

# LES « NOUVELLES » RÈGLES GÉNÉRALES D'EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS

Commentaire de l'arrêté royal du 14 janvier 2013<sup>1</sup>

par

**BENOÎT KOHL**  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE  
PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ DE PARIS 2  
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

**SÉBASTIEN LEROY**  
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES  
INGÉNIEUR CIVIL (AILG)

## I. INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, les praticiens, et ce tant du côté des entreprises que du côté des pouvoirs publics, se plaignent d'une certaine vétusté du cahier général des charges des marchés publics, dont la base a, il faut en convenir, un âge plus que respectable<sup>2</sup>. Il résulte de cette ancienneté que le texte, s'il a certes atteint une certaine maturité, n'est parfois plus totalement en phase avec les pratiques d'aujourd'hui. L'on pense notamment à l'important développement des marchés de services d'espèces variées, à l'essor des promotions et concessions,

---

<sup>1</sup> La présente contribution est à jour au 31 décembre 2013.

<sup>2</sup> La dernière version du cahier général des charges, annexée à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 (*M.B.*, 18 octobre 2006), est une légère évolution de celle du 10 août 1977 (*M.B.*, 8 septembre 1977), toilettée en 1985, elle-même étroitement dérivée du texte du 14 octobre 1964 (*M.B.*, 17 octobre 1964).

ou encore au fait que les marchés de pure exécution de travaux se font de plus en plus rares<sup>3</sup>.

Certaines dispositions restaient également source de conflits répétés et la nécessité d'en améliorer la rédaction était encore renforcée par l'évolution de la jurisprudence – parfois *contra legem* – de la Cour de cassation<sup>4</sup>. L'adaptation de la réglementation était également rendue nécessaire par l'obligation de transposer certaines directives européennes (en matière de retard de paiement)<sup>5</sup>, mais également par la soudaine immixtion de la Cour de Justice de l'Union européenne dans la sphère de l'exécution des marchés – à propos du principe de mutabilité –, là où elle s'était auparavant cantonnée à en surveiller l'attribution<sup>6</sup>.

Il était par ailleurs assez manifeste que le texte du cahier général des charges avait été écrit pour les marchés de travaux et que les fournitures mais surtout les services demeuraient les parents pauvres de la réglementation.

---

<sup>3</sup> Il existe une tendance bien réelle, à tout le moins pour les ouvrages importants, à impliquer l'entrepreneur dans la définition des ouvrages. Cette problématique dépasse largement le cadre du cahier général des charges et suscite dans bien des cas des questions quant à sa compatibilité avec les exigences d'indépendance entre le concepteur et l'exécutant posées par la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte. Au nom des principes d'indépendance et d'incompatibilité, le Conseil d'État, dans un arrêt du 22 octobre 2013 (n° 225.191), a d'ailleurs annulé, lorsqu'il concerne l'architecte et l'entrepreneur, l'art. 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics, qui établit le principe d'une solidarité entre les soumissionnaires (voy. sur cet arrêt P. FLAMME, *La commande publique architecturale*, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 212-214). Une réflexion plus large et une adaptation législative seraient vivement souhaitables.

<sup>4</sup> Voy. S. LEROY, « Quand la cour veut faire la loi : histoire d'une jurisprudence boîteuse ... », note sous Cass. 21 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1496-1500 (à propos de l'art. 16 du cahier général des charges, version 1996).

<sup>5</sup> L'arrêté royal du 14 janvier 2013 transpose ainsi partiellement les directives européennes 2000/35/CE et 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (voy. l'art. 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal). Sont notamment apportées des modifications aux règles relatives aux délais de vérification et de paiement ou à la sanction du dépassement de ces délais sans qu'il soit, pour ces dernières, permis d'y déroger.

<sup>6</sup> Dans l'affaire *Pressetext Nachrichtenagentur* (C.J.U.E., 19 juin 2008, affaire C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich e.a.*), la Cour était interrogée sur les circonstances dans lesquelles la modification d'un marché en cours d'exécution devrait être considérée plutôt comme l'attribution d'un nouveau marché, et donc invitée à se prononcer sur les limites qui devaient encadrer le droit du pouvoir adjudicateur de modifier unilatéralement un marché en cours, aussi appelé *principe de mutabilité*. Dans l'arrêt, la Cour décide que des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial. L'arrêté royal du 14 janvier 2013 a fait le choix de tenir compte de cette jurisprudence par une réduction considérable de la portée du principe de mutabilité. Voy. sur ce point *infra* le commentaire de l'art. 37 du CGCh 2013.

Enfin, l'adoption des nouvelles règles d'exécution des marchés publics conditionnait l'entrée en vigueur complète (fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2013) de la nouvelle réglementation relative aux marchés publics, reposant en particulier (en ce qui concerne les secteurs classiques) sur la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services<sup>7</sup> et sur l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques<sup>8</sup>. La loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux est également entrée en vigueur à la même date du 1<sup>er</sup> juillet 2013<sup>9</sup>.

Ceux qui attendaient un grand remaniement des textes fondé sur une profonde réflexion risquent d'être déçus. L'arrêté royal du 14 janvier 2013 (publié au *Moniteur belge* le 14 février 2013<sup>10</sup>), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013<sup>11</sup>, reprend pour l'essentiel le contenu du cahier géné-

<sup>7</sup> *M.B.*, 15 février 2007. Cette loi (modifiée par les lois du 5 août 2011, *M.B.*, 29 août 2011) transpose, pour l'essentiel, les dispositions des directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE. Sur cette loi, voy. entre autres A.L. DURVIAUX, T. DELVAUX et D. FISSE, *La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux*, coll. Dossiers Marchés et Contrats publics, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 5-120 ; P. THIEL et V. DOR, *Le nouveau régime des marchés publics. Principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007 ; C. DE KONINCK et P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten. De wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen. Algemene inleiding en tekstgeschiedenis*, Anvers, Maklu, 2007 ; P. THIEL, *Memento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013 ; A.L. DURVIAUX et D. FISSE, *Droit administratif. Tome 1. L'action publique*, coll. Fac. Droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 53-129 ; M. SCHOUPS et K. LEMMENS, « De nieuwe overheidsopdrachtenwetten in hoofdlijnen », in K. DEKETELAERE, A. VERBEKE et K. VANHOVE (éd.), *Jaarboek bouwrecht 2005-2006*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 71-124 ; A.L. DURVIAUX, « Actualités en droit des marchés publics : état de la transposition », in B. KOHL (éd.), *Droit de la construction*, coll. CUP, n° 127, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, pp. 33-80 ; J.M. CORNET, « Les caractéristiques essentielles de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et des lois du 5 août 2011 », in *Chronique des marchés publics 2011-2012*, Bruxelles, EBP Publ., 2012, pp. 353-374.

<sup>8</sup> *M.B.*, 9 août 2011. Sur cet arrêté en particulier, voy. entre autres C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, *De plaatsing van overheidsopdrachten. Artikelsgewijze commentaar van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 houdende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Malines, Kluwer, 2013.

<sup>9</sup> *M.B.*, 21 juin 2013. Cette loi remplace les articles 65/1 à 65/35 de la loi du 24 décembre 1993, qui y avaient été insérés par une loi du 15 juin 2006. Son entrée en vigueur est fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2013 (art. 69 de la loi). La loi du 17 juin 2013 contient donc les adaptations techniques nécessaires à l'instauration de ce régime de protection juridictionnelle pour les marchés qui relèvent du nouveau cadre légal, formé par les lois des 15 et 16 juin 2006 (marchés dans les secteurs classiques et spéciaux) et par la loi du 13 août 2011 (marchés dans les secteurs de la défense et de la sécurité).

<sup>10</sup> *M.B.*, 14 septembre 2013, p. 8752. Le texte de l'arrêté royal est précédé du rapport au Roi, ainsi que de l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

<sup>11</sup> A cette même date entrent en vigueur la loi du 15 juin 2006 et ses arrêtés d'exécution. Voy. l'arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution (*M.B.*, 5 juin 2013). Cet arrêté royal emporte par ailleurs abrogation de la réglementation antérieure relative à la passation et à l'exécution des marchés publics (à l'exception des marchés publics

ral des charges de 1996 (ci-après « le CGCh 96 »), non sans lui avoir fait subir quelques évolutions et un détricotage complet, certains articles de la version de 1996 se retrouvant éclatés dans plusieurs articles de la nouvelle mouture.

Le CGCh 96 était certes perfectible par certains aspects ; il n'en était pas moins une base bien équilibrée. Des modifications limitées mais bien ciblées auraient donc pu suffire. Les auteurs de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, que nous continuerons d'appeler « cahier général des charges » (ci-après « le CGCh 2013 »)<sup>12</sup> ont opéré le choix de présenter, sur le plan de la structure à tout le moins, un texte remanié en profondeur<sup>13</sup>. Nous nous proposons d'examiner ci-après, au terme d'une analyse comparative de l'ancien et du nouveau texte, si quant au contenu des modifications opérées, le nouveau cahier général des charges apporte un progrès significatif, au regard de la version précédente.

## II. LES PRINCIPALES MODIFICATIONS PAR RAPPORT AU TEXTE DE 1996

### 1) La nature du texte

En 1996, les règles d'exécution se présentaient sous la forme d'un arrêté royal (dit « RGE » pour *règles générales d'exécution*), auquel était annexé le texte du cahier général des charges. Il était donc assez facile de reconnaître à ce dernier la nature d'un document contractuel,

---

qui ont été publiés ou auraient dû être publiés avant le 1<sup>er</sup> juillet 2013 au Journal officiel de l'Union européenne ou au Bulletin des adjudications ainsi que pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre a été lancée avant cette date (voy. l'art. 5, al. 2, de l'arrêté royal du 2 juin 2013).

<sup>12</sup> L'arrêté royal du 14 janvier 2013 se réfère d'ailleurs toujours à de multiples reprises au « cahier spécial des charges » (voy. p. ex. les art. 9, 35, 89 et 118).

<sup>13</sup> A.L. DURVIAUX, T. DELVAUX et D. FISSE relèvent à juste titre que l'examen de l'incidence du projet d'arrêté royal sur le développement durable (exigé en vertu de l'art. 19/1, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable) n'a pas été effectué avant son adoption, ce que le Conseil d'État n'a pas manqué de relever dans son avis (« il est douteux que la dispense d'un examen préalable de la nécessité de l'évaluation d'incidence repose sur de justes motifs et qu'ils peuvent justifier de passer outre la formalité légalement prescrite en matière d'exécution de pareil examen », *M.B.*, 14 février 2013, p. 8802). La légalité de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 pourrait dès lors être remise en cause à ce titre (voy. A.L. DURVIAUX, T. DELVAUX et D. FISSE, *La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux*, coll. Dossiers Marchés et Contrats publics, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 123).

que l'arrêté royal auquel il était joint ne faisait que rendre obligatoire à la grande majorité des marchés passés<sup>14</sup>.

Il a été décidé pour la version nouvelle de fusionner l'arrêté RGE et son annexe, pour reprendre le tout dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Le but n'est pas très clair et, si d'aucuns se félicitent de cette apparente simplification<sup>15</sup>, on regrettera quand même que la disparition de la distinction entre le cahier général des charges et le texte qui le rendait obligatoire jette un doute sur la nature exacte des règles d'exécution des marchés. Certaines dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 peuvent en tous cas difficilement être considérées *a priori* comme de nature contractuelle, ce mélange des genres étant vraisemblablement de nature à conduire à certaines difficultés.

La question n'est pas uniquement académique. En témoigne notamment la divergence d'opinion entre les auteurs de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et la section législation du Conseil d'État, à propos du nouvel article 105, concernant la mise à disposition des terrains dans les marchés de concessions de travaux publics. Le Conseil d'État a soulevé l'objection que cet article dérogeait à la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, sans qu'une quelconque habilitation justifie cette dérogation<sup>16</sup>. Les auteurs du texte n'ont pas tenu compte de cette objection et le rapport au Roi donne la justification suivante : « L'article 8 de la loi du 10 janvier 1824 précitée prévoit en effet que : "Les dispositions du présent titre n'auront lieu que pour autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties, sauf la disposition de l'article 4". Il en résulte que les articles 5 et 6 de la loi ont un caractère supplétif qui permet bien au Roi de déroger à la loi ». La loi du 10 janvier 1824 vise uniquement « les conventions des parties », ce qui laisse sous-entendre que les auteurs du texte continuent à consi-

<sup>14</sup> Comme l'indiquait d'ailleurs le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 26 septembre 1996 : « le cahier général des charges constitue désormais l'annexe d'un arrêté royal. En ce sens, le cahier général des charges se rapproche du contrat dirigé, il forme un cadre contractuel auquel il ne peut être dérogé qu'en fonction des spécificités du marché considéré ».

<sup>15</sup> C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De uitvoering van overheidsopdrachten na het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken », *R. W.*, 2012-2013, p.1662, n° 99.

<sup>16</sup> La dérogation aux art. 5 et 6 de la loi de 1824 sur le droit de superficie existait déjà dans l'art. 12 de l'arrêté royal RGE 96 (et non dans son annexe), de sorte que le problème n'est pas nouveau.

dérer que le cahier général des charges, version 2013, est de nature contractuelle, tandis que le Conseil d'État semble d'un avis contraire<sup>17</sup>.

D'un point de vue purement formel, le Conseil d'État a raison. Un arrêté royal ne peut déroger à la loi sans habilitation et l'on ne peut manifestement pas voir une telle habilitation dans l'autorisation donnée aux parties de déroger conventionnellement à ladite loi. D'un point de vue pratique, la justification des auteurs du texte n'est pas dépourvue de bon sens mais il est difficilement acceptable que l'exécutif se dispense de concilier bon sens et technique législative. La sécurité juridique nous aurait donc paru mieux préservée si le cahier général des charges n'avait pas été purement et simplement intégré dans le corps même de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

## 2) La forme et la structure

Comme expliqué ci-avant, la forme du texte a changé puisque sa partie essentielle n'est plus une annexe à un arrêté royal mais fait partie du corps même de l'arrêté royal. Si l'on peut critiquer la technique employée, il faut reconnaître que l'ancienne répartition entre le RGE 96 et son annexe n'était pas idéale non plus. La majeure partie du titre II du RGE 96 aurait mieux trouvé sa place dans le cahier général des charges y annexé. L'erreur est réparée, si l'on peut dire, par la fusion des textes.

On observe également une évolution d'un nombre limité d'articles, parfois assez longs mais correspondant en général à un sujet déterminé, vers un texte beaucoup plus morcelé<sup>19</sup>. L'intérêt de cet exercice de

---

<sup>17</sup> Le problème ne se pose plus pour le marché de promotion de travaux, puisque l'article 24 de la loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*M.B.*, 29 août 2011) a complété l'article 28 de cette loi par l'alinéa suivant : « Pour autant que cela s'avère nécessaire pour l'organisation et la gestion du marché de promotion, le Roi est habilité à prévoir des dérogations aux lois du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose et sur le droit de superficie lorsqu'il fixe les conditions susvisées ». Une disposition similaire n'a pas été prévue à l'art. 34 de la loi du 15 juin 2006, relatif aux concessions de travaux. Dans son avis relatif au projet d'arrêté royal du 14 janvier 2013, le Conseil d'État n'a pas manqué de relever cette difficulté (*M.B.*, 14 février 2013, p. 8801).

<sup>18</sup> Par ailleurs, la fusion du RGE et de son annexe en texte réglementaire unique ne permet-elle pas de craindre une évolution de la répartition des compétences entre les juridictions ordinaires et le Conseil d'État, pour le contentieux relatif à l'exécution des marchés publics ? (voy. A.L. DURVIAUX, T. DELVAUX et D. FISSE, *La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux*, coll. Dossiers Marchés et Contrats publics, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 122).

<sup>19</sup> Si l'on omet l'intégration de quelques dispositions du RGE 96, le nombre d'articles a presque doublé dans le CGCh 2013 par rapport au CGCh 96.

découpage peut être débattu, mais il est inutile de regretter la perte d'une numérotation que chacun connaissait par cœur : elle aurait de toute façon difficilement pu être maintenue, ne serait-ce que suite à la nécessité d'intégrer dans le volet travaux les dispositions relatives aux promotions et concessions.

Certaines dispositions figurant antérieurement dans le CGCh 96 n'apparaissent par ailleurs plus dans la version 2013, mais se trouvaient déjà reprises dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans la mesure où les soumissionnaires devaient être en mesure d'en tenir compte lors de la remise de leur offre au pouvoir adjudicateur. On pense, notamment, à certaines règles relatives aux marchés de promotion de travaux et aux concessions de travaux publics, ainsi qu'à la révision des prix<sup>20</sup> ; bien que figurant dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ces dispositions conservent, à l'évidence, de l'importance pendant la phase d'exécution du marché<sup>21</sup>.

Au niveau de la structure, l'essentiel est préservé. Le cahier général des charges s'articule comme auparavant autour de dispositions communes à tous les marchés et de dispositions spécifiques respectivement applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services. On peut toutefois relever quelques modifications.

Au début du texte, ont été insérées sous forme d'un chapitre premier des *dispositions générales*. Certaines auraient aussi bien pu être intégrées dans les dispositions communes à tous les marchés (par

---

<sup>20</sup> Voy. en particulier les art. 13 à 20 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (à propos de la détermination du prix, de ses composantes et de sa révision). L'objectif était en effet de rassembler dans cet arrêté royal toutes les dispositions déterminant les « éléments à prendre en considération par les soumissionnaires lors de l'établissement de leur offre » (rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, *Moniteur belge*, 9 août 2011, p. 44872). Ainsi, l'art. 17 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 reprend le contenu de l'art. 14, § 1<sup>er</sup> du CGCh 96 (relatif aux droits intellectuels). Il en va de même pour l'article 18 (qui reprend l'art. 19, § 1<sup>er</sup>, relatif aux frais de réception), pour l'article 19 (qui reprend les art. 25, § 1<sup>er</sup>, al. 2., 42, al. 2, et 67, al. 2, relatifs aux éléments inclus dans le prix), ou encore pour l'article 20 (qui s'inspire de l'art. 13, relatif à la révision du prix). À la différence du RGE, qui permettait de déroger à certaines dispositions du CGCh 96, l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne prévoit pas *a priori* une telle souplesse, puisqu'il n'organise pas de manière expresse la possibilité de modaliser, dans les documents du marché, les éléments contenus dans le prix ou la révision de celui-ci (voy. en ce sens A.L. DURVIAUX, T. DELVAUX et D. FISSE, *La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux*, coll. Dossiers Marchés et Contrats publics, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 39).

<sup>21</sup> Voy. en ce sens C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De uitvoering van overheidsopdrachten na het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken », *R.W.*, 2012-2013, p. 1644.

exemple les définitions, les précisions en matière de TVA, etc.). L'apparition de ce chapitre premier résulte de la fusion du RGE 96 et de son annexe. Il s'agit du champ d'application du CGCh 2013 ainsi que des dérogations et clauses abusives. Pour des raisons similaires, il a été nécessaire d'introduire des dispositions finales qui règlent l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

Au sein du chapitre *clauses communes à tous les marchés*, la table des matières évolue et certains articles qui formaient un tout se retrouvent maintenant éclatés dans différentes sections. Il est encore tôt pour dire si la logique est améliorée et le texte rendu plus maniable (cela n'apparaît assurément pas au premier abord) mais au quotidien, le bouleversement de la logique risque d'être plus gênant que la modification de la numérotation. L'ordre des sections laisse un peu perplexe puisqu'il ne semble suivre aucun des fils conducteurs classiques (chronologique ou par ordre d'importance décroissante). Après quelques articles relevant du « cadre général », le chapitre *clauses communes à tous les marchés* énonce ainsi les règles relatives aux droits intellectuels, aux garanties financières (en particulier le cautionnement), aux documents du marché, aux modifications au marché, au contrôle et à la surveillance du marché, aux moyens d'action du pouvoir adjudicateur (notamment les pénalités, amendes pour retard et mesures d'office), aux conditions d'introduction des réclamations, aux incidents d'exécution (notamment les manquements des parties ou les circonstances imprévisibles), à la fin du marché, aux conditions générales de paiement et aux actions judiciaires.

En ce qui concerne les *marchés de travaux*, l'intégration des marchés de promotion et de concession a obligé à modifier la structure. Alors qu'on aurait pu s'attendre à un chapitre divisé en trois sections, il a été opté pour deux chapitres (les concessions de travaux formant un chapitre à part), dont le premier regroupe en deux sections « tous les marchés de travaux »<sup>22</sup> et les dispositions complémentaires applicables aux seuls « marchés de promotion de travaux ».

Pour les *marchés de fournitures*, par contre, la distinction entre marché classique et promotion n'existe plus en tant que telle. Les articles

---

<sup>22</sup> Ce qui prête à confusion car les concessions de travaux, qui ne figurent d'ailleurs pas dans ce chapitre, ne sont pas soumises à *certaines* dispositions de la section applicable « à tous les marchés de travaux ».



qui se trouvaient à ce sujet dans le RGE 96 ont inspiré les articles 136 et suivants du CGCh 2013, consacrés aux marchés de fournitures sous forme de location, location-vente ou crédit-bail (section 3)<sup>23</sup>, par opposition aux marchés de fournitures sous forme d'achat (section 2). Ces deux sections sont précédées de règles communes à tous les marchés de fournitures (section 1).

Les *marchés de services*, enfin, ne subissent quasiment aucune modification sur le plan de la forme ou de la structure, si ce n'est le dépeçage de certains articles.

### 3) Les modifications de fond

Nous examinerons ci-dessous, chapitre par chapitre, les modifications et nouveautés apportées par rapport à la réglementation de 1996. Le rapport au Roi indique que l'arrêté royal du 14 janvier 2013 a été établi en « prenant en compte les enseignements de la pratique de ces 15 dernières années ». Il est exact qu'un certain nombre de modifications ont été introduites pour tenter de mettre fin à des controverses ou à des difficultés récurrentes, mais toutes ne sont pas encore réglées.

Compte tenu du déséquilibre qui existait entre d'une part les marchés de travaux, disposant d'un corps de règles bien fourni, et d'autre part les marchés de fournitures et surtout de services, nettement moins bien lotis, on pourrait être surpris de voir que les chapitres consacrés à ces derniers n'ont pratiquement pas évolué. Il faut toutefois tenir compte d'une modification indirecte, résultant du transfert vers les clauses communes de certaines dispositions qui étaient jusqu'ici réservées aux marchés de travaux.

#### *a. Dispositions générales (chapitre 1)*

L'**article 2** rassemble diverses **définitions** nouvelles de concepts qui, eux, ne sont pas nouveaux. Seules quelques-unes de ces définitions méritent que l'on s'y attarde.

---

<sup>23</sup> Les dispositions de cette section 3 (« Dispositions complémentaires pour les marchés de fournitures sous forme de location, location-vente ou crédit-bail ») sont nouvelles, dans la mesure où le CGCh 96 ne contenait aucune réglementation spécifique pour ce type de marchés. Certaines de ces nouvelles dispositions s'inspirent de la réglementation antérieure relative aux marchés de promotion de fournitures (articles 18 à 20 du RGE 96) ; d'autres sont en revanche totalement nouvelles (spécialement celles relatives aux réceptions du marché ou à la fin du marché).

Au point 13, l'*amende pour retard* est définie comme « une indemnité forfaitaire à charge de l'adjudicataire pour retard dans l'exécution du marché ». Le seul véritable élément de contenu dans cette définition est le mot « forfaitaire ». Ce caractère forfaitaire n'est pas une nouveauté puisqu'il ressortait déjà de l'article 20, § 5, du CGCh 96. Néanmoins, l'imprécision des limites de ce « forfait » a déjà causé et causera encore des difficultés. Il eut sans doute été opportun de s'atteler à définir quel préjudice exactement est couvert par cette indemnité forfaitaire. Nous y reviendrons plus amplement *infra*<sup>24</sup>.

Au point 14, la *mesure d'office* est définie comme la « sanction applicable à l'adjudicataire en cas de manquement grave dans l'exécution du marché ». Cette notion de manquement grave est nouvelle et le rapport au Roi indique que la volonté était de limiter l'application des mesures d'office à ces cas d'une certaine gravité, alors que le CGCh 96 les rendait applicables « en cas de défaut d'exécution du marché ». Si tel était l'objectif de cette nouvelle définition, la manœuvre est, selon nous, maladroite. En effet, quelle que soit la définition donnée à la « mesure d'office », les règles de fond s'y appliquant sont restées identiques : l'article 44 indique que les manquements (graves ou non) sont constatés par un procès-verbal auquel l'adjudicataire a 15 jours pour répondre et l'article 47 précise qu'à défaut de réponse satisfaisante, une mesure d'office peut être appliquée. Le texte de cette nouvelle définition n'est, partant, pas cohérent avec celui des articles 44 et 47. Il ne fait que réduire l'utilité de la notion de *défaut d'exécution*, pour un motif dépourvu d'intérêt, dans la mesure où les cours et tribunaux ont toujours contrôlé la proportionnalité entre le manquement et la sanction, comme c'est d'ailleurs le cas en présence de contrats d'entreprise régis par le droit commun des obligations et des contrats<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Voy. le commentaire de l'art. 46, *infra*.

<sup>25</sup> Le texte de l'article 20, § 6, du CGCh 96, qui énonçait autrefois les trois mesures d'office à disposition du pouvoir adjudicateur (à savoir la mise en régie, le marché pour compte et la résolution unilatérale) – voy. désormais l'article 46 du CGCh 2013, commenté *infra* –, ne contenait pas de référence à la gravité du manquement contractuel de l'adjudicataire. Il était toutefois admis que ces mesures supposaient qu'une faute grave ait été commise par ce dernier (voy. M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 457 et p. 460). Le pouvoir adjudicateur ne pouvait cependant prendre des mesures d'office que lorsque, après le délai laissé à l'entrepreneur pour faire valoir ses moyens de défense, l'entrepreneur était resté inactif ou avait présenté des moyens jugés non justifiés par le pouvoir adjudicateur. Pour une comparaison entre les mesures d'office selon le cahier général des charges ou selon le droit commun des obligations et des contrats, voy. W. GELDHOF et M. SOMERS, « Vervanging en indeplaatsstelling van de in gebreke blijvende schuldenaar. Artikelen 1143-1144 B.W. en artikel 20 § 6 AAV als uitdrukking van een gemeen recht van contractenrechtelijke eigenrichting ? », *T.B.O.*, 2008, pp. 138-147).

On laissera donc cette définition pour ce qu'elle est et on retiendra que rien ne change : le principe de proportionnalité doit être respecté.

Au point 16, il est rappelé que la *révision du marché* consiste à adapter les conditions de celui-ci aux circonstances rencontrées en cours d'exécution. Cette révision ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une compensation financière, le pouvoir adjudicateur pouvant recourir à d'autres moyens pour rétablir un équilibre contractuel faussé. Le commentaire contenu dans le rapport au roi au sujet de la révision du marché est étonnant, puisqu'il précise : « Elle ne peut porter exclusivement que sur l'octroi de dommages et intérêts ». C'est presque exactement l'inverse de ce qui ressort du texte, sans même tenir compte du fait que les dommages et intérêts, associés à une notion de faute, sont totalement étrangers au mécanisme de révision du marché, plutôt associé à la théorie de l'imprévision.

Au point 18, la rédaction de la définition du terme *décompte* prête également le flanc à la critique : les auteurs du texte ont, en effet, précisé dans la définition, certains droits et obligations des parties, ce qui n'est normalement pas l'objet d'une définition. L'article 44 du CGCh 96, qui prévoyait l'établissement d'un décompte lors d'une modification du marché, sans définir à qui il revenait de l'établir<sup>26</sup>, a été supprimé. Il n'a été remplacé par rien et l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'établir les décomptes ne résulte donc désormais indirectement que de la définition, qui renvoie à un « document établi par le pouvoir adjudicateur (...) ». Alors que l'article 44 du CGCh 96 prévoyait des décomptes (uniquement) pour les modifications apportées au marché, la définition de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 semble vouloir traiter également par voie de décompte « les quantités réelles en cas de marché ou de poste à bordereau de prix ». Sauf erreur, cette exigence n'est reprise nulle part dans le texte (elle aurait dû figurer à l'article 40 du CGCh 2013).

Aux points 19 et 20, les auteurs du texte font la différence entre un *acompte* et une *avance*, selon que le paiement est effectué après ou avant le « service fait et accepté ». Cette notion, par contre, n'est définie nulle part alors qu'elle pose manifestement problème dans le contexte des acomptes. En matière de travaux, chaque règlement d'un

<sup>26</sup> C'est en tous cas ce que prétend le rapport au Roi. La lecture de l'art. 44, § 2, du CGCh 96 laisse plutôt penser que l'établissement de décomptes pouvait également revenir à l'entrepreneur.

état d'avancement est un acompte. S'il est incontestable que le service payé doit être fait (c'est même le principal objet des vérifications à opérer par le pouvoir adjudicateur), il est tout aussi incontestable qu'il ne sera accepté qu'à la réception provisoire des ouvrages. Cette précision, qui ne ressort pas du texte de la définition, aurait sans doute gagné à trouver sa place dans celle-ci.

Au point 21, l'*avenant* est défini comme la « convention établie entre les parties liées par le marché en cours d'exécution du marché et ayant pour objet une modification des documents qui y sont applicables »<sup>27</sup>. On peut s'interroger sur la pertinence de l'ajout des termes « en cours d'exécution du marché » : doit-on déduire de cette précision qu'une fois le marché terminé, il ne serait plus possible de signer un avenant ?

Enfin, au point 21 apparaît une nouvelle notion : celle d'*inventaire*. Il s'agit en fait de l'équivalent, pour les fournitures et services, du métré récapitulatif bien connu en matière de travaux.

L'**article 5** définit le **champ d'application** *ratione pecuniae* de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Les principes restent les mêmes que ceux définis dans le RGE 96 : c'est la valeur estimée du marché qui détermine l'applicabilité de tout ou partie des règles d'exécution. L'article 5 rappelle par ailleurs que le CGCh 2013 s'applique aussi bien aux marchés publics « classiques »<sup>28</sup>, qu'aux marchés publics dans les secteurs dits « spéciaux » (secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux)<sup>29</sup>, ainsi qu'aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Sur la notion d'avenant, voy. entre autres P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 786-788.

<sup>28</sup> Titre II de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (art. 5 à 43).

<sup>29</sup> Titre III de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (art. 44 à 55). Le CGCh 2013 ne s'applique toutefois pas, dans les secteurs spéciaux, aux marchés d'entreprises privées (appelées entités adjudicatrices) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs pour gérer des activités dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (p. ex. Brussels Airport Company, certains exploitants de lignes d'autobus, etc.), ni à certains marchés ayant trait, en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, à des activités concurrentielles d'entreprises publiques, et non à leurs tâches de service public (marchés visés au titre IV de la loi du 15 juin 2006).

<sup>30</sup> Titre II de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité (art. 5 à 42). Le CGCh 2013 ne s'applique toutefois pas, dans les domaines de la défense et de la sécurité, aux marchés (visés au titre III de la loi du 13 août 2011) conclus par des entités adjudicatrices et par les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques actives dans le secteur de l'électricité.

Comme la lecture de l'article 5 n'est guère aisée, un petit tableau résume avantagusement la situation. Les anciens montants ont été revus à la hausse. Dans les secteurs classiques, le CGCh 2013 n'est applicable en totalité qu'aux marchés dont le montant estimé est supérieur à 30.000 €.

	Secteurs classiques	Secteurs spéciaux	Défense et sécurité
<b>Applicabilité complète</b>	> 30.000 € <sup>31</sup>	> 30.000 €	> 30.000 €
<b>Applicabilité partielle</b> <sup>32</sup>	Entre 8.500 et 30.000 €	Entre 17.000 et 30.000 €	Entre 8.500 et 30.000 €
<b>Inapplicabilité</b>	< 8.500 € <sup>33</sup>	< 17.000 €	< 8.500 €

Comme le précise par ailleurs le rapport au Roi, la restriction autrefois prévue à l'article 3, § 2, alinéa 4, du CGCh 96 a été supprimée, dans un heureux souci de simplification. Il résultait autrefois de cette disposition que, lorsque le montant de l'offre était égal ou supérieur à 22.000 € (désormais 30.000 €), le marché ne pouvait être conclu que si l'écart entre le montant de l'offre à approuver et celui de l'estimation était inférieur à 10 % de cette estimation. Désormais « le montant initialement estimé déterminera toujours les règles applicables à l'exécution du marché »<sup>34</sup>.

L'article 6 prévoit en outre différents cas dans lesquels l'arrêté royal est inapplicable, quel que soit le montant du marché, et d'autres cas d'**inapplicabilité** partielle. Le caractère difficilement lisible de l'article impose une fois de plus d'en faire une synthèse sous forme de tableau.

<sup>31</sup> Le seuil était fixé à 22.000 € dans le CGCh 96.

<sup>32</sup> Pour les marchés dont le montant estimé se situe entre 8.500 et 30.000 € (17.000 et 30.000 € dans les secteurs spéciaux), seuls certains articles du CGCh 2013 sont applicables. Il s'agit, en particulier, des dispositions générales (spécialement celles relatives aux dérogations et aux clauses abusives), du caractère distinct de chaque marché passé avec un même adjudicataire, de l'obligation de confidentialité, des modifications au marché, des moyens d'action du pouvoir adjudicateur, des incidents d'exécution, des règles relatives à la fin du marché (mais pas celles relatives aux réceptions), des actions judiciaires, des règles relatives aux paiements et intérêts de retard, ainsi que de la responsabilité de l'entrepreneur.

<sup>33</sup> Le seuil était fixé à 5.500 € dans le CGCh 96.

<sup>34</sup> Rapport au Roi, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8759.

Cas	Dispositions applicables
Fournitures cotées achetées en bourse, achats d'opportunité ou à des conditions particulièrement avantageuses suite à une fin d'activité	Seul l'article 9, §§2 et 3, du CGCh 2013 leur est applicable (en bref, interdiction des délais de paiement supérieurs à ceux imposés par les directives européennes et interdiction des clauses abusives)
Services financiers	Idem
Services juridiques	Idem
Services sociaux et sanitaires	Idem
Marché conjoint de pouvoirs adjudicateurs de pays différents	Idem
Création d'une société mixte pour l'exécution d'un marché	Idem
Promotion de travaux type DBF(M) avec mise à disposition pour 10 ans au moins <sup>35</sup>	Idem
Marchés de promotion	Le CGCh 2013 est applicable en totalité, sauf les dispositions suivantes : Articles 25, 66, 76, § 2, 86, 87, 91 et 95 Les articles 74, 77, al.1, et 90 sont également applicables, lorsque le terrain appartient au promoteur
Concessions de travaux	Sont applicables les articles suivants du CGCh 2013 : articles 1 à 9 articles 10 à 15, 18 à 25, 27 à 32, 34 à 63, 67 à 73 articles 75, 76, § 1, 77 à 79, 82, §§ 1 & 2, 88 à 90
Marchés d'entreprises publiques dans les secteurs spéciaux ou relevant de la loi défense et sécurité	Le CGCh 2013 applicable en totalité, sauf les dispositions suivantes : articles 9, §§ 2 & 3, 69, 95, 127 et 160

L'article 7 apporte une précision nouvelle : lorsque la formule de l'accord-cadre est employée, ce n'est pas à celui-ci que s'appliquent les règles générales d'exécution, mais aux différentes commandes passées en application de l'accord-cadre, et celles-ci peuvent déroger

<sup>35</sup> De nombreuses règles d'exécution énoncées dans le cahier général des charges ne sont, en effet, guère adaptées à l'exécution de contrats de promotion de travaux de type DBFM (voy. p. ex. B. KOHL et R. VERMEERSCH, « Marchés publics de promotion. Avec ou sans l'octroi de droits réels à l'adjudicataire », in *Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP Publ., 2008, pp. 493-515). Les pouvoirs adjudicateurs étaient donc contraints, autrefois, d'indiquer, en les motivant, les nombreuses dérogations au CGCh 96 imposées par la spécificité de ces contrats. Ces contrats si particuliers et « sur mesure » sont désormais exclus par principe du champ d'application du CGCh 2013.

au CGCh 2013<sup>36</sup>. Le rapport au Roi explique que cette formule d'accord-cadre impose de pouvoir bénéficier d'une certaine souplesse et de ne pas devoir motiver la moindre dérogation. Ceci n'est-il pas de nature à ouvrir la porte à certains abus ? Il est certes évident qu'un accord-cadre justifie certaines dérogations, mais c'est précisément l'obligation de motiver qui aurait permis de vérifier que ces dérogations sont bel et bien liées aux particularités de l'accord-cadre. La formulation de l'article 7 semble en effet permettre de déroger à presque tout, même si la dérogation n'est absolument pas liée au choix et aux nécessités de l'accord-cadre. Dès lors que le résultat ainsi atteint est disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi, d'aucuns pourraient y voir une atteinte au principe d'égalité.

L'article 9, consacré aux **dérogations** et aux **clauses abusives**, reprend, en le modifiant et en le complétant, l'article 3 du RGE 96. La forme est critiquable, faute d'une distinction claire entre les dérogations et la problématique des clauses abusives, et en raison d'un procédé de rédaction maladroit fait de renvois et d'exceptions entre les différents paragraphes.

Pas plus que dans le CGCh 96, la notion de « dérogation » n'est définie. Le rapport au Roi renvoie sur ce point à la circulaire du Premier ministre du 29 juin 1982 relative aux dérogations injustifiées au Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui indique qu'il y a lieu d'entendre par « dérogation » la modification ou la non application du cahier général des charges. Le rapport au Roi fournit d'ailleurs une illustration : « lorsque les documents du marché indiquent que le délai de garantie dans le cadre d'un marché public de travaux est de deux ans, il ne s'agit pas d'une dérogation au cahier général des charges. En effet, l'article 43, § 2, dernier

---

<sup>36</sup> Sous réserve des habituelles dispositions relatives aux délais de paiement et intérêts de retard, strictement encadrées par le droit européen (et visées aux articles 9, §§ 2 et 3 et 69 du CGCh 2013). Sur les accords-cadres, voy. entre autres COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative. Accords-cadres. Directives secteurs classiques*, Doc. N° CC/2005/03, 14 juillet 2005 ; COUR DES COMPTES, *Les contrats-cadres. Le fonctionnement du service contrats-cadres multi SPF examiné sous l'angle de la bonne gestion de la légalité*, Bruxelles, Publ. Cour des comptes, mai 2005 ; M. BRICH et S. MICHIELS, « Réglementation et pratique des marchés publics. Approche théorique et pratique de certains types de marchés : marchés à commande et contrats-cadre », *Entr. et dr.*, 2001, pp. 207-230 ; C. DE KONINCK et H. VAN PEER, « De nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijnen en de aanwending van raamovereenkomsten », *C.D.P.K.*, 2006, pp. 56-96 ; P. THIEL et V. DOR, *Le nouveau régime des marchés publics. Principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, coll. « Pratique du droit », n° 31, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 115-129, n°s 99-108 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 371-385.

alinéa du cahier général des charges, auquel correspond l'article 92, § 2, dernier alinéa du présent projet, prévoit que « si le cahier spécial des charges ne fixe pas de délai de garantie, celui-ci est d'un an ». La marge laissée au pouvoir adjudicateur ne peut dès lors être qualifiée de dérogation puisqu'elle est prévue par la disposition précitée »<sup>37</sup>. Le rapport au Roi précise qu'il conviendra donc de juger au cas par cas si pourra être qualifié de dérogoire le cahier spécial des charges-type qui, par comparaison au CGCh 2013, ajouterait des dispositions spécifiques estimées par le pouvoir adjudicateur comme étant justifiées par la nature des prestations qu'elles concernent. De même, devront être jugées au cas par cas les dispositions qui seraient qualifiées d'« inter-prétatives » ou de « complémentaires ».

La définition de la circulaire du Premier ministre du 29 juin 1982 est toutefois loin de faire l'unanimité. Ainsi, selon D. De Roy, la dérogation est le procédé qui conduit à écarter l'application d'une règle dans un cas particulier, la qualification de « dérogation » pouvant être exclue si l'application de la clause d'un cahier spécial des charges emporte une extension des obligations incombant à l'entrepreneur<sup>38</sup>. Selon nous, la notion de dérogation suppose l'existence d'une contrariété entre le cahier spécial des charges et le cahier général des charges, tel n'étant pas le cas lorsque le pouvoir adjudicateur se limite à ajouter des obligations à celles prévues par le cahier général des charges (sauf le cas où ces obligations y sont énumérées de manière limitative)<sup>39</sup>. Dans un arrêt du 2 avril 2009<sup>40</sup>, la Cour de cassation décide toutefois, à tort selon nous, que le juge a pu légalement qualifier de « dérogation » les clauses d'un cahier spécial des charges par l'effet desquelles le pouvoir adjudicateur imposait à l'entrepreneur des obligations plus contraignantes que celles qui auraient résulté de l'application du CGCh<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Rapport au Roi, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8760.

<sup>38</sup> Voy. D. DE ROY, « Justification et motivation des dérogations au cahier général des charges », note sous Cass., 2 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 150-1505.

<sup>39</sup> Voy. S. LEROY, « Les restrictions aux dérogations apportées au cahier général des charges : l'étroite frontière entre une juste rigueur et une rigidité aveugle », note sous Cass., 2 avril 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 308.

<sup>40</sup> Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 836, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1500, note D. DE ROY ; *Entr. et dr.*, 2010, p. 304, note K. LEUS et note S. LEROY (à propos de l'imposition faite à l'adjudicataire de souscrire une assurance tous risques chantier couvrant la responsabilité civile de tous les intervenants, en ce compris la responsabilité pour troubles de voisinage fondée sur l'article 544 du Code civil).

<sup>41</sup> À propos de la motivation des dérogations au CGCh, la Cour suggère par ailleurs, dans ce même arrêt, « non seulement que le juge du fond pouvait rechercher les éléments susceptibles de justifier la dérogation, tant dans le cahier spécial des charges que dans les pièces et écrits de procédure, mais également qu'aucune exigence de motivation formelle contenue exclusivement dans le cahier spécial



Cette décision étant loin de faire l'unanimité, on peut regretter que les auteurs du CGCh 2013 n'aient pas profité de l'occasion pour préciser une fois pour toutes la notion de « dérogation » au cahier général des charges<sup>42</sup>.

Au niveau du fond, la majeure partie des adaptations n'a pour objet que de transposer la directive européenne 2011/7/UE<sup>43</sup> et concerne donc essentiellement la prohibition des clauses contractuelles abusives en matière de délais de paiement et de conséquences d'un paiement tardif<sup>44</sup>.

Une synthèse, sous forme de tableau, des dispositions auxquelles il est permis de déroger est fournie ci-dessous.

---

des charges ne s'imposait au pouvoir adjudicateur, celui-ci ayant la faculté de justifier la dérogation à l'aide d'éléments exposés devant le juge » (D. DE ROY, *op. cit.*, p. 1507). Voy. également en ce sens Cass., 15 mai 2008 ; *Pas.*, 2008 p. 1204 ; Cass., 26 avril 1990, *Pas.*, 1990, I., p. 989. L'arrêt est cependant prononcé dans une affaire concernant un marché public régi par l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. À la différence du texte de 1977, tant l'article 3, § 1<sup>er</sup>, du RGE 96 que l'article 9, § 4, al. 2, du CGCh 2013 prévoient que les dérogations aux dispositions fondamentales du CGCh doivent faire l'objet d'une « motivation formelle dans le cahier spécial des charges ».

<sup>42</sup> Sur la question des dérogations et de leurs motivations, voy. également, entre autres, M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., Tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 55-69 ; A. EECKHOUT, « Afwijkingen van de Algemene Aannemingsvoorwaarden », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Publ., 2009, pp. 205-232 ; S. LEROY, « Les restrictions aux dérogations apportées au Cahier général des charges : l'étroite frontière entre une juste rigueur et une rigidité aveugle », note sous Cass., 2 avril 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 306-311 ; K. LEUS, « De bevoegdheid om in het bijzonder bestek van de algemene aannemingsvoorwaarden af te wijken, « avant tout une question de limites » », note sous Cass., 2 avril 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 311-317 ; M.A. FLAMME, « La garantie bancaire autonome, une dérogation illégale au Cahier général des charges, mais comment la combattre ? », note C.E., 19 mai 1999, *Entr. et dr.*, 1999, pp. 289-292 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 452-455.

<sup>43</sup> Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.U.E.*, 23 février 2011, L 48/1. Sur cette directive et sa transposition en droit belge, voy. entre autres M. DUPONT, « Du nouveau en matière de lutte contre les retards de paiement », *R.E.D.C.*, 2012, pp. 29-38 ; P. MAYSTADT et J. BOUDRY, « Paiement des marchés publics et liquidation des factures au sein des communes », *Rev. dr. commun.*, 2012/2, pp. 3-12 ; T. DANG VU, « De nieuwe richtlijn betalingsachterstand bij handelstransacties en haar omzetting in het Belgische recht : een mogelijkheid tot vooruitgang inzake (betalings)achterstand ? », *R.W.*, 2012-2013, pp. 722-738.

<sup>44</sup> Voy. notamment la nouvelle disposition prévue à l'art. 9, § 3, qui transpose l'art. 7 de la directive 2011/7/UE. Y est introduite la notion de « clause contractuelle ou pratique constituant un abus manifeste à l'égard de l'adjudicataire », laquelle concerne plus particulièrement l'interdiction d'allonger les délais de paiement et de vérification, ainsi que l'interdiction d'exclure le paiement d'intérêts pour retard de paiement ou l'indemnisation pour les frais de recouvrement.

Articles	Dérogation ?	Sanction
1 à 9 – 37, 38, 67 et 69	Non	Non précisée
95, 127, 160	Lorsque les documents du marché prévoient expressément un délai de paiement plus long, seulement si ce délai de paiement prévu reste inférieur à 60 jours et si la nature particulière du marché le justifie	Clause réputée non écrite
95, 120 al.2 et 150, al.3	Lorsque les documents du marché prévoient expressément un délai de vérification plus long, seulement si ce délai de vérification prévu ne constitue pas un abus manifeste	Clause réputée non écrite
Autres dispositions obligatoires	Seulement si la dérogation est nécessitée par des circonstances propres au marché et moyennant mention de la liste des dérogations en tête du CSCh	Non précisée
10, 12, 13, 18, 25 à 30, 44 à 63, 66, 68 à 73, 78 à 81, 84, 86, 96, 123, 154	Idem <u>et</u> motivation formelle dans le CSCh	Nullité, sauf si un contrat a été signé

On épinglera plus particulièrement deux nouveautés concernant la sanction du non-respect des règles relatives aux dérogations.

La première est que les dérogations soumises à l'obligation de motivation formelle, c'est-à-dire les dérogations aux articles fondamentaux du CGCh 2013<sup>45</sup> et pour lesquelles cette motivation fait défaut, sont frappées de nullité<sup>46</sup>. On peut regretter que les auteurs du texte n'aient pas pris la peine, soit d'uniformiser la terminologie employée (il est question à la fois dans l'article 9 de clauses nulles et de clauses réputées non écrites), soit de préciser en quoi consiste chacune des sanc-

<sup>45</sup> Soit les dérogations aux art. 10, 12, 13, 18, 25 à 30, 44 à 63, 66, 68 à 73, 78 à 81, 84, 86, 96, 123 et 154 du CGCh 2013.

<sup>46</sup> Art. 9, § 4, al. 2, du CGCh 2013.

tions évoquées, la différence entre une clause nulle et une clause réputée non écrite étant pour le moins difficile à saisir<sup>47</sup>. On peut tout autant regretter que le texte ne sanctionne pas clairement l'absence de liste des dérogations en début de cahier spécial des charges, ou l'absence du caractère « indispensable » de la dérogation par rapport aux « exigences particulières du marché ».

La seconde nouveauté est que, pour ces mêmes dérogations soumises à l'obligation de motivation formelle, la sanction de nullité « n'est pas applicable dans le cas d'une convention signée par les parties ». Le rapport au Roi indique que sont visées les procédures négociées et de dialogue compétitif, qui peuvent en effet se terminer par la conclusion d'un contrat, car dans ce cas les parties ont pu mesurer pleinement la portée de leurs engagements<sup>48</sup>. Encore faut-il constater que ces procédures ne sont mentionnées nulle part dans l'article 9, § 4, et ne se terminent pas nécessairement par la signature d'un contrat, de sorte que le critère retenu ne paraît pas *a priori* opportun. A la lumière des explications fournies dans le rapport au Roi<sup>49</sup>, il aurait fallu viser les cas où la clause contenant la dérogation a effectivement fait l'objet de négociations. Enfin, l'article 9, § 4, al. 2, se limite à énoncer que la sanction de nullité n'est pas applicable dans pareil cas, ce qui manque singulièrement de précision. Faut-il comprendre qu'une autre sanction moins radicale devrait être appliquée ? On ne voit cependant pas laquelle. Faut-il considérer que la nullité n'est pas automatique mais sera laissée à l'appréciation du juge ? Faut-il comprendre que dans ces hypothèses, l'absence de motivation est la règle et n'est dès lors pas sanctionnable ? Dans pareil cas, il aurait été souhaitable de l'exprimer clairement. Il reste qu'en pratique, lorsqu'une dérogation n'est pas formellement motivée, c'est parce que la motivation révélerait en réalité son caractère injustifiable à la lumière du critère de nécessité par rapport aux exigences propres du marché. Et là, il n'y a pas de dispense de sanction (voy. l'article 9, § 4, al. 1<sup>er</sup>), même si la « justification » donnée dans le rapport au Roi pour l'absence de motivation formelle aurait aussi bien pu s'appliquer à l'absence de nécessité.

<sup>47</sup> Sur la différence entre la sanction de « nullité » et la sanction du « réputé non écrit », voy. P. WÉRY, « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in P. WÉRY (éd.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7-32.

<sup>48</sup> On pourrait discourir longtemps sur cette « justification », qui semble admettre *a contrario* que les parties ne mesurent pas bien leurs engagements lorsque le marché a été passé par appel d'offres...

<sup>49</sup> Le raisonnement des auteurs du texte tend à légitimer les dérogations au CGCh 2013 contenues dans un avenant (qui est en effet un contrat), à tout le moins si elles ont été réellement négociées.

## *b. Dispositions communes à tous les marchés (chapitre 2)*

### 1. Cadre général

L'**article 10** est nouveau. Il concerne quelques particularités liées à l'**emploi de moyens de communication électroniques**. Cette disposition reproduit presque mot pour mot l'article 6 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques<sup>50</sup>. Il n'appelle pas de commentaires particuliers, sauf peut-être son alinéa 3 qui paraît bien timide : subordonner l'usage de communications électroniques à un accord explicite des deux parties, comme s'il s'agissait de quelque chose d'exceptionnel, présente un petit côté anachronique.

L'**article 12**, relatif à la **sous-traitance**, apporte quelques évolutions lorsqu'on le compare au CGCh 96.

Premièrement, un certain équilibre est apporté entre les marchés de travaux, de fournitures et de services. Selon l'article 10 du CGCh 96, le pouvoir adjudicateur pouvait exiger que les sous-traitants soient agréés en proportion de leur part dans l'exécution du marché. Cette référence à l'agrément limitait l'application de cette disposition aux marchés de travaux. Dans le CGCh 2013, il est maintenant question, non plus de l'agrément, mais des « exigences minimales de capacité financière et économique et de capacité technique et professionnelle imposés par les documents du marché », ce qui ouvre le bénéfice de la clause aux services et fournitures<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Sur l'usage des moyens électroniques dans les procédures de passation des marchés publics, voy. la circulaire P&O/2012/e-Proc Marchés publics du 30 novembre 2012 : « Utilisation des applications e-Procurement par les services de l'État fédéral » (*M.B.*, 7 décembre 2012). Voy. également à ce sujet, entre autres : D. DE ROY, « Vers des marchés publics 'en ligne'? L'arrêté royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics », *J.T.*, 2004, pp. 753-758 ; P. FLAMEY, « Elektronische overheidsopdrachten in 20 vuistregels », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 655-660 ; J.F. HENROTTE et J. BOCKOURT, « La dématérialisation des marchés publics: une réforme concrète ? », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Publ., 2009, pp. 259-301 ; F. WALSCHOT, « De contracten met de overheid en overheidsbedrijven : perspectieven. E-procurement : een eerste inleiding in overheidsopdrachten via elektronische weg », in *Le contrat sans papier (E-contracts)*, coll. « Le droit des affaires en évolution », n° 14, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 103-155 ; J.F. HENROTTE, « La dématérialisation de certains marchés publics au travers des nouvelles directives et de la réglementation belge », *R.D.T.I.*, 2005, pp. 69-98 ; H. JACQUEMIN, « Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : l'apport du droit civil », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 159-182.

<sup>51</sup> Si on se réfère au sens usuel des mots, on peut se demander comment un fournisseur peut avoir un sous-traitant. La réponse découle du fait qu'un marché de fournitures peut dans certains cas, sur le plan civil, correspondre à un contrat de louage d'ouvrage. Le processus de qualification contractuelle présente parfois, en cette matière, des difficultés particulières (voy. B. KOHL et V. VAN HOUTTE-VAN

Deuxièmement, si le principe de la liberté de recourir à la sous-traitance est confirmé<sup>52</sup>, il ne sera cependant plus possible à un soumissionnaire d'annoncer dans son offre le recours à certains sous-traitants, voire de s'appuyer sur leur capacité technique et financière, puis d'en employer d'autres une fois le marché attribué<sup>53</sup>. Dans ces deux cas, l'adjudicataire est désormais tenu de faire appel aux sous-traitants qu'il a présentés. On ne peut qu'approuver cette modification, qui contraindra les soumissionnaires à obtenir des garanties d'engagement des sous-traitants pressentis, mais qui empêchera aussi les entrepreneurs ayant soumissionné trop bas de se rattraper, une fois le marché attribué, en négociant des conditions de sous-traitance très favorables avec des entreprises économiquement faibles.

Enfin, l'article 12 du CGCh 2013 vise dorénavant explicitement le mécanisme de la sous-traitance imposée, qui fut un temps à la mode, mais qui a surtout conduit à des échecs retentissants. Théoriquement, le pouvoir adjudicateur demeure un tiers à la relation contractuelle (imposée) nouée entre l'adjudicataire et son sous-traitant, et l'adjudicataire n'est pas déchargé de sa responsabilité lorsqu'il confie tout ou partie de ses engagements à des sous-traitants (même imposés)<sup>54</sup>. En pratique, la nouvelle disposition met toutefois fin à certains abus et expose le pouvoir adjudicateur à des risques potentiellement très importants en le rendant (très logiquement) responsable des capacités techniques et financières des sous-traitants qu'il impose à l'adjudicataire<sup>55</sup>. Espérons que cette précision sonnera le glas de ces montages

---

POPPEL, *De aannemingsovereenkomst*, coll Artikel & Commentaar, Malines, Kluwer, 2012, pp. 6-10 ; A. FETTWEIS, « Commande d'un ouvrage ou achat d'un bien à fabriquer ou à construire », *Act. dr.*, 1991, pp. 865-874). Il ne faut donc jamais perdre de vue que la qualification d'un marché public n'est pas simplement superposable à la qualification des contrats en droit civil.

<sup>52</sup> Sur ce principe, et les relations qui se nouent entre les différentes parties, voy. entre autres M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., Tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 170-209 ; B. KOHL et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, coll. C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 25-124 ; I. COOREMAN et K. PHILIPS, « Onderaanneming in het kader van overheidsopdrachten », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP Publ., 2010, pp. 197-217.

<sup>53</sup> Art. 12, alinéa 4, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, du CGCh 2013.

<sup>54</sup> L'art. 12, alinéa 4, 3<sup>o</sup>, du CGCh 2013 précise en effet que c'est « sans préjudice de la première phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> », que le pouvoir adjudicateur est responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle des sous-traitants qu'il impose à l'adjudicataire.

<sup>55</sup> La jurisprudence et la doctrine la plus récente s'est d'ailleurs fixée en ce sens, acceptant de décharger l'entrepreneur de sa responsabilité en cas de défaillance liée à l'incapacité financière ou technique du sous-traitant imposé. Voy. Liège, 10 février 1998, *Entr. et dr.*, 2011, p. 43 ; Mons, 30 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2011, p. 47, note E. BERTRAND et X. CLOSE ; A. DELVAUX et F. POTTIER, « Relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant : questions spéciales », in *La sous-traitance*,

souvent bancals, que même les anglo-saxons abandonnent. Il aurait sans doute été plus simple et plus sain d'interdire purement et simplement cette pratique.

L'**article 14** reprend, en les simplifiant, les articles 13, § 5, du CGCh 96 et 6 du RGE 96. L'obligation d'appliquer une **formule de révision aux sous-traitants** dépend maintenant de deux critères clairs : le montant du contrat de sous-traitance (seuil à 30.000 €) et le délai entre la conclusion du contrat et son exécution effective (plus ou moins de 90 jours). On a maintenu la règle autorisant le pouvoir adjudicateur à vérifier *in concreto* l'application d'une clause de révision aux sous-traitants. Celle-ci soulève deux questions. Quel peut être l'intérêt du pouvoir adjudicateur de s'immiscer ainsi dans les relations entre l'adjudicataire et ses sous-traitants, au risque éventuellement de créer des tensions, et ce alors même que l'article 12 pose le principe que « *le pouvoir adjudicateur n'a aucun lien contractuel avec ces tiers* » ? La règle n'est-elle pas quelque peu hypocrite, dans la mesure où le contrôle ne porte que sur l'existence d'une clause de révision, sans aucun égard pour son contenu et son caractère éventuellement inadapté ?

L'**article 15** est une nouvelle disposition visant à protéger les sous-traitants. Il impose une certaine **transparence** à l'adjudicataire, afin d'éviter que celui-ci ne rétrocède que très tard à son sous-traitant les sommes qu'il perçoit pour l'exécution du marché<sup>56</sup>. Dès la conclusion du contrat de sous-traitance, le sous-traitant doit être informé des modalités de paiement prévues par le cahier spécial des charges, et il pourra s'en prévaloir pour se faire payer au même rythme. L'article

---

coll. C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 144-148 ; A. DELVAUX, « La sous-traitance imposée : attribution et recours, exécution et responsabilité », *Entr. et dr.*, 2005, pp. 107-123 ; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, coll. CUP, n° 27, Liège, éd. Commission Université Palais, 1998, p. 142 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1340.

<sup>56</sup> Conséquence de l'autonomie des contrats d'entreprise principale et de sous-traitance, l'entrepreneur est tenu de payer son sous-traitant même s'il n'a pas été payé par le maître de l'ouvrage (voy. p. ex. Gand, 19 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 618 ; Comm. Courtrai, 30 mars 1971, *R.W.*, 1971-1972, col. 1492). Toutefois, l'entrepreneur se réserve parfois, par une clause *if and when*, de subordonner le paiement du sous-traitant à l'encaissement effectif des sommes qui lui sont dues par le maître de l'ouvrage (voy. B. KOHL et M. VANWLJCK-ALEXANDRE, « Droit des obligations et sous-traitance », in *La sous-traitance*, coll. C.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43-44 ; J.F. GERMAIN et P. STROOBANT, « Actions en droit de la construction : remèdes immédiats et pluralité de parties. Première partie. Aspects de droit civil », in *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, coll. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 94-95 ; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 658-659).

reproduit la formule obscure énoncée en matière d'action directe à l'article 1798, alinéa 2, du Code civil : « le sous-traitant est considéré comme l'adjudicataire et l'adjudicataire comme le pouvoir adjudicateur à l'égard des sous-traitants du premier cité ». Le rapport au Roi se veut plus clair : la règle ne s'appliquerait pas, à l'en croire, au-delà du second degré de sous-traitance. C'est sans doute oublier un peu vite l'arrêt de la cour constitutionnelle n° 12/2012 du 2 février 2012, par lequel celle-ci, dans le cadre de l'action directe du sous-traitant, a rejeté comme discriminatoire une telle différence de protection selon le degré de sous-traitance<sup>57</sup>. Il est donc fort peu probable que les tribunaux appliquent l'article 15, alinéa 2, comme le suggère le rapport au Roi.

L'article 18 est une disposition nouvelle permettant de rendre des **informations confidentielles** et considérant comme confidentielles par principe des informations liées à des droits intellectuels protégeables. Cette disposition, qui constitue le reflet de l'article 11 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques<sup>58</sup>, n'appelle pas de commentaire particulier et, à première vue, elle n'était pas indispensable car le comportement qu'elle prescrit est aussi celui qui découle de l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions.

## 2. Droits intellectuels

Les **articles 19 à 23**, qui reprennent pour l'essentiel le contenu de l'article 14 du CGCh 1996, organisent le régime des **droits intellec-**

---

<sup>57</sup> C.C., 2 février 2012 (arrêt n° 12/2012), *J.T.*, 2012, p. 331, *J.L.M.B.*, 2012, p. 377, *N.j.W.*, 2012, p. 419, note M. DAMBRE, *R.W.*, 2011-2012, p. 1315, *Entr. et dr.*, 2012, p. 70, *T.B.O.*, 2012, p. 144. Sur cette question, voy. entre autres O. JAUNIAUX, « L'action directe du sous-traitant : entre éclaircies et brouillard persistant », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 255-256 ; P. WÉRY, « L'action oblique et les actions directes », in *La théorie générale des obligations*, coll. CUP, n° 57, Liège, éd. Commission Université Palais, 2002, p. 30.

<sup>58</sup> La confidentialité doit également être respectée dans la procédure de recours en annulation d'une décision prise par un pouvoir adjudicataire. Voy. les articles 26 et 58 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux. Le règlement de procédure du Conseil d'État a déjà été adapté en ce sens, par arrêté royal du 24 mai 2011 (*M.B.*, 15 juin 2011). Pour la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, voy. ainsi le nouvel article 87, § 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, modifié par l'arrêté royal du 25 avril 2007. Cette disposition prévoit qu'une partie peut demander qu'une pièce déposée ne soit pas communiquée aux autres parties (à condition, notamment, qu'elle soit déposée de manière distincte, que le caractère confidentiel soit mentionné de manière expresse et que les motifs de la demande de confidentialité soient exposés par la partie intéressée).

**tuels** à l'occasion de l'exécution d'un marché public<sup>59</sup>. Sauf disposition contraire dans les documents du marché et sauf lorsque l'objet du marché consiste précisément en la création, la fabrication ou le développement de dessins et modèles ou de signes distinctifs, le principe demeure que le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas les droits de propriété intellectuelle nés, mis au point ou utilisés à l'occasion de l'exécution du marché. On se limitera à présenter les quelques principales nouveautés relevées dans le CGCh 2013.

L'article 19 du CGCh 2013 énonce une nouvelle règle, dont il résulte que le pouvoir adjudicateur obtient désormais une licence lui permettant d'utiliser le résultat obtenu par le marché pour tous les modes d'exploitation mentionnés dans les documents du marché, « quand bien même cette utilisation ultérieure n'entrerait pas strictement dans la définition de l'objet du marché »<sup>60</sup>.

En outre, il est maintenant prévu (article 19, § 5) une certaine réciprocité au profit du pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci participe au financement de la recherche et du développement liés à l'objet du marché : dans pareil cas, les documents du marché peuvent préciser les modalités de la rémunération due au pouvoir adjudicateur en cas d'utilisation de ces résultats par l'adjudicataire.

Enfin, le principe de l'assistance mutuelle que l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur doivent se prêter l'un vis-à-vis de l'autre en cas de revendication d'un tiers<sup>61</sup> est conservé (article 23). Néanmoins, alors qu'auparavant, seul l'adjudicataire devait garantir envers le pouvoir adjudicateur en cas de recours exercé contre ce dernier par un tiers, l'article 23 du CGCh 2013 étend désormais cette obligation de garantie au pouvoir adjudicateur. Une garantie spécifique de l'adjudicataire est par ailleurs établie au profit du pouvoir adjudicateur, en cas de violation du droit à l'image d'un tiers (sont entre autres concer-

---

<sup>59</sup> Sur cette question, voy. entre autres D. DESSARD, « Droit intellectuel, marchés publics et 'embuscades judiciaires' », in *Liber amicorum Noël Simar. Evaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 315-326 ; P. THIEL et T. HEREMANS, « Les marchés publics et les droits intellectuels », *D.I.*, 2010, pp. 130-134 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 759-767.

<sup>60</sup> Voy. le rapport au Roi, p. 8764. La possibilité de sous-licence reste prévue à l'art. 22 du CGCh 2013 (voy. antérieurement l'art. 14, § 5, du CGCh 96).

<sup>61</sup> Voy. autrefois l'art. 14, § 6, du CGCh 96.



nés les photographies, illustrations et graphiques proposés par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur)<sup>62</sup>.

### 3. Garanties financières

#### *i) Assurances*

L'article 24 traite des **assurances**, en reprenant dans les clauses communes l'article 38 du CGCh 96 qui était réservé aux marchés de travaux.

Cet article a toutefois été modifié afin de permettre l'imposition, via les documents de marché, des assurances adéquates. La modification était nécessaire pour rencontrer une jurisprudence critiquable de la Cour de cassation qui avait considéré, à tort selon nous, comme une dérogation le fait d'imposer d'autres assurances que celles prescrites par l'article 38 du CGCh 96<sup>63</sup>.

La formulation de l'article 24 n'est cependant pas tout à fait claire et il conviendra d'en tenir compte dans la rédaction des cahiers spéciaux des charges : l'expression « l'adjudicataire contracte » va probablement au-delà de ce qui était nécessaire, car ce qui compte n'est pas qu'il contracte une assurance mais qu'il soit couvert par une assurance (celle-ci pouvant être une assurance contractée par un tiers couvrant également la responsabilité de l'adjudicataire). Or, pris à la lettre, le texte semble imposer une assurance spécifique au marché considéré. Il peut certes exister des situations dans lesquelles une assurance spécifique s'impose, pour ne pas devoir « partager » le plafond d'intervention de l'assurance en cas de sinistres multiples, même si cette situation ne constitue assurément pas la majorité des cas. Cette ques-

<sup>62</sup> Voy. l'art. 23, alinéa 3, du CGCh 2013. L'adjudicataire doit notamment s'assurer qu'il a obtenu, pour l'utilisation des portraits auxquels il a recours dans le cadre de l'exécution du marché, les consentements nécessaires imposés par la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

<sup>63</sup> Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 836, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1500, note D. DE ROY, *Entr. et dr.*, 2010, p. 304, note K. LEUS et note S. LEROY. En l'espèce, la clause du cahier spécial des charges imposait à l'adjudicataire la souscription d'une assurance tous risques chantier couvrant la responsabilité civile de tous les intervenants, en ce compris la responsabilité pour troubles de voisinage fondée sur l'article 544 du Code civil. Selon l'appréciation des juges du fond, non contredite par la Cour de cassation, cette clause constituait une dérogation insuffisamment motivée et, partant, nulle. Voy. également dans un sens comparable Anvers, 2 mai 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 35 ; Mons, 23 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 290. Voy. à ce sujet S. LEROY, « Les restrictions aux dérogations apportées au cahier général des charges : l'étroite frontière entre une juste rigueur et une rigidité aveugle », note sous Cass., 2 avril 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 306-311.

tion revêt une importance particulière pour les professions qui sont habituellement couvertes par une assurance globale.

*ii) Cautionnement*

La matière du cautionnement, qui fait l'objet des articles 25 à 33 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (anciennement, articles 5 à 9 du CGCh 96), évolue quelque peu. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous relèverons ci-après les principales adaptations.

Dans l'**article 25**, les **cas où aucun cautionnement n'est requis** sont étendus. D'abord, pour les marchés de services et de fournitures de courte durée, le seuil de cette durée est relevé de 30 à 45 jours, ce qui semble logique si le délai accordé pour constituer le cautionnement est précisément de 30 jours à dater de la conclusion du marché (voy. l'article 27, § 1<sup>er</sup>)<sup>64</sup>. Ce qui est moins logique, c'est que le raisonnement ne soit pas appliqué aux marchés de travaux vu qu'un marché de plus de 50.000 € à effectuer en moins de 30 jours est parfaitement envisageable et poserait le même problème. Ensuite, les services exclus par nature sont étendus aux transports aériens et ferroviaires, ainsi qu'aux services postaux. Enfin, une nouvelle exclusion est introduite pour les marchés de moins de 50.000 € (100.000 € dans les secteurs spéciaux)<sup>65</sup>. Le rapport au Roi parle d'un « montant initial de 50.000 € », ce qui prête à confusion. Faut-il comprendre que le marché est dispensé de cautionnement dès qu'il est attribué sous ce seuil et qu'en cas d'augmentation ultérieure, la règle d'adaptation du cautionnement ne joue pas ? Nous ne le pensons pas, dès lors que rien dans le texte n'accrédite cette thèse.

Dans l'**article 28**, qui prévoit l'**adaptation du cautionnement** lorsque celui-ci devient inadapte pour quelque cause que ce soit (notamment

---

<sup>64</sup> Le raisonnement, que l'on retrouve dans le rapport au Roi, est toutefois assez théorique car, en pratique, le délai d'exécution ne commence souvent à courir que plusieurs jours ou semaines après la conclusion du marché (ce qui a d'ailleurs justifié la modification des règles relatives à la révision des prix). Curieusement, cette observation figure aussi dans le rapport au Roi, personne ne s'étant apparemment rendu compte de l'incohérence qui en résulte, surtout si l'on ajoute à cela que les articles 116 et 147, non adaptés par rapport au CGCh 96, fixent toujours le début du délai d'exécution au lendemain de la conclusion du marché...

<sup>65</sup> Selon le rapport au Roi (p. 8767), « la raison de l'introduction de cette nouvelle catégorie est le constat que nombre de PME ne remettent pas d'offre lorsqu'un cautionnement est prévu dans les documents du marché. Cette nouvelle catégorie permet également de soustraire à l'obligation du cautionnement nombre de marchés passés à l'étranger, dans des pays où un tel système n'existe pas ».

à la suite de prélèvements d'office, de prestations supplémentaires ou de modifications demandées par le pouvoir adjudicateur), on peut se demander si le maintien des mots « augmentant ou diminuant de plus de 20% le montant du marché » est bien voulu ou résulte d'un oubli, compte tenu de la diminution drastique des limites du principe de mutabilité. Il en résulte en tous cas que les modifications en cours de marché ne pourront plus donner lieu à la révision du cautionnement que dans les cas faisant exception à la règle de l'article 37 puisque, dans les autres cas, les modifications ne peuvent conduire à une variation de plus de 15% du prix du marché<sup>66</sup>.

L'article 29 adapte le contenu de l'ancien article 6 du CGCh 96, d'une façon qui ne nous paraît guère heureuse. Selon l'ancienne règle, l'**absence de preuve de la constitution du cautionnement** dans le délai prescrit donnait lieu de plein droit à l'application de pénalités. La formule avait le mérite de la simplicité. Désormais, il faut une mise en demeure, qui fait courir un délai complémentaire de 15 jours. Ce n'est donc qu'à l'issue d'un délai minimal de 45 jours que le pouvoir adjudicateur pourra, soit prélever le cautionnement sur les sommes dues, avec une pénalité de 2% du montant du marché, soit résilier le marché<sup>67</sup>, sans pénalité. Le motif de cette exclusion de toute pénalité en cas de résiliation nous échappe. On se gardera donc de conclure trop vite, comme le font certains<sup>68</sup>, que la remise tardive de la preuve du cautionnement n'est plus sanctionnée, car c'est bien la remise de cette preuve dans les 15 jours de la mise en demeure qui permettra d'éviter la sanction. Ce qui est regrettable, c'est que cet article vise une « mise en demeure valant procès-verbal », là où un souci de cohérence aurait justifié que le défaut de cautionnement se constate par un procès-verbal, comme n'importe quel autre manquement.

Dans l'article 30, consacré aux **droits du pouvoir adjudicateur sur le cautionnement**<sup>69</sup> et qui reprend le contenu de l'article 7 du CGCh 96, deux modifications ont été apportées. La première est de

<sup>66</sup> Voy. sur ce point *infra* (art. 37).

<sup>67</sup> Le texte stipule « appliquer une mesure d'office ». En pratique, on voit mal quelle autre mesure que la résiliation pourrait s'appliquer à ce cas d'espèce.

<sup>68</sup> C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De uitvoering van overheidsopdrachten na het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken », *R.W.* 2012-2013, p. 1649.

<sup>69</sup> « S'il y a lieu, le pouvoir adjudicateur prélève d'office sur le cautionnement les sommes qui lui reviennent, notamment en cas de défaut d'exécution de l'adjudicataire au sens de l'art. 44, § 1<sup>er</sup> ».

pure forme : les auteurs du texte ont introduit le mot « notamment » pour préciser que la saisie du cautionnement n'intervient pas seulement en cas d'inexécution ou de défaut d'exécution au sens du CGCh. Ceci ne change en réalité pas grand-chose puisque l'ancien article 5, § 1<sup>er</sup>, précisait « le cautionnement répond des obligations de l'adjudicataire jusqu'à complète exécution du marché », sans restriction aucune. Toutes les obligations de l'adjudicataire étaient donc garanties par le cautionnement et pouvaient conduire à un prélèvement, ce que certains entrepreneurs feignaient toutefois de ne pas comprendre<sup>70</sup>. Cette phrase a disparu du CGCh 2013, ce qui n'est qu'un demi-mal vu l'introduction par ailleurs et dans le même objectif du mot « notamment ». Un prélèvement du cautionnement pourrait donc s'envisager en dehors de tout manquement de l'adjudicataire, par exemple en cas de refus de restitution par ce dernier de sommes indûment payées par le pouvoir adjudicateur<sup>71</sup>. Il reste toutefois que le nouveau texte ne renseigne plus nulle part l'objet du cautionnement.

L'article 32 est une disposition nouvelle organisant le **transfert du cautionnement**. Le but est d'éviter de devoir libérer un cautionnement pour en constituer immédiatement un autre, dans les marchés dans lesquels est mise en œuvre une possibilité de reconduction<sup>72</sup>. Il s'agit donc d'une simplification administrative et d'une réduction des frais, mais on notera que d'une part, ceci concerne relativement peu de marchés et que, d'autre part, on ne fait ainsi que prendre pour règle ce qui était l'exception. En effet, un tel transfert pouvait déjà auparavant être organisé de manière conventionnelle alors qu'il intervient maintenant de plein droit, sauf disposition contraire dans les documents

<sup>70</sup> La règle était d'ailleurs applicable aussi bien pour le cautionnement « ordinaire » que pour le cautionnement « complémentaire », alors visé à l'article 5.A du cahier des charges type 108 du Fonds des routes (lequel rendait applicables, notamment, les clauses du cahier général auxquelles ce cahier spécial ne dérogeait pas). Voy. en ce sens Cass., 3 octobre 2002, *Arr. Cass.*, 2002, p. 2045, *J.L.M.B.*, 2004, p. 276, *R.W.*, 2005-2006, p. 1501, note M. GELDERS et L. SCHELLEKENS.

<sup>71</sup> Voy. en ce sens C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De uitvoering van overheidsopdrachten na het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken », *R.W.*, 2012-2013, p. 1649.

<sup>72</sup> La possibilité de reconduction du marché est visée à l'art. 37, § 2, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services. Voy. entre autres à ce sujet P. THIEL et V. DOR, *Le nouveau régime des marchés publics. Principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 57-58 ; A. VANDEBURIE et S. DE RIDDER, « La vie du contrat dans les commandes publiques - Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten », *Entr. et dr.*, 2010, pp. 133-137. Sur la notion même de reconduction, voy. B. KOHL, « La prorogation et la reconduction du contrat », in *La fin du contrat*, coll. CUP, n° 51, Liège, éd. Commission Université Palais, 2001, pp. 261-312.

de marché. Il n'y a donc aucune révolution en la matière, mais l'on saura à quoi s'en tenir dès la conclusion du marché.

L'**article 33**, par contre, introduit une simplification qui concerne tous les marchés. Pour la **libération partielle du cautionnement** associée à la réception provisoire ou définitive (permettant la libération du cautionnement à concurrence d'une moitié à chaque réception), il ne sera plus nécessaire d'introduire une demande spécifique, la demande de réception valant désormais aussi demande de libération du cautionnement. Cette simplification doit être approuvée, mais elle impliquera un changement d'habitude auquel les pouvoirs adjudicateurs devront être attentifs. En particulier, le texte ne distingue pas selon que la réception a été accordée avec ou sans réserves : dans le premier cas, le cautionnement pourra être libéré, nonobstant l'existence de réserves actées au procès-verbal de réception.

#### 4. Documents du marché

L'**article 35**, repris dans une section intitulée **Documents du marché**, est composé d'éléments repris des articles 4 et 39 du CGCh 96. Il y a donc ici à nouveau un transfert de clauses depuis le chapitre relatif aux travaux vers les clauses communes. La disposition transférée demeure étonnante puisqu'elle fait de l'adjudicataire le gardien des échanges de correspondance se rapportant au marché. On ne saurait assez conseiller aux pouvoirs adjudicateurs de veiller eux-mêmes à l'intégralité de leurs dossiers.

Pour ce qui émane de l'article 4 du CGCh 96, le texte est substantiellement modifié. Dorénavant, l'adjudicataire ne reçoit plus rien s'il n'en fait pas la demande. Ce n'est pas illogique puisque les documents qu'il peut ainsi recevoir après attribution du marché sont nécessairement en sa possession pour avoir servi à l'établissement de son offre. L'obtention de celle-ci et de ses annexes, revêtues de l'approbation du pouvoir adjudicateur, peut toutefois s'avérer utile pour éviter des discussions ultérieures sur le contenu exact du contrat. Le texte semble distinguer les documents nécessaires, limitativement énumérés et qui sont disponibles gratuitement, et les « autres documents et objets » qui ne font que « faciliter son travail », lesquels peuvent être payants ou sujets à restitution. Il nous semble que ces deux catégories laissent un trou et que la cohérence avec l'article 34 n'est pas parfaite. En

effet, l'article 34 envisage l'existence de calibres, échantillons et autres, qui ne rentrent ni dans la première catégorie à défaut d'y être cités, ni dans la seconde en raison de leur caractère nécessaire pour définir les prestations attendues. Compte tenu de la référence explicite faite au cahier spécial des charges, les pouvoirs adjudicateurs veilleront à rédiger soigneusement celui-ci.

## 5. Modifications au marché

### *i) Principe de mutabilité*

L'article 37 est l'expression du **principe de mutabilité**, qui a déjà été évoqué ci-avant et qui permet au pouvoir adjudicateur de modifier unilatéralement le marché, dans certaines limites.

La réglementation de 1996 laissait à désirer à cet égard et devait être modifiée. Le principe en lui-même figurait dans le RGE 96 et son application pratique résidait dans l'article 42 du CGCh 96, réservé aux seuls marchés de travaux. Au-delà du principe lui-même, rien n'était prévu pour les fournitures et les services. En matière de travaux, l'adjudicataire était obligé d'accepter toutes modifications ou adjonctions au marché à concurrence de 50% de sa valeur, moyennant rémunération bien entendu. En droit national, le principe de mutabilité en tant que tel n'a jamais véritablement posé problème ; les nombreux litiges relatifs à l'article 42 du CGCh 96 concernaient la fixation du prix des modifications, plus que le droit de les imposer. C'est par l'effet de la jurisprudence européenne que le droit de modification unilatérale d'un marché s'est trouvé remis en cause, sinon dans son principe, à tout le moins dans son étendue.

Cette question essentielle mérite quelques développements.

### a) Conditions reprises de l'ancienne réglementation

Le champ d'application de l'article 7 du RGE 96, qui, pour l'essentiel, est repris dans l'article 37 du CGCh 2013, est très large<sup>73</sup> : tous les types de marchés sont concernés et, sous réserve des limites dont il sera question ci-après, les modifications visées peuvent être de toute

---

<sup>73</sup> L'article 7 du RGE 96 est repris dans l'article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, avec une restriction nouvelle sur la valeur de la modification (voy. *infra*).

nature et concerner toutes les conditions du marché, qu'elles soient techniques, financières, administratives ou juridiques. Les applications les plus fréquentes concernent toutefois la modification des prestations mises à charge de l'adjudicataire, sur le plan qualitatif (par exemple, modifications de plans ou de spécifications techniques) et/ou sur le plan quantitatif (adaptation des quantités commandées, à la hausse ou à la baisse).

La *première limite* résulte clairement de l'article 7 RGE et figure à nouveau à l'article 37, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> du CGCh 2013 : l'objet du marché ne peut pas être modifié. Cette règle *a priori* simple pose néanmoins d'importants problèmes lorsqu'il s'agit de déterminer concrètement si une modification spécifique affecte l'objet même du marché. Quid ainsi si un marché est passé pour la rénovation d'un immeuble et qu'il apparaîtrait par la suite qu'il faudra le reconstruire entièrement ? Faut-il considérer que l'objet du marché n'est plus le même ? On pourrait le penser. Toutefois, le Conseil d'État français a estimé dans une telle affaire que l'adjudicataire (qui refusait de poursuivre le marché) « n'établissait pas que les travaux nouveaux étaient, par leur nature, étrangers à l'objet du marché initial »<sup>74</sup>. On pourrait se poser la même question, par exemple, pour un marché de fournitures portant à l'origine sur des ordinateurs fixes pour évoluer vers la fourniture d'ordinateurs portables. Il nous paraît que les modifications affectant l'objet du marché et dès lors interdites doivent être des modifications véritablement fondamentales. Sauf circonstances particulières, des changements de planning, de procédé d'exécution, de matériaux, etc. n'affectent pas l'objet même du marché.

Une *deuxième limite*, déjà évoquée, interdit d'invoquer le principe de mutabilité pour justifier une modification préalable à la conclusion du marché. Il faut également considérer le cas où une modification postérieure à la conclusion du marché était prévisible, connue ou même préparée avant l'attribution. En pareil cas, le principe de mutabilité se heurte à celui de l'égalité des soumissionnaires : permettre ce genre de manœuvre reviendrait à donner au pouvoir adjudicateur les moyens de favoriser un soumissionnaire au détriment des autres.

---

<sup>74</sup> C.E.fr, 9 février 1994, cité par M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 79.

Une *troisième limite* résulte d'une préoccupation similaire : il convient d'éviter que, sous prétexte de son droit de modifier un marché existant, le pouvoir adjudicateur attribue en réalité au même adjudicataire un nouveau marché, sans respecter l'obligation de mise en concurrence, et contourne les restrictions formulées à l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993, désormais reprises aux articles 26 et 53 de la loi du 15 juin 2006<sup>75</sup>. Il s'agit des cas limitatifs dans lesquels un marché peut être attribué par procédure négociée sans publicité. Ces restrictions visent, notamment, l'hypothèse de travaux ou de services complémentaires, devenus nécessaires mais ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ni dans le marché initial<sup>76</sup>, ou celle de travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou services similaires attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Si on ne peut nier un certain lien entre le principe de mutabilité et les dispositions de l'article 26 de la loi du 15 juin 2006, il convient de garder en mémoire que le premier vise les relations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire tandis que les secondes visent les relations entre le pouvoir adjudicateur et les tiers. Sur l'article 26 de la loi du 15 juin 2006, voy. entre autres A.L. DURVIAUX et D. FISSE, *Droit administratif. Tome 1. L'action publique*, coll. Fac. Droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 90-128 ; A.L. DURVIAUX, « La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes », in D. RENDERS e.a., *Actualités du droit des marchés publics. Actualia overheidsopdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 79-160, spéc. p. 122 et pp. 135-142 ; J.M. CORNET, « La procédure négociée dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Publ., 2009, pp. 493-504, spéc. pp. 498-501. ; D. LINDEMANS et J. HONNAY, « Bepaling van de waarde van een overheidsopdracht : over eenheid en splitsing, over ramingen en onvoorspelbaarheid van de omvang van opdrachten », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Publ., 2009, pp. 359-394.

<sup>76</sup> En matière de travaux et de services, l'article 26, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, a) de la loi du 15 juin 2006 précise : « Il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, que dans les cas suivants : 2<sup>o</sup> (...) dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, lorsque : a) des travaux ou des services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ni dans le marché initial 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, à condition que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou les services et que le montant cumulé des marchés attribués pour les travaux ou services complémentaires n'exécède pas cinquante pour cent du montant du marché principal : (i) lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ; (ii) lorsque ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement ». Dans un arrêt du 30 janvier 2003, le Conseil d'État précise que le dossier administratif doit faire ressortir, soit les inconvénients majeurs d'une attribution séparée des travaux complémentaires, soit le caractère de nécessité de perfectionnement ; à cet égard, de simples améliorations utiles ne sont pas de nature à satisfaire à ces exigences (C.E., 15 janvier 2003, n<sup>o</sup> 115.270, *N.j.W.*, 2003, p. 1157, note F. VANDENDRIESSCHE).

<sup>77</sup> En matière de travaux et de services, l'art. 26, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, b, de la loi du 15 juin 2006 précise : « Il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, que dans les cas suivants : 2<sup>o</sup> (...) dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, lorsque : (...) b) des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à



L'article 8 du RGE 96 permettait quant à lui de déroger aux clauses essentielles d'un marché après sa conclusion, moyennant une décision motivée du pouvoir adjudicateur. Dans l'article 37 (alinéa 2) du CGCh 2013, une telle dérogation reste autorisée à condition de faire l'objet d'un ordre modificatif<sup>78</sup> ou d'un avenant<sup>79</sup>. Ceci ne manque pas de soulever quelques questions. Quelles sont les clauses que l'on doit qualifier d'essentielles ? Cette qualification n'est-elle pas relative et subjective ? La motivation doit-elle être reprise dans l'avenant ou l'ordre modificatif<sup>80</sup> ? Quel est le lien qui peut exister entre clause essentielle et objet du marché (une dérogation à l'objet étant interdite, conformément à l'article 37, alinéa 1, 1°) ? Malgré l'impression qu'il s'agit de choses différentes, une clause ne peut-elle pas être essentielle pour l'adjudicataire parce qu'elle définit, pour lui, l'objet du marché ?

*b) Nouvelle condition : la limitation de la modification à 15 % du montant initial*

La difficulté de tracer la frontière entre l'exécution et l'attribution des marchés a récemment donné lieu à une jurisprudence nourrie de la Cour de Justice de l'Union européenne, initiée par l'arrêt *Presstext Nachrichtenagentur* du 19 juin 2008<sup>81</sup>. Dans cette affaire, la Cour était interrogée sur les circonstances dans lesquelles la modification d'un marché en cours d'exécution devait être considérée plutôt comme l'attribution d'un nouveau marché, et donc invitée à se prononcer sur les limites qui devaient encadrer le droit du pouvoir adjudicateur de modifier unilatéralement un marché en cours. Plus précisément se posait en l'espèce la question de savoir si la prolongation d'un marché de services devait être qualifiée de nouveau marché et, dès lors, mise en concurrence.

---

un projet de base et que ce projet ait fait l'objet du marché initial passé par adjudication ou par appel d'offres. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché. La décision d'attribution des marchés répétitifs doit en outre intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial ».

<sup>78</sup> Il s'agit donc d'un écrit. Il est regrettable qu'il faille se reporter aux articles 80, 121 et 151 pour le savoir, alors que cette précision aurait bien trouvé sa place dans l'article 37.

<sup>79</sup> Sur la notion d'« avenant », voy. la définition énoncée à l'article 2, 21°, du CGCh 2013, analysée *supra*.

<sup>80</sup> Une réponse affirmative nous semble s'imposer. Sur l'exigence de motivation lors de la phase d'exécution des marchés publics, voy. e.a. M. MAEREVOET, *La motivation formelle des actes administratifs en matière de marchés publics*, coll. Performance publique, n° 1, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 163.

<sup>81</sup> C.J.U.E., 19 juin 2008, affaire C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich e.a.*, *Rec.*, 2008, I, p. 4401, concl. J. KOKOTT.

En l'espèce, l'Autriche avait, antérieurement à son adhésion à l'Union européenne conclu un contrat (ci-après le «contrat de base») avec APA, lequel prévoyait la fourniture de certains services contre rémunération. Ce contrat permettait essentiellement aux autorités fédérales autrichiennes de consulter et d'utiliser des informations d'actualité (fonction dite «service de base»), de demander des informations et des communiqués de presse à caractère historique provenant d'une base de données d'APA, et aussi d'utiliser le service de textes originaux d'APA, dénommé «OTS», tant pour leur information que pour la diffusion de leurs propres communiqués de presse. Le contrat de base avait été conclu pour une durée indéterminée, sous réserve d'une clause par laquelle les parties renonçaient à la résiliation de celui-ci jusqu'au 31 décembre 1999. Un premier avenant au contrat de base avait été conclu en 2001, à l'occasion du passage à l'euro. Parmi les modifications apportées, on notait une légère réduction de certains prix. Un second avenant conclu au cours du mois d'octobre 2005 et ayant pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2006 avait apporté deux autres modifications au contrat de base. D'une part, la renonciation à résiliation, convenue dans le contrat de base jusqu'au 31 décembre 1999, avait été prévue de nouveau jusqu'au 31 décembre 2008. D'autre part, le rabais consenti sur le prix des interrogations en ligne des services d'information d'APA, fixé à 15 % dans le contrat de base, avait été porté à 25 %. PN, un concurrent qui avait en vain offert ses services au gouvernement autrichien en 2004, avait estimé que les avenants étaient en réalité des attributions illégales de nouveaux marchés et l'affaire s'était retrouvée, sur question préjudicielle, devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

La décision, en elle-même, est d'un intérêt limité vu les particularités de l'affaire. Par contre, la C.J.U.E. indique dans son arrêt un certain nombre de critères censés permettre d'apprécier si la modification d'un contrat existant cache en fait un nouveau marché. Nous croyons dès lors utile de reproduire ci-dessous un extrait de la décision, dans lequel en sont soulignés les éléments essentiels :

- « 29 Par ses trois premières questions, le *Bundesvergabeamt* cherche, en substance, à savoir dans quelles conditions des modifications apportées à un contrat existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services peuvent être considérées comme consti-

tuant une nouvelle passation de marché public de services au sens de la directive 92/50.

- 30 La directive 92/50 ne contient pas de réponse explicite à ces questions mais comporte plusieurs indications pertinentes qu'il convient de situer dans le cadre général des règles communautaires en matière de marchés publics.
- 31 Il ressort de la jurisprudence que l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voir arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, *Rec.*, p. I-1, pt. 44). Ce double objectif est explicitement affirmé aux deuxième, sixième et vingtième considérants de la directive 92/50.
- 32 Pour la poursuite de ce double objectif, le droit communautaire applique notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêts du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S, C-275/98, *Rec.*, p. I-8291, point 31; du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, *Rec.*, p. I-10745, points 60 et 61, ainsi que du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3801, points 108 et 109).
- 33 En ce qui concerne les marchés visés par la directive 92/50 qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de celle-ci, cette directive met en œuvre ces principes et cette obligation de transparence en imposant, notamment, certaines procédures de passation. S'agissant des marchés visés par cette directive qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I B de celle-ci, cette directive n'impose pas les mêmes règles quant aux procédures de passation, mais cette catégorie de marchés publics de services reste néanmoins soumise aux règles fondamentales du droit communautaire et à l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêt du 13 novembre 2007, Commission/Irlande, C507/03, non encore publié au *Recueil*, points 26, 30 et 31).

- 34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C337/98, *Rec.*, p. I-8377, points 44 et 46).
- 35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle 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.
- 36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.
- 37 Une modification peut également être considérée comme substantielle 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.
- 38 C'est à la lumière des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux questions soumises à la Cour »<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Sur cet arrêt, voy. entre autres : E. VAN NUFFEL, « La modification substantielle d'un marché public assimilable à un nouveau marché devant faire l'objet d'une mise en concurrence », in *Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP Publ., 2011, pp. 617-638 ; A.L. DURVIAUX, « La négociation des contrats en cours d'exécution et le droit communautaire », in *Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP Publ., 2011, pp. 935-951 ; M. SCHOUPS et K. LEMMENS, « Wijzigingen van overheidsopdrachten : rechtmatigheid en rechtsgevolgen », in *Chronique des marchés publics*

En substance, la Cour décide donc que des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial ; tel est le cas lorsque ces modifications introduisent des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis.

Force est de reconnaître que l'application de ces critères n'offre aucune sécurité, vu leur caractère vague et largement subjectif<sup>83</sup>.

Tenant compte de cet arrêt, qui est explicitement visé dans le rapport au Roi, les auteurs de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ont réduit la possibilité de modifier un marché à hauteur de 15% de sa valeur initiale, sauf lorsqu'on se trouve dans les conditions permettant l'attribution d'un nouveau marché par procédure négociée sans publicité, pour lesquels est prévu, à l'article 26 de la loi du 15 juin 2006, un seuil spécifique de 50%<sup>84</sup>. Cette réaction un peu simpliste à une problématique délicate ne nous semble pas satisfaisante. Non seulement parce qu'il faut s'attendre à de sérieux problèmes dans les marchés de travaux complexes, où des augmentations de plus de 15% sont fréquentes, mais aussi parce que cette limitation arbitraire et très stricte ne garantit absolument pas que les critères de la C.J.U.E. seront respectés. On observera par ailleurs que l'article 37 du CGCh 2013 limite la valeur « de la modification » à 15% du prix, ce qui pourrait faire croire que le seuil s'applique à chaque modification individuelle. Une telle interprétation irait à l'encontre de l'objectif et ne pourra être retenue, même si l'approche globale n'est pas totalement satisfaisante non plus. Enfin, on peut s'interroger sur la rédaction de la nouvelle condition introduite

---

2011-2012, Bruxelles, EBP Publ., 2012, pp. 683-702 ; K. WAUTERS et K. MAN, « De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsvereenkomsten. Een Europees sausje ? », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 142-158 ; Ph. FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belge. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 70-75 ; H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *Ref. fr. dr. adm.*, 2011, pp. 98-111 ; S. TROELS POULSEN, « The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law », *Public Procurement L.R.*, 2012, vol. 21, n° 5, pp. 167-187.

<sup>83</sup> La Cour a confirmé cette jurisprudence par des arrêts ultérieurs (C.J.U.E., 4 juin 2009, Affaire C-250/07, Commission / Grève ; C.J.U.E., 25 mars 2010, Affaire C-451/08, Helmut Müller ; C.J.U.E., 13 avril 2000, Affaire C-91/08, Wall. A.G. ; C.J.U.E., 29 avril 2010, affaire C-160/08, Commission c/ Allemagne).

<sup>84</sup> Voy. l'art. 37, al. 1<sup>er</sup>, 2° du CGCh 2013.

dans l'article 37, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, libellée comme suit : « hormis l'application des articles 26, § 1er, 2<sup>o</sup>, a) et b), et 3<sup>o</sup>, b) et c), et 53, § 2, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, a) et b), de la loi et de l'article 25, 3<sup>o</sup>, a), et 4<sup>o</sup>, b), de la loi défense et sécurité, la valeur de la modification est limitée à quinze pour cent du montant initial du marché ». Le sens de l'exception prévue par ce texte nous échappe : il est ici question de limiter à 15% les modifications ordonnées *sans passation d'un nouveau marché*, de sorte que les articles prévoyant la passation d'un nouveau marché par procédure négociée ne sauraient y faire exception. Il s'agit une fois de plus d'une maladresse rédactionnelle.

### ii) Cession du marché

L'article 38 est une disposition nouvelle autorisant, moyennant certaines conditions, la **cession d'un marché**<sup>85</sup>. Est visée aussi bien la cession à un nouvel adjudicataire, que le changement de pouvoir adjudicateur<sup>86</sup>.

Un marché étant un contrat synallagmatique, la cession ne peut avoir lieu que de l'accord des parties. En effet, conformément au droit commun, si le cédant peut céder ses créances, il ne peut céder ses dettes sans l'accord de son créancier<sup>87</sup>. Deux autres conditions plus spécifiques aux marchés publics sont édictées par l'article 38, dans le cas d'une cession du marché par l'adjudicataire : il faut d'une part que l'adjudicataire auquel le marché est cédé satisfasse aux conditions de sélection (capacité technique et financière), et d'autre part que les conditions essentielles du marché soient préservées. On voit donc revenir ici cette notion de conditions essentielles, dont les contours ne sont toutefois pas clairement délimités.

<sup>85</sup> Sur la cession du marché, voy. entre autres W. TIMMERMANS, « De overdracht van overheidsopdrachten », in *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Bruxelles, EBP Publ., 2011, pp. 253-274 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 824-830 ; D. LINDEMANS et J. HONNAY, « Bedrijfsreorganisatie en andere wijzigingen bij de opdracht-nemer », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP Publ., 2010, pp. 647-666.

<sup>86</sup> Voy. également en ce sens la définition visée à l'article 2, 9<sup>o</sup>, du CGCh 2013 : la cession de marché y est définie comme la « convention par laquelle un adjudicataire cédant se substitue un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services cessionnaire ou par laquelle un pouvoir adjudicateur cédant se substitue un pouvoir adjudicateur cessionnaire ». Cette dernière précision prend tout son sens, à l'aune des transferts de marchés publics en cours d'exécution qui ne manqueront pas de survenir à l'occasion de la nouvelle réforme de l'État belge.

<sup>87</sup> Cass., 12 septembre 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 213 ; Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1487. Sur la cession de dette et ses palliatifs en droit belge, voy. entre autres P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations. Tome III*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1879-1886.

La question se pose d'ailleurs de la conformité de cette disposition – ou, du moins, l'application qui pourrait en être faite –, à la jurisprudence *Pressetext* commentée ci-dessus<sup>88</sup>. La C.J.U.E. précise en effet dans cet arrêt que « en général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance »<sup>89</sup>. De même, la réorganisation interne de l'adjudicataire n'est pas, en principe, de nature à modifier substantiellement les termes du marché initial, comme par exemple en présence d'un transfert du marché au profit d'une filiale détenue à 100 % par l'adjudicataire.

Tel était le cas en l'espèce. La Cour, constatant que l'adjudicataire disposait d'un pouvoir de direction sur sa filiale, qu'un contrat de transfert des pertes et bénéfices existait entre les deux entités, que l'adjudicataire demeurait responsable solidairement avec sa filiale de l'exécution du marché et que la prestation globale demeurait inchangée, considéra qu'« [...] un tel arrangement représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial »<sup>90</sup>. En revanche, poursuit la Cour, « [...] si les parts sociales [de l'adjudicataire] étaient cédées à un tiers pendant la durée du marché en cause au principal, il s'agirait non plus d'une réorganisation interne du cocontractant initial, mais d'un changement effectif de cocontractant, ce qui constituerait en principe le changement d'un terme essentiel du marché. Un tel événement serait susceptible de constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50. Un raisonnement analogue s'appliquerait si

---

<sup>88</sup> Voy. en ce sens C. DE KONINCK, P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De uitvoering van overheidsopdrachten na het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken », *R.W.*, 2012-2013, p. 1652.

<sup>89</sup> C.J.U.E., 19 juin 2008, affaire C-454/06, pt. 40. On peut difficilement partager cette vision des choses : donner autant d'importance à la personne de l'adjudicataire reviendrait pratiquement à faire de tout marché un contrat présentant un degré renforcé d'*intuitu personae*, ce qui n'a aucun sens.

<sup>90</sup> C.J.U.E., 19 juin 2008, affaire C-454/06, points 44-45. L'avocat général précise ainsi, dans ses conclusions sous l'arrêt C-454/06 (pt. 57), que « [...] le fait de faire entrer en jeu une filiale dans l'exécution du marché s'apparente alors à un marché *in-house* du prestataire de services qui ne modifie pas en substance les conditions d'exécution du marché public, tout du moins d'un point de vue économique ».

la cession des parts sociales de la filiale à un tiers était déjà prévue au moment du transfert des activités en cause à celle-ci »<sup>91</sup>.

Enfin, ni le texte de l'article 38, ni le rapport au Roi n'indiquent que l'adjudicataire cédant le marché sera déchargé des obligations qui reposent sur lui en exécution dudit marché. Or, si la cession de dette peut résulter d'une convention conclue entre le débiteur initial et le nouveau débiteur (convention par laquelle le nouveau débiteur s'engage à exécuter les obligations à la décharge du débiteur initial), cette cession « [...] n'entraîne pas en soi de décharge du débiteur initial dans ses rapports avec le créancier ; elle ne permet pas le report des sûretés consenties par des tiers à l'obligation assumée par le nouveau débiteur »<sup>92</sup>. Seule la novation par changement de débiteur ou la délégation peut décharger le débiteur cessionnaire. Or, la novation ne se présume point (article 1263 du Code civil). En d'autres termes, à défaut de mention contraire explicite permettant de conclure de manière certaine à l'existence d'une intention de nover (*animus novandi*), la cession du marché auquel, conformément à l'article 38, al. 1<sup>er</sup>, la partie cédée aurait consenti, n'emportera pas automatiquement la décharge de l'adjudicataire cédant le marché.

## 6. Contrôle et surveillance du marché

Dans l'**article 39**, qui reprend l'article 2 du CGCh 96, il est désormais question de **contrôle et surveillance des prestations** de l'adjudicataire. L'article 2 du CGCh 96 portait le titre « organisation et étendue du contrôle », ce terme étant repris de l'article 1, mais le contenu même de l'article 2 ne faisait état que de *surveillance*. Il est cependant difficile de comprendre si les auteurs du texte ont voulu corriger une imprécision contenue dans le texte ancien, ou s'ils avaient en vue une modification de fond. Le rapport au Roi n'est pas d'une grande assistance car il se borne à indiquer : « Il importe de distinguer les deux notions de surveillance et de contrôle, le contrôle ayant un sens plus actif que la surveillance »<sup>93</sup>, ce qui est au demeurant inexact. Ces deux termes sont régulièrement employés dans la littérature relative au contrat d'entreprise. L'architecte est chargé du *contrôle* de l'exécution

<sup>91</sup> C.J.U.E., 19 juin 2008, affaire C-454/06, pts 47-48. La Cour se réfère notamment à son arrêt du 10 novembre 2005 (C.J.U.E., 10 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-29/04, *Rec.* p. I-9705, pts 38 à 42).

<sup>92</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1885.

<sup>93</sup> *M.B.*, 14 février 2013, p. 8770.



des travaux, la *surveillance* de celle-ci revenant à l'entrepreneur lui-même. Or, la jurisprudence établie depuis de nombreuses années considère que le *contrôle* de l'architecte peut être ponctuel (visite hebdomadaire et présence lors des opérations délicates) tandis que la *surveillance* est permanente<sup>94</sup>. La seule chose à retenir, *in fine*, est que le pouvoir adjudicateur dispose des pouvoirs les plus larges pour vérifier que le marché est correctement exécuté<sup>95</sup>.

L'article 40, qui concerne le **contrôle des quantités exécutées**, est une disposition essentielle qui subit une modification notable par rapport à l'article 24 du CGCh 96 dont elle dérive. Celui-ci prévoyait simplement, pour les marchés autres qu'à prix global, un mesurage contradictoire des quantités. On plaidait alors, très logiquement, que l'initiative de ces opérations de mesurage revenait à l'adjudicataire, étant à la fois celui qui a le plus grand intérêt à établir les quantités exécutées et le plus apte à déterminer le moment où ces mesurages doivent avoir lieu<sup>96</sup>. C'est donc avec surprise que l'on découvre dans l'article 40 du CGCh 2013 que les mesurages sont dorénavant effectués « par le pouvoir adjudicateur, en présence de l'adjudicataire ». Cette disposition, qui nous semble aller à l'encontre de la logique, nécessitera une grande attention de la part des pouvoirs adjudicateurs.

Les **articles 41 à 43**, qui traitent des **réceptions techniques**, n'ont subi que des modifications de détail par rapport à la version de 1996 du CGCh. Notons cependant que la communication du résultat des

---

<sup>94</sup> Selon la Cour de cassation, « le contrôle de l'exécution des travaux exécuté par l'architecte implique une visite régulière au chantier qui lui permet de contrôler si les travaux ont été effectivement exécutés conformément aux plans, et, eu égard à son expérience professionnelle, d'agir lorsque les problèmes surgissent lors de l'exécution et, le cas échéant, de les résoudre » (Cass., 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2185 ; Cass., 13 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 687). Le devoir de contrôle de l'architecte n'est cependant pas assimilable à une obligation de surveillance impliquant la présence quasi-permanente de l'architecte sur le chantier (voy. p. ex. Mons, 25 mars 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13811 ; Bruxelles, 18 octobre 2002, *R.J.I.*, 2003, p. 195 ; Civ. Termonde, 21 juin 2001, *Entr. et dr.*, 2002, p. 161). Sur cette question, voy. entre autres J.F. HENROTTE, L.O. HENROTTE et B. DEVOS, *L'architecte. Contraintes actuelles et statut de la profession en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 266-275 ; J. BOCKOURT, B. DE COCQUEAU, A. DELVAUX, B. DEVOS et R. SIMAR, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence 2001-2010*, coll. Les dossiers du JT, n° 89, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 299-315.

<sup>95</sup> Le mot *partout* dans l'alinéa 1<sup>er</sup> (« le pouvoir adjudicateur peut faire surveiller ou contrôler partout la préparation ou la réalisation des prestations [...] ») peut poser problème dans la mesure où il autorise le pouvoir adjudicateur à visiter, seul ou accompagné, des entités de production abritant un savoir-faire et des secrets de fabrication bien gardés. Ceci est certainement, en partie tout au moins, à l'origine de l'article 18, établissant le devoir de confidentialité (voy. *supra*).

<sup>96</sup> Voy. M.A. FLAMME, Ph. MATHEL, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 502.

réceptions techniques *a posteriori* est dorénavant soumise à un délai qui ne peut excéder 30 ou 60 jours selon la nature du contrôle effectué.

## 7. Moyens d'action du pouvoir adjudicateur

Les articles 44 à 48 reprennent, sans modification fondamentale, l'article 20 du CGCh 96 relatif aux moyens d'action du pouvoir adjudicateur lorsque l'adjudicataire est en défaut<sup>97</sup>.

Comme indiqué précédemment<sup>98</sup>, bien qu'étant inchangé quant au contenu<sup>99</sup>, l'article 44, relatif aux **défauts d'exécution et sanctions**, se trouve déformé par l'introduction à l'article 2 de définitions mal conçues, en l'occurrence celle de la *mesure d'office*. Dans sa version antérieure, l'article 44 (ancien article 20 § 1), avait pour objet de

<sup>97</sup> Sur cette question en général, voy. entre autres J. CORNET, « Les sanctions envers l'adjudicataire en défaut d'exécution », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP Publ., 2010, pp. 767-780 ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 441-466 et pp. 736-746 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 831-838 ; M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, pp. 227-249.

<sup>98</sup> Voy *supra* le commentaire de l'art. 2.

<sup>99</sup> Notamment l'exigence, posée à l'article 20, § 2 du CGCh 96, de constater les manquements aux clauses du marché (y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur) par un procès-verbal adressé à l'adjudicataire par lettre recommandée (la simple signature pour accusé du procès-verbal ne suffit pas ; voy. Anvers, 17 mai 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 697). Suite à cet envoi « l'adjudicataire est tenu de réparer sans délais ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours suivant le jour déterminé par la date de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés » (art. 44, § 2, al. 2, du CGCh 2013 (anciennement art. 20, § 2, al. 2, du CGCh 96). Les manquements constatés rendent le cocontractant passible des sanctions prévues par le CGCh 2013 (art. 44, § 3, du CGCh 2013). La communication par l'adjudicataire dans les délais de ses moyens de défense, même de manière succincte (voy. Bruxelles, 24 septembre 2009, *M.C.P.*, 2011, p. 495), suffit à contredire la reconnaissance précitée. Si les moyens de défense sont jugés non justifiés, le pouvoir adjudicateur peut également recourir aux mesures d'office, sous réserve bien entendu de l'appréciation au fond de ces moyens (voy. l'art. 47, § 1<sup>er</sup>, du CGCh 2013 (anciennement l'art. 48, § 3, 1<sup>o</sup>, du CGCh 96) ; dans la version de 1977 du CGCh, il n'était pas explicitement précisé que l'administration pouvait prendre des mesures d'office dans le cas où l'adjudicataire avait présenté des moyens de défense non convaincants). Sur les conséquences du silence de l'adjudicataire en cas de procès-verbal de manquement, voy. S. LEROY, « Peut-on prendre certaines libertés avec le formalisme imposé par le Cahier général des charges ? », note sous Cass, 3 septembre 2009, *Entr. et dr.*, 2010, pp. 55-59. La jurisprudence fait du respect des formalités énoncées dans le Cahier général des charges une condition du recours par le pouvoir adjudicataire aux mesures d'office prévues par le CGCh 2013. À défaut d'avoir respecté les formes et les délais du procès-verbal de manquement, le droit commun du contrat d'entreprise trouve application, le pouvoir adjudicataire étant tenu de rapporter la preuve de la faute de son cocontractant (voy. p. ex. Bruxelles, 1<sup>er</sup> octobre 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 65 ; Civ. Namur, 6 septembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1057 ; Mons, 10 février 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 286) ; voy. également la jurisprudence citée par E. THIBAUT et P. THIEL, « Chronique de jurisprudence judiciaire et du Conseil d'État 2011 », *M.C.P.*, 2011, p. 303.

déterminer les conditions dans lesquelles les mesures d'office pouvaient être appliquées. Est-ce encore vraiment le cas si l'on accorde une quelconque portée à la définition reprise à l'article 2 ? La seule manière de concilier les deux dispositions est de considérer que les situations visées par l'article 44 constituent des manquements graves. Quoi qu'il en soit, nous considérons pour notre part que le texte des articles 44 à 48 prime sur les définitions et qu'il convient d'appliquer les règles relatives aux mesures d'office comme elles l'ont toujours été.

L'article 45 vise les **pénalités** générales, applicables aux manquements pour lesquels aucune sanction particulière n'est prévue (anciennement l'article 20 § 4 du CGCh 96). Le texte relève à peine les fourchettes dans lesquelles peuvent être fixés les montants dérisoires de ces pénalités<sup>100</sup>, de sorte que celles-ci conservent un intérêt assez limité. Le rapport au Roi explique en outre la disparition des mots « de plein droit » par la nécessité d'établir un procès-verbal. Dans la mesure où tel était déjà le cas auparavant, soit ces mots n'avaient aucune portée et leur suppression clarifie le texte, soit ces mots visaient autre chose et leur suppression n'est pas justifiée<sup>101</sup>.

L'article 46, qui traite des **amendes pour retard**<sup>102</sup>, ne résout pas la délicate question qui se pose en rapport avec cette sanction, à savoir la signification exacte du caractère « forfaitaire » des amendes pour retard, lequel n'est d'ailleurs plus aujourd'hui mentionné que dans la définition des amendes, à l'article 2.

Selon le rapport au Roi, « les amendes constituent une indemnisation forfaitaire du seul pouvoir adjudicateur pour les dommages résultant

---

<sup>100</sup> Le maximum de la pénalité est, en effet, fixé à 400 euros, sans considération de la valeur du marché (art. 45, § 2, du CGCh 2013).

<sup>101</sup> L'expression « de plein droit » ne permet, en effet, que d'éviter le recours judiciaire préalable à la mise en œuvre de la sanction contractuelle ; elle trouve d'évidence sa place dans la matière de l'exécution des marchés publics, caractérisée, à la différence du droit privé des contrats, par le privilège du préalable et de l'exécution d'office (sous contrôle judiciaire *a posteriori*) dont profite le pouvoir adjudicateur (voy. M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 448, p. 788 et p. 849). Elle ne dispense cependant pas le créancier de mettre son débiteur en demeure (voy. P. WERY, *Droit des obligations. Volume I. Théorie générale du contrat*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 731).

<sup>102</sup> Voy. récemment sur cette question A. EECKHOUT, « Uitvoeringstermijn, termijnverlenging en termijnschade bij uitvoering van overheidsopdrachten (werken) », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP Publ., 2010, pp. 401-448.

pour celui-ci du retard dans l'exécution du marché »<sup>103</sup>. Il en résulte, et cela ressort expressément du texte de l'article 46, que l'adjudicataire doit garantir le pouvoir adjudicateur « des dommages et intérêts dont celui-ci serait redevable à des tiers » du fait du retard. Mais il reste d'autres hypothèses dans lesquelles la situation est moins claire. Ainsi, lorsqu'un marché est passé en vue de satisfaire à des obligations imposées au pouvoir adjudicateur par le droit européen dans un certain délai, et que suite au retard de l'adjudicataire, le dépassement du délai imposé donne lieu à des amendes infligées au pouvoir adjudicateur, s'agit-il de « dommages et intérêts dus à des tiers » ou d'un préjudice propre à celui-ci ?<sup>104</sup>. S'il faut ainsi en conclure que ces pénalités, qui peuvent être importantes, sont réputées couvertes par le forfait, le pouvoir adjudicateur conservera un préjudice non négligeable et non réparé. Nous ne croyons pas que tel était l'objectif du texte<sup>105</sup> mais c'est en tous cas une possible conséquence du manque d'évolution de celui-ci. Une clarification serait hautement souhaitable sur ce point, car si ce type de dommages est réputé couvert par le forfait, il devrait être possible d'invoquer l'importance particulière du délai et les conséquences graves d'un dépassement de celui-ci pour justifier une dérogation au cahier général des charges<sup>106</sup>. Dans l'hypothèse inverse (si l'application extensive de l'article 46, alinéa 2, était retenue), le pouvoir adjudicateur se trouverait suffisamment protégé par le cahier général des charges, de sorte qu'il n'y aurait alors pas de raison d'y déroger.

<sup>103</sup> Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu de rapporter la preuve de la réalité ni de l'étendue du dommage subi par le retard (voy. Cass., 6 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 102).

<sup>104</sup> Par un arrêt prononcé le 4 octobre 2002, la Cour d'appel de Gand précise que le montant de la pénalité est de nature à couvrir tout dommage, de quelque nature que ce soit, direct ou indirect, subi par le pouvoir adjudicateur en conséquence du retard. En l'espèce, la Région flamande postulait de l'adjudicataire d'être garantie de toutes sommes dont elle pourrait être tenue redevable envers un autre entrepreneur en raison du retard du chantier causé par l'adjudicataire, ce que la Cour refusa de lui accorder (voy. Gand, 4 octobre 2002, *N.j.W.*, 2003, p. 205, note F. VANDENDRIESSCHE). Cet arrêt a été prononcé dans une affaire à laquelle s'appliquait le Cahier général des charges de 1977. La précision apportée par le texte du CGCh 96, reprise à l'article 46, al. 2, du CGCh 2013, ne nous semble plus permettre désormais une telle jurisprudence.

<sup>105</sup> La forfaitisation des amendes pour retard étant plutôt liée au fait que le préjudice propre effectif du pouvoir adjudicateur est souvent intangible et difficilement chiffrable, de sorte que sans cette forfaitisation, la plupart des retards ne seraient tout simplement pas sanctionnés.

<sup>106</sup> En droit privé de la construction, nombre de contrats prévoient en effet la possibilité, pour le maître de l'ouvrage, de rapporter la preuve que le dommage subi en raison du retard d'exécution est supérieur au montant fixé contractuellement dans la clause pénale. Certains remettent toutefois en cause la validité de la clause pénale rédigée d'une telle manière (voy. P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 700).

Le mode de calcul et le montant maximum des amendes de retard sont différents selon le type de marché considéré. Ils sont exposés respectivement aux articles 86 (marchés de travaux), 123 (marchés de fournitures) et 156 (marchés de services)<sup>107</sup>.

Dans l'**article 47**, qui concerne les **mesures d'office** (résiliation<sup>108</sup>, mise en régie, marché pour compte<sup>109</sup>), certains éléments ont été importés de l'article 48 du CGCh 96, qui ne concernait que les travaux. Il s'agit du 1<sup>er</sup> paragraphe de l'article 47, qui précise quand les mesures d'office peuvent être appliquées, à savoir quand l'adjudicataire n'a pas fait valoir ses moyens de défense dans le délai imparti, quand ces moyens de défense sont insatisfaisants, ou lorsque, même avant l'expiration du délai imparti, l'adjudicataire a reconnu les faits. Ces précisions sont plus à leur place dans les dispositions communes que dans celles relatives aux marchés de travaux mais, en pratique, la modification n'est que de pure forme : les règles en question étaient déjà appliquées à toute procédure de mesures d'office, quelle que soit la nature du marché<sup>110</sup>.

L'**article 48** reprend l'article 20 § 8 du CGCh 96, relatif aux **sanctions complémentaires**, à la fois méconnues et rarement appliquées. Une modification importante est apportée par le CGCh 2013. Dans la version de 1996, le pouvoir adjudicateur pouvait, en matière de fournitures et de services, exclure l'adjudicataire défaillant de ses marchés pour une certaine durée. En matière de travaux, par contre, la sanction envisagée était un déclassement ou une suspension voire un retrait d'agrément, par application de l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux. L'inconvénient était que l'application effective de cette sanction dépendait du gouvernement régional, le pouvoir adjudicateur n'ayant que la possibilité de proposer la sanction. Les auteurs de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ont rétabli

<sup>107</sup> Voy. à ce sujet *infra*.

<sup>108</sup> Lorsque le pouvoir adjudicateur a résilié unilatéralement le marché en application des mesures d'office, il n'est plus en droit de poursuivre la résolution judiciaire du contrat (voy. Cass., 6 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 622 ; Bruxelles, 24 septembre 2009, *M.C.P.*, 2011, p. 495).

<sup>109</sup> Pour une comparaison entre le mécanisme de l'exécution en régie (art. 47, § 2, 3°, CGCh 2013) et le remplacement judiciaire (art. 1143 et 1144 du Code civil) ou extra-judiciaire en droit privé de la construction, voy. W. GELDHOF et M. SOMERS, « Vervanging en indeplaatsstelling van de in gebreke blijvende schuldenaar. Artikelen 1143-1144 B.W. en artikel 20 § 6 AAV als uitdrukking van een gemeen recht van contractenrechtelijke eigenrichting ? », *T.B.O.*, 2008, pp. 138-147.

<sup>110</sup> Celle-ci n'étant de toute évidence pas un critère pertinent pour fonder une différence de traitement en matière d'application des mesures d'office. Voy. également les anciens art. 66, § 2, du CGCh 96 (marchés de fournitures) et 75, § 2, du CGCh 96 (marchés de services).

un certain équilibre en permettant dorénavant, pour les marchés de travaux, d'appliquer la même sanction que pour les marchés de fournitures et services, à savoir l'exclusion temporaire des marchés du pouvoir adjudicateur concerné<sup>111</sup>. Les sanctions liées à l'agrégation subsistent néanmoins et restent les plus appropriées dans les cas de manquements très graves.

L'article 50 organise, comme l'ancien article 17 du CGCh 96, la **remise des amendes** appliquées **pour cause de retard**<sup>112</sup>. Il s'agit bien, indépendamment de ce que pourrait laisser croire l'intitulé de cet article<sup>113</sup>, d'une restitution *a posteriori* d'amendes déjà perçues. Les auteurs du texte ont tenu à réduire le pouvoir discrétionnaire dont disposait le pouvoir adjudicateur et à rendre plus automatique la restitution des amendes quand les circonstances ne justifient pas qu'elles soient appliquées. Si les dispositions visant une plus grande égalité de traitement doivent être approuvées *in abstracto* et sur le plan des principes, la présente modification suscite néanmoins une certaine perplexité. Ainsi, l'adjudicataire a droit au remboursement des amendes si et dans la mesure où il démontre que le retard n'est pas dû à son fait mais à des circonstances visées aux articles 54 et 56 (mieux connus sous leur ancienne appellation : article 16, §§ 1 et 2, du CGCh 96)<sup>114</sup>, auquel cas il convient qu'il les ait dénoncées en temps utile conformément à l'article 52. Si cette dénonciation a eu lieu<sup>115</sup> et si le pouvoir adjudicateur a été convaincu de l'impact sur le délai d'exécution des faits dénoncés, l'adjudicataire avait droit à une prolongation de délai et on comprend alors assez mal pourquoi les amendes pour retard auraient été appliquées et retenues, en tous cas en totalité. Si le pouvoir adjudicateur n'a pas été convaincu par la dénonciation des faits ou l'influence alléguée de ceux-ci, on se demande pourquoi il serait d'un avis différent au moment de décider de la remise des amendes

---

<sup>111</sup> Un entrepreneur exclu en application de l'article 48 ne peut plus, pour une durée déterminée, participer aux marchés du pouvoir adjudicateur en qualité d'adjudicataire ; il ne peut non plus y participer en qualité de sous-traitant, l'article 13 du CGCh 2103 interdisant à l'adjudicataire de confier tout ou partie de ses engagements à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services exclu en application de l'article 48.

<sup>112</sup> Sur les remises d'amendes pour retard, voy. entre autres J.M. CORNET, « Les sanctions envers l'adjudicataire en défaut d'exécution », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP Publ., 2010, pp. 767-780, spéc. pp. 771-774.

<sup>113</sup> En français tout au moins, car le terme *teruggave* est plus explicite.

<sup>114</sup> Le texte de l'article 50, perfectible, ne vise explicitement que l'article 56 mais le « fait du pouvoir adjudicateur » est sans aucun doute une référence à l'article 54.

<sup>115</sup> Ce qui implique aussi la dénonciation des conséquences des faits allégués (*cf.* article 52), dont dans notre hypothèse un certain retard.

pour retard qu'il a appliquées un peu plus tôt. Donc, en réalité, si les parties exécutent la convention de bonne foi, la situation décrite par l'article 50, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, ne devrait jamais se produire.

Au point 2<sup>o</sup> de ce même article, une autre modification a été apportée, par laquelle est étendue aux trois types de marchés une disposition qui ne concernait que les travaux, selon laquelle il y a une présomption de disproportion entre les amendes appliquées et l'importance des travaux en retard lorsque ceux-ci n'excèdent pas 5% du prix du marché. Sans doute faut-il lire qu'il y a présomption de disproportion entre l'application des amendes maximales compte tenu du mode de calcul contractuel et du délai initial d'exécution, de sorte que la règle ne serait pas applicable en cas d'application partielle des amendes. Le texte, dont la rédaction n'est guère soignée, ne le précise cependant pas, tout comme il ne précise pas – pas plus que le rapport au Roi – si la présomption qu'il instaure est réfragable. Heureusement, les deux autres conditions subsistent (la présomption de disproportion suppose la possibilité d'usage normal des prestations exécutées et la démonstration des efforts de l'adjudicataire pour terminer au plus tôt les prestations en retard) et celles-ci seront souvent décisives.

Enfin, le délai dans lequel les demandes de remise d'amendes doivent, à peine de déchéance, être introduites, a été allongé : il passe de 60 jours (article 17, § 3, du CGCh 96) à 90 jours (article 50, § 3, du CGCh 2013), à compter du paiement unique ou du paiement déclaré fait pour solde (pour ce qui concerne les marchés de travaux), ou à compter du paiement de la facture sur laquelle les amendes ont été retenues (pour ce qui concerne les marchés de fournitures et de services)<sup>116117</sup>.

L'article 51 est une disposition nouvelle qui permet la **remise** non pas des amendes pour retard mais **des pénalités** lorsque celles-ci

---

<sup>116</sup> Le texte ne visant qu'un nombre de jours à compter du paiement, une demande formulée antérieurement au paiement déclaré fait pour compte ne devrait dès lors pas être déclarée prématurée (voy. en ce sens M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 415).

<sup>117</sup> Comme autrefois, l'article 50, § 3, du CGCh 2013 pose pour seule exigence que la demande soit formulée par écrit dans le délai de 90 jours. En revanche, l'indication des faits et circonstances dans la demande de remise n'est pas prescrite à peine de nullité ou de déchéance (Cass., 19 septembre 2008, *Entr. et dr.*, 2009, p. 54).



sont disproportionnées à l'importance du défaut reproché<sup>118</sup>. Les auteurs n'avaient certainement pas en vue les pénalités générales, peu susceptibles d'être disproportionnées vu leurs montants dérisoires. Et comme les pénalités spéciales prévues par le cahier spécial des charges sont normalement calculées au plus juste pour sanctionner des manquements considérés comme très dérangeants, on se demande dans quels cas l'article 51 trouvera à s'appliquer.

## 8. Conditions d'introduction des réclamations et requêtes

L'article 52 reprend le contenu de l'article 16, § 3, du CGCh 96, source de très nombreux litiges. Il fait reposer sur l'adjudicataire qui veut invoquer des faits qui perturbent l'exécution du marché pour obtenir une indemnisation, une **obligation de dénonciation** de ceux-ci dans certains délais<sup>119</sup>. Ce n'est, finalement, qu'une application du principe d'exécution de bonne foi des conventions : il faut éviter que le pouvoir adjudicateur se retrouve confronté, en fin de marché, à des réclamations fondées sur des faits dont il n'a pas eu connaissance ou dont il n'a pas pu mesurer l'impact sur l'exécution du marché<sup>120</sup>. Pour éviter cette situation, et pour permettre au pouvoir adjudicateur d'agir, l'adjudicataire doit lui dénoncer par écrit<sup>121</sup>, non seulement les faits dont il compte se prévaloir, mais également les conséquences que ceux-ci vont avoir sur l'exécution du marché.

<sup>118</sup> Le délai dans lequel la demande de remise doit être introduite est le même que celui visé à l'article 50, § 3, du CGCh 2013, soit 90 jours.

<sup>119</sup> Sur l'article 16, § 3, du CGCh 96, voy. entre autres M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 394-401 ; A. DELVAUX, « La dénonciation en cours de l'exécution d'un marché public, condition de mise en œuvre d'un droit ou clause d'exonération pour déchéance », *J.T.*, 1989, pp. 53-58 ; A. DELVAUX et T. BEGUIN, « Les conditions de recevabilité d'une demande fondée sur l'article 15, § 5 (interruption des travaux sur ordre de l'administration) et § 6 (interruption des travaux pour retard de paiement) du cahier général des charges », note sous Cass., 28 janvier 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 293 ; M.A. FLAMME, « Le piège de la forclusion pour les entreprises adjudicatrices de marchés publics réclamant en justice le jeu du célèbre article 16 du Cahier général des charges », *Entr. et dr.*, 2008, pp. 146-150 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 808-814.

<sup>120</sup> Sur ce fondement, voy. M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., Tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 395.

<sup>121</sup> Aucune forme n'est toutefois prescrite. Aussi, rien ne s'oppose de manière générale à ce qu'un procès-verbal de réunion de chantier puisse constituer une dénonciation valable au sens de l'article 16 du cahier général des charges (Cass., 21 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1494, note S. LEROY ; Cass., 29 mars 2013, *M.C.P.*, 2013, p. 239), à condition, selon nous, que le rédacteur de ce procès-verbal soit l'adjudicataire, et non le maître de l'ouvrage ou l'auteur de projet.



Une jurisprudence à nos yeux laxiste s'était progressivement développée et l'invention de dispenses prétoriennes a obligé les rédacteurs du cahier général des charges à réagir. Une première fois en 1977, alors que la jurisprudence, avait estimé que les ordres du pouvoir adjudicateur lui étaient nécessairement connus et ne devaient donc pas lui être dénoncés<sup>122</sup>. C'était oublier un peu vite l'objet essentiel de la dénonciation : évaluer les conséquences de cet ordre sur l'exécution du marché, ce que le pouvoir adjudicateur n'est pas nécessairement en mesure de faire<sup>123</sup>. Le cahier général des charges de 1977 avait donc été amendé par rapport à la version de 1964 afin de préciser que si le fait dont se prévalait l'adjudicataire était un ordre du pouvoir adjudicateur, les conséquences de celui-ci devaient bien être dénoncées<sup>124</sup>. Ceci n'a pas empêché certains plaideurs de prétendre, avec succès, qu'un fait connu du pouvoir adjudicateur (autre qu'un ordre) ne devait pas être dénoncé, pas plus que ses conséquences<sup>125</sup>. La Cour de cassation a même estimé à quatre reprises – et la dernière fois le 29 mars 2013 –, que le délai de forclusion de 30 jours énoncé à l'article 16, § 3, du CGCh 96 ne s'appliquait qu'à la dénonciation des faits eux-mêmes et non à celle de leurs conséquences sur l'exécution du marché<sup>126</sup>, ce qui selon nous allait manifestement à l'encontre du texte<sup>127</sup>.

L'article 16, § 3, devenu 52 dans le CGCh 2013, a donc à nouveau été adapté en réaction à cette jurisprudence. L'obligation de dénoncer au plus tôt les faits et circonstances – mais également celle de signaler l'influence de ceux-ci sur l'exécution du marché – s'impose tant aux faits et circonstances connus du pouvoir adjudicateur qu'à ceux qui

<sup>122</sup> Voy. Cass., 22 septembre 1983, *Entr. et dr.* 1984, p. 19. L'arrêté ministériel du 14 octobre 1964 était applicable. Cet arrêt s'appuyait sur une décision antérieure (Cass., 16 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 148).

<sup>123</sup> C'est du reste ce qu'il ressort des arrêts précités de la Cour de cassation (Cass., 22 septembre 1983, *Entr. et dr.*, 1984, p. 19 ; Cass., 16 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 148) : la *ratio legis* de l'obligation de dénonciation consiste à permettre à l'administration de constater la réalité du fait invoqué, d'en apprécier les conséquences et, le cas échéant, d'y porter remède. L'influence du fait sur le marché est donc au moins aussi importante que le fait en lui-même.

<sup>124</sup> Le texte sera encore modifié en 1996 pour corriger une erreur de rédaction, qui permettait de soutenir que la dénonciation des conséquences d'un ordre du pouvoir adjudicateur n'était pas soumise au délai de forclusion de 30 jours.

<sup>125</sup> Voy. Cass., 25 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 381. Voy. également la jurisprudence citée par M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 396.

<sup>126</sup> Cass., 22 janvier 1987, *Entr. et dr.*, 1988, p. 128 ; Cass. 21 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1494, note S. LEROY ; Cass., 25 mars 2011, *Pas.*, 2011, p. 899 ; Cass., 29 mars 2013, *M.C.P.*, 2013, p. 239.

<sup>127</sup> Voy. S. LEROY, « Quand la Cour veut faire la loi : histoire d'une jurisprudence boiteuse... », note sous Cass. 21 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1496-1500.

ne le sont pas<sup>128</sup>. Pour le surplus, la rédaction de cette disposition laisse encore à désirer. À l'article 52, alinéa 4, la modification fait en effet explicitement référence à « l'information visée à l'alinéa 3 », c'est-à-dire à la dénonciation des conséquences d'un ordre du pouvoir adjudicateur, mais il n'en résulte pas assez clairement que toutes les dénonciations dont question à l'article 52 sont soumises au délai de forclusion de 30 jours<sup>129</sup>. Certes, c'est évident, mais la jurisprudence citée ci-avant démontre que certaines évidences ne s'imposent pas à tous.

L'article 53, qui reprend l'article 16 § 4 du CGCh 96 (relatif à l'**introduction des réclamations et requêtes justifiées et chiffrées de l'adjudicataire**), ne subit qu'une modification légère : le délai d'introduction des requêtes fondées sur des faits survenus pendant la période de garantie est porté de 60 à 90 jours<sup>130 131</sup>.

## 9. Incidents d'exécution

Si l'article 54 ne nécessite en soi aucun commentaire, on ne peut manquer de relever le caractère manifestement inapproprié du titre sous lequel il a été placé, à savoir « **manquements du pouvoir adjudicateur** ». En effet, il est de jurisprudence constante depuis des décennies que le « fait quelconque » imputable au pouvoir adjudicateur et susceptible de donner lieu au rétablissement d'un équilibre contrac-

<sup>128</sup> Comme par le passé, en ce qui concerne les ordres écrits du pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire n'est pas tenu à une obligation de dénonciation, son obligation se limitant à signaler au pouvoir adjudicateur l'influence que ces ordres pourraient avoir sur déroulement et le coût du marché (art. 52, al. 3, du CGCh 2013).

<sup>129</sup> La Cour de cassation décide que lorsque certains faits ou circonstances perturbant l'exécution du marché se caractérisent par leur continuité ou par leur révélation progressive dans le temps, l'adjudicataire dispose de la faculté de dénoncer ceux-ci aussi longtemps qu'ils perdurent (Cass., 5 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 300).

<sup>130</sup> Le délai « de base », pour obtenir une révision du marché ou des dommages et intérêts, reste un délai de 90 jours à dater de la réception provisoire ; le délai pour obtenir une prolongation des délais ou une résiliation demeure également inchangé (introduction de la requête au plus tard avant l'expiration des délais contractuels).

<sup>131</sup> Par un arrêt du 30 janvier 1997, la Cour de cassation a décidé, s'agissant d'une réclamation de dommages et intérêts, que « si l'adjudicataire préjudicié a l'obligation de chiffrer sa réclamation ou requête, cette évaluation peut n'être que provisoire; [...] en tout cas