

# La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire<sup>1</sup>

---

## 1. Introduction

Sous l'angle conceptuel, le droit communautaire a simplifié la typologie des contrats publics<sup>2</sup> : à côté des marchés publics régis par le droit dérivé (directives 2004/17 et 2004/18), figurent les autres contrats publics régis, pour la plupart, par le droit primaire, par des principes généraux<sup>3</sup> et par une certaine logique concurrentielle ou logique de marché<sup>4</sup>. Cette approche binaire, nécessairement plus lisible<sup>5</sup>, au demeurant faussement simple<sup>6</sup>, n'empêche pas la fragmentation du droit et des pratiques dans les Etats membres, censurée de manière sévère<sup>7</sup> et relativement aléatoire au gré des procédures portées devant la Cour de Justice.

Sous l'angle opérationnel, la simplification des éléments fondamentaux des catégories juridiques emporte de réelles difficultés pour les acteurs publics et privés, compte tenu de certaines nécessités pratiques. La tendance du droit communautaire à importer des solutions retenues pour la passation des marchés publics aux autres contrats publics renforce ces difficultés. Ce mimétisme<sup>8</sup> n'est pas propre au droit communautaire des contrats publics, et transcende parfois les frontières entre le droit public et le droit privé dans la sphère de droit interne.

Ainsi, le **principe de mutabilité des contrats administratifs**, dégagé par le Conseil d'Etat français dans son célèbre arrêt *Cie générale française des Tramways*<sup>9</sup>, allait ensuite de l'arrêt *Union des transports publics*<sup>10</sup>, devenir une règle générale applicable aux contrats administratifs. Il est consacré en droit belge de manière singulièrement ambiguë et incomplète pour les marchés publics<sup>11</sup>. Il est reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme "afin de préserver la prééminence des intérêts supérieurs de l'Etat sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder l'équilibre du contrat"<sup>12</sup>. Ce pouvoir de modification unilatérale est généralement encadré par les droits nationaux.

Consacrée par l'arrêt du Conseil d'Etat français du 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*<sup>13</sup>, la **théorie de l'imprévision** a progressivement cédé sa place, en droit français, à divers

---

<sup>1</sup> L'auteur tient à remercier Monsieur T. Delvaux, assistant à l'Université de Liège et avocat, pour sa contribution aux recherches qui ont été nécessaires à la rédaction de cet article.

<sup>2</sup> Singulièrement par rapport à celle que connaît le droit français, qui multiplie les formes contractuelles en droit interne : Gabriel ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 238.

<sup>3</sup> Rappelés régulièrement par la Commission européenne dans ses communications interprétatives. Voy. not. la Communication interprétative de la Commission du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (*J.O.C.E.* n° C 179 du 1<sup>er</sup> août 2006, p. 2) et la critique de J.-D. DREYFUS, « *De minimis praetor curat* », *AJDA*, 2006, p.1633.

<sup>4</sup> A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.

<sup>5</sup> J.-M. PEYRICAL, « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », *AJDA*, 2009, p. 965.

<sup>6</sup> A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.

<sup>7</sup> G. ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 238.

<sup>8</sup> Souligné également par Gabriel ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, p. 238.

<sup>9</sup> C.E. Fr., 11 mars 1903, *Cie générale française des Tramways*, *Rec.*, p. 216, concl. Blum ; S., 1911, 3.1., note HAURIU ; *RDP*, 1910, p. 270, note JÈZE.

<sup>10</sup> C.E. Fr., 2 février 1983, *Union des transports publics*, *RDP*, 1984, p. 121, note AUBY.

<sup>11</sup> Articles 7 et 8 du de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 relatif aux règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (« R.G.E. ») et article 42 du Cahier général des charges (annexe du R.G.E.) (« C.G.Ch. »).

<sup>12</sup> C.E.D.H., 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran c. Grèce*, *Rec.*, vol. 301, p. 65, mis en avant par L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 4ème édition, 2004, spéc. p.242.

<sup>13</sup> C.E. Fr., 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Lebon*, p. 125 ; *D.*, 1916, 25, concl. P. CHARDENET ; *RDP*, 1916, p. 206 et p. 388, concl. P. CHARDENET, note G. JEZE ; S. 1916. 3, p. 17, concl. P. CHARDENET, note M. HAURIU.

instruments conventionnels encadrant l'imprévision, tout en exerçant une influence en droit privé<sup>14</sup>. En droit belge, elle a été contractualisée en droit des marchés publics dans son principe et dans ses conditions de recevabilité, mais pas dans ses modalités d'application précises en l'absence de méthode d'indemnisation réglementaire ou conventionnelle<sup>15</sup>.

Le principe de la mutabilité des contrats administratifs et la théorie de l'imprévision devraient connaître de profondes évolutions dans les droits internes, lorsque ces derniers auront intégré tous les enseignements du droit communautaire. Après avoir analysé les différents arrêts rendus par la Cour de Justice sur la négociation des marchés en cours d'exécution (I), les fondements de cette jurisprudence sont mis en avant (II). Sous forme de conclusions, les liens entre cette jurisprudence et le droit national sont tissés (III).

## I. La jurisprudence de la Cour de Justice

### 2. Les prémisses

Au détour d'une question relative au champ d'application *ratione temporis* de la première directive « secteurs spéciaux »<sup>16</sup>, la Cour de Justice va jeter les bases du raisonnement qu'elle appliquera ultérieurement aux modifications apportées en cours d'exécution des contrats publics<sup>17</sup>. La première directive « secteurs spéciaux » faisait de la procédure négociée avec publicité une procédure ordinaire de passation alors qu'elle limitait les hypothèses de procédure négociée sans publicité. Le marché relatif au projet de métro léger du district urbain de l'agglomération rennaise avait été conduit sur la base d'une procédure négociée sans publicité. Il importait alors d'identifier l'époque du lancement de cette procédure pour déterminer si la première directive « secteurs spéciaux » était applicable, et par conséquent, si les conditions posées pour la poursuite d'une procédure négociée sans publicité étaient bien remplies. Le processus de négociation avait commencé largement avant l'entrée en vigueur de la directive. Toutefois, le 22 septembre 1995, soit après l'entrée en vigueur de la directive, le pouvoir adjudicateur avait décidé, d'une part, de retirer sa décision du 20 mars 1993 attribuant le marché à Matra et, d'autre part, de continuer la négociation avec cette société.

La Cour de Justice allait alors considérer, qu'il y avait lieu d'examiner « *si les négociations entamées après le 22 septembre 1995 présentent des caractéristiques substantiellement différentes par rapport à celles déjà menées et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat, en sorte que l'application des dispositions de la directive 93/38 pourrait être justifiée* »<sup>18</sup>.

La précision est tautologique. D'une part, il est rare que la négociation d'un projet d'une telle ampleur porte sur des points accessoires. D'autre part, puisqu'il n'existait au moment du lancement de la procédure, aucune contrainte procédurale – du moins de droit dérivé –, il semblait vain de s'inscrire dans la logique de la vérification des hypothèses de procédures négociées sans publicité, la première procédure devant être considérée comme conforme à l'état du droit antérieur.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Justice rejeta tous les arguments avancés par la Commission pour établir qu'il y avait bien eu une renégociation des termes essentiels du contrat. Elle estima que l'adaptation des prix en application d'une clause de révision prévue dans le marché dès l'origine et l'adaptation technologique de la gamme du matériel choisi, sont choses courantes dans pareille négociation<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> L. CLOUZOT, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA*, 2010 p. 937.

<sup>15</sup> Article 16 du Cahier général des charges.

<sup>16</sup> Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 82 du 25 mars 1994, p. 40.

<sup>17</sup> C.J.U.E., 5 octobre 2000, *Commission c. France*, aff. C-337/98, *Rec.*, 2000, p. I-08377.

<sup>18</sup> Arrêt C-337/98, précité, point 44 (nous soulignons).

<sup>19</sup> Cf. points 42 à 56.

### 3. Des pommes et des pêches, et autres fruits : l'exigence de la contractualisation de la mutabilité

L'intangibilité des conditions posées pour la mise en concurrence du marché a été rappelée à la Commission européenne, prise en défaut dans sa pratique du droit des marchés publics<sup>20</sup>. Dans le cadre d'une opération humanitaire, la Commission avait attribué un marché de fournitures de jus de fruit en prévoyant que la contrepartie pour l'adjudicataire ne consisterait pas en une somme d'argent mais bien en des pommes. Dans le cours de l'exécution de celui-ci, la Commission a ensuite offert des pêches, et puis différentes sortes de fruit, avec un système savant d'équivalence en poids. L'entreprise évincée a contesté avec succès ces modifications devant le Tribunal – aujourd'hui, de l'Union Européenne – et la Cour fut saisie du recours de la Commission.

Sur la base du **principe d'égalité de traitement**<sup>21</sup>, et de **l'obligation de transparence**<sup>22</sup> qui en découle, compte tenu de la spécificité du cadre de ces marchés<sup>23</sup>, la Cour de Justice mettra l'accent sur l'objectif poursuivi par ceux-ci, une concurrence saine et effective entre les entreprises et le souci de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire, pour insister sur la nécessité que les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire et univoque dans l'avis de marché et dans le cahier des charges – ce qui ne posait pas de difficultés dans le cas d'espèce puisque la modification était postérieure à l'attribution du marché. La Cour va ensuite indiquer qu'il importait que ces conditions soient respectées lors de l'attribution du marché mais également lors de son exécution<sup>24</sup> :

*« Si, dès lors, une offre qui ne serait pas conforme aux conditions stipulées doit, de toute évidence, être écartée, le pouvoir adjudicateur n'est pas davantage autorisé à altérer l'économie générale de l'adjudication en modifiant par la suite unilatéralement une des conditions essentielles de celle-ci et, en particulier, une stipulation qui, si elle avait figuré dans l'avis d'adjudication, aurait permis aux soumissionnaires de soumettre une offre substantiellement différente.*

*Il en résulte que, dans une situation telle que celle de l'espèce, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas, après l'attribution du marché et de surcroît par la voie d'une décision dont le contenu déroge aux stipulations des règlements adoptés antérieurement, procéder à une modification d'une condition importante de l'adjudication telle que celle portant sur les modalités de paiement des produits à fournir »<sup>25</sup>.*

Cet arrêt peut paraître sévère, la distinction entre des pommes, des pêches et d'autres fruits ne sautant pas aux yeux des observateurs. C'est dans doute l'absence de clause explicite du cahier spécial des charges qui habilitait le pouvoir adjudicateur à procéder à la modification décidée ensuite, qui explique la sévérité de la Cour dans le cas d'espèce<sup>26</sup>. La Cour de Justice ne censurera pas plus le Tribunal lorsque ce dernier envisageait l'obligation de procéder à une nouvelle procédure de passation pour sortir de la difficulté de la substitution de fruits, en dépit des inconvénients évidents de cette réadjudication.

La contractualisation de la mutabilité était-elle une condition suffisante pour échapper à la critique de la Cour ?

<sup>20</sup> C.J.U.E., 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA*, aff. C-496/99, *Rec.*, 2004, p. I-03801.

<sup>21</sup> Arrêt C-496/99, précité, point 108.

<sup>22</sup> Point 109.

<sup>23</sup> La Commission avait, sur la base du règlement n° 1975/95 du Conseil et au moyen des deux règlements n° 2009/95 et 228/96, déterminé d'abord les conditions générales de l'adjudication pour la fourniture de jus de fruits et de confitures destinés aux populations de l'Arménie et de l'Azerbaïdjan et établi ensuite l'avis d'adjudication définissant à la fois l'objet précis ainsi que les modalités concrètes de cette procédure d'adjudication.

<sup>24</sup> Point 115.

<sup>25</sup> Points 116 et 117 (nous soulignons).

<sup>26</sup> Points 117 à 125.

#### 4. Modification substantielle, contractualisation et application

La réponse vint avec l'arrêt *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*<sup>27</sup> : la contractualisation de la mutabilité est une condition nécessaire mais non suffisante à sa mise en œuvre en droit communautaire. La Cour<sup>28</sup> et son avocat général<sup>29</sup> allaient réaffirmer qu'une nouvelle procédure de passation s'impose en cas de modification substantielle, c'est-à-dire lorsque la modification « *introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* »<sup>30</sup>, ou lorsqu'elle « *étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus* »<sup>31</sup> et enfin, « *lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial* ».

Sur la base de ces principes théoriques, la Cour va répondre aux questions posées par le juge autrichien.

La substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée, en principe, comme une modification substantielle, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple – nous indique la Cour – au titre de la sous-traitance<sup>32</sup>. Cette dernière précision n'est pas claire. En effet, s'il s'agit d'accepter l'exécution des prestations par un sous-traitant prévu dans l'offre, il n'y a pas modification mais simplement exécution du marché. Par contre, s'il s'agit d'accepter la substitution du sous-traitant à l'adjudicataire, l'exemple est pour le moins mal choisi et peu justifié par la Cour de Justice. Dans le cas d'espèce à l'origine du litige, l'adjudicataire avait connu une réorganisation interne et avait transféré dans ce cadre l'exécution du marché à une de ses filiales qu'il détenait à 100%. Si les actions de celle-ci devaient être vendues à des tiers, il y aurait bien modification substantielle, même si cette cession avait été prévue au moment du transfert de l'activité<sup>33</sup>. Toutefois, cette solution ne peut être retenue pour les sociétés cotées en bourse dont l'actionnariat est par principe fluctuant<sup>34</sup> – sous réserve de manœuvres destinées à éluder les règles communautaires en matière de marchés publics – précise la Cour de Justice, sans se risquer cette fois à illustrer cette limite par un exemple. La même approche prévaut pour les sociétés coopératives à responsabilité limitée, un changement des associés n'entraînant pas, en principe, une modification essentielle du marché<sup>35</sup>.

Le prix est une donnée importante et toute modification non initialement prévue au contrat, pourrait être considérée comme substantielle<sup>36</sup>. Toutefois, la simple conversion d'un prix en une autre monnaie que celle initialement prévue au contrat réalisée en cours et la reformulation d'une clause de

<sup>27</sup> C.J.U.E., 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c. Autriche e.a.*, aff. C-454/06, *Rec.*, 2008, p. I-04401. Cf. à ce propos : J.-D. DREYFUS, « La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? », *AJDA*, 2008 p. 2008.

<sup>28</sup> Arrêt C-454/06, précité, point 34.

<sup>29</sup> Conclusions de l'avocat général KOKOTT précédant l'arrêt *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, précité, points 42 à 49.

<sup>30</sup> Arrêt C-454/06, précité, point 36.

<sup>31</sup> Point 37. Avec cette dernière précision, la Cour de Justice fait référence pour la première fois à la notion de marché complémentaire.

<sup>32</sup> Point 41. Un rapprochement peut être fait avec l'avis de la section des finances du Conseil d'Etat français du 8 juin 2000 (n° 141654, *AJDA*, 2000, 758, obs. L. RICHER) sur les cessions de marché public et de délégation de service public, comme le met en avant J.-D. DREYFUS, « La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? », *AJDA*, 2008 p. 2008.

<sup>33</sup> Point 48

<sup>34</sup> Point 52.

<sup>35</sup> Point 53. Il y aurait beaucoup à dire (et à reprocher) à toutes ces considérations de la Cour (1) du point de vue du droit des sociétés (pourquoi opérer une distinction entre sociétés cotées et sociétés anonymes (non cotées), alors que toutes deux ont, par essence, vocation à avoir un actionnariat fluctuant ? pourquoi distinguer le sort réservé à la société anonyme (non cotée) de celui réservé à la société coopérative ? pourquoi impliquer les actionnaires dans l'attribution d'un caractère intuitu personae au marché public attribué à une société ? etc.) et tout simplement (2) du point de vue des pratiques existantes en matière de contrats de cession d'actions (où un changement d'actionnariat/de contrôle n'est éventuellement empêché que si le(s) contrat(s) d'entreprise conclu(s) par la société concernée le prévoit(en)t dans une clause dite "de changement de contrôle"). Mais cela dépasse le cadre de la présente contribution.

<sup>36</sup> Point 60.

révision d'un prix (changement de l'année de référence d'un indice) ne sont pas considérées comme des modifications substantielles<sup>37</sup>.

Une modification relative à la durée du marché est tout aussi sensible. La Cour de Justice estime toutefois que les marchés publics de service à durée indéterminée ne sont pas interdits par le droit communautaire<sup>38-39</sup>. Toutefois, une renonciation à la faculté de résilier le marché pendant une certaine période de temps – 3 ans, en l'espèce- n'a pas été considérée, dans les circonstances de l'espèce comme une modification substantielle du marché, pour autant qu'elle ne soit pas réintroduite de manière récurrente<sup>40</sup>.

Une augmentation des rabais en cours d'exécution, qui se fait au détriment de l'adjudicataire, ne peut être considérée comme une modification substantielle<sup>41</sup>.

5. *Le lien avec les hypothèses de procédures négociées sans publicité : procédures ouvertes ou restreintes infructueuses et extension de marché*

Une procédure négociée sans publicité peut être organisée en cas de première procédure (ouverte ou restreinte) infructueuse, pour autant que « *les conditions initiales du marché n'aient pas été substantiellement modifiées* ». L'appel d'offres en vue de l'acquisition et de l'installation de deux unités thermoélectriques pour la centrale électrique d'Atherinolakkos en Crète, s'est soldé par un échec à deux reprises. Pour la troisième tentative, le pouvoir adjudicateur a procédé par procédure négociée sans publicité en demandant aux soumissionnaires de la seconde procédure de « *remettre leurs «offres financières finales» dans les quinze jours, en corrigeant tous les écarts, notamment techniques, entre leur offres antérieures et les spécifications du projet* »<sup>42</sup>.

La Cour<sup>43</sup> va préciser cette hypothèse pour les secteurs spéciaux<sup>44</sup> en repartant de la définition dégagée dans l'arrêt *pressetext Nachrichtenagentur*<sup>45</sup>. Dans le cadre de la seconde procédure, les offres avaient été déclarées inappropriées en raison du fait qu'elles n'étaient pas conformes aux exigences relatives aux volumes d'émissions de déchets garantis. Les exigences relatives à ces volumes d'émission n'ont pas été modifiées dans le cadre de la troisième procédure puisqu'elles étaient issues de la réglementation qui s'imposait à tous. En ce qui concerne les autres spécifications techniques, si certains écarts par rapport à ces spécifications étaient susceptibles d'être acceptés dans le cadre de la deuxième procédure avec mise en concurrence, les coûts résultant de la correction de ces écarts pouvaient, ainsi que la République hellénique l'a fait valoir sans être contredite par la Commission, être laissés à charge des soumissionnaires. La circonstance que, dans le cadre de la troisième procédure, les soumissionnaires devaient eux-mêmes supporter les coûts des corrections des écarts techniques ne pouvait donc être considérée comme constituant une obligation nouvelle. « *Au cours de cette troisième procédure, les soumissionnaires n'étaient d'ailleurs pas tenus de procéder aux corrections en question, mais devaient uniquement fournir une estimation du coût total desdites corrections et soumettre une offre financière finale. Cette troisième procédure offrait*

<sup>37</sup> Points 56 à 63 et 64 à 69.

<sup>38</sup> Points 73-74.

<sup>39</sup> La cour administrative d'appel de Nantes, dans un arrêt du 27 juin 2003 (CAA Nantes 27 juin 2003, *Commune de Contres*, Lebon T. 862) a considéré que la durée d'un contrat conclu entre deux personnes publiques et qui a pour objet l'organisation du service public de la distribution d'eau potable, ne saurait, sans qu'il soit porté une atteinte excessive aux règles générales destinées à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, auxquelles doit obéir la passation de tels contrats, être fixée sans aucune limitation ; dès lors, l'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention a pour effet d'entacher de nullité l'ensemble de ses clauses (Mis en avant pas J.-D. DREYFUS, « La modification d'un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence ? », *AJDA*, 2008 p. 2008. En droit belge, la pratique semble se diriger vers une limitation de la durée des marchés publics à 4 ans, sauf motivation particulière, en vue précisément de permettre une remise en concurrence régulière des prestations et fournitures).

<sup>40</sup> Point 80.

<sup>41</sup> Points 81 à 87.

<sup>42</sup> Point 3 des conclusions de l'avocat général M. POIARES MADURO présentées le 17 décembre 2008 dans l'aff. C-250/07 (cf. note suivante).

<sup>43</sup> C.J.U.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, aff. C-250/07, *Rec.*, 2009, p. I-04369.

<sup>44</sup> Article 20.2.a de la directive 93/38/CE.

<sup>45</sup> Points 52 et 53.

ainsi à tous les soumissionnaires ayant participé à la deuxième procédure la possibilité de revoir certaines de leurs propositions dans le cadre d'une offre financière finale et d'évaluer une nouvelle fois les écarts par rapport aux spécifications techniques prévues dans l'appel d'offres »<sup>46</sup>. La Cour put ainsi conclure que l'entité adjudicatrice n'avait pas substantiellement modifié les conditions initiales du marché, au sens de l'article 20, paragraphe 2, sous a), de la directive 93/38, lors de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

La Cour<sup>47</sup> a également eu l'occasion de condamner dans le cadre d'un contrat de service public de transport sanitaire une extension relative à l'exploitation d'un service de garde réalisée sans publication d'un avis de marché, puisque cette « extension » n'était pas prévue par le marché initial et représentait un montant dépassant les seuils de la directives ; s'agissant d'une modification substantielle, une nouvelle procédure de marché public aurait dès lors dû être organisée<sup>48</sup>.

#### 6. Extension de la solution au PPPI

Il n'existe pas de législation européenne spécifique aux partenariats public-privé (ci-après PPP). Au contraire, les institutions européennes, singulièrement la Commission et la Cour de Justice, évoquent généralement les PPP en lien avec les marchés publics ou les concessions (de travaux ou de services). Les PPP « institutionnalisés » (ci-après PPPI), tels que définis par ces mêmes instances, ne présentent, de ce point de vue, aucune spécificité.

La Commission européenne estime que les PPP se caractérisent par une coopération du partenaire privé à long terme en participant à la conception, à l'exécution et à l'exploitation du projet en supportant les risques traditionnellement pris en charge par le secteur public en contribuant à son financement<sup>49</sup>. A ce degré de généralités, le consensus est garanti. D'emblée, les PPP s'inscrivent dans l'approche binaire des contrats publics : il s'agit de marchés publics ou des concessions (de travaux ou de services). La consultation publique<sup>50</sup> sur le livre vert concernant les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions a permis à la Commission de prendre conscience de la difficulté pour les acteurs d'appliquer ces règles aux PPPI<sup>51</sup>.

La Commission va d'emblée limiter les PPPI à « une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics et des concessions »<sup>52</sup>. L'apport privé consiste, hormis l'apport de capitaux<sup>53</sup>, en « la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte, et/ou la gestion de l'entité à capital mixte »<sup>54</sup>.

Cette précision tautologique n'est pas neutre. Sous couvert de précision, la Commission a évacué la question en débat : la création d'une entité à capital mixte est-elle réductible à la figure juridique de marchés publics ou de concession ? La résolution de cette question dicte également les solutions : il s'agira d'appliquer le droit dérivé (pour les marchés publics et les concessions de travaux publics) ou le droit primaire et les principes généraux (pour les autres contrats publics).

Avec l'arrêt *Acosef Spa*<sup>55</sup>, la Cour de Justice va consacrer cette vision précise des PPPI. Ceux-ci impliquent la création d'une structure regroupant des capitaux publics et privés en vue de la gestion d'une activité ou de la réalisation de travaux ou ouvrage. La Cour admet qu'il est possible de passer

<sup>46</sup> Point 59.

<sup>47</sup> C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-160/08, non encore publié au recueil

<sup>48</sup> Points 100-101.

<sup>49</sup> Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, C(2007)6661, page 2.

<sup>50</sup> COM (2004) 327 du 30 avril 2004

<sup>51</sup> COM (2005) 569 final du 15 novembre 2005, page 9.

<sup>52</sup> Communication interprétative de la Commission précitée, C(2007)6661, page 2.

<sup>53</sup> Le simple apport de capitaux n'est donc pas visé par la communication de la Commission. Il faut encore être attentif à la circonstance que l'apport de capitaux peut être régi par le droit des aides d'Etat et donc, incidemment, les processus concurrentiels peuvent avoir une utilité.

<sup>54</sup> Communication interprétative de la Commission précitée, C(2007)6661, page 2.

<sup>55</sup> C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Acosef Spa*, aff. C-196/08 ; *AJDA*, 2009., p. 1922 ; *AJDA*, 2010, p. 105, note J.-D. DREYFUS ET M. PELTIER ; R. NOGUELLOU, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice », *RDI*, 2010, p. 153.

un marché ou une concession avec pareille structure, pour autant que les règles communautaires de publicité et de mise en concurrence (droit dérivé, droit primaire, principes généraux) aient été respectées au moment de la création de cette structure. La mise en concurrence est déplacée en amont. La Cour justifie cette position par des considérations pragmatiques : « [!]e recours (...) à une double procédure de sélection du partenaire privé de la société à capital mixte, d'abord, et d'attribution de la concession à ladite société, ensuite, serait de nature à décourager les entités privées et les autorités publiques de constituer des partenariats public-privé institutionnalisés, tels que celui en cause au principal, en raison de la durée inhérente à la mise en œuvre de telles procédures et de l'incertitude juridique en ce qui concerne l'attribution de la concession au partenaire privé préalablement sélectionné »<sup>56</sup>.

La solution, fondée sur les articles 43, 49 et 86 CE (actuels art. 49, 56 et 106 TFUE) après que la Cour ait retenu la qualification de concession, est formulée en termes prudents : ces dispositions « ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation préalable de certains travaux, tel que celui en cause au principal, à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir, pourvu que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions »<sup>57</sup>. Elle implique que la mise en concurrence ait été organisée à la fois sous l'angle de la participation au capital et sous l'angle du service (ou de la tâche) attribué(e) par contrat à la structure. En d'autres termes, c'est à la fois le partenaire privé, le gestionnaire ou le prestataire privé qui est choisi au terme du processus de mise en compétition.

Pour se conformer au droit communautaire, il importe dès lors de bien qualifier juridiquement – en droit communautaire et non en droit interne –, le contrat qui sera passé avec l'entité mixte<sup>58</sup>. L'alternative théorique est simple : marchés publics ou autres contrats publics. Les conséquences pratiques le sont aussi : procédures formalisées par le droit dérivé ou procédure souple respectant les principes d'égalité de traitement et de transparence. La doctrine ne perçoit pas toujours l'importance de ce préalable. Ainsi F. Moïse et V. Bertrand, en tentant d'opposer la jurisprudence *Horizon Pléiades c. Idelux*<sup>59</sup> et l'arrêt *Acoset* de la Cour de Justice, ne posent-ils pas la question de la qualification du contrat en droit communautaire. Dans l'affaire tranchée par le Conseil d'Etat belge, la commune de Tintigny avait octroyé à l'intercommunale Idelux<sup>60</sup> une option d'achat sur un terrain en confiant à l'intercommunale le soin de mettre sur pied un appel à partenariat public-privé pour la création d'un lotissement de 120 logements destinés à des tiers, à construire selon les normes écologiques de basse énergie ou d'énergie passive. L'intercommunale s'était engagée en outre à faire réaliser les équipements collectifs liés à la promotion devant être rétrocédés à la commune. En vue de réaliser cette opération, Idelux avait publié un avis de marché au J.O.C.E. ayant pour objet un « appel à partenariat » pour l'étude, le financement, la réalisation et la commercialisation du premier écoquartier rural, en indiquant que le droit dérivé des marchés publics n'était pas applicable à l'opération. Le Conseil d'Etat belge suspendit la décision d'attribution du « partenariat », qui s'était concrétisée par la création d'une société d'économie mixte avec un promoteur privé (Thomas & Piron SA). A juste titre, le Conseil d'Etat suspendit le processus, estimant que l'objet du contrat était bien la réalisation de travaux ou d'ouvrages, pour conclure, en extrême urgence, à la qualification soit de marché public de travaux, soit de marché public promotion de travaux (lequel est, en droit belge, un marché de travaux couvrant le préfinancement ou le financement de la construction). F. Moïse et V. Bertrand, reprochent au Conseil d'Etat de ne pas avoir analysé l'accord sous l'angle du caractère onéreux. Le reproche n'est pas pertinent. En effet, une fois admis que l'objet du contrat était bien la réalisation de travaux (ou d'ouvrages), le droit dérivé (et le droit belge le transposant) régit la passation de marchés publics au sens strict (soit avec paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur) et les marchés publics au sens

<sup>56</sup> Arrêt C-196/08, précité, point 61. Souligné également par R. NOGUELLOU, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice », *RDI*, 2010 p. 153.

<sup>57</sup> Point 63.

<sup>58</sup> Dans le même sens, R. NOGUELLOU, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice », *RDI*, 2010 p. 153.

<sup>59</sup> C.E. belge, 19 juin 2009, n° 194.417, *J.T.*, 2009, p. 752, avec note de F. MOÏSES et V. BERTRAND, « Deux arrêts importants sur l'application de la réglementation des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnaliste ».

<sup>60</sup> Intercommunale de développement économique, compétente également dans le secteur des déchets.

large (avec une rémunération perçue auprès de tiers, que la qualification de concession de travaux soit ou non retenue *in fine*). Cet arrêt est, partant, entièrement conforme à l'arrêt *Acoset* et procède de la même logique d'analyse : la qualification du contrat qui est confié à l'entité mixte détermine le régime juridique de la passation. Dans l'arrêt *Acoset*, il s'agissait de confier la gestion du service intégré de l'eau (activité susceptible de recevoir la qualification de service public matériel en droit belge). La Cour prend soin, avant de retenir la qualification de concession de service, de souligner que les travaux qui devront sans doute être réalisés sont accessoires, par rapport à l'objet principal du contrat, la gestion du service intégré de l'eau.

L'arrêt *Acoset* contient deux autres limites à la mise en place des PPPI, rejoignant en cela la Communication de la Commission. Le PPPI doit avoir un objet précis, voir limité, clairement identifié lors de la constitution de la société mixte<sup>61</sup>. Cette entité mixte peut éventuellement se voir confier d'autres tâches ou activités, pour autant que cette attribution respecte les contraintes de mise en concurrence du droit communautaire (droit dérivé, droit primaire, principes généraux).

Dans un *obiter dictum*, à propos de l'attribution d'une concession à la société à capital mixte (49% du capital détenu par le partenaire privé), la Cour va étendre la jurisprudence *presstext Nachrichtenagentur*, au contrat de société organisant le PPPI, en indiquant que cette dernière structure devait conserver le même objet social pendant toute la durée de la concession et – de manière ambiguë, le lecteur de l'arrêt ne sachant si la précision était relative au contrat de société ou au contrat de concession – que toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence<sup>62</sup>.

#### 7. Extension de la solution aux concessions de services publics

Avec l'arrêt *Wall AG*<sup>63</sup>, dans la suite de l'arrêt *ACOSSET*, la Cour de Justice va appliquer par analogie sa jurisprudence *presstext Nachrichtenagentur* à un contrat de concession. La volonté d'un concessionnaire de changer de sous-traitant juste après l'attribution d'une concession de service relative à l'exploitation, la maintenance, l'entretien et le nettoyage de onze toilettes publiques urbaines de la ville de Francfort a suscité une question préjudicielle qui a permis à la Cour de préciser l'obligation de mise en concurrence. Sans grande surprise, elle va préciser que le changement de sous-traitant pouvait constituer une modification substantielle lorsque la personne du sous-traitant a été un élément déterminant de la conclusion du contrat<sup>64</sup>, peu importe précise-t-elle encore que pareil changement ait été prévu par le contrat. Il est délicat de mesurer la spécificité de cette réponse lorsqu'on la compare à la jurisprudence *presstext Nachrichtenagentur*. La solution retenue pour les concessions paraît plus souple puisqu'elle limite la qualification de modification substantielle au changement de sous-traitant dans l'hypothèse où il a été un élément déterminant dans la conclusion du contrat<sup>65</sup>. Toutefois, une autre lecture est possible, la Cour ayant également pu vouloir préciser que lorsque le sous-traitant a joué un rôle essentiel dans la conclusion du contrat, peu importe que son changement ait été prévu par une clause du contrat, celle-ci ne pourra être mise en œuvre compte tenu des contraintes de droit communautaire.

---

<sup>61</sup> Arrêt C-196/08, précité. Dans le même sens, R. NOGUELLOU, « Le partenariat public-privé institutionnalisé devant la Cour de justice », *RDI*, 2010 p. 153.

<sup>62</sup> Point 62.

<sup>63</sup> C.J.U.E., 13 avril 2010, *Wall AG c. Francfort-sur-le-Main e.a.*, aff. C-91/08, non encore publié au recueil. Sur cet arrêt, voy. notamment : R. NOGUELLOU, « Changement de sous-traitant et transparence », *RDI*, 2010, p. 385 ; Sommaire J.M. PASTOR, « Transparence dans les concessions de services », *AJDA*, 2010 p. 760.

<sup>64</sup> Point 39.

<sup>65</sup> C'est la lecture qu'en fait R. NOGUELLOU, « Changement de sous-traitant et transparence », *RDI*, 2010, p. 385.

## II. Les fondements de cette jurisprudence

### 8. Présentation

L'extension de la solution dégagée dans le cadre des marchés publics aux autres contrats publics est cohérente dans la logique du droit communautaire, la Cour de Justice ayant d'ailleurs pris soin de fonder ses solutions, à la fois sur des dispositions du droit dérivé, mais également sur le droit primaire et les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence. Toutefois, les différents fondements procèdent de logiques différentes.

### 9. Absence de disposition spécifique en droit dérivé

Les directives relatives aux marchés publics ne comportent pas de dispositions spécifiques relatives à la négociation des contrats dans le cours de leur exécution. La Commission européenne et la Cour de Justice vont s'emparer de la question en recourant, d'une part, aux conditions posées pour l'utilisation des procédures négociées sans publicité (marché complémentaire et marché similaire – intangibilité des éléments mis en concurrence) et, d'autre part, au principe d'égalité de traitement et à son corolaire, l'obligation de transparence.

Les liens tissés entre les modifications du contrat en cours d'exécution et les hypothèses de procédure négociée sans publicité ont été qualifiés par certains de « restrictifs »<sup>66</sup>. Cette approche suscite en effet certaines difficultés dans les Etats membres qui connaissent la pratique des avenants<sup>67</sup> ; les marchés « complémentaires » ou « similaires » ne recouvrent pas toutes les hypothèses de modifications survenant en cours d'exécution.

Si le droit communautaire ne pouvait rester à l'écart des modifications intervenant en cours d'exécution d'un marché publics (ces dernières pouvant contrarier ou radicalement remettre en cause les objectifs poursuivis par le droit dérivé des marchés publics et, pour les autres contrats publics, par le droit primaire et les principes généraux du droit<sup>68</sup>), dans son état actuel, la jurisprudence de la Cour de Justice redessine le principe de mutabilité des contrats publics et la théorie de l'imprévision – au risque parfois de contrarier une flexibilité nécessaire, lorsque le contrat ou les contrats (PPPI) sont d'une longue durée.

### 10. Les hypothèses de marchés complémentaires ou similaires en droit dérivé

Les notions de « marché complémentaire » et de « marché similaire » sont utilisées dans la définition des hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure négociée sans publicité. Les conditions posées varient selon qu'il s'agit de travaux et services<sup>69</sup> (approche commune) ou de fournitures<sup>70</sup> (approche spécifique) dans les secteurs classiques ou spéciaux<sup>71</sup>. Plus légères dans les secteurs spéciaux, elles sont cependant toutes interprétées de manière restrictive

<sup>66</sup> F. LEPRON, « Avenant et marché complémentaire », *A.C.C.P.*, 2010, 105, pp. 44-49

<sup>67</sup> Article 20 et 35-II du code français des marchés publics; en droit belge, les articles 7 et 8 du R.G.E., 42 et 16 du C.G.Ch..

<sup>68</sup> Voy. sur ce sujet, not., S. ARROWSMITH, « Amendments to specification under the European public procurement Directives », *P.P.L.R.*, 1997, pp. 128 et s., citée par D. D'HOGHE ET M. GELDERS, « *De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten: overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst* », in *La modification unilatérale du contrat – Le droit des affaires en évolution/Tendensen in het bedrijfsrecht*, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Anvers, 2003, pp. 109-111, n° 24 ; V. AURICCHIO, « The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts », *P.P.L.R.*, 1998, p. 113 et s.; E. PIJNACKER HORDIJK ET G. VAN DER BEND, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, SDU, 1999, p. 340 cités par D. D'HOGHE ET M. GELDERS, *op. cit.*, pp. 111-112, n° 25.

<sup>69</sup> Art. 31.4, a) et b) de la Directive 2004/18/CE.

<sup>70</sup> Article 31.2. b) de la Directive 2004/18/CE ; anciennement, art. 11.3, e) et f) de la directive 92/50/CEE (services), art. 6.3, e) de la directive 93/36/CEE (fournitures), art. 7.3, d) et e) de la directive 93/37/CEE (travaux).

<sup>71</sup> Article 40.3, e) pour les fournitures, f) et g) (travaux et services) de la directive 2004/17/CE; anciennement, art. 20.2, f) et g) de la directive 93/38/CEE (secteurs spéciaux).

par la Cour de Justice, en raison de la dérogation au principe de mise en concurrence que la procédure négociée sans publicité implique.

Pour les marchés de travaux et de services, les conditions posées pour les marchés complémentaires tendent à limiter de manière drastique les extensions de marchés sans mise en concurrence. Les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, peuvent être attribués par procédure négociée sans publicité à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service pour autant (i) que ces travaux ou services complémentaires ne puissent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou (ii) que ces travaux ou services (quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial) soient strictement nécessaires à son perfectionnement. Il existe une limite quantitative à cette flexibilité puisque le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial<sup>72</sup>, cette dernière limite n'existant pas pour les secteurs spéciaux.

La logique est identique pour les nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte. La possibilité de recourir à cette procédure doit avoir été indiquée dès la mise en concurrence de la première opération, et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour la détermination des seuils européens. Il existe en outre une limite temporelle, puisqu'il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial<sup>73</sup>.

La logique est similaire pour les livraisons complémentaires dans les marchés de fournitures. Elles peuvent être effectuées par le fournisseur initial lorsqu'elles sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Dans les secteurs classiques, la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut en règle générale excéder trois ans<sup>74</sup>.

L'ensemble de ces dispositions vise des **extensions du contrat au bénéfice de l'adjudicataire titulaire d'un premier marché public** sans mise en concurrence, qu'il convenait logiquement de limiter sous peine de passer à côté des objectifs fondamentaux poursuivis par le droit dérivé des marchés publics.

#### *11. Une certaine intangibilité des éléments mis en concurrence*

A côté des dispositions relatives aux marchés complémentaires et aux marchés similaires, le droit dérivé consacre implicitement une certaine intangibilité des éléments qui font l'objet de la mise en concurrence. Ainsi, dans le cadre du dialogue compétitif, c'est la mise au point de l'offre identifiée comme économiquement la plus intéressante et celle des conditions de l'appel d'offres qui sont limitées à une clarification ou confirmation des engagements qui ne peuvent modifier les éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres de nature à fausser la concurrence ou à entraîner des discriminations<sup>75</sup>.

La même idée d'intangibilité ou de flexibilité limitée, préside à la détermination de certaines hypothèses de procédures négociée, avec<sup>76</sup> ou sans publicité<sup>77</sup>, et à celle des modalités des marchés passés en exécution d'un accord-cadre<sup>78</sup>, lorsque la directive exige à cet égard que « *les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées* ».

<sup>72</sup> Art. 31.4, a) de la Directive 2004/18/CE.

<sup>73</sup> Art. 31.4, b) de la Directive 2004/18/CE.

<sup>74</sup> Art. 31.2, b) de la Directive 2004/18/CE.

<sup>75</sup> Article 29.7, al.2 de la directive 2004/18/CE.

<sup>76</sup> Article 30.1, a) de la directive 2004/18/CE.

<sup>77</sup> Article 31.1, a) de la directive 2004/18/CE.

<sup>78</sup> Article 32.2, al. 3 de la directive 2004/18/CE.

Ces dispositions poursuivent un autre objectif que l'encadrement des extensions du contrat au bénéfice du titulaire d'un premier marché public, puisqu'elles tendent à la **transparence même du processus de mise en compétition** afin de préserver le principe d'égalité de traitement tout au long de celui-ci.

*12. Les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et son corollaire, l'obligation de transparence*

Les principes généraux suffisent souvent à justifier des solutions créatrices de droit, qui renforcent et souvent dépassent très largement les dispositions spécifiques du droit dérivé des marchés publics. L'obligation de transparence déduite d'un principe d'égalité de traitement n'était pas étrangère aux traditions des Etats membres<sup>79</sup>, même si son statut a évolué dans le droit des contrats publics<sup>80</sup>. En droit communautaire, ses modalités sont diverses : s'alignant parfois sur le droit dérivé des marchés, le dépassant à d'autres occasions<sup>81</sup>. L'empire de l'obligation de transparence s'étend d'ailleurs au delà de l'hypothèse du contrat<sup>82</sup> puisque, dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de Justice, elle régit également l'octroi d'un agrément (soit un acte unilatéral) conférant à un opérateur un droit exclusif pour exercer une activité économique.

Elle est susceptible d'embrasser tous les évènements et incidents divers qui émaillent l'exécution d'un contrat public.

### III. Conclusion

*13. Les liens avec le droit belge*

Si tous les évènements qui émaillent l'exécution des contrats publics ne peuvent être réduits à la volonté de contourner les principes de mise en concurrence s'imposant en amont de l'exécution du contrat, force est de constater que dans son dernier état, le droit communautaire remet en cause la validité ou l'interprétation de certaines règles qui sont actuellement prévues dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 contenant les règles générales d'exécution des contrats, et dans son annexe, le cahier général des charges. A notre sens, pour la facilité des acteurs, il serait bienvenu qu'elles fassent l'objet de précisions dans la prochaine version de la réglementation.

*14. Les articles 7 et 8 du R.G.E.*

L'article 7 de l'A.R. du 26 septembre 1996 (« R.G.E. ») énonce : « *Quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu* ». L'article 8 du même arrêté royal prévoit quant à lui : « *Il ne peut être dérogé aux clauses et conditions essentielles du marché conclu que par une décision motivée du pouvoir adjudicateur. Cette*

---

<sup>79</sup> En France, ces principes découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (Cons. const., 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC, AJDA, 2003, p. 1404, note E. FATOME et p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; voy., déjà, Cons. const., 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, n° 92-316 DC) comme le rappelle J.D. DREYFUS, « Portée de l'obligation de transparence dans les marchés publics de service », AJDA 2006 p. 374

<sup>80</sup> En France, voy. C. MAUGÛE, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges Moderne*, Dalloz, p. 609

<sup>81</sup> Voy., par exemple, C.J.U.E., 18 novembre 2010, *Commission c. Irlande*, aff. C-226/09, non encore publié au recueil.

<sup>82</sup> C.J.U.E., 3 juin 2010, *The Sporting exchange Ltd.*, aff. C-203/08, non encore publié au recueil ; Contrats et marchés publics, 2010, comm. 422.

*disposition n'est pas d'application pour les marchés dont le montant ne dépasse pas 5.500 euros hors taxe sur la valeur ajoutée. »*<sup>83</sup>

Avec A. Vandeburie et S. De Ridder, nous pensons que l'article 8 du R.G.E. est tout à fait contraire à la jurisprudence de la Cour de Justice<sup>84</sup> et que dans sa formulation actuelle, l'article 7 l'est tout autant compte tenu des limites imprécises qu'il contient. Les clauses et conditions essentielles du marché sont généralement définies par référence aux articles 110 et 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 : ce sont notamment celles qui concernent « *les prix, les délais, les conditions techniques* »<sup>85</sup>. Cette expression sur laquelle reposent des règles essentielles en matière de passation et d'exécution du marché est délicate à manier. En effet, il est extrêmement rare qu'une modification n'ait aucun impact sur le prix, le délai ou les conditions techniques. Si tel est le cas, les parties ne l'évoquent généralement pas.

Ces dispositions ne contiennent aucune précision relative aux conséquences financières des modifications décidées en cours d'exécution ; seul l'article 42 du Cahier général des charges (« C.G.Ch. ») est plus explicite sur celles-ci pour les marchés de travaux. Dans l'application des articles 7 et 8 du R.G.E. pour les marchés de fournitures et de services et dans l'application de l'article 42 du C.G.Ch. pour les marchés de travaux, il y a lieu d'intégrer les nouvelles limites du droit communautaire. A terme, elles supposent une évolution fondamentale des pratiques et de la jurisprudence – singulièrement lorsque leur application entraîne une modification des modalités de détermination des prix ou une augmentation substantielle du montant du marché. La Cour de Justice a clairement lié la modification en cours d'exécution au principe d'intangibilité des conditions de mise en concurrence, consacrant, dès lors, les liens entre l'article 42 du C.G.Ch. et l'article 17, §2, 2° de la loi du 24 décembre 1993 défendus par une doctrine minoritaire<sup>86</sup> qui s'appuyait sur l'avis du Conseil d'Etat évoqué dans les notes ci-avant<sup>87</sup>. D'autres auteurs estimaient que cette objection n'avait pas lieu d'être : les articles 7 et 8 du R.G.E. et l'article 42 du C.G.Ch. ne concernaient que la relation entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, alors que l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 concernait la relation entre le pouvoir adjudicataire et les tiers (candidats potentiels ou effectifs à la procédure négociée)<sup>88</sup>. Cet argument doit être écarté désormais : la Cour de Justice fonde en effet sa jurisprudence sur le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, et partant, précisément la protection des candidats potentiels ou effectifs à l'exécution des marchés publics.

A notre sens, l'article 16 du CGC consacrant le droit réciproque de chacune des parties d'obtenir « *la prolongation des délais d'exécution, la révision ou la résiliation du marché et/ou des dommages-intérêts* » sur la base de circonstances imprévisibles (§2), ou d'un fait quelconque de l'autre partie suscitant certaines difficultés d'exécution (§1) pose des problèmes similaires de compatibilité avec le droit communautaire.

<sup>83</sup> Sur l'historique de ces deux dispositions et la question de savoir si le Roi disposait d'une habilitation légale suffisante pour les adopter : D. D'HOOGHE ET M. DELDERS, « *De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst* », in *La modification unilatérale du contrat – Le droit des affaires en évolution/Tendensen in het bedrijfsrecht*, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Anvers, 2003, pp. 125-133, n° 47-55 (qui répondent par l'affirmative). A propos d'une des versions antérieures de ces dispositions, le Conseil d'Etat avait en effet estimé que celles-ci étaient contraires à la disposition légale qui imposait le recours à la procédure négociée pour des travaux supplémentaires (aujourd'hui, art. 17 de la loi du 24 décembre 1993). Cet avis du Conseil d'Etat, précurseur en ce qu'il faisait un lien entre la modification et la procédure négociée pour travaux supplémentaires, rejoint la jurisprudence de la Cour de Justice reprise ci-dessus.

<sup>84</sup> A. VANDEBURIE ET D. DE RIDDER, « *La vie du contrat dans les commandes publiques - Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten* », *Entr. et dr.*, 2010, p. 19, n° 19.

<sup>85</sup> D. D'HOOGHE, M. GELDERS, « *De eenzijdige wijziging ...* », p. 134, n° 58, qui précisent que vérifier si les conditions du marché sont essentielles, revient à effectuer le même exercice que celui qui consiste à vérifier si une dérogation contenue dans une offre porte sur une disposition essentielle du cahier des charges et constitue le cas échéant une irrégularité substantielle.

<sup>86</sup> M. MOORS, « *Aannemingen van werken voor rekening van de Staat* », *Entr. et dr.*, 1973, 120-123, cité (et critiqué) par M. GELDERS, « *Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken* », *R.W.*, 2003-2004, p. 523, n° 13, note 20.

<sup>87</sup> Voy. note 85, ci-dessus.

<sup>88</sup> Dans ce sens : D. D'HOOGHE, M. GELDERS, « *De eenzijdige wijziging ...* », p. 132, n° 54 ; M. GELDERS., « *Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken* », *R.W.*, 2003-2004, p. 523, n° 13 ; M.A. FLAMME e.a., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés public*, tome 2, 6ème éd., 1996-97, n° 2, p. 75 [(version néerl)].

Nul doute que la jurisprudence judiciaire sera amenée à revoir radicalement les indemnisations par trop généreuses accordées en cours d'exécution des marchés publics sans tenir compte de la protection nécessaire des soumissionnaires potentiels !

1. Introduction .....	1
I. La jurisprudence de la Cour de Justice .....	2
2. Les prémisses .....	2
3. Des pommes et des pêches, et autres fruits : l'exigence de la contractualisation de la mutabilité .....	3
4. Modification substantielle, contractualisation et application .....	4
5. Le lien avec les hypothèses de procédures négociées sans publicité : procédures ouvertes ou restreintes infructueuses et extension de marché .....	5
6. Extension de la solution au PPPI .....	6
7. Extension de la solution aux concessions de services publics .....	8
II. Les fondements de cette jurisprudence .....	9
8. Présentation .....	9
9. Absence de disposition spécifique en droit dérivé .....	9
10. Les hypothèses de marchés complémentaires ou similaires en droit dérivé .....	9
11. Une certaine intangibilité des éléments mis en concurrence .....	10
12. Les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et son corollaire, l'obligation de transparence .....	11
III. Conclusion .....	11
13. Les liens avec le droit belge .....	11
14. Les articles 7 et 8 du R.G.E. ....	11