques qu'il ne peut maîtriser, soit, encore, qu'il ne dispose pas des moyens humains qui lui permettraient d'exécuter le contrat endéans les délais fixés par l'administration, ou que depuis l'adjudication du marché, il aura été déclaré en faillite<sup>126</sup>.

**34. Nécessité de l'accord préalable du pouvoir adjudicateur** – La cession de marché public est généralement admise en doctrine<sup>127</sup> comme en jurisprudence. En principe, toutefois, elle ne peut, dit-on, avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable du pouvoir adjudicateur<sup>128</sup>, même en cas de faillite<sup>129</sup>, et ceci en raison du caractère *intuitu personae* du contrat. L'administration aurait ainsi la possibilité de vérifier si le cessionnaire réunit bien toutes les conditions légales et financières pour reprendre et poursuivre l'exécution du marché<sup>130</sup>. Le pouvoir adjudicateur pourra dès lors refuser la cession si le cessionnaire ne présente pas les garanties professionnelles et financières permettant d'assurer la bonne exécution du marché.

122 CE, n° 67.518, 15 juillet 1997, SA *Endeta*. Cet arrêt décide, partant, que cette décision ainsi que celles qui en résultent, notamment la désignation de l'adjudicataire du marché pour compte, ne constituent pas des actes susceptibles de recours au Conseil d'Etat par l'adjudicataire originaire. Voy. aussi CE, n° 79.402, 23 mars 1999, NV *Delrue*; CE, n° 120.662, 17 juin 2003, NV *Blitsa*. Le Conseil d'Etat est, par contre, compétent pour connaître d'un recours dirigé contre la décision d'attribuer un marché à un concurrent par un tiers évincé qui est étranger au marché initial dont l'inexécution a entraîné la passation d'un marché pour compte à l'origine de la procédure ayant donné lieu à l'acte attaqué (CE, n° 162.776, 27 septembre 2006, SA *Systemat Sud*, lequel affirme par ailleurs que la circonstance que la décision unilatérale d'attribution d'un marché ait été prise à la suite de mesures d'office prises dans le cadre du contrat initial n'a pas pour effet de soustraire l'acte attaqué à la compétence du Conseil d'Etat).

123 Gand, 12 janvier 2007, NJW, 2007, p. 608.

124 On rapprochera de cette situation celle expressément visée par l'article 21, § 2, du C.G.Ch., suivant lequel lorsque le marché est confié à plusieurs personnes physiques et que l'une ou plusieurs d'entre elles viennent à décéder, le pouvoir adjudicateur peut décider de résilier le marché ou accepter que le ou les survivants continuent le marché.

125 Voy. également, l'article 21, § 1<sup>er</sup>, du C.G.Ch., lequel prévoit que l'administration peut accepter que les ayants cause d'une personne physique adjudicataire d'un marché public décédée assurent la continuation du marché.

126 Cependant que dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur ne poursuit pas la résiliation du marché sur la base de l'article 21, § 4, 1<sup>o</sup>, du C.G.Ch.

127 Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 57; P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 471; N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p. 104.

128 CE fr., n° 155.825, 160.390, 4 juin 1999, SARL *Maison Dulac*.

129 Liège, 26 avril 2007, inédit, cité par P. THIEL, "Chronique de jurisprudence. Cours d'appel et tribunaux 2007", *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP, 2008, p. 123.

130 Gand, 12 janvier 2007, NJW, 2007, p. 608.

Cette position doit être nuancée, tant en droit belge qu'en droit français, auquel la plupart des auteurs se réfèrent quant aux conditions en vertu desquelles une cession peut être acceptée.

Dans une thèse de doctorat consacrée à la transmission des obligations en droit administratif, Madame NOGUELLOU a démontré qu'en droit français tous les contrats, qu'ils soient ou non conclus *intuitu personae* ne pouvaient être cédés qu'avec l'accord préalable du cédé. Le caractère d'*intuitu personae* ne permettrait donc pas d'expliquer la nécessité d'obtenir l'accord préalable du cédé et c'est ailleurs qu'il faudrait chercher le fondement de cette condition de la validité de la cession de contrat<sup>131</sup>. Celle-ci se trouverait, selon la doctrine privatiste à laquelle se rallie Madame NOGUELLOU, dans la caractéristique personnelle de tout rapport contractuel. Ainsi, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des conventions s'opposeraient à ce que la cession de contrat – administratif ou de droit privé – puisse s'opérer par le seul accord de volonté du cédant et du cessionnaire. "L'article 1134 du Code civil, précise cet auteur, qui fait prévaloir une conception subjective du lien contractuel, interdirait par là même au cédé d'être cocontractant du cessionnaire sans l'avoir voulu, et au cédant de quitter le champ contractuel sans l'accord du cédé. De même, l'article 1165 du Code civil interdit, au moins en règle générale, au contractant cessionnaire, en concluant un contrat avec le seul cédant, de s'imposer comme nouveau contractant à l'égard du contractant cédé sans son accord"<sup>132</sup>. Avec cette conséquence que l'exigence de consentement du cédé à la cession ne serait pas propre aux seuls contrats administratifs, puisqu'il s'agirait d'un principe général de droit, commun au droit privé et au droit public<sup>133</sup>.

Cette démonstration est, très certainement, plus que satisfaisante en France, où une vision unitaire de la cession de contrat s'est imposée, tant en droit public qu'en droit privé<sup>134</sup>.

Force est toutefois de constater que l'analyse dualiste persiste en Belgique. Dans l'état actuel du droit positif, en effet, la cession de contrat synallagmatique ne peut en principe s'opérer que par un transfert distinct des créances et des dettes qu'il comporte<sup>135</sup>, et en suivant par conséquent les règles propres qui s'y appliquent.

Sans doute, le droit administratif belge emprunte-t-il au droit français la théorie du contrat administratif. L'on n'y trouve toutefois pas d'indices pertinents imposant de s'écarter de l'analyse retenue en droit privé quant à une opération de cession de contrat. Plus particulièrement, l'on ne voit pas pourquoi les buts de services publics que poursuit l'exécution d'un contrat administratif permettraient d'écarter l'analyse qu'offre le droit des obligations. Certes, considérer la cession de contrat comme une institution autonome colle davantage à la réalité du terrain où cette figure juridique ne crée, en principe, aucune modification des rapports obligatoires initiaux, puisque le cessionnaire se substitue au cédant, alors que l'analyse dualiste implique

131 R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2004, p. 152.

132 *Ibidem*, p. 154.

