

Le droit des marchés publics et la faillite des entreprises¹

1. Le droit des marchés publics et la faillite des entreprises : généralités

1.1. Présentation

1. La crise économique induit une recrudescence des faillites des entreprises. Pouvoirs adjudicateurs, curateurs et entreprises sont confrontés à des problèmes qui sortent de leur quotidien dans ce contexte. Les intérêts des uns et des autres ne sont pas nécessairement convergents. Le réseau de normes qui s'appliquent à eux dans pareille situation n'est pas toujours cohérent ou simplement connu. Les questions sont très variées et complexes.

Les solutions dégagées dans l'hypothèse de la faillite du soumissionnaire ou de l'adjudicataire, sont-elles purement et simplement transposables, dans le cadre de leur liquidation, ou dans l'éventualité de l'application de la nouvelle loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, qui, depuis sont entrée en vigueur du 1^{er} avril 2009, abroge l'ancien mécanisme du concordat judiciaire² ? La loi du 31 janvier 2009 substitue, en effet, à l'ancien concordat judiciaire, une procédure de réorganisation judiciaire. Quelles sont les conséquences de cette réorganisation judiciaire sur la passation ou l'exécution d'un marché public ?

Si la gestion d'une faillite dans le cours de l'exécution d'un marché public rentiendra l'essentiel de notre attention en raison de sa complexité (II), il convient d'envisager d'abors, les interactions entre la faillite et la nouvelle loi du 31 janvier 2009 sur la sélection qualitative des entreprises et sur l'exercice des voies de recours ouvertes aux candidats et soumissionnaires.

Une attention particulière est accordée aux marchés publics de travaux en raison des règles spécifiques existantes.

1.2. La faillite comme cause d'exclusion de la procédure de sélection qualitative et cause d'irrégularité des offres

2. L'article 17, § 2 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics³ pose le

¹ Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux, Ulg, avocat, R. Simar, Ulg, avocat

² M.B., 9 février 2009, p.8436.

³ M.B., 26 janvier 1996. Des dispositions similaires à l'article 17, § 2 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 sont prévues à l'article 43, § 2 pour les marchés de fourniture, ainsi qu'à l'article 69, § 2 pour les marchés de service.

principe de l'exclusion de la participation à un marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, d'une entreprise en état de faillite. S'il ne s'agit à première vue, que d'une simple faculté laissée au pouvoir adjudicateur⁴, sans obligation d'exclusion du soumissionnaire en état de faillite, il convient toutefois de limiter immédiatement le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

D'abord, pour une simple raison de bon sens, l'exécution d'un marché public par une entreprise en état de faillite ne se présente pas, *a priori*, comme un long fleuve tranquille !

Ensuite, avec beaucoup de bon sens, la circulaire du 10 février 1998⁵ des services du Premier ministre relative à la sélection qualitative indique que dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur décide de faire fit d'une cause d'exclusion, il doit motiver sa décision. Dans les faits, cette motivation se révèle très délicate, sauf hypothèse très rare de détention de droits d'exclusivité ou de brevets combinée avec une perspective de reprise des activités à très court terme, pour autant que puisse être réglée la question de la cession des contrats, question devenue délicate⁶.

Enfin pour les marchés publics de travaux, l'article 17, § 2 réserve également l'application des dispositions relatives à l'agrément des entrepreneurs de travaux. L'article 4, § 1^{er}, 3^o de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux⁷ excluant notamment l'octroi d'une agrément à une entreprise en état de faillite, l'absence d'une telle agrément en raison d'un état de faillite dans le chef d'un candidat soumissionnaire disqualifiera son offre, dès le stade de la sélection qualitative.

Dans le même sens pour les marchés publics de travaux, eu égard aux dispositions de l'article 90, § 5 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, une offre n'est régulière que si le soumissionnaire satisfait aux dispositions de la législation relative à l'enregistrement lors de l'attribution du marché⁸. Or, la faillite est considérée comme une cause de radiation d'office de l'enregistrement de l'entrepreneur⁹. Le défaut d'enregistrement en raison de la faillite du soumissionnaire constitue donc une cause d'irrégularité de l'offre. L'article 90, §6 du même arrêté qui permet de déroger par décision motivée à l'exigence d'enregistrement a été interprété de manière très restrictive dans le rapport au Roi¹⁰, une motivation pertinente restant à ce stade, tout aussi problématique pour le pouvoir adjudicateur.

⁴ Voy. K. RONSE, « De selectie », in *D. D'HOOOGHE (éd.)*, "De Gunning van overheidsopdrachten", *Die keure*, 2009, Brugge, p.348, n°587.

⁵ M.B., 13 février 1998, p.4216-4225

⁶ *Infra*.

⁷ M.B., 6 avril 1991, p.7244.

⁸ Voy. art. 90, § 5 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 : « *S'il y a lieu, pour que son offre puisse être considérée comme régulière, le soumissionnaire doit satisfaire au moment de l'attribution du marché aux dispositions de la législation relative à l'enregistrement, conformément à l'article 400 du Code d'impôts sur les revenus 1992 et à l'article 30 bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'Arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.* »

⁹ J. CAEYMAEX, « L'enregistrement des entrepreneurs et la faillite », *Entr. et dr.*, 1988, p.390 ; A. FETTWEIS et A. DELVAUX, « La fin du contrat d'entreprise, du contrat d'architecte et du contrat de marché public de travaux ou de services (résiliation, résolution, décès et faillite) », in *X, Droit de la construction*, Act. dr., Droit de la construction (vol. 2), 1992, p.418 ; P. SCHILLINGS, « L'enregistrement des entrepreneurs : régime et applications », in *Droit de la construction. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 31 mai 2006*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 2006, p.400.

¹⁰ V. M-A. FLAMME, *Commentaire pratique*, spéc. p. 895.

En vertu de cet article 17 § 2, les entreprises en état de faillite sont, de la sorte, éliminées dès la phase de sélection qualitative des candidats soumissionnaires et pour les marchés publics de travaux, dans l'incapacité de remettre une offre régulière. Cette sélection qualitative s'opère notamment par la vérification de l'aptitude des candidats à la bonne exécution du marché, et ce préalablement à l'examen comparatif de la qualité intrinsèque des offres¹¹. Il ressort donc de ces dispositions que le législateur a entendu privilégier la bonne exécution du marché, et, à travers elle, la continuité des impératifs du service public, en écartant d'emblée de la procédure de sélection, les entreprises en difficulté, telles que les sociétés en état de faillite.

3. Les termes de l'article 17 § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 sont libellés très largement. Ils visent non seulement l'état de faillite du candidat soumissionnaire, mais également les hypothèses « *de liquidation, de cessation d'activités, de concordat judiciaire ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales* »¹².

La prise en considération d'une situation concordataire ou d'une entreprises en cours de procédure de réorganisation judiciaire conformément à la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises est beaucoup plus délicate pour les pouvoirs adjudicateurs.

Dans pareille situation, l'entreprise ne cesse pas ses activités et est partante, en mesure d'exécuter le marché du point de vue technique. Elle pourrait cependant présenter des faiblesses certaines du point de vue de sa capacité économique et financière, en matière de paiement des cotisations sociales et d'impôts.

Lorsque les activités de cette entreprise sont exclusivement ou principalement orientées vers le secteur public (par exemple, une entreprise de voirie), l'attitude des pouvoirs adjudicateur sera déterminante pour la suite de sa survie. Partant, il n'existe pas de bonne décision dans pareille situation. Trop de sévérité pourrait conduire à précipiter une faillite de l'entreprise, trop de laxisme pourrait amener des retards et des défauts caractérisés dans le cadre de l'exécution du marché public.

Une difficulté nouvelle naît de l'article 35, § 2 de la loi du 31 janvier 2009 qui ouvre la faculté à l'entreprise en procédure de réorganisation judiciaire, de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du sursis prévu par cette loi¹³. Si telle décision intervient, l'entreprise pourra être considérée en défaut d'exécution et faire, moyennant

¹¹ Voy. Ph. FLAMME, M-A. FLAMME, Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Larcier, 2005, Bruxelles, p.125, n°101 et p.129, n°105.

¹² Voy. art. 17, § 2, 1°, A.R. 8/01/1996.

¹³ Voy. art. 30 de la loi du 31 janvier 2009 : « *Aucune voie d'exécution des créances sursitaire ne peut être poursuivie ou exercée sur les biens meubles ou immeubles du débiteur au cours du sursis. Pendant la même période, le débiteur qui a la qualité de commerçant ne peut pas être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut pas être dissoute judiciairement.* »

le respect des dispositions de l'article 20 du CGC l'objet d'une mesure d'office. Au stade de la sélection des entreprises et de la comparaison des offres, les pouvoirs adjudicateurs pourront utilement demander à l'entreprise ses intentions au sujet de cette disposition en cas d'attribution du marché.

1.3. La faillite et la protection juridictionnelle

4. L'article 17, § 2 al. 1 des Lois coordonnées sur le Conseil d'état subordonne la suspension de l'exécution de l'acte attaqué à la condition de la démonstration d'un risque de préjudice grave difficilement réparable dans le chef du requérant. Dans le cadre du contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics, le Conseil d'état a réitéré, à de nombreuses occasions, le principe selon lequel l'introduction du mécanisme du *standstill* par l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993, ne dispensait pas le requérant de la démonstration de cette condition de risque de préjudice grave difficilement réparable, dès lors que, si l'article 21 bis se réfère à la procédure en suspension d'extrême urgence, la loi programme du 9 juillet 2004 introduisant celui-ci n'a toutefois aucunement modifié les Lois coordonnées sur le Conseil d'état du 12 janvier 1973, et en particulier l'article 17 § 2, « *qui persiste à exiger, pour que la suspension de l'exécution notamment d'une décision d'attribution d'un marché public puisse être ordonné, que soit établi le risque d'un préjudice grave difficilement réparable qu'entraînerait l'exécution immédiate de la décision attaquée* »¹⁴.

Pour apprécier si le requérant satisfait à cette condition, le Conseil d'état a développé une abondante jurisprudence¹⁵. Dans ce cadre, bien qu'il ait été admis comme principe qu'un préjudice financier est toujours réparable, celui-ci est néanmoins considéré comme difficilement réparable, pour autant que la privation du marché compromette la survie sur le plan économique du soumissionnaire, ou l'accule à la faillite¹⁶.