133 *Ibidem*, p. 142.

134 *Ibidem*, p. 70.

135 Cass., 4 mars 1982, RCJB, 1984, p. 175, avec la note critique de M. FONTAINE, "L'apport d'une branche d'activités et la cession de contrats"; Mons, 10 septembre 2001, RRD, 2002, p. 362; Mons, 16 septembre 2002, RRD, 2002, p. 27, note de P. WERY; RDC, 2003, p. 766; P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations. Travaux des IX<sup>èmes</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le centre de droit des obligations*, Bruxelles-Paris, Bruylant – LGDJ, 1980, p. 170; P. WERY, *op. cit.*, p. 24; W. VAN GERVEN et S. COVERMAEKER, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 357; S. BEYAERT, "Overdracht van contracten", RGDC, 2003, p. 667, n° 39.

dans son volet passif l'extinction des obligations primaires et la création de nouveaux rapports d'obligations.

Il n'en demeure pas moins que cette vision dualiste permet d'expliquer pourquoi l'accord du cédé est, en principe, indispensable pour les contrats *intuitu personae*, et donc également dans le cas d'une cession de marché public, opinion généralement retenue par la doctrine belge, et pourquoi la cession n'est parfaite, dans son volet passif, qu'avec l'accord du cédé<sup>136</sup>.

Dès lors que l'on doit appliquer à la cession de contrat les règles propres de la cession de créances et de la cession de dettes, il faut constater que l'adjudicataire ne peut céder ses droits qu'avec l'accord du débiteur cédé, puisqu'en raison du caractère *intuitu personae* du contrat, les créances de l'adjudicataire qui en résultent sont en principe frappées d'incessibilité<sup>137</sup>. Sans cet accord préalable, la cession du contrat n'est donc pas seulement inopposable au pouvoir adjudicateur<sup>138</sup>, qui peut donc continuer à exiger du cédant qu'il exécute le marché; elle est également affectée d'une cause de nullité en raison de l'illicéité de son objet<sup>139</sup>.

La cession de dettes n'étant pas admise en droit belge, l'accord exprès de l'administration est également nécessaire pour que le cessionnaire se substitue pleinement à l'adjudicataire initial dans l'exécution des obligations nées du contrat<sup>140</sup>. A défaut de décharge expresse du pouvoir adjudicataire<sup>141</sup>, "cédant" et "cessionnaire" – pour peu qu'on puisse les dénommer ainsi à défaut de cession parfaite<sup>142</sup>, seront solidairement responsables de l'exécution du contrat<sup>143</sup>, et la cession inopposable au cédé.

**35. Exceptions** – L'accord préalable de l'administration n'est toutefois pas requis dans tous les cas de figure. La cession de contrat résultant de la transmission universelle de patrimoine dans le cadre de fusions ou de scissions de sociétés ne doit en effet pas recevoir l'accord de l'adminis-

136 Rapp., en matière de cession d'une concession domaniale: S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007, p. 282, n° 528.

137 Ph. MARCHANDISE, "Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives", in *La vie du contrat à prestations successives*, Bruxelles, 1991, p. 152.

138 Gand, 12 janvier 2007, *NJW*, 2007, p. 608.

139 Par ailleurs, la cession d'un marché ne peut, en principe, opérer transfert d'une créance certaine et exigible de l'adjudicataire avant la réception provisoire lorsqu'elle doit avoir lieu. Suivant l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993, en effet, les créances des adjudicataires dues en exécution d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, ne peuvent être cédées en principe jusqu'à la réception provisoire. Avant cette réception, ces créances sont frappées d'une incessibilité légale que l'accord du pouvoir adjudicateur sur la cession est impuissant à lever. Ne tombent toutefois pas sous le coup de cette disposition les créances nées de marchés passés avec les institutions universitaires de droit privé lorsque ces institutions ne peuvent être qualifiées d'organisme de droit public au sens de l'article 4, § 2, 8°, de la loi ou, bien qu'ayant cette qualité, pour les marchés dont les montants n'atteignent pas ceux fixés pour la publicité européenne. L'article 23, § 3, organise également une exception générale à ce régime d'insaisissabilité temporaire au profit des bailleurs de fonds si les créances cédées sont affectées à la garantie de crédits ou d'avances de sommes en vue de l'exécution du marché, pourvu que l'utilisation de ces crédits ou de ces avances soit concomitante ou postérieure à la signification de cette cession. Ce régime est reproduit, pour l'essentiel, par l'article 43 de la loi du 15 juin 2006.

140 Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1.487.

141 Une simple autorisation de cession par l'administration ne suffit donc pas. Il sera donc nécessaire d'obtenir l'accord exprès du pouvoir adjudicateur sur cette décharge.

142 En réalité, la "cession" combine dans cette hypothèse une cession de créance et une délégation.

143 M.-A. FLAMME et alii, *op. cit.*, p. 206, note 110.

tration<sup>144</sup> <sup>145</sup>, sauf si le cahier des charges contient une clause d'incessibilité en ce sens. Sauf disposition conventionnelle contraire, le pouvoir adjudicateur ne peut en effet contester la validité ni l'opposabilité<sup>146</sup> de la cession que l'article 683 du code des sociétés attache à une opération de fusion ou de scission<sup>147</sup>. La même solution s'applique en cas d'apport d'universalité ou de branches d'activité en vertu de l'article 765 du même code.

**36. Éléments à prendre en considération par l'administration** – Même s'il peut avoir intérêt à une cession, par exemple lorsqu'il souhaite que l'exécution du marché ne soit pas trop retardée, le pouvoir adjudicateur ne devrait l'accepter que si celle-ci ne comporte aucun risque. Or, il pourrait en être ainsi, par exemple, lorsque le contrat qui porte sur un marché de travaux a déjà été exécuté en partie avant la cession et que des malfaçons ont pu être constatées durant le cours des travaux. Si le pouvoir adjudicateur accepte la cession en déchargeant le cédant, ce dernier ne sera plus tenu à l'égard de l'administration des suites des travaux exécutés, ainsi, notamment, de la garantie décennale. Le pouvoir adjudicateur ne pourra pas non plus, en principe, se retourner contre le cessionnaire. Même si la cession de marché opère un effet de substitution du cessionnaire dans les droits et obligations du cédant, le nouvel adjudicataire ne saurait en effet, sauf stipulation contractuelle contraire ou circonstances particulières, être tenu à l'égard de l'administration des conséquences dommageables de prestations antérieures à la cession<sup>148</sup>, dès lors que la substitution de débiteur consentie par le créancier opère novation<sup>149</sup>. La jurisprudence admet toutefois que dans certaines situations, le cessionnaire doit répondre des prestations qu'il fournit mais aussi de celles de son prédécesseur s'il les agréé. Il peut en être ainsi lorsqu'un architecte a fait sien des plans dressés par son prédécesseur et qu'il est alors censé approuver<sup>150</sup>, mais aussi de travaux de fondation que l'entrepreneur cessionnaire juge suffisamment conforme aux règles de l'art pour y poursuivre les travaux.

Dans ces conditions, l'on ne peut que conseiller aux parties en cause de fixer clairement dans la convention de cession les obligations qu'elles entendent assumer quant aux suites et conséquences éventuelles des prestations déjà réalisées. Les parties pourraient s'accorder à ce propos sur une clause au terme de laquelle le cessionnaire s'engage à assumer à l'égard de l'administration l'entière responsabilité des prestations réalisées et fournies par le cédant, à charge, le cas échéant, pour ce dernier de garantir le cessionnaire de toute action diligentée à son encontre. L'administration pourrait également limiter l'ampleur de la décharge qu'elle accorde au cédant en prévoyant par exemple que celui-ci reste tenu des conséquences éventuelles de son exécution du contrat pour telle ou telle partie des travaux réalisés.

144 T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 298.

145 En ce sens, à propos du sort des contrats *intuitu personae* en cette hypothèse: P. VAN OMMESLAGHE, "Les principes généraux relatifs à la fusion et la scission selon les directives et selon la loi nouvelle" in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, p. 43-48; S. BEYAERT, *op. cit.*, p. 663; P. WERY, *op. cit.*, p. 27; W. GOOSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 1141-1142. Contra: R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 129; Gand, 25 janvier 2001, *TRV*, 2004, p. 244, note de H. WAUTERS.

146 Pour autant que les formalités de l'article 76 du code des sociétés, auquel renvoie l'article 683, aient été respectées.

147 A. DELVAUX et F. MOISES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2000, Coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, dossier n° 24, p. 106.

148 P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", *op. cit.*, p. 175.

149 Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1.487.

150 A. DELVAUX et F. MOISES, *op. cit.*, p. 108, note 294. Voy. aussi J.-F. HENROTTE, L.-O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 264.



**37. Incidences sur les suites de l'exécution du marché** – Une fois le marché cédé, tous les droits et obligations nés du contrat initial<sup>151</sup> sont en principe transférés au cessionnaire, qui doit alors exécuter le marché en se conformant aux clauses et conditions du Cahier général et du cahier spécial des charges, ainsi qu'à celles de la soumission du cédant (prix de soumission, conditions techniques et délais initiaux). L'adjudicataire initial n'est plus, en principe, titulaire des droits et obligations qu'il tenait du marché, et seul le cessionnaire se voit dorénavant chargé de son exécution.

Sauf l'accord de l'administration et la reprise du cautionnement constitué par le cédant, aucune formalité particulière préalable ne s'impose pour la poursuite de l'exécution du contrat. Le cessionnaire pourra donc se mettre au travail dès l'acceptation de la cession.

Les négociations précédant la cession auront pu néanmoins amputer considérablement sur le temps restant à courir pour l'achèvement du marché. Sauf si la cession est motivée par la faillite ou la mise en liquidation de l'adjudicataire<sup>152</sup>, le délai d'exécution initialement fixé n'est pas interrompu. Selon les circonstances et les motifs de la cession, l'administration pourra cependant décider de consentir un nouveau délai d'exécution au cessionnaire.

**38. Obligation de mise en concurrence: remise en cause de la doctrine traditionnelle** – L'on estimait jusqu'il y a peu en doctrine que, si lors de la cession les modalités d'exécution du marché et l'économie du contrat n'étaient pas substantiellement modifiées, celle-ci ne constituait pas un nouveau marché soumis à concurrence<sup>153</sup>. Ce n'était que lorsque la cession devait être assortie d'une remise en cause substantielle des éléments essentiels du contrat (durée, prix, nature des prestations, ...) <sup>154</sup> qu'elle devait être soumise préalablement aux règles de publicité applicables en matière de passation des marchés publics<sup>155</sup>.

La Cour de justice des communautés européennes a récemment remis en cause cette solution, tout en confirmant par ailleurs que la modification d'un élément essentiel du contrat autre que la personne de l'adjudicataire entraîne l'obligation de procéder à une nouvelle passation du marché dans le respect des règles de concurrence. Dans un arrêt du 19 juin 2008, elle a en effet considéré qu'en général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-

151 L'on procède, ce faisant, à une fiction puisque dans la rigueur des mécanismes de la cession de contrat, seules les créances nées du contrat initial sont transmises au cessionnaire. Les dettes disparaissent et sont rappelées par de nouveaux rapports obligatoires identiques à ceux qu'ils remplacent.

152 A. DELVAUX et F. MOISES, *op. cit.*, p. 109.

153 Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 57.

154 Pareil bouleversement de l'économie du contrat peut se présenter en cas de cession partielle d'un marché. La cession d'une partie seulement des prestations qui font l'objet du marché n'est pas rare. Ainsi, il se peut que lors d'opérations de transmission de patrimoine ou d'actifs, l'ensemble des activités relatives à l'objet du marché ne soit pas transféré à la société cessionnaire, le cédant restant alors titulaire de l'autre partie du marché (F. DOMINICI, "Cession de marché et adaptation des règles de mise en concurrence", *ACCP*, n° 23, juin 2003, pp. 64-65).

155 Avis de la Section des finances du Conseil d'Etat de France n° 141.654, 8 juin 2000, *AJDA*, 2000, p. 758.

traitance<sup>156</sup>. Partant, cette modification peut être considérée comme constituant une nouvelle passation de marché public qui doit être soumise à concurrence<sup>157</sup>.

Dans l'affaire qui lui était déférée, la Cour a toutefois considéré que certaines caractéristiques particulières permettaient de conclure que la substitution de l'adjudicataire ne constituait pas le changement d'un terme essentiel du marché, mais une "réorganisation interne" du cocontractant. En l'espèce, le cessionnaire se présentait comme une filiale détenue à 100% par le cédant, lequel disposait d'un pouvoir de direction sur cette filiale. Les deux entités étaient également liées par un contrat de transfert des pertes et des bénéfices, assumés par le cédant. En outre, ce dernier restait responsable solidairement avec le cessionnaire de l'exécution du contrat, dont l'objet restait inchangé. La Cour a toutefois relevé que si les parts sociales du cessionnaire venaient à être cédées à un tiers pendant la durée du marché, il s'agirait non plus d'une "réorganisation interne" du cocontractant initial, mais d'un changement effectif de cocontractant, ce qui constituerait en principe le changement d'un terme essentiel du marché.

Il ressort de cet arrêt qu'en principe, un changement d'adjudicataire constitue déjà en soi une modification substantielle d'un des éléments du marché<sup>158</sup>, avec cette conséquence qu'une cession de marché ne pourra en général avoir lieu qu'après mise en concurrence des personnes intéressées à la reprise du contrat. La même solution s'applique en cas de substitution d'un des membres de l'association momentanée adjudicatrice d'un marché ou lorsque celui-ci est cédé à un seul de ses membres<sup>159</sup>.

Cette position s'explique, pour l'avocat général KOKOTT, par la circonstance que dans ce cas de figure l'exécution d'un marché public serait confiée à une entreprise qui pourrait ne pas avoir eu à se soumettre à une mise en concurrence avec d'autres soumissionnaires et dont le choix

156 CJCE, 19 juin 2008, C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, pt. 40.

157 Par contre, la Cour a estimé que la cession de droits sociaux d'une entreprise qui s'est vue attribuer un marché public ne constitue pas en principe une modification substantielle du marché au motif que "si une personne morale est constituée sous la forme d'une société anonyme cotée en Bourse, - mais des considérations analogues s'appliquent dans le cadre de marchés publics attribués à des personnes morales constituées sous la forme d'une coopérative enregistrée à responsabilité limitée-, il résulte de sa nature même que son actionariat est susceptible de changer à tout moment. En principe, une telle situation ne met pas en cause la validité de l'attribution d'un marché public à une telle société. Il pourrait en être autrement dans des cas exceptionnels, telles des manœuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics" (pt.51-52). Cette conclusion est discutable lorsque la qualité des associés constitue, au-delà de la personne morale qui contracte avec le pouvoir adjudicateur, une condition d'attribution du marché. Il en est ainsi, par exemple, en matière de contrat d'architecture. Si la profession d'architecte peut être exercée par une personne physique comme par une personne morale, le titre d'architecte n'est conféré par la loi qu'à une personne physique, détentrice, le plus souvent, des parts sociales de la société. L'on peut, dans ces circonstances, se demander si le rachat de parts sociales par un autre architecte n'aboutit pas à opérer en droit, sinon en fait, une cession de marché dès lors que c'est ce dernier qui permettra à la société de pouvoir légalement continuer ses activités. Cette conclusion s'impose d'autant plus lorsque les maîtres d'ouvrages ont pris soin d'exiger des soumissionnaires qu'ils indiquent dans leur offre ou leur demande de participation les noms et qualifications professionnelles appropriées des personnes qui seront chargées de l'exécution des services en question afin d'en faire des éléments déterminants de l'attribution du marché. L'on se gardera, toutefois, de prendre position de manière définitive dans ce cas de figure, puisque seul un examen attentif de chaque situation permet de vérifier la compatibilité de ce type d'opérations à la réglementation applicable en matière de marchés publics, ainsi qu'aux principes du Traité. Les hypothèses dans lesquelles ce type d'opération peut aboutir à une violation du principe d'égalité et de non-discrimination ne sont pas rarissimes. Il en sera ainsi si, au terme du rachat de parts, l'architecte peut se voir confier la réalisation d'un marché, alors même qu'il ne disposait pas des références qui lui eurent permis de pouvoir participer à son attribution.

158 En ce sens, déjà: A. SEVINO, "Le paradoxe de la cession des marchés publics", *AJDA*, 2003, pp. 2076-2077.

159 Dans ce sens, pt. 68 des conclusions de l'avocat général KOKOTT concernant l'arrêt du 19 juin 2008. Le droit communautaire ne s'oppose toutefois pas à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public de travaux ou d'une concession de travaux publics, intervenue après la soumission des offres (CJCE, 23 janvier 2003, C- 57/01, *Makedoniko Metro*).

ne reposerait pas sur une comparaison avec d'autres soumissionnaires éventuels. Or, pareille opération comporterait un risque de détournement du droit des marchés publics et serait de nature à fausser la concurrence sur le marché en cause et pourrait ainsi permettre de favoriser un nouveau prestataire de services par rapport à d'autres prestataires potentiels<sup>160</sup>.

Cet arrêt, lourd de conséquences, laisse sans réponse de nombreuses interrogations<sup>161</sup>.

Se pose d'emblée la question de l'étendue des exceptions au principe que la Cour a énoncé. Ainsi, l'on peut se demander dans quelle mesure la transmission d'un contrat à une société appartenant au même groupe de sociétés que celle qui était titulaire de ce contrat peut échapper à l'obligation de procéder à une mise en concurrence. Peut-on considérer que cette situation présente d'emblée, pour reprendre les mots de la Cour, une "réorganisation interne" du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial? Dans la négative, quelles caractéristiques particulières doivent être présentes pour permettre de conclure que la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché ne constitue pas le changement d'un de ses termes essentiels?

Certains sont à ce propos d'avis que l'examen de la Cour de Justice ne porterait pas sur la question de la personnalité juridique du cocontractant, mais plutôt sur les changements structurels qui l'affectent et notamment sur le pouvoir de direction au sein de la société<sup>162</sup>. Une mise en concurrence ne serait dès lors pas nécessaire si l'adjudicataire initial conserve un contrôle économique sur le cessionnaire.

Qu'en est-il, toutefois, des opérations de fusions et de scissions? Comptent-elles parmi les exceptions au principe posé par la Cour? Force est à ce propos de constater qu'en règle<sup>163</sup> dans l'un et l'autre cas, le cédant ne survit pas à l'opération, de sorte que l'hypothèse de la réorganisation interne du cocontractant ne peut être suivie. Il n'est pas certain non plus que le principe de transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante s'oppose à l'obligation de mise en concurrence préalable qui s'impose en principe en cas de changement d'adjudicataire. Si la dissociation du marché du reste du patrimoine transféré peut être légitimement admise lorsque pareilles opérations n'ont pas pour effet de fausser la concurrence sur le marché, l'application de l'enseignement de l'arrêt de la Cour de Justice du 19 juin 2008 à une fusion ou une scission, comme à une opération d'apport d'universalité ou de branches d'universalité risque d'aboutir en pratique à de réelles difficultés, voire, parfois, à affecter l'intérêt même de ce genre d'opérations.

160 Pt. 54 de ses conclusions sur l'arrêt du 19 juin 2008. Comme la Cour, l'avocat général admet cependant qu'il peut résulter de certaines circonstances particulières que des modifications apportées à la personne du prestataire de services n'emportent pas modification substantielle du contrat. Tel peut notamment être le cas lorsque l'adjudicataire principal, bien qu'il ait confié l'exécution du marché à un sous-traitant, reste entièrement responsable de l'exécution du marché dans sa globalité ou tout au moins en est conjointement responsable. Il en est ainsi également lorsque le marché est confié à un tiers qu'il contrôle d'une manière similaire à celle dont il contrôle ses propres services.

161 Outre les remarques ici formulées, voy. aussi F. Vandendriessche et Ph. DE KEYSER, "Toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 184-186.

162 Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>ème</sup> éd. revue et augmentée par Ph. FLAMME, p. 73, n° 52.

163 Voy. l'hypothèse visée par l'article 677 du code des sociétés.

Des questions d'ordre pratique surgissent également, tant il est vrai que, même si la Cour ne semble pas avoir voulu interdire le procédé même de la cession de marché, mais seulement en encadrer les modalités, de prime abord, cession et mise en concurrence peuvent apparaître comme incompatibles<sup>164</sup>. L'on peut ainsi se demander sur qui repose cette obligation de mise en concurrence. Dans un arrêt du 26 avril 2007, la Cour d'Appel de Liège semble avoir décidé à ce propos que c'était au curateur de l'adjudicataire failli, et non au pouvoir adjudicateur, de procéder à cette mise en concurrence<sup>165</sup>.

L'on sait à ce propos que, sans se prononcer expressément sur cette question, la Cour de Justice a déjà considéré dans son arrêt *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi* que l'effet utile des directives pouvait être tout aussi bien observé si la législation nationale permet à un tiers privé de faire réaliser des ouvrages convenus avec un pouvoir adjudicateur en recourant aux procédures prévues par la directive<sup>166</sup>. La portée de cet arrêt a toutefois été circonscrite par la Cour elle-même dans son arrêt *Commission c/ France* du 10 octobre 2005. La Cour y a indiqué que "cette appréciation a été portée dans le contexte d'une réglementation particulière en matière d'urbanisme selon laquelle l'octroi d'un permis de construire entraînait le versement, par son titulaire, d'une contribution aux dépenses d'équipements engendrées par son projet. Toutefois, ce dernier pouvait s'engager à réaliser directement les ouvrages d'équipement, en déduction totale ou partielle du montant dû. Dans cette dernière hypothèse, la Cour a conclu qu'il s'agissait d'un marché public de travaux au sens de la directive 93/37. La commune n'ayant cependant pas la faculté de choisir celui qui était chargé d'exécuter les ouvrages d'équipement, cette personne était désignée par la loi en sa qualité de propriétaire des terrains faisant l'objet du lotissement et titulaire de permis de construire, il était loisible de constater que les procédures de passation pouvaient être appliquées, au lieu de la commune, par le titulaire du permis, seule personne apte, selon la loi, à exécuter les ouvrages, en tant qu'alternative au versement à la commune d'une contribution aux charges d'équipement"<sup>167</sup>. La même solution ne s'applique dès lors pas lorsque le choix du mandataire est laissé au pouvoir adjudicateur, ou lorsque la loi ne prévoit pas d'obligations préalables, pour lesquelles la rémunération du mandataire constituerait une contrepartie.

Dans le cas d'une cession de contrat, même après qu'il a contracté avec le cédant, le pouvoir adjudicateur dispose toujours, en principe, de la faculté de choisir celui qui sera chargé d'exécuter le contrat, puisqu'il peut y mettre fin et contracter avec un autre. L'accord du pouvoir adjudicateur sur la personne du cessionnaire est par ailleurs, sauf exception, toujours requis, et même déterminant quant à la validité même de l'opération. L'administration demeure par conséquent, contrairement à ce que prévoyait la législation italienne dans l'arrêt autrement dénommé *Scala de Milan*, toujours libre de choisir qui exécutera le marché à l'avenir. Il lui incombe donc, en principe, de procéder elle-même à la mise en concurrence que la cession d'un marché peut im-

164 N. SYMCHOWICZ, *op. cit.*, p. 113.

165 Liège, 26 avril 2007, inédit, précité.

166 CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano*, C-399/98. Sur cet arrêt, voy. F. MOISES, J.-F. JAMINET et A. VANDEBURIE, *Promotion immobilière publique. Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 40 et 49; K. WAUTERS, J. GHYSSELS et J. ANTHIERENS, *Overheidsopdrachten. Rechtspraak Hof van Justitie 2001-2007*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 45-48.

167 CJCE, 20 octobre 2005, C-264/03, *Commission c/ France*, pt. 57.

poser<sup>168</sup>. La même conclusion semble s'imposer dans les cas où l'accord du pouvoir adjudicateur n'est pas requis sur la cession. En effet, l'administration peut toujours décider de mettre fin à un marché. Il s'en déduit que l'adjudicataire (initial) n'est jamais la seule personne apte à l'exécuter. En toute hypothèse, l'administration, plus familiarisée avec les procédures de passation des marchés publics, présente davantage de garanties pour mener à bien ce genre de procédures, dont la lourdeur est de nature à décourager le cédant<sup>169</sup>.

**39. Recours éventuels et (in)compétence du Conseil d'Etat** - Ici comme ailleurs, l'on pourrait devoir en appeler aux juges pour assurer le respect des règles en vigueur. Se pose d'emblée la question de savoir qui du Conseil d'Etat ou des cours et tribunaux est compétent pour connaître d'un recours contre la décision de l'administration d'approuver (ou non) la cession du marché.

La première difficulté consiste à déterminer si cette décision d'approbation constitue un acte détachable du contrat. Cette question semble pouvoir recevoir une réponse affirmative lorsque la cession doit être précédée d'une mise en concurrence. Dans cette situation, cette décision se confond en effet avec celle par laquelle l'autorité décide d'attribuer à nouveau le contrat. Cette décision pourra donc, en principe, faire l'objet d'un recours en annulation et/ou en suspension devant le Conseil d'Etat par tout tiers intéressé. Le cédant et, surtout, le cessionnaire d'ores et déjà pressenti, pourraient toutefois voir d'un mauvais œil l'organisation de cette procédure et contester l'obligation d'organiser une mise en concurrence. Un recours au Conseil d'Etat devrait également leur être ouvert contre cette décision préalable mais définitive du pouvoir adjudicateur. Lorsque pareille procédure devait être envisagée mais ne l'a pas été, l'acte détachable par lequel l'administration décide de ne pas recourir à la mise à la concurrence ne pourra plus faire l'objet d'un recours en suspension devant le Conseil d'Etat si la cession est déjà conclue<sup>170-171</sup>. Le tiers évincé pourrait toutefois toujours en poursuivre l'annulation devant le Conseil d'Etat, ainsi

168 La question peut se poser de savoir si, dans cette circonstance, l'administration peut faire peser les frais de cette procédure sur les épaules du cédant. Une cession de marché n'est pas une mesure d'office prise pour pallier aux manquements contractuels de l'adjudicataire défaillant. Elle se distingue en cela de la conclusion d'un marché pour compte passé afin d'achever le travail aux frais, risques et périls de l'adjudicataire. Il n'en demeure pas moins qu'en choisissant de céder le contrat à un tiers, l'adjudicataire ne remplit pas ses obligations initiales. Il se rend donc coupable d'une faute dont il est tenu de réparer les conséquences dommageables à l'égard de son cocontractant. C'est en vain, nous semble-t-il, que le cédant, pour considérer que le dommage dont se plaint de ce fait l'administration n'est pas indemnisable, tenterait d'invoquer la jurisprudence de la Cour de Cassation suivant laquelle l'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire exclut qu'il y ait dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que ladite dépense ou prestation à intervenir doit définitivement rester à charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement (Notamment, Cass., 27 novembre 2007, RG P07.1181.N). Si le droit communautaire semble exiger que ce soit le pouvoir adjudicateur lui-même qui dans cette hypothèse, se charge de l'organisation d'une procédure de mise en concurrence du marché, il ne se déduit toutefois pas des circonstances particulières dans lesquelles cette procédure est organisée que les frais y consacrés par l'administration devraient rester à charge de son budget.

169 Il n'est toutefois pas exclu que l'administration puisse recourir dans ce cas à la procédure négociée sans publicité en vertu de l'article 17, § 1, 1<sup>o</sup>, c), de la loi du 14 décembre 1993 (voy. aussi l'article 26, § 1, 1<sup>o</sup>, c), de la loi du 15 juin 2006). La poursuite immédiate et sans interruption de certains marchés pourrait ainsi satisfaire à la condition d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permettant pas de respecter les délais exigés par les autres procédures.

170 CE, Ass. Gén., n° 87.983, du 15 juin 2000, *Feyfer-Formanova*.

171 Dans le cas contraire, cette décision préalable négative devrait pouvoir être querellée devant le Conseil d'Etat en vertu de la jurisprudence *Labonorm* (CE, Ass. gén., n° 152.173, 2 décembre 2005). La faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre cette décision n'empêche pas par ailleurs que les irrégularités entachant le choix de la procédure de désignation du cessionnaire puissent encore être invoquées de manière recevable contre la décision ultérieure par laquelle l'administration désigne le cessionnaire du marché.

que solliciter la suspension de l'exécution du contrat devant les cours et tribunaux le temps qu'il en obtienne l'annulation<sup>172</sup>.

Lorsqu'elle ne doit pas être précédée d'une mise en concurrence préalable, la cession d'un marché ne constitue pas l'attribution d'un nouveau contrat, mais le remplacement du partenaire initial de l'administration par un autre. Elle tient, de ce fait, à l'exécution du contrat. Or, suivant une certaine jurisprudence du Conseil d'Etat, celui-ci ne peut s'y immiscer<sup>173</sup>. Néanmoins, s'il pouvait être établi que la décision du pouvoir adjudicateur d'autoriser ou non la cession d'un marché constitue un acte détachable du contrat, un recours au Conseil d'Etat pourrait être envisagé pour tous tiers intéressés comme pour le cédant ou le cessionnaire, pour autant qu'ils démontrent que l'objet véritable et direct de leur recours ne porte pas sur la méconnaissance d'un droit subjectif qu'ils tendraient à faire consacrer ou à en faire assurer le respect, mais vise le respect de la légalité<sup>174</sup>.

## § 2. Le remplacement du pouvoir adjudicateur par une autre personne morale de droit public

**40. Succession et transfert de compétences entre personnes publiques** - Si, la plupart du temps, c'est le cocontractant de l'administration qui décidera de se faire substituer dans l'exécution du marché, il se peut également qu'au cours du contrat, le pouvoir adjudicateur vienne à être remplacé par un autre. Il en est ainsi toutes les fois où une autorité publique succède à une autre dans l'exercice d'une compétence en vertu de laquelle le contrat a été conclu par l'entité cédante.

Ce transfert de compétences ne cause pas de difficultés particulières quant à la poursuite des contrats en cours, dès lors qu'il entraîne par lui-même au bénéfice de la personne publique les recueillant le transfert du patrimoine leur étant affecté. Or, ce patrimoine comprend les contrats antérieurement conclus dans le cadre de l'exercice de la compétence transférée<sup>175</sup>.

Par conséquent, lorsqu'une personne publique s'engage par contrat, elle engage également toutes les personnes publiques susceptibles de se voir attribuer la compétence ayant justifié la conclusion du contrat. Ce transfert n'est conditionné ni par l'accord de la personne publique cessionnaire ni par le consentement du cocontractant cédé<sup>176</sup>.

172 Si dans l'état actuel du droit, pareille action en annulation du contrat n'est pas toujours admise, elle le sera une fois l'article 2 de la loi du 16 juin 2006 entré en vigueur, puisque dans cette hypothèse, la procédure de publicité que la loi organise, ainsi notamment que l'obligation de standstill, n'aura pas été respectée.

173 Voy. les décisions auxquelles renvoie P. NIHOUL, "Le Conseil d'Etat et les marchés publics: je t'aime, moi non plus", *Entr. et dr.*, 2005, pp. 47-48.

174 CE, n° 162.776, 27 septembre 2006, *SA Systemat Sud*.

175 O. LEMAIRE, "Le transfert de contrat entre personnes publiques (1<sup>ère</sup> partie)", *ACCP*, n° 9, mars 2002, p. 9.

176 *Ibidem*, p. 11, au motif que soumettre le transfert de contrat à l'accord de l'adjudicataire reviendrait à lui permettre de tenir en échec l'exercice d'une compétence, et que l'adjudicataire ne s'engage pas *intuitu personae* à l'égard de l'administration mais seulement en fonction de l'objet du contrat et du contrat lui-même. Ce point de vue est critiquable. Une administration n'est pas une autre. Nul n'ignore que certaines d'entre elles honorent leur dettes plus rapidement que les autres, ce qui est un élément non négligeable pour l'adjudicataire privé. Tous les pouvoirs publics ne sont, par ailleurs, pas à l'abri de tomber dans un état de cessation de paiement, voire d'être déclarée en faillite, contrairement à l'idée qui est parfois véhiculée à ce propos (B. LOMBAERT, "La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s'en mêlent ...", rapport provisoire présenté lors du colloque ayant pour thème "Le service public: entre menaces et renouveau" qui s'est tenu le 27 novembre 2008 aux Facultés universitaires Saint-Louis, n° 11).

Les contrats conclus avec une commune qui, par la suite est fusionnée à d'autres, ou qui décide d'abandonner, par le procédé de la substitution<sup>177</sup>, la compétence en vertu de laquelle ces contrats ont été conclus à une intercommunale qu'elle crée, sont donc valablement transférés à l'entité de communes ou à cette intercommunale sans formalité. Il en est de même d'un contrat passé avec une commune qui décide par la suite de confier l'exercice d'une compétence déterminée à une régie communale autonome. A l'inverse, la création d'une régie communale simple n'opère pas transfert du contrat à cette entité, dès lors que pareille opération suppose l'existence de deux personnalités juridiques différentes, qualité dont est dépourvue la régie communale simple.

**41. La cession du contrat comme correction de l'incompétence de l'auteur du marché** – Le sort de la cession du marché devient plus délicate lorsque l'autorité qui a conclu le contrat initial s'est crue erronément investie de la compétence pour ce faire et que ce transfert est utilisé ou envisagé pour "corriger" cette irrégularité. L'hypothèse n'est pas si rare qu'il n'y paraît. Elle peut, par exemple, se présenter lorsqu'une région décide de lancer une campagne d'information pour un sujet qui touche une compétence communautaire et passe pour se faire un marché de services. La question se pose alors de savoir si ce contrat peut être cédé à l'autorité qui eût été normalement compétente pour le conclure.

Un contrat passé par une autorité incompétente ne l'est pas valablement, l'acte par lequel l'autorité manifeste son consentement étant nécessairement irrégulier. Ce contrat est donc entaché d'un vice sérieux de légalité, qu'une ratification ultérieure de l'autorité compétente ne peut effacer. Pour que l'autorité compétente adopte dans ces conditions une décision régulière, elle doit procéder elle-même à l'examen du dossier. Elle ne peut dès lors s'en remettre purement et simplement à ce propos à la décision de l'autorité qui s'était crue, mais à tort, investie de sa compétence, en prétendant la faire sienne s'y référant, au mieux en la reproduisant<sup>178</sup>. Une nouvelle décision, reposant sur son examen propre du dossier, doit donc être adoptée par l'autorité compétente. Un nouveau contrat conclu au terme d'une nouvelle procédure de passation devra donc être établi, ce qui constitue un obstacle au transfert du contrat précédemment conclu.

### § 3. Le remplacement du pouvoir adjudicateur par un tiers privé

**42. La transmission du contrat du pouvoir adjudicateur à un tiers privé** – L'administration peut décider de se désinvestir de l'exercice d'activités publiques en les cédant à un tiers intéressé. Il en est ainsi, par exemple, en cas de concession de service public ou, plus généralement, lorsque les pouvoirs publics choisissent de privatiser la gestion d'un service public. Dans cette situation, le départ de l'administration ne sonne toutefois pas nécessairement la fin du marché.

Lorsque l'opération de privatisation s'opère par transfert des titres représentatifs du capital social d'une société ainsi privatisée, le titulaire du marché demeure inchangé. Il n'y a dès lors pas de succession de personnes juridiques différentes et la question de la transmission des

<sup>177</sup> Voy., à ce propos, F. MOISES, J.-F. JAMINET et A. VANDEBURIE, *op. cit.*, pp. 82-84.

<sup>178</sup> CE, n°117.483, 25 mars 2003, SA Résidence Harmonie.

droits et obligations nées du contrat n'a dès lors pas lieu d'être<sup>179</sup>. Toutefois, cette modification du contrôle de l'entreprise privatisée peut ne pas être anodine pour l'adjudicataire d'un marché passé avec cette entreprise avant sa privatisation. Celui-ci se voit en effet imposer un partenaire qui ne présente plus les garanties qui l'avaient peut-être convaincu à contracter avec lui. Si l'on peut admettre qu'un cocontractant de l'administration doit être considéré comme ayant accepté par avance tout remplacement de son partenaire par une autre personne publique<sup>180</sup>, la même conclusion ne s'impose pas lorsque l'activité en cause est cédée par le transfert des droits sociaux à un tiers privé. La qualité d'organisme de droit public du pouvoir adjudicateur, à défaut de sa personne même, est en effet, en raison même de ses implications et caractéristiques propres, un élément déterminant du contrat pour l'adjudicataire. L'on peut dès lors se demander si le contrat peut encore survivre lorsque cet élément déterminant vient à faire défaut, et si l'administration ne devrait pas procéder avant l'opération de privatisation à la résiliation du contrat, ou si, après cette opération, il ne faudrait pas en constater la caducité par disparition de cause ou d'objet<sup>181</sup>.

La même question se pose avec encore plus de pertinence lorsque la privatisation s'opère par transfert à un organisme préexistant ou nouveau du patrimoine – biens, droits et obligations – lié à l'activité publique à privatiser, ce qui peut être le cas en cas de concession de service public ou lorsque le transfert de titres représentatifs du capital d'une société publique privatisée se déroule concomitamment à une opération de transfert du patrimoine de cette société à une société privée sans discontinuité.

L'adjudicataire, l'administration et le tiers privé pourraient toutefois avoir intérêt à ce que les relations contractuelles passées se maintiennent à l'avenir. Le tiers intéressé pourrait adhérer au projet commandé par l'administration et conduit par l'adjudicataire. Dans ce cas de figure, il souhaitera que le marché se poursuive sans interruption, ce qui lui évitera également d'entreprendre des démarches en vue de chercher un autre cocontractant pour poursuivre ou achever le marché. Sauf si le tiers présente des risques d'insolvabilité, l'adjudicataire sera bien évidemment intéressé par la poursuite du contrat. Enfin, si celle-ci se confirme, l'administration pourra échapper aux dommages et intérêts qu'elle pourrait devoir verser pour rupture anticipée de la convention.

C'est donc assez logiquement que l'on admet que la transmission universelle réalisée dans le cadre d'opérations de privatisation emporte le même effet subrogatoire qu'une fusion, par exemple, à l'égard des contrats *intuitu personae*<sup>182</sup>. Les marchés précédemment conclus par l'ad-

<sup>179</sup> Rappr. R. NOGUELLOU, *op. cit.*, p. 83, concernant la cession de contrat accompagnant une opération de nationalisation se réalisant par simple transfert des droits sociaux de l'entreprise nationalisée à l'Etat.

<sup>180</sup> O. LEMAIRE, "Le transfert de contrat entre personnes publiques (1<sup>ère</sup> partie)", *op. cit.*, p. 11.

<sup>181</sup> L'on sait que la Cour de Cassation a, dans un arrêt du 21 janvier 2000, estimé que l'existence de la cause d'un acte juridique doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et que sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte. Toutefois, et comme la Cour l'indique elle-même, puisqu'elle utilise les termes "en règle", ce principe connaît des exceptions. Tel est le cas dans les contrats *intuitu personae*, lorsque l'une des parties vient à disparaître, par exemple par décès ou faillite. Il en est ainsi également lorsque la disparition de la cause conduit à une impossibilité d'exécution en nature, notamment si c'est la cause objective des engagements d'une partie qui est touchée, et donc l'objet des obligations essentielles de l'autre (P.-A. FORIERS, "La caducité revisitée. A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000", *JT*, 2000, p. 677, n° 14).

<sup>182</sup> N. THIRION, "L'application du droit administratif aux opérations de privatisation", in *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 920-921.

ministration peuvent donc être repris automatiquement et sans interruption par le tiers privé, sans que ce transfert ne nécessite l'accord de l'adjudicataire.

Pour l'avenir, le contrat continuera en principe à être régi par la loi contractuelle en vigueur au jour de sa conclusion. Tant l'arrêté royal du 26 septembre 1996, que le Cahier général et le cahier spécial des charges trouveront donc à s'appliquer. Des modifications ultérieures pourraient cependant s'avérer utiles afin d'assouplir la rigidité parfois excessive des relations contractuelles existant entre parties à un marché public. L'obligation de mise en concurrence n'est toutefois pas exclue à ce propos si, bien que privatisée, l'activité publique en cause est exercée par une entité qui tombe sous le champ d'application de la réglementation sur les marchés publics – soit qu'il faille considérer qu'il s'agisse d'une émanation de l'Etat au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice, soit que cette entité puisse être qualifiée d'organisme de droit public au sens de la directive 2004/18<sup>183</sup> –, et que ces modifications touchent l'économie substantielle du contrat<sup>184</sup>.

(A suivre – wordt vervolgd)

Aurélien VANDEBURIE  
Assistant chargé de recherches  
l'Université d'Hasselt

Sammy DE RIDDER  
Assistent bestuursrecht  
Universiteit Hasselt

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 921-929.

<sup>184</sup> *Supra*, n° 13-14.

# Rechtspraak Jurisprudence

## Tekortkomingen (Proces-verbaal van –)

**Overheidsopdracht – Tekortkomingen vastgesteld in ingebrekestellingen in de loop van de uitvoering – Schriftelijke betwisting door de aannemer – Naarmate van hun formulering – Stilzwijgen van de aannemer na PV van (dezelfde) tekortkomingen – Erkennen van de tekortkomingen? – Neen – Weerlegbaar vermoeden? Ja.**

### SAMENVATTING

*Het rechtsgevolg dat het stilzwijgen geldt als erkenning van de vastgestelde feiten treedt niet in indien de aannemer alle tekortkomingen vermeld in het proces-verbaal van vaststelling bedoeld in artikel 47, al. 1, AAV (1977) heeft betwist vóór de toezending van het proces-verbaal en die betwisting bekend was aan het aanbestedende bestuur.*

*Een onverkorte toepassing maken van het vermoeden bedoeld in artikel 47 al. 2 zou in strijd zijn met het door de regelgever beoogde doel, met name aan de aannemer een garantie op tegenspraak te verlenen en het bestuur ook de mogelijkheid te geven de nodige maatregelen te nemen wanneer de tekortkomingen van de aannemer zouden vaststaan.*

HOF VAN CASSATIE, 1<sup>ste</sup> Kamer, 3 september 2009, C.08.0212.N, inzake Vlaams Gewest t/ A.S. en consorten.

- Voorzitter: de heer Y. Verougstraete.
- Raadsheren: Mevrouw B. Deconinck en de heren E. Dirix, E. Stassijns en G. Jocqué.
- Advocaat-generaal: de heer C. Vandewal.
- Pl.: Meesters H. Geinger en L. Simont.

## Manquements (Procès-verbal de –)

**Marché public – Manquements constatés dans des mises en demeure en cours de chantier – Contestations écrites par l'adjudicataire – Au fur et à mesure de leur formulation – Etablissement d'un PV de manquements (identiques) – Silence de l'entrepreneur après le PV de manquements – Présomption de reconnaissance des manquements? – Non – Présomption réfragable? Oui.**

### SOMMAIRE

*La conséquence juridique que le silence de l'entrepreneur vaut reconnaissance des faits constatés n'est pas d'application dans l'hypothèse où il a, avant même l'envoi du procès-verbal de manquement visé à l'article 47, al. 1, C.G.Ch. (1977), contesté tous les manquements y constatés et que cette contestation était connue du pouvoir adjudicateur.*