5. Dans le cadre du contentieux en annulation devant le Conseil d'Etat, l'art. 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973 pose l'exigence de l'intérêt au recours¹⁷¹⁸. Cette notion fait l'objet d'une jurisprudence surabondante. Le Professeur LEWALLE a rappelé les principales caractéristiques de cet intérêt. Pour être qualifié de suffisant, « *L'intérêt doit être certain et direct ; légitime ; moral ou matériel ; actuel ;*

¹⁴ Voy. C.E., 14 novembre 2007, n°176.829, *CHG-Meridian Computer Leasing Belgium c/L'Intercommunale Bureau Economique de la Province de Namur BEP-Environnement* ; C.E., 20 décembre 2006, n°166.184, *SA European Dynamics c/ Etat Belge* ; C.E., 25 avril 2005, n°143.609, *SA Cegelec – Lexar Technics c/ Région Wallonne* ;

¹⁵ Il s'agit uniquement de la position des chambres francophones du Conseil d'état, dès lors que selon la jurisprudence établie des chambres néerlandophones du Conseil d'état, l'absence de possibilité d'exécuter en nature le marché constitue, à elle seule, un préjudice grave difficilement réparable ; voy. notamment en ce sens C.E., 26 septembre 2006, n°162.757, *NV Strabag – BVBA Archi-I c/OCMW Schoten* ; C.E., 22 août 2007, n°174.070, *NV Verheyen Graphics c/ Stad Antwerpen*.

¹⁶ Voy. C.E., 9 novembre 2007, n°176.607, *SA Mexys c/ CHU de Liège*.

¹⁷ L'article dispose que : « *Les demandes, difficultés, recours en annulation et recours en cassation visés aux articles 11, 12, 13, 14 et 16 1° à 6° peuvent être portés devant la section du contentieux administratif par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt (...)* ».

¹⁸ Il est admis que l'intérêt auquel fait référence l'art. 18 des lois coordonnées pour l'introduction des recours en suspension est similaire à celui que l'on vient d'évoquer à l'art. 19.

suffisamment individualisé enfin »¹⁹. Dans cette perspective, il a été jugé, par le Conseil d'Etat, que le soumissionnaire en état faillite, qui s'estimerait irrégulièrement évincé, ne dispose pas d'un intérêt suffisamment concret à poursuivre l'annulation du marché²⁰.

1.4. La faillite en cours d'exécution du marché

6. La gestion d'une faillite se révèle délicate au stade de l'exécution du marché public.

Les marchés publics sont des contrats régis d'une part, par des règles particulières qui s'appliquent à leur passation et exécution et d'autre part, par le droit commun des obligations contractuelles à titre supplétif²¹. Un marché public de travaux s'analyse dès lors comme un contrat d'entreprise. Dans cette perspective, la faillite n'a, en tant que telle, pas pour effet de mettre fin au contrat en cours²². Cependant, eu égard au caractère *intuitu personae* des contrats de marchés publics²³, une faculté de résiliation a été accordée au pouvoir adjudicateur par l'article 21 § 4 du cahier général des charges.

Complémentairement à cette faculté de résiliation, le législateur a instauré d'autres mécanismes propres à l'exécution d'un marché public, au cours de laquelle surviendrait la faillite de l'adjudicataire. C'est l'examen de ces mécanismes et de l'interprétation qui en a été donnée par la jurisprudence qui forme l'objet du présent article.

¹⁹ Voyez P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition 2002, Larcier, Bruxelles, p.656 n°376

²⁰ Voy. C.E., 8 juillet 2008, n°185.220, *NV Seaports Terminals c/ Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen*.

²¹ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969, p.130, n°85 ; voy. aussi A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^{ème} éd., 1966, n°382.

²² Voy. M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 986, n° 1183 ; A. FETTWEIS et A. DELVAUX, *op. cit.*, Act. dr., 1992-1, p.416 et p. 425; voy. aussi A. DELVAUX et D. DESSARD, « Contrat d'entreprise de construction », *Rép. Not.*, t.IX, Livre 8, éd. 91, p.253, n°341; Liège, 30 mai 1991, *Pas.*, 1991, II, p.170.

²³ « On ne saurait donc nier que le marché de travaux publics soit un contrat *intuitu personae*, en raison de l'influence déterminante qu'exerce sur la décision de la collectivité publique maîtresse de l'ouvrage la confiance que lui inspirent la moralité, les ressources financières, la compétence professionnelle, bref la « personnalité » de l'entrepreneur ou de l'entreprise. » ; M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 11, n°551-552 ; voy. aussi Mons, 23 janvier 1991, *J.T.*, 1991, p.582.

2. La faillite en cours d'exécution du marché

2.1. La faillite de l'adjudicataire

2.1.1. Du point de vue du maître de l'ouvrage

2.1.1.1. Résiliation unilatérale ou mesures d'office : choix définitif et exclusif

7. Face à la faillite de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur dispose de diverses possibilités.

L'article 21 § 4 du C.G.Ch. lui ouvre la faculté de résilier unilatéralement le marché. La *ratio legis* de cette faculté de résiliation unilatérale réside dans le principe de continuité de service public, en vertu duquel « *le maître d'ouvrage – pouvoir public doit être en mesure de faire poursuivre les travaux sans être confronté aux difficultés et formalités qui résulteraient de la continuation du contrat par le curateur* »²⁴. Il s'agit, par ailleurs, d'une application de l'article 1794 du Code civil aux marchés publics, laquelle trouve son fondement dans le caractère *intuitu personae* de ces contrats, encore renforcé ici par la phase de sélection qualitative et de comparaison des offres, et dont la faculté unilatérale prévue par l'article 21 § 4 du C.G.Ch. constitue l'expression²⁵. En ce sens, la résiliation du marché prévue par l'article 21, § 4 du C.G.Ch. est indépendante de toute faute contractuelle de l'adjudicataire.

Les marchés publics de travaux sont liquidés dans l'état où ils se trouvent, en tenant compte, après réception, de la valeur des travaux effectués, des matériaux et objets utilement approvisionnés ou utilement commandés²⁶, mais également de toutes les moins values ou malfaçons. Il revient alors au pouvoir adjudicateur d'établir ou de faire établir par son auteur de projet les décomptes requis par l'article 21, § 5 du C.G.Ch.²⁷. Logiquement, le marché cessant dès la notification de la volonté de résiliation à l'adjudicataire, la responsabilité décennale prendra cours dès ce moment, même si cette dernière peut se révéler très théorique dans le cadre d'une faillite d'entreprise. La démonstration ultérieure d'une éventuelle faute imputable à l'adjudicataire, entrant dans le champ de la responsabilité décennale, rend d'autant plus indispensable la fixation de ces décomptes. Aussi, le pouvoir adjudicateur procédera utilement à des constats de sortie de chantier de l'adjudicataire failli.

²⁴ Voy. A. FETTWEIS et A. DELVAUX, *Op. cit.*, Act. dr., 1992-1, p. 426.

²⁵ Voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaires pratiques de la réglementation des marchés publics*, t. 2, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 21 du C.G.Ch., p.469, n°2.1.

²⁶ Art. 21, § 5, 1° du C.G.Ch. ; en ce qui concerne les marchés de fourniture, ceux-ci sont liquidés en payant, sur la base du marché la valeur des fournitures livrées (art. 21 § 5 2°) ; quant aux marchés de services ils sont liquidés en payant, sur la base du marché, la valeur des prestations effectuées (art. 21 § 5 3°).

²⁷ Voy. A. FETTWEIS et A. DELVAUX, *Op. cit.*, Act. dr., 1992-1, p. 428.

En principe, aucune indemnité n'est due par l'entreprise faillie au pouvoir adjudicateur du fait de l'application de l'article 21 § 4 du C.G.Ch. En conséquence, lorsqu'elle résilie le marché sur cette base, l'administration ne peut, en aucun cas, procéder à la moindre retenue sur le cautionnement²⁸.

8. La seconde possibilité pour le pouvoir adjudicateur est de mettre en œuvre les mesures d'office conformément à l'article 20 du C.G.Ch²⁹. Pour rappel, ces mesures d'office consistent soit dans la résiliation unilatérale du marché, la totalité du cautionnement étant acquise au pouvoir adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires, soit dans l'exécution des travaux en régie (par les propres services du pouvoir adjudicateur), soit dans la conclusion d'un ou plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers³⁰.

A l'inverse de la résiliation unilatérale du marché, les deux dernières mesures d'office laissent subsister les relations contractuelles.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer aux mesures d'office, il lui appartient de suivre les formalités édictées par l'article 20 du C.G.Ch. Dans les grandes lignes, celles-ci comprennent en principe l'établissement d'un constat de manquement, dont un procès-verbal est adressé par courrier recommandé à l'adjudicataire, qui dispose alors d'un délai de quinze jours, soit pour s'exécuter, soit pour faire valoir ses moyens de défense. L'objectif de ce formalisme est de se prémunir contre tout arbitraire éventuel de l'administration³¹. Le non respect de ces dispositions peut conduire à l'irrégularité du recours aux mécanismes de l'article 20 du C.G.Ch³². Toutefois, dans l'hypothèse où l'application des mesures d'office est déclarée irrégulière, le pouvoir adjudicateur peut encore demander la résolution judiciaire en vertu de l'article 1184 du Code civil³³.

Dans le cadre d'une faillite d'entreprise, l'établissement d'un procès-verbal en constat de manquement n'est en réalité, plus susceptible de remplir sa fonction. D'une part, la faillite entraîne inmanquablement la défaillance sur chantier de l'adjudicataire, soit que les travailleurs ne viennent plus sur chantiers à défaut d'être payés, soit que ces sous-traitants arrêtent pour les mêmes raisons. D'autre part, la faillite s'accompagne généralement de défaillance dans la gestion administrative qui rend, la réception du recommandé fort improbable. Partant, il n'est pas exclu que l'envoi du procès verbal ne soit à terme, considéré comme inutile par l'une ou l'autre juridiction saisie de cette question. En attendant, les pouvoirs adjudicateurs veilleront à respecter cette formalité

²⁸ Voy. Civ. Bruxelles, 13 octobre 1987, *J.T.*, 1987, p. 703 ; Bruxelles, 3 décembre 1996, *Entr. et dr.*, 1999, p. 230 avec observations Ph. COENRAETS, « A propos de la résiliation facultative et la résiliation sanction dans le cadre de l'exécution des marchés publics » ; Bruxelles, 28 février 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 282 ; *J.T.*, 2002, p. 860 ; M. Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès ? », *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1988, p. 168.

²⁹ Pour les marchés de travaux, l'article 48 du C.G.Ch. s'applique.

³⁰ Voy. art. 20 § 6 du C.G.Ch.

³¹ Voy., pour plus de détails, M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des Marchés publics*, t. 2, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 20 C.G.Ch., p. 441 à 466.

³² Voy., à titre illustratif, Mons, 10 février 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 286.

³³ Voy. Cass., 6 avril 2001, *Pas.*, I, 2001, p. 622.

en dépit de son caractère trop souvent inutile et qui retardent autant l'application effective de la mesure d'office.

Essentiellement, la différence entre la résiliation fondée sur l'article l'article 21 du C.G.Ch. et la résiliation fautive fondée sur l'article 20 du cgc réside dans l'acquisition, à titre de dommages et intérêts forfaitaires de la totalité du cautionnement au bénéfice du pouvoir adjudicateur dans la seconde hypothèse.

Dans le même ordre d'idées, il a ainsi été jugé qu'indépendamment de sa mise en liquidation, un adjudicataire qui avait négligé de constituer le cautionnement requis par le Cahier spécial des charges, avait commis un manquement autorisant le pouvoir adjudicateur à résilier le marché conformément à l'article 20, § 6 du C.G.Ch. La procédure prévue à cet effet avait, en l'espèce, parfaitement été respectée par ce dernier. A bon droit, la Cour d'Appel de Liège a, en effet, estimé que la circonstance de la mise en liquidation de l'adjudicataire n'avait aucune incidence sur le non-respect de son obligation de cautionnement³⁴.

9. La question de savoir si l'administration était en droit de recourir aux mesures d'office, après avoir résilié unilatéralement le marché en vertu de l'article 21, § 4 du C.G.Ch. s'est posée. La jurisprudence a rejeté l'application des deux mécanismes³⁵. Tant les effets que les fondements de ces dispositions doivent, selon elle, être distingués. Si la résiliation du marché, mesure d'office, suppose une faute dans le chef de l'adjudicataire, la faillite de celui-ci, à l'origine de la résiliation facultative fondée sur l'article 21, § 4 du C.G.Ch. n'induit, en tant que telle, aucun manquement, ni défaut qui lui serait imputable. Il convient d'interpréter cette dernière disposition comme une application de la faculté de résiliation accordée au maître de l'ouvrage par l'article 1794 du Code civil. La résiliation fautive s'apparente, quant à elle, à la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Au surplus, il a également été jugé que les termes, intrinsèquement ambigus, « *sans préjudice de l'application des mesures d'office* » figurant à l'article 21, § 4 du C.G.Ch., n'induisaient aucun cumul, mais constituaient « simplement » l'expression du choix, laissé au pouvoir adjudicateur, entre ces deux mécanismes³⁶. Il est cependant regrettable que les interprétations simples ne reposent pas sur une langue claire !

Dans ce contexte, le pouvoir adjudicateur a tout intérêt à évaluer au mieux les conséquences engendrées par une résiliation unilatérale du marché pour faillite de l'adjudicataire. Si elle apparaît de prime abord simple, son application peut néanmoins se révéler redoutable, si elle exclut tout recours postérieur aux mesures d'office.

Avec d'autres et à l'instar des règles applicables contrat d'entreprise de droit commun³⁷,

³⁴ Voy. Liège, 24 mai 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 190.

³⁵ Voy. Bruxelles, 3 décembre 1996, *Entr. et dr.*, 1999, p. 230 avec observations Ph. COENRAETS, « A propos de la résiliation facultative et la résiliation sanction dans le cadre de l'exécution des marchés publics » ; Bruxelles, 28 février 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 282 ; *J.T.*, 2002, p. 860

³⁶ Voy. Bruxelles, 28 février 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 282 ; *J.T.*, 2002, p. 860.

³⁷ Voy. not. M. CLAVIE et I. DURANT, « Des zones d'ombre déjà anciennes aux interrogations nouvelles ou

il n'est toutefois pas inimaginable d'admettre une solution plus réaliste. Après avoir résilié le contrat en raison de la faillite de l'adjudicataire, un pouvoir adjudicateur pourrait décider d'effectuer un prélèvement d'office sur le cautionnement à cause de manquements constatés à l'occasion de l'état des lieux, situation très fréquente. La renonciation à un droit, en l'espèce l'exercice de mesures d'office ne se présume pas et ne pourrait être déduite, *ipso facto*, de l'application de l'article 21, § 4 du C.G.Ch.

Certains pourraient soutenir que l'application des mesures d'office requièrent, en effet, pour leur régularité, le respect de formalités précises et contraignantes. Dès lors que, par hypothèse, dans la situation décrite, la mise en œuvre des constats et formalités préalables la sanction que constitue la mesure d'office est *de facto* impossible. Toutefois, l'accomplissement de cette formalité dans le cadre d'une faillite est d'épouvante de sens et d'utilité, la carence de l'entreprise étant irrémédiablement consommée !

2.1.1.2 Remplacement de l'adjudicataire en faillite après résiliation du marché

10. Quelle que soit la base juridique de la résiliation, le pouvoir adjudicateur doit poursuivre l'exécution du marché en cours en attribuant la suite de cette exécution à une entreprise. Les deux dispositions précitées du Cahier général des charges ne contiennent aucune précision à cet égard.

Il convient partant de se référer aux dispositions de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. En principe, trois modes sont possibles : l'adjudication, l'appel d'offres et la procédure négociée.

La procédure négociée se caractérise par une certaine souplesse³⁸. Compte tenu de l'urgence évidente découlant de la nécessité de terminer le chantier au plus vite mais surtout en diminuant les dégradations et dangers inhérents à l'arrêt de celui-ci, la procédure négociée semble la procédure la plus adéquate. La survenance de la faillite présente, en outre, un caractère imprévisible pour le pouvoir adjudicateur³⁹. Sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, l'on voit difficilement comment celle-ci pourrait lui être imputable.

quelques questions relatives à l'article 1794 du Code civil », in *Contrats d'entreprise et de droit de la construction*, Formation permanente C.U.P., 2003, vol. 63, p. 224, n°19 et références citées ; M. DUPONT, « L'article 1794 du Code civil : volte-face impossible ? », note sous Mons, 21 juin 2004, *R.G.D.C.*, 2007, p. 225 ; A. DELVAUX, B. de COCQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 83, n° 122.

³⁸ Voy. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Larcier, 2005, Bruxelles, p. 164.

³⁹ Voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des Marchés publics*, t. 1 A, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 17 Loi du 24 décembre 1993, pp. 323-326 ; S. VAN GARSSE, « Wijze van gunnen », in D. D'HOOGHE (éd.), *De Gunning van overheidsopdrachten, Die keure*, 2009, Brugge, p.348, n°587.

Il est par contre délicat de limiter la faculté du pouvoir d'adjudicateur d'ajuster le marché initial à la situation d'urgence qu'il doit gérer. Il semble impossible que les conditions d'exécution initiales du marché soient intégralement préservées, ne serait qu'en raison des dégradations survenues (travaux imprévus), de l'adaptation nécessaire des délais, ou plus fondamentalement de la réorganisation intelligente de la suite. Par exemple, le pouvoir adjudicateur et le curateur peuvent avoir intérêt à redistribuer le marché aux différents sous-traitants actifs sur le chantier dans le respect des contraintes usuelles (agrégation, enregistrement, ONSS, etc). Un pouvoir adjudicateur peut également se tourner vers les entreprises qui ont participé à la procédure initiale afin de leur demander de confirmer leur intérêt et leur offre pour l'exécution de la suite.

Dans le cadre des marchés de travaux, l'article 48, § 3, 3° *in fine* du C.G.Ch. met à la charge de l'adjudicataire défaillant les frais liés à la conclusion du nouveau marché pour compte « *quel que soit le mode de passation du marché pour compte* », soit, même dans l'hypothèse de la procédure négociée⁴⁰ ou en cas d'exécution en régie. La passation de mesures d'office entraîne de facto des frais importants pour le pouvoir adjudicateur en terme de formalités exceptionnelles (état des lieux, valorisation diverses, gestion administrative liées à l'établissement d'un nouveau cahier des charges et à la comparaison des offres).

2.1.1.3. Absence de compensation entre deux marchés distincts

11. Lorsqu'une entreprise faillie est adjudicataire de plusieurs marchés publics pour compte du même pouvoir adjudicateur, la tentation est grande pour ce dernier ou, selon les circonstances, pour le curateur, de vouloir compenser ces différents marchés entre eux. Telle serait l'hypothèse d'un adjudicataire failli, qui dans un premier marché serait créancier à l'égard du pouvoir adjudicateur, en attente du paiement de l'état d'avancement final, et dans un second, débiteur, en raison de l'application de pénalités et amendes diverses.

L'article 11 du Cahier général des charges exclut toute compensation ou connexité entre deux marchés distincts. Au regard du principe de continuité du service public, il ne serait, en effet, pas concevable que l'adjudicataire prenne prétexte de l'absence de paiement ou toute autre difficulté dans un marché, pour interrompre, provisoirement ou définitivement, l'exécution de ses travaux dans le cadre d'un autre marché. A l'inverse, un pouvoir adjudicataire ne pourrait se fonder sur un retard ou manquement quelconque de l'adjudicataire pour lui refuser tout paiement dans un autre chantier. Ce principe est encore renforcé par l'article 9 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996⁴¹, lequel dispose que « *si le marché comporte plusieurs lots, chaque lot est considéré, en vue de l'exécution, comme un marché distinct, à moins que le cahier spécial des charges n'en dispose autrement* ».

⁴⁰ L'article 66, § 2, 4° prévoit une disposition similaire pour les marchés de fournitures.

⁴¹ *M.B.*, 18 octobre 1996, p. 26.868.

Le principe établi par l'article 11 du Cahier général des charges souffre néanmoins deux exceptions, l'une, lorsque les conditions de la compensation légale sont remplies, l'autre, dans le cadre de marchés de fourniture⁴². Nous ne nous attarderons ici que sur l'hypothèse de la compensation légale. Dès lors qu'il n'existe aucune dérogation spécifique, en matière de marchés publics, au principe de l'interdiction de toute compensation postérieurement à la faillite, toute compensation légale, entre deux marchés distincts, est impossible, une fois prononcé le jugement déclaratif de l'adjudicataire. Ce principe est appliqué, dans toute sa rigueur, et ses atténuations prétorienne (contrats « connexes », notion de « compte unique », lien d'interdépendance essentielle provenant du même rapport synallagmatique, etc...⁴³) ne trouvent aucun écho⁴⁴. Cette pratique résulte de l'affirmation limpide formulée par l'article 11 du Cahier général des charges⁴⁵.

12. Au contraire du principe édicté pour des marchés distincts, la compensation à l'intérieur d'un seul et unique marché est autorisée. L'article 20, § 7 du cahier général des charges stipule, en effet, que « *le montant des amendes et pénalités, ainsi que le montant des dommages, débours ou dépenses résultant ou à résulter de l'application des mesures d'office, sont imputés en premier lieu sur les sommes qui sont dues à l'adjudicataire à quelque titre que ce soit et ensuite sur le cautionnement* ».

Pratiquement, ceci signifie que, en dépit de la faillite de l'adjudicataire, l'administration pourra compenser les créances valablement émises par le failli avec les éventuelles pénalités pour malfaçons et amendes de retard, ainsi que les surcoûts liés à la mise en régie ou l'exécution d'un marché pour compte dans le cadre de l'application de mesures d'office⁴⁶. Après épuisement des éventuelles sommes dues à l'adjudicataire, le cautionnement pourra également être intégré dans ce calcul de compensation⁴⁷.

⁴²En cas de pluralité de marchés de fournitures attribués à un même adjudicataire, l'article 51 du Cahier général des charges déroge au principe de la séparation des entreprises et prévoit que les livraisons seront imputées sur chacun des marchés, dans l'ordre d'échéance des délais de livraison contractuels. Pour cela, il importe évidemment que ces marchés aient pour objet des fournitures identiques.

⁴³ Pour des exemples, voyez M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Coll. Les dossiers du J.T., Larcier, Bruxelles, 2001, p. 500, n° 608.

⁴⁴ Voy. A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, coll. Les dossiers du J.T., vol. 24, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 98 à 100.

⁴⁵ Voy. Civ. Bruxelles, 30 novembre 1993, *Entr. et dr.*, 1994, p. 389 et, en degré d'appel, Bruxelles, 3 décembre 1996, *Entr. et dr.*, 1999, p. 230 avec observations Ph. COENRAETS, « A propos de la résiliation facultative et la résiliation sanction dans le cadre de l'exécution des marchés publics ».

⁴⁶ Voy. M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 707, n° 985 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des Marchés publics*, t. 2, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 20 C.G.Ch., p. 460, n° 25-26.

⁴⁷ Voy. article 7 du C.G.Ch. qui dispose que : « *En cas de retard dans l'exécution ou en cas d'inexécution totale ou partielle du marché, même lorsqu'il y a résolution ou résiliation du marché, le pouvoir adjudicateur prélève d'office sur le cautionnement les sommes qui lui reviennent* ».

2.1.1.4. Nécessité de la déclaration de créance

13. L'article 62, al. 1^{er} de la Loi sur les faillites impose à tous les créanciers du débiteur failli de déposer une déclaration de créance comprenant leurs titres justificatifs, au greffe du Tribunal de commerce, au plus tard le jour indiqué dans le jugement déclaratif de faillite⁴⁸. Cette obligation s'applique, incontestablement, également au pouvoir adjudicateur.

Le non respect, par le pouvoir adjudicateur, de la formalité de ce dépôt dans le délai imparti par le jugement déclaratif de faillite de l'adjudicataire emporte plusieurs conséquences, notamment dans l'hypothèse d'un appel à la caution constituée par l'adjudicataire sous forme de cautionnement collectif, conformément à l'art. 5, § 3, al. 1, 3^o du Cahier général des charges. Il est, en effet, permis à certaines sociétés (en règle générale des organismes bancaires ou des institutions de crédit), moyennant dépôt d'un capital minimum à la Caisse des dépôts et consignations, de fournir un cautionnement à l'adjudicataire d'un marché public. Les conditions de l'agrément de ces sociétés sont régies par l'arrêté royal du 11 mars 1926⁴⁹. Il ressort des articles 10 et 11 de cet arrêté royal que le mécanisme du cautionnement collectif consiste en une forme particulière de caution solidaire, ce qui implique l'application des règles de la solidarité, ainsi que du droit commun du cautionnement⁵⁰. Ainsi, à la différence de la garantie bancaire autonome, le cautionnement est accessoire au contrat principal⁵¹.

Dans la mesure où le cautionnement collectif autorisé par l'arrêté royal du 11 mars 1926 est bien un cautionnement solidaire de droit commun, il y a notamment lieu d'appliquer l'article 2037 du Code civil⁵², lequel dispose que « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution* ». Concrètement, un défaut de déclaration de créance pourrait, en conséquence, autoriser la société qui a accordé un cautionnement de type collectif à se considérer comme libérée, dès lors que le pouvoir adjudicateur a compromis la subrogation. En effet, en s'abstenant de déclarer sa créance auprès du curateur de la faillite, l'administration a définitivement compromis toutes chances de recouvrement des sommes dues à l'égard du débiteur principal, l'adjudicataire failli. Il est, en effet, admis que l'article 2037 du Code civil doit recevoir une interprétation extensive⁵³.

⁴⁸ Voy. W. DERIJCKE et F. T'KINT, « La faillite », *Rép. Not.*, t. XII, livre 12 (éd. 2006), p. 327, n°460.

⁴⁹ *M.B.*, 15-16 mars 1926, *Pasin.*, 1926, p. 230.

⁵⁰ Voy. A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, coll. Les dossiers du J.T., vol. 24, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 64-65.

⁵¹ Voy. M.-A. FLAMME, « La garantie bancaire autonome, une dérogation illégale au Cahier général des charges, mas comment la combattre ? », *Entr. et dr.*, 1999, p. 289.

⁵² Voy. A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, *op. cit.*, p. 74.

⁵³ Voy. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 389, n°786 : « *La caution serait ainsi reçue à invoquer le bénéfice non seulement lorsque le créancier a, par sa négligence, porté atteinte à une sûreté proprement dite attachée à la dette (...) mais aussi lorsque le créancier n'a pas exercé ses droits contre le débiteur avec toute la diligence requise* ».

2.1.2. Du point de vue du curateur

2.1.2.1. Poursuite ou non de l'exécution du marché

14. La position du curateur d'un entrepreneur en faillite, adjudicataire d'un ou plusieurs marchés publics, n'est guère aisée. Si, en droit commun de la faillite⁵⁴, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, il appartient, en effet, au curateur de décider, selon les intérêts de la masse, de la poursuite ou non, des activités, voire de la cession de la totalité ou d'une partie de celles-ci à un tiers, ce pouvoir se trouve singulièrement restreint dans le cadre des marchés publics.

Dans l'hypothèse où le curateur décide de mettre un terme à l'exécution du marché, il place *de facto* l'adjudicataire failli en situation de manquement par rapport à ses obligations contractuelles. Le pouvoir adjudicateur, qui n'aurait pas déjà résilié le marché conformément à l'article 21, § 4 du C.G.Ch., est, dès lors, en droit d'appliquer les mesures d'office. Puisque la décision du curateur constitue, en quelque sorte, une reconnaissance du manquement, les formalités prévues par l'article 20 du C.G.Ch n'ont pas beaucoup de sens et font perdre 15 jours précieux.

A l'inverse, si le curateur entend poursuivre le marché en cours, il lui appartiendra d'exécuter celui-ci aux mêmes conditions que celles en vigueur antérieurement à la faillite. Une modification substantielle de ces conditions serait, en effet, de nature à violer le principe de libre concurrence. Aucune modification ne peut, au surplus, se concevoir, sans que le pouvoir adjudicateur n'y ait expressément consenti.

2.1.2.2. Cession du marché à un tiers

15. En principe, eu égard au caractère *intuitu personae* des contrats de marchés publics⁵⁵, la cession du marché à une société tierce, par le curateur, est interdite⁵⁶. En Belgique jusqu'il y a peu, cette règle n'était pas suivie de manière stricte. Ainsi, par pragmatisme, des cessions du marché par l'adjudicataire étaient pratiquées, pour autant que le pouvoir adjudicateur y ait expressément consenti. Cette solution heurtait manifestement le principe de libre concurrence inspirant les modes de passation des

⁵⁴ Il n'entre pas dans le propos de cette contribution de se pencher sur les nombreux développements touchant à la poursuite des contrats en cours en cas de faillite et encadrant la décision du curateur de les poursuivre ou non. C'est pourquoi, il est renvoyé, à cet égard, aux auteurs suivants, not. : T. HURNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite : essai de rationalisation », *J.T.*, 2008, p. 341 ; Cass., 10 avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 349 ; Th. HURNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Act. Dr. ULg*, 2009, p. 214-236 ; C. ALTER, « Questions choisies en droit de la faillite », in *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Collection du Jeune Barreau de Mons, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 123-140 ; F. GEORGES, « Faillite et contrats en cours : la Cour de Cassation précise sa jurisprudence », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1592.

⁵⁵ Voy. supra, n°7.

⁵⁶ Voy. M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 12, n° 552 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX, Cl. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des Marchés publics*, t. 2, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 10 C.G.Ch., p. 206, n°46.

contrats publics⁵⁷. Les pouvoirs adjudicateurs veillaient déjà à ce que ces cessions s'opèrent sans modification substantielle.

Dans un arrêt du 19 juin 2008, *presstext Nachrichtenagentur GmbH*⁵⁸, la Cour de Justice a mis un frein sérieux à cette pratique de cession de marché. Elle a ainsi pu déclarer que le changement d'identité de l'adjudicataire constituait en soi une modification substantielle. Les auteurs de l'ouvrage édité sous la direction du Professeur D'HOOGHE, estiment que cette jurisprudence va trop loin⁵⁹. Ils ne voient pas en quoi les conditions du marché, qu'elles soient de fond ou de forme, seraientelles, modifiées de façon substantielle, par le simple fait de la cession. Ils mettent en avant que la mise en concurrence de l'attribution des contrats publics a déjà eu lieu lors de l'attribution initiale du marché, dont il n'est question ici que d'assurer la parfaite exécution à bon terme, aux mêmes conditions, par un nouvel adjudicataire répondant à des exigences de qualité et d'aptitude égales à celles imposées initialement à l'adjudicataire en faillite. La cession du marché s'apparentait selon eux, à une décision prise dans le cadre de l'exécution – dont l'on ne fait ici qu'assurer la poursuite, laquelle n'est pas soumise à la censure du Conseil d'état, en vertu de la théorie de l'acte détachable. A notre sens, cette interprétation omet l'interprétation stable de la Cour de Justice qui, sauf circonstance interprétée de manière très stricte, n'autorise pas l'attribution des marchés publics sans mise en concurrence formalisée dans les procédures ordinaires de passation. En outre, c'est au pouvoir adjudicateur à prendre ses responsabilités par rapport à ses contraintes et non au curateur à proposer des solutions qui peuvent être dictées par des intérêts non forcément convergents avec ceux du pouvoir adjudicateur.

Il a été exposé ci-avant que le remplacement d'un adjudicataire pouvait parfois se faire sous le bénéfice de l'urgence et partant, par procédure négociée dans certaines circonstances caractérisées. Eu égard à la nécessité d'assurer sans délai la l'aboutissement du marché, l'urgence doit, en effet, présider à la désignation de l'entreprise qui en poursuivra l'exécution.

16. En dépit de la cession du marché à une entreprise tierce, la responsabilité de l'adjudicataire initial reste engagée pour les travaux déjà réalisés⁶⁰. L'éventuelle autorisation de cession du marché accordée par le pouvoir adjudicateur n'emporte pas *ipso facto* de décharge de responsabilité pour l'adjudicataire failli, qui reste tenu. Celle-ci doit, au contraire, intervenir de manière expresse.
17. La cession du marché se heurte également à l'interdiction posée par l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993, selon lequel les créances des adjudicataires dues en exécution

⁵⁷ CONTRA., Voy. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Larcier, 2005, Bruxelles, p. 57, n°48.

⁵⁸ C.J.C.E., 19 juin 2008, C-454/06.

⁵⁹ Voy. F. VANDENDRIESSCHE et P. DE KEYSER, « Toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten », in D. D'HOOGHE (éd.), *De Gunning van overheidsopdrachten, Die keure*, 2009, Brugge, p.348, n°587

⁶⁰ Voy. A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, op. cit., p. 108.

d'un marché public ne peuvent être cédées jusqu'à la réception provisoire⁶¹. Conformément au paragraphe 5 de cet article, la cession ne sort ses effets qu'après que les ouvriers, les employés, les sous-traitants et les fournisseurs ayant fait saisie-arrêt ou opposition, aient été payés. Ni l'accord du pouvoir adjudicateur sur le principe de la cession, ni l'éventuelle décharge qu'il accorderait à l'adjudicataire cédant ne sont de nature à faire obstacle au privilège ainsi établi en faveur des sous-traitants et préposés de ce dernier. Leur implication dans la discussion encadrant la cession du marché nous semble, dès lors, indispensable.

2.1.2.3 Décomptes de sortie de chantier et retenues d'ordre social et fiscal

18. Fréquemment, pour pouvoir clôturer les comptes de la faillite, il convient d'attendre soit la fin des travaux s'ils ont été poursuivis par le failli, soit le résultat d'un état des lieux contradictoires des travaux établis dans le cadre de la résiliation du marché. La clôture de la faillite sera reportée également à la fin des travaux, si, hypothèse très peu fréquentes, le pouvoir adjudicateur a choisi la sanction du marché pour compte⁶². Il incombe, en outre, au pouvoir adjudicateur d'établir le décompte des travaux, marché par marché, sans possibilité de compensation entre deux entreprises distinctes⁶³.

19. L'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969, ainsi que l'article 402 du Code des impôts sur les revenus 1992 imposent au maître de l'ouvrage de procéder à des retenues fiscales et sociales nécessaires sur tous les paiements devant encore être effectués à partir de la faillite de l'entrepreneur⁶⁴. Cette obligation s'applique également, sans distinction, à tout maître d'ouvrage public. Concrètement, ceci signifie que, dans l'hypothèse où un solde positif revient à l'adjudicataire en faillite au terme du décompte final de sortie du chantier, l'administration est tenue d'effectuer les retenues fiscales et sociales sur les montants facturés par l'adjudicataire en faillite⁶⁵. Ces retenues viennent donc en déduction du solde encore éventuellement dû à ce dernier. Elles doivent être imputées, par l'administration, au moment du paiement. En outre, compte tenu de l'interdiction de compenser entre deux marchés distincts⁶⁶, ces retenues sont pratiquées marché par marché.

2.1.3. Du point de vue du sous-traitant

⁶¹ Cette disposition a pour objectif de favoriser la parfaite exécution des marchés publics, en privilégiant les sous-traitants et fournisseurs intervenant pour le compte de l'adjudicataire ; voy. infra n°15.

⁶² Voy. supra n°11.

⁶³ Voy. supra n°12-13.

⁶⁴ Voy. Liège, 30 mai 1991, *Pas.*, II, 1991, p. 170. Cependant, lorsque le curateur a poursuivi l'exécution des travaux avec l'accord du Tribunal, les retenues opérées par le fisc et l'ONSS sur les factures relatives à ces travaux doivent être restituées ; voy. Cass., 2 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1022.

⁶⁵ Voy. M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *R.C.J.B.*, 2005, p. 545, n° 107.

⁶⁶ Article 11 du Cahier général des charges.

2.1.3.1. L'action directe

20. Si l'action directe, instituée par l'article 1798 du Code civil, constitue une protection efficace pour le sous-traitant confronté à des difficultés de paiement dans le chef de son cocontractant, sa mise en oeuvre reste problématique. Il n'entre pas dans l'objet de la présente contribution d'examiner par le détail chacun de ces écueils. De nombreuses études – auxquelles il est ici renvoyé – y sont consacrées⁶⁷.

En synthèse, les principaux problèmes provisoirement tranchés peuvent être résumés comme suit :

- *Forme de l'action directe :*

Un simple envoi, de préférence recommandé, suffit. L'introduction d'une procédure en justice n'est plus nécessaire⁶⁸. L'intention de se prévaloir de l'action directe doit toutefois être formulée de manière non équivoque.

- *Moment de mise en œuvre :*

L'exercice de l'action directe doit être antérieur à la situation de concours⁶⁹, auxquelles sont assimilées la faillite⁷⁰, la liquidation⁷¹ et l'ancien régime du concordat judiciaire⁷².

- *Assiette de l'action directe :*

Il s'agit de la créance-objet, la créance de l'entrepreneur principal envers le maître de l'ouvrage. Celle-ci doit être certaine, sans toutefois présenter un caractère liquide, ni exigible. D'autre part, bien que ce point reste contesté par une partie non négligeable de la doctrine, la Cour de Cassation a estimé que l'assiette de l'action directe comprend

⁶⁷ J.-P. RENARD et M. VAN DEN ABBEELE, "Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général", *Entr. et dr.*, 1997, p. 134 ; F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil », *J.L.M.B.*, 1997, p. 600, note sous Liège, 23 mai 1996 ; J.-P. RENARD, « Relations entre maître de l'ouvrage et sous-traitant : l'action directe – Bilan et perspectives », in *La sous-traitance*, Commission droit et vie des affaires, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 171 ; B. KOHL, « Sous-traitance. Questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Formation Permanente CUP, 2003, p. 129 ; F. KINT et W. DERIJCKE, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer », *R.D.C.*, 2004, p. 851 ; O. JAUNIAUX, "L'action directe du sous-traitant. Entre éclaircies et brouillard persistant", *R.G.D.C.*, 2006, p. 253 ; P. HENRY, « L'action directe et le privilège du sous-traitant », in *La sous-traitance*, Larcier, JLMB Opus, Bruxelles, 2006, p. 43 ; S. STIJNS, B. TILLEMANN, W. GOOSSENS, B. KOHL, E. SWAENPOEL et K. WILLEMS, « Bijzondere overeenkomsten: Koop en Aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, p. 1721-1726, n°378-382.

⁶⁸ Voy. Cass., 25 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2005, p. 405 et note C. EYBEN « La forme de l'action directe des sous-traitants : la fin d'une controverse ? » ; Bruxelles, 22 mai 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 65 et observations J.-P. RENARD « L'action directe : suite et fin ? ».

⁶⁹ Voy. P. HENRY, « Une controverse tranchée : une situation de concours fait obstacle à l'introduction de l'action directe du sous-traitant », *J.L.M.B.*, 2004, p. 1436 ; voy. aussi J. WINDEY et Th. HÜRNER, « L'action directe en cas de faillite », *R.D.C.*, 2004, p. 904.

⁷⁰ Voy. Cass., 23 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1437 ; *R.D.C.*, 2004, p. 899 ; *R.G.D.C.*, 2005, p. 634.

⁷¹ Voy. Cass., 23 septembre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 637 ; Cass., 14 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1204 ; *Res et iura imm.*, 2007, p. 308.

⁷² Voy. Cass., 7 avril 2006, *Pas.*, I., p. 812.

l'ensemble des dettes du maître de l'ouvrage se rapportant à une seule et même entreprise⁷³.

- *La créance-cause de l'action directe :*

L'action directe porte sur l'ensemble des dettes dues par l'entrepreneur principal au sous-traitant, pour autant que celles-ci trouvent leur origine dans le contrat de sous-traitance qui les unit. Ceci a dès lors pour effet d'exclure toute créance du sous-traitant résultant notamment de la responsabilité extracontractuelle de l'entrepreneur principal. Sont englobés dans la créance cause, les accessoires du principal, tels que les intérêts ou les clauses pénales éventuelles⁷⁴.

- *Quid en cas de pluralité d'actions directes ?*

Il est désormais acquis de longue date⁷⁵, qu'il convient de procéder à une répartition au marc le franc des sommes disponibles entre les sous-traitants ayant exercé l'action directe.

- *L'opposabilité des exceptions par le maître de l'ouvrage :*

Le maître de l'ouvrage est admis à opposer au sous-traitant, non seulement les exceptions tirées de sa relation contractuelle avec l'entrepreneur principal, mais aussi celles provenant de la créance-cause relatives aux propres relations unissant l'entrepreneur principal et son sous-traitant. C'est là une parfaite illustration du principe mathématique de la transitivité, où, pour que A (le sous-traitant) soit autorisé à actionner C (le maître de l'ouvrage), ni la relation unissant A à B (l'entrepreneur général), ni celle liant B à C, ne doivent présenter le moindre obstacle. Ces exceptions doivent néanmoins trouver leur origine antérieurement à la mise en œuvre de l'action directe⁷⁶, sous réserve de l'exception *non adimpleti contractus* pouvant être invoquée à tout moment⁷⁷.

- *Les intérêts moratoires :*

Les intérêts moratoires courent en faveur du sous-traitant, à dater de la mise en demeure adressée au maître de l'ouvrage⁷⁸. Ce décours des intérêts se révèle fréquemment

⁷³ Voy. Cass., 21 décembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 443 et note W. DERIJCKE, « L'étendue et la forme de l'action directe du sous-traitant : deux questions controversées » ; *D.A.O.R.*, 2002, p. 263 et note P. WERY ; Cass., 29 octobre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 642.

⁷⁴ Voy. Cass., 22 mars 2002, *Res et iura imm.*, 2003, p. 133.

⁷⁵ Voy. F. GEORGES, « De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil », *J.L.M.B.*, 1997, p. 604, note sous Liège, 23 mai 1996.

⁷⁶ Civ. Anvers, 17 mars 2004, *R.W.*, 2008-08 p. 871.

⁷⁷ Cass., 25 mars 2005, *R.G.D.C.*, 2005, p. 645 ; voy. Benoît KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et le droit de la construction* », CUP 2003, p. 147, n° 108 ; voyez aussi R. de BRIEY et O. JAUNIAUX, « La sous-traitance : questions choisies à l'attention des praticiens », in *Droit de la construction*, Actes du colloque organisé par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège le 31 mai 2006, p. 167, n° 44 ; également : M.A. FLAMME *et alii*, « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000 », *Larcier*, 2001, p. 267, n° 331

⁷⁸ Bruxelles, 17 septembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 41 et observations P. WERY, « L'action directe du sous-

préjudiciable au maître de l'ouvrage. Pour peu que naisse une contestation, entre l'entrepreneur principal et son sous-traitant, portant sur l'exigibilité ou la liquidité de la créance objet, le maître de l'ouvrage s'expose au risque de payer deux fois sa dette. L'attitude la plus prudente revient, dès lors, à retenir le paiement jusqu'à la résolution du litige. Une telle position emporte toutefois, comme conséquence, une accumulation des intérêts de retard. Afin de réduire au maximum cet inconvénient, la pratique commande au maître de l'ouvrage d'adresser conjointement à l'entrepreneur principal et son sous-traitant, un courrier au terme duquel le maître de l'ouvrage indique sa volonté de procéder au paiement des sommes réclamées au bénéfice du sous-traitant, à défaut de décision judiciaire l'en interdisant. L'objet d'une telle lettre est de contraindre l'entrepreneur principal d'introduire une action en justice, qui permettra de trancher le conflit.

21. L'article 23 de la loi du 24 décembre 1993 complète, en matière de marchés publics, le mécanisme de l'action directe instauré par l'article 1798 du Code civil et offre, au sous-traitant, une *double protection*, pour reprendre les termes du Professeur GREGOIRE⁷⁹. Jusqu'à la réception provisoire, seuls les sous-traitants, fournisseurs, ouvriers et employés de l'adjudicataire sont, en effet, admis à exercer une action directe sur les dettes du pouvoir adjudicateur envers l'adjudicataire. L'objectif recherché du législateur consiste à favoriser, au maximum, la bonne fin des travaux.

2.1.3.2 Le privilège du sous-traitant

22. Outre l'action directe, le sous-traitant dispose également, à l'encontre du maître de l'ouvrage d'un privilège légal, institué par l'article 20, 12° de la loi hypothécaire. L'une est le pendant de l'autre et sont destinés à jouer dans des circonstances radicalement différentes, respectivement en dehors ou dans le cadre d'une situation de concours⁸⁰.

En droit commun du contrat d'entreprise, la question du rang du privilège du sous-traitant a donné lieu à de nombreuses controverses, tant doctrinales que jurisprudentielles, en particulier face au créancier gagiste⁸¹. En matière de marchés publics, le législateur a tranché le conflit en faveur du sous-traitant⁸². Il entend, en effet, privilégier de la sorte l'exécution du contrat public dans une perspective de continuité du service au public. Cela ressort de l'option prise à l'article 23 de la loi du 24

traitant ».

⁷⁹ Voy. M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *R.C.J.B.*, 2005, p. 546, n° 108-113.

⁸⁰ Rien n'interdit toutefois l'exercice consécutif de l'action directe puis du privilège (voy. M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *R.C.J.B.*, 2005, p. 520, n° 65). Il convient, dans ce cas, de garder à l'esprit les délais de prescription respectifs de chacun de ces mécanismes, cinq ans pour le privilège et dix ans pour l'action directe.

⁸¹ A ce propos, il est renvoyé à l'étude approfondie réalisée par le Professeur M. GREGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *R.C.J.B.*, 2005, p. 481. Voy. aussi F. KINT et W. DERIJCKE, « Overzicht van rechtspraak (1990-2004). Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsoverdracht van de onderaannemer tegen de bouwheer », *R.D.C.*, 2004, p. 871, n°37-38.

⁸² Voy. aussi, Cass., 1^{er} mars 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 710.

décembre 1993. Jusqu'à la réception provisoire du marché, seuls les sous-traitants⁸³ sont autorisés à saisir la créance de l'adjudicataire envers le pouvoir adjudicateur, créant ainsi un véritable privilège à leur profit⁸⁴.

2.2. La faillite du sous-traitant

2.2.1. Du point de vue du maître de l'ouvrage

2.2.1.1 Principe de l'autonomie des conventions

23. La convention de sous-traitance conclue par l'adjudicataire constitue, du point de vue du pouvoir adjudicateur, une *res inter alios acta*. Il s'agit d'une convention autonome, en principe indépendante du contrat principal, en l'espèce le contrat de marché public. L'article 10 du Cahier général des charges ne dit rien d'autre, lorsqu'il précise que « *Le fait que l'adjudicataire confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants ne dégage pas sa responsabilité envers le pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne se reconnaît aucun lien contractuel avec ces tiers* ». L'adjudicataire reste, au surplus, seul responsable vis-à-vis de l'administration.

Ce principe d'indépendance contractuelle souffre toutefois d'une première exception prévue par l'article 10, § 1, al. 2 du C.G.Ch. qui autorise le pouvoir adjudicateur à exiger que « *les sous-traitants de l'adjudicataire satisfassent en proportion de leur participation au marché aux dispositions de la législation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux* ». Au surplus, rien n'interdit à l'adjudicataire de soumettre le contrat de sous-traitance aux mêmes conditions que celles du marché principal⁸⁵. Cette pratique de transparence contractuelle est parfois autrement qualifiée de contrats « *back to back* » ou de clause « *if and when* »⁸⁶.

⁸³ Ce privilège est également accordé aux fournisseurs, ainsi qu'aux ouvriers et employés de l'adjudicataire (article 23, § 2 de la loi du 24 décembre 1993).

⁸⁴ Voy. J.-P. RENARD en M. VAN DEN ABEELE, « Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général », *Entr. et dr.*, 1997, p. 152 ; A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, coll. Les dossiers du J.T., vol. 24, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 88-90 ; M. GREGOIRE « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *R.C.J.B.*, 2005, p. 546, n°108-113.

⁸⁵ Il appartient néanmoins à l'adjudicataire de veiller à ne pas adopter d'attitude qui pourrait être considérée comme un abus de droit, telle que la retenue intégrale du cautionnement constitué par le sous-traitant, sous prétexte que celui-ci serait contractuellement liée à la réception de l'ensemble du marché, et ce alors même que les travaux confiés en sous-traitance auraient été parfaitement réalisés.

⁸⁶ Voy. B. KOHL, « Sous-traitance : questions spéciales », in *Contrat d'entreprise et droit de la construction*, Formation permanente CUP, 2003, p. 124, n°68-71 ; voy. aussi M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 241, n° 299.

Dans cette perspective, la survenance de la faillite d'un des sous-traitants de l'adjudicataire n'est pas de nature à le libérer de ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur. Il répond seul, en effet, de la parfaite exécution des conditions du marché envers l'administration. Ainsi, la faillite du sous-traitant ne peut-elle être, en règle, opposée au pouvoir adjudicateur.

2.2.1.2. L'hypothèse du sous-traitant imposé

24. Le pouvoir adjudicateur impose parfois le recours à un sous-traitant déterminé, soit nommément, soit par l'insertion d'exigences techniques très détaillées dans le cahier spécial des charges. Dans cette hypothèse, il est plus délicat pour le pouvoir adjudicateur de se retrancher derrière le principe de l'autonomie des conventions pour décliner toute implication lorsque des manquements ou défauts d'exécution peuvent être imputés au sous-traitant qu'il a imposé. Le Bâtonnier DELVAUX et de Me POTTIER estiment que « *sous peine d'affadir la notion de responsabilité en mettant à charge des responsabilités incontrôlables et ingérables, ne doit-on pas constater que, dans le souci de régenter l'intervention de l'entrepreneur principal, le maître de l'ouvrage compromet en fait la capacité pour lui de répondre du fait de la personne qu'il emploie, et exerce en fait les prérogatives du choix de l'intervenant et des conditions de cette intervention qui sont précisément la contrepartie de cette responsabilité* »⁸⁷. La faillite du sous-traitant imposé par l'administration ne constitue, en effet, plus entièrement une cause étrangère dont seul l'adjudicataire aurait à répondre. Aussi, il nous paraît que le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit, dans de telles circonstances, de mettre à la seule charge de l'adjudicataire les retards et surcoûts provoqués par la faillite d'un sous-traitant qu'il n'a pas personnellement choisi. En toute hypothèse, l'adjudicataire du marché pourrait encore, dans pareille situation, recourir à l'article 16 du C.G.G., en invoquant un fait du pouvoir adjudicateur ou des circonstances imprévisibles selon le cas d'espèce.

2.2.2. Du point de vue de l'adjudicataire

25. L'adjudicataire répond, en principe, de ses sous-traitants à l'égard du pouvoir adjudicateur. Cette règle figure dans l'article 10, § 1 du C.G.Ch. Confronté à la faillite de son sous-traitant, l'adjudicataire est-il toutefois recevable à introduire une demande en revendication à l'encontre du pouvoir adjudicateur ? Plus précisément, la faillite du sous-traitant peut-elle être assimilée à des sujétions imprévues au sens de l'article 16, § 2 du C.G.Ch. ?

Selon certains, le droit à la réparation n'est reconnu à l'adjudicataire dont le sous-

⁸⁷ Voy. A. DELVAUX et F. POTTIER, « Relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : questions spéciales », in *La sous-traitance*, Commission droit et vie des affaires, Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 147.

traitant est en état de faillite, que pour autant que ce dernier « *puisse se prévaloir des circonstances que l'adjudicataire aurait pu lui-même invoquer s'il avait été placé dans une situation analogue* »⁸⁸. Une décision judiciaire a admis que la faillite de sous-traitants de l'adjudicataire pouvait, le cas échéant, constituer une circonstance imprévisible, dans des circonstances, il est vrai très caractérisées. Dans un cas d'espèce où une interruption du marché avait été ordonnée par la Régie des Bâtiments pendant près de deux ans, le Tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que, la faillite de plusieurs sous-traitants, survenue durant ce laps de temps, n'était pas imputable à l'adjudicataire. Au contraire, « *il ne pouvait raisonnablement être exigé de celui-ci qu'il doive prévoir que la suspension de chantier se prolongerait durant près de deux années ni qu'elle serait dans l'obligation de rechercher, à des conditions moins favorables, à l'issue de cette interruption, de nouveaux sous-contractants pour remplacer ceux entretemps disparus* »⁸⁹.

1.3. La faillite du co-traitant

1.3.1. Du point de vue du maître de l'ouvrage

26. Parmi les formules à la disposition du pouvoir adjudicateur pour assurer l'exécution, à côté de l'exécution par entreprise générale ou par lots séparés, la cotraitance a parfois les faveurs de certains pouvoirs adjudicateurs en dépit de ses difficultés de mises en oeuvre. Elle se définit comme « *la juxtaposition de marchés juridiquement distincts et dont les titulaires n'assument d'autres responsabilités que celles afférentes à leurs propres prestations, à l'exception toutefois de l'un d'entre eux, appelé pilote ou chef de file, chargé de la coordination de l'ensemble et garantissant la bonne fin non seulement de ses propres prestations, mais aussi celles de ses cotraitants* »⁹⁰. Dès lors, à la différence d'un marché attribué à une seule entreprise générale, chargée de l'ensemble du projet, un adjudicataire, à qui aurait, par exemple, été confié le gros oeuvre, ne répond pas des manquements imputables à celui auquel est attribué le lot HVAC⁹¹. Il s'agit, en effet, d'entreprises juridiquement distinctes, de sorte que les défauts ou retards d'exécution découlant de la faillite d'un cotraitant et affectant les travaux qui lui sont confiés, ne peuvent, par le simple fait de la faillite, être reprochés au titulaire d'un autre lot.

27. Face à une revendication d'un des cotraitants, le pouvoir adjudicateur pourrait-il

⁸⁸ Article 16, § 2, 3° C.G.Ch.; voy. aussi C. DE KONINCK, P. FLAMEY, K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Maklu, Anvers, 2005, p. 392, n°481.

⁸⁹ Civ. Bruxelles, 9 juillet 1992, *Res et iura imm.* 1993, p. 37.

⁹⁰ M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaires pratiques de la réglementation des marchés publics*, t. 2, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 10 du C.G.Ch., p. 173, n°4.

⁹¹ La mission de pilotage revient fréquemment à l'entreprise chargée du gros oeuvre. Même dans cette hypothèse, la responsabilité du pilote ne pourrait néanmoins être impliquée que pour autant qu'une faute liée spécifiquement à sa de coordination soit démontrée.

invoquer la faillite d'un autre des cotraitants, en tant que circonstance imprévisible ? Selon l'article 16, § 2.1° du C.G.Ch., « *l'adjudicataire n'a droit en principe, à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger* ». A cet égard, dans un jugement du 24 février 1987⁹², le Tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que la faillite de l'adjudicataire du gros œuvre ne rendait pas impossible la poursuite de l'exécution du marché. Le recours aux mesures d'office, et en particulier la conclusion d'un marché pour compte⁹³, reste toujours ouvert. Aussi, dès lors que la poursuite du marché n'est pas absolument impossible, mais simplement plus onéreuse, le juge ne reconnaît aucune force majeure dans le chef du pouvoir adjudicateur. La faillite d'un des cotraitants n'exclut donc pas le droit d'un autre cotraitant d'obtenir du pouvoir adjudicateur, l'indemnisation du préjudice qu'il subi en raison de celle-ci, sur la base de l'article 16, § 2 du C.G.Ch pour autant que les conditions très exigeantes de cette disposition soient respectées par ailleurs.

1.3.2. Du point de vue de l'adjudicataire

28. La faillite d'un cotraitant a d'indéniables conséquences sur l'exécution des travaux confiés aux autres cotraitants. Plus particulièrement, l'on imagine sans peine l'incidence, en termes de délai, que peut impliquer la faillite de l'adjudicataire des travaux de démolition ou du gros œuvre, sur les titulaires des lots HVAC ou parachèvement. Les surcoûts provoqués par ce retard peuvent parfois s'avérer importants. Ils portent habituellement sur l'aggravation des frais généraux et de chantier, l'immobilisation du matériel, la perte de rendement, etc... Pour autant, ces cotraitants, dont l'intervention a le plus souvent lieu en fin du projet général, sont-ils en droit d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice auprès du pouvoir adjudicateur ? Sans doute, l'article 16 du C.G.C. permet-il de l'espérer, pour autant que les conditions strictes de cette disposition soient remplies dans chaque cas d'espèce. Quoi qu'il en soit, ce droit est cependant limité, dans l'hypothèse où, indépendamment de la faillite, le pouvoir adjudicataire a prévu, dans le cahier spécial des charges, des périodes d'interruption des travaux, en vertu de la faculté qui lui est accordée par l'article 15, § 5, al. 2 du C.G.Ch.

1.4. L'hypothèse de l'association momentanée

29. L'article 93 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996⁹⁴ autorise le dépôt d'une offre par une association momentanée. L'offre est alors signée par chacun des soumissionnaires qui s'engagent solidairement vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Au-delà des éventuelles synergies entre les associés, la remise d'une offre commune, au nom de l'association momentanée, leur permet de bénéficier, à ce titre, de l'agrégation ou du classement dont disposerait seulement l'un d'entre eux individuellement.

⁹² Civ. Bruxelles, 24 février 1987, *Entr. et dr.*, 1991, p. 380.

⁹³ Voy. article 20, § 6 du C.G.Ch.

⁹⁴ *M.B.*, 26 janvier 1996, p. 1523.

En règle, en vertu de l'article 53 du Code des sociétés les membres de l'association momentanée sont tenus solidairement à l'égard des tiers avec lesquels ils ont contracté⁹⁵. En matière de marchés publics, ce principe est concrétisé à l'article 93 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui précise les personnes physique ou morales formant l'association momentanée soumissionnaire s'obligent solidairement envers le pouvoir adjudicateur.

Par conséquent, la faillite d'un des membres de l'association momentanée, dans le cours de l'exécution du marché, n'emporte, en principe⁹⁶, aucune conséquence préjudiciable pour le pouvoir adjudicateur, à l'égard duquel les autres associés restent tenus solidairement de la poursuite à bonne fin des travaux. Ainsi, bien que la faillite d'un des associés constitue une cause de dissolution de plein droit de l'association momentanée, elle n'entraîne qu'un effet interne pour les tiers, en ce compris pour le pouvoir adjudicateur⁹⁷.

30. Les cours et tribunaux interprètent rigoureusement la solidarité existant entre les membres d'une association momentanée. Conformément à la jurisprudence initiée par *l'affaire SOCOL*, les clauses d'unicité et d'indivisibilité de compte entre associés sont néanmoins largement admises. Cette pratique consiste à, nonobstant la faillite de l'un d'entre eux, compenser les créances et les dettes de l'association parmi ses membres, avant de dégager un éventuel solde bénéficiaire⁹⁸. Cet enseignement rencontre toutefois une limite, dès lors que les éléments essentiels du mécanisme de l'association momentanée, que sont l'exercice d'une activité en commun et la volonté de partager les bénéfices et les pertes, font défaut. Dans une cause soumise à la Cour d'Appel de Liège⁹⁹, la participation d'un des associés se limitait, en effet, à l'apport de son agrégation, de son crédit commercial et à la constitution de la moitié du cautionnement légal. Parallèlement au contrat d'association, les deux entreprises avaient conclu une contre-lettre stipulant que seule l'une d'entre elle exécutera les travaux et sera tenue à l'égard des tiers, tandis que l'autre, dont l'apport se limite essentiellement à l'indispensable classe 5 exigée pour l'obtention du marché, se verra rétribuer au moyen d'une commission. Lors de la faillite de l'associé chargé conventionnellement de l'exécution des travaux, la création de deux masses distinctes dans le patrimoine du failli, dont l'une contiendrait les actifs de l'association momentanée destinés à être affectés au paiement des seules créances de celle-ci, est refusée par la Cour d'Appel. L'association momentanée ainsi créée s'apparente, en effet, à une construction fictive « *montée pour faire échec à l'application d'une disposition légale d'ordre public* », dès lors que font défaut les éléments essentiels d'une association momentanée.

⁹⁵ Voy. D.-B. FLOOR, « Société momentanée », *Rép. Not.*, t. XII, livre 5/5, éd. 2002, p. 153, n° 131.

⁹⁶ Des clauses contraires pourraient être ultérieurement stipulées dans des contrats particuliers conclus entre l'association momentanée et des tiers ; pour plus de développements, nous vous renvoyons à l'examen de D.-B. FLOOR, « Société momentanée », *Rép. Not.*, t. XII, livre 5/5, éd. 2002, p. 153, n° 131.

⁹⁷ A propos de la possibilité du maintien de l'association momentanée par l'insertion d'une clause de continuation, voy. D.-B. FLOOR, « Société momentanée », *Rép. Not.*, t. XII, livre 5/5, éd. 2002, p. 170, n° 148.

⁹⁸ Voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *Commentaires pratiques de la réglementation des marchés publics*, t. 1A, 6^{ème} éd., 1996-1997, art. 93 de l'A.R. n°1, p. 900, n°7.

⁹⁹ Liège, 3 octobre 2005, *R.R.D.*, 2006, p. 53.

31. Il a été rappelé plus avant que l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969, ainsi que l'article 402 du Code des impôts sur les revenus 1992 imposent au maître de l'ouvrage de procéder à des retenues fiscales et sociales nécessaires sur tous les paiements devant encore être effectués à partir de la faillite de l'entrepreneur. Comment le pouvoir adjudicateur doit-il appliquer cette obligation de retenue lorsqu'un des membres de l'association est état de faillite ? Dès lors que l'association momentanée est elle-même titulaire d'un enregistrement et d'une immatriculation propre auprès de la Banque carrefour des entreprises, il nous paraît que cette obligation tombe¹⁰⁰. Au surplus, la poursuite des activités par les associés subsistants, avec l'accord du pouvoir adjudicateur, est opposable aux administrations sociales et fiscales¹⁰¹.

3. L'application de la loi sur la continuité des entreprises durant l'exécution du marché public : quelles conséquences ?

32. La loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2009, substitue à l'ancien mécanisme décrié du concordat, une procédure de réorganisation judiciaire. Si, par l'effet du caractère *intuitu personae* des contrats publics, le régime suivi par l'adjudicataire en état de liquidation ne diffère pas fondamentalement de celui dégagé dans l'hypothèse d'une faillite¹⁰², comment concilier le mécanisme mis en place par la nouvelle loi du 31 janvier 2009, avec les règles propres aux marchés publics ? Le sursis prononcé au bénéfice de l'adjudicataire en vertu de la loi sur la continuité des entreprises s'apparente-t-il aux solutions précédemment retenues dans le cadre de l'ancienne législation sur le concordat judiciaire ?

L'objet de cette contribution ne porte pas sur l'examen du régime de la procédure de réorganisation judiciaire¹⁰³, ni même du sort réservé à l'ensemble des contrats en cours conclus par le sursitaire, mais se limite au simple constat détaillé des éventuels

¹⁰⁰ Pour plus de développements, voyez P. SCHILLINGS, « L'enregistrement des entrepreneurs : régime et applications », in *Droit de la construction. Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 31 mai 2006*, éd. du Jeune Barreau de Liège, 2006, p. 432.

¹⁰¹ M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 1990-2000*, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 205, n° 251.

¹⁰² Voy. A. DELVAUX et D. DESSARD, « Contrat d'entreprise de construction », *Rép. Not.*, t. IX, livre 8, éd. 1991, p. 252, n° 338-339 ; voy. aussi Th. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Act. Dr. ULg*, 2009, p. 236, n° 13.

¹⁰³ A cet effet, il est renvoyé aux contributions récentes rassemblées dans l'ouvrage : X, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Larcier, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2009 ; voy. aussi A. ZENNER, « Passé, présent et avenir de la réorganisation judiciaire. Premier commentaire de la proposition de loi relative à la continuité des entreprises », in *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Anthémis, Collection du Jeune Barreau de Mons, Louvain-la-Neuve, 2008 ; Th. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Act. Dr. ULg*, 2009, pp. 242-249 ; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 237.

divergences ou rapprochements par rapport à la faillite pure et simple de l'adjudicataire.

33. Faut-il étendre l'application de l'article 21, § 4 du C.G.Ch. à la réorganisation judiciaire ? Peut-on conférer une faculté de résiliation unilatérale au pouvoir adjudicateur dont l'adjudicataire bénéficie d'un sursis lié à l'application de la loi sur la continuité des entreprises ? Outre le premier sentiment qu'une telle assimilation à la faillite de la procédure de réorganisation judiciaire semble difficilement compatible avec l'objectif de la nouvelle loi, il convient de constater que pareille assimilation n'avait déjà pas été retenue pour l'ancien régime du concordat judiciaire¹⁰⁴. De surcroît, au contraire de l'article 17, § 2 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, l'article 21, § 4 du C.G.Ch. ne vise pas le cas du concordat judiciaire. Si l'on comprend bien, en effet, l'intérêt d'exclure d'emblée un adjudicataire potentiellement en difficulté afin de privilégier la bonne exécution du marché public¹⁰⁵, l'on ne conçoit pas que le pouvoir adjudicateur puisse se séparer unilatéralement de l'adjudicataire, par le simple fait de l'ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire. Ces raisons justifient, dès lors, amplement, à notre sens, le rejet de l'assimilation à la faillite, du mécanisme instauré par la loi du 31 janvier 2009.
34. L'article 35 de la loi du 31 janvier 2009 pose le principe de continuité des contrats en cours. Ceux-ci sont maintenus, nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires. Cela vaut durant toute la période sursitaire. Cette règle s'applique également pour les contrats *intuitu personae*¹⁰⁶, tels que, notamment, les contrats de marchés publics. S'il ressort de l'examen de l'article 21, § 4 du C.G.Ch., que ce dernier ne fait pas obstacle à la poursuite de la convention prévue à l'article 35 de la nouvelle loi, faut-il, pareillement, conclure que le maintien du contrat public en cours prévaut sur la résiliation du marché décidée dans le cadre des mesures d'office prévues à l'article 20, § 6 du C.G.Ch. ?

L'alinéa 2 de l'article 35 envisage le manquement contractuel commis par le débiteur, par hypothèse l'adjudicataire, avant que le sursis ne soit accordé. Sur cette base, le pouvoir adjudicateur est en droit de mettre un terme au contrat, si l'adjudicataire n'a pas remédié à son manquement dans un délai de quinze jours suivant mise en demeure. Il apparaît que ce délai correspond à la procédure de constat des manquements préalable aux mesures d'office. En vertu de l'article 20, § 2 du C.G.Ch., il appartient, en effet, à l'adjudicataire dont l'état de manquement est constaté par procès-verbal, soit de s'exécuter immédiatement, soit de faire valoir ses moyens de défense dans un même délai de quinze jours. Cette équivalence ne rend, dès lors, pas impossible toute réaction du pouvoir adjudicateur confrontée à un défaut ou retard d'exécution commis par

¹⁰⁴ Voy. A. DELVAUX et F. MOÏSES, *Droit bancaire et financement des marchés publics*, op. cit., p. 104.

¹⁰⁵ Voy. supra n° 3.

¹⁰⁶ Voy. Th. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Act. Dr. ULg*, 2009, p. 243, n° 17 ; voy. aussi W. DAVID et J.-P. RENARD, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises : ses conséquences dans le secteur de la construction », *Entr. et dr.*, 2009, p. 218, qui réservent toutefois la possibilité de « mettre fin à un contrat *intuitu personae* en cas de transfert de tout ou partie de l'entreprise du débiteur ou de ses activités » ; voy. aussi A. ZENNER, « Loi relative à la continuité des entreprises. Genèse et philosophie de la loi », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Larcier, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 39, n°31.

l'adjudicataire, préalablement à la mise en place de la réorganisation judiciaire. Concrètement, le pouvoir adjudicateur suivra simplement la procédure prévue à l'article 20, § 2 du C.G.Ch. pour établir le défaut d'exécution de l'adjudicataire. En effet, dès lors que la forme de la mise en demeure requise par l'article 35, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 31 janvier 2009 n'est pas autrement précisée, il nous semble que le procès-verbal dressé conformément à l'article 20, § 2 du C.G.Ch. y satisfasse amplement.

Lorsque le manquement de l'adjudicataire en réorganisation judiciaire survient postérieurement à la mise en route de la période sursitaire, il convient d'appliquer le droit commun¹⁰⁷. Cette hypothèse n'est, en effet, pas visée par la loi du 31 janvier 2009, au contraire du manquement qui interviendrait antérieurement, réglé alors par l'article 35, § 1^{er}, al. 2. Appliqué au cadre des marchés publics, ceci signifie donc que la procédure imposée par l'article 20 du C.G.Ch. pour les mesures d'office doit être suivie par le pouvoir adjudicateur.

35. Au-delà de ces mécanismes de résiliation du contrat accordés au pouvoir adjudicateur créancier, l'adjudicataire débiteur en réorganisation judiciaire dispose, en vertu de l'article 35, § 2 de la loi du 31 janvier 2009, de la faculté de suspendre l'exécution du contrat. Divers garde-fous encadrent néanmoins ce pouvoir. Outre l'obligation de notification¹⁰⁸ de la décision de ne plus exécuter le contrat, la loi limite celle-ci à la nécessité de pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers. Comme le relève un des commentateurs de la loi, il ne suffit donc pas « *que la poursuite du contrat soit désavantageuse* »¹⁰⁹, voire moins utile. Plus particulièrement, en matière de contrats publics, il en résulte dès lors pratiquement que l'adjudicataire doit démontrer le caractère préjudiciable de la poursuite du marché public en cours¹¹⁰, en vue de l'installation d'une procédure en réorganisation.

Quoi qu'il en soit, la suspension de l'exécution du marché public par l'adjudicataire en réorganisation ne l'exonère nullement de sa responsabilité contractuelle. Le dommage éventuel subi par le pouvoir adjudicateur constitue, en effet, une créance sursitaire.

36. Selon l'article 34 de la loi du 31 janvier 2009, la compensation entre les créances sursitaires et les créances nées durant la période du sursis est autorisée, pour autant qu'elles présentent un lien de connexité. Concrètement, le pouvoir adjudicateur est, dès lors, en droit, de compenser les créances valablement émises par l'adjudicataire en réorganisation judiciaire, avec les éventuelles pénalités pour malfaçons et amendes de retard, ainsi que les surcoûts liés à la mise en régie ou

¹⁰⁷ Voy. W. DAVID et J.-P. RENARD, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises : ses conséquences dans le secteur de la construction », *Entr. et dr.*, 2009, p. 220, n°31 ; voy. aussi J. WINDEY, « Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties », in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Larcier, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 2009, p. 104, n°13.

¹⁰⁸ Cette notification prend la forme requise par l'article 26, § 2 de la loi, d'une information individuelle de chacun des créanciers, dans un délai de quatorze jours.

¹⁰⁹ Voy. J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 243.

¹¹⁰ Ce qui pourrait, par exemple, être le cas en présence de retards d'exécution importants, imputables ou non à l'adjudicataire en réorganisation judiciaire.

l'exécution d'un marché pour compte dans le cadre de l'application de mesures d'office. Cette solution ne diffère, d'ailleurs, pas du principe retenu, en cas de faillite, par l'article 20, § 7 du C.G.Ch.

37. Quant à l'action directe instituée par l'article 1798 du Code civil, le système établi par le législateur en matière de réorganisation judiciaire diffère fondamentalement de l'hypothèse de la faillite. Là où, en raison de la situation de concours, l'exercice de l'action directe est entravé à dater de la déclaration de faillite, il est maintenu, en vertu de l'article 33, al. 3 loi du 31 janvier 2009, même après l'ouverture de la période de réorganisation judiciaire¹¹¹.

Au regard de la formulation large de cette disposition, il convient de retenir également ce principe, pour les marchés publics. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne pourra opposer la mise en route de la réorganisation judiciaire de l'adjudicataire, au sous-traitant de son dernier qui lui réclamerait paiement sur la base de l'article 1798 du Code civil ou de l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993.

4. En guise de conclusion

Si, en règle générale, le droit commun et le régime ordinaire du droit des obligations s'applique certainement lorsqu'une faillite survient dans le cadre d'un marché public, la liberté d'appréciation et d'action, laissée d'habitude aux acteurs d'une faillite est ici réduite. Il en va ainsi du curateur, dont le pouvoir de décider ou non de la poursuite de l'activité subit une sérieuse modération. La poursuite du marché, voire sa cession à une entreprise tierce sont rigoureusement encadrées. Le principe de séparation des entreprises interdit, en outre, toute compensation entre marchés distincts, compliquant d'autant plus la recherche d'une solution globale satisfaisante, tant pour le failli, que pour la masse de ses créanciers, qu'ils soient publics ou non. Plus particulièrement, ces créanciers non publics, voient également leur sort traité différemment lorsque le failli était adjudicataire d'un ou plusieurs contrats publics. Ils sont alors confrontés, notamment, à la double protection accordée aux sous-traitants de ce dernier. Si l'on peut regretter cette absence de souplesse, qui permet souvent aux acteurs de terrain de mettre en place des solutions, sinon orthodoxes, du moins pragmatiques, il ne peut être transigé avec le principe de continuité de service public dictant, la plupart du temps, la rigidité de la matière.

¹¹¹ Pour plus de développements, il est renvoyé à la contribution de Messieurs W. DAVID et J.-P. RENARD, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises : ses conséquences dans le secteur de la construction », *Entr. et dr.*, 2009, p. 215-217 et les références citées.

Le droit des marchés publics et la faillite des entreprises	1
1. Le droit des marchés publics et la faillite des entreprises : généralités	1
1.1. Présentation	1
1.2. La faillite comme cause d'exclusion de la procédure de sélection qualitative et cause d'irrégularité des offres	1
1.3. La faillite et la protection juridictionnelle	4
1.4. La faillite en cours d'exécution du marché	5
2. La faillite en cours d'exécution du marché	6
2.1. La faillite de l'adjudicataire	6
2.1.1. Du point de vue du maître de l'ouvrage	6
2.1.1.1. Résiliation unilatérale ou mesures d'office : choix définitif et exclusif	6
2.1.1.2. Remplacement de l'adjudicataire en faillite après résiliation du marché	9
2.1.1.3. Absence de compensation entre deux marchés distincts	10
2.1.1.4. Nécessité de la déclaration de créance	12
2.1.2. Du point de vue du curateur	13
2.1.2.1. Poursuite ou non de l'exécution du marché	13
2.1.2.2. Cession du marché à un tiers	13
2.1.3. Du point de vue du sous-traitant	15
2.1.3.1. L'action directe	16
2.1.3.2. Le privilège du sous-traitant	18
2.2. La faillite du sous-traitant	19
2.2.1. Du point de vue du maître de l'ouvrage	19
2.2.1.1. Principe de l'autonomie des conventions	19
2.2.1.2. L'hypothèse du sous-traitant imposé	20
2.2.2. Du point de vue de l'adjudicataire	20
1.3. La faillite du co-traitant	21
1.3.1. Du point de vue du maître de l'ouvrage	21
1.3.2. Du point de vue de l'adjudicataire	22
1.4. L'hypothèse de l'association momentanée	22
3. L'application de la loi sur la continuité des entreprises durant l'exécution du marché public : quelles conséquences ?	24
4. En guise de conclusion	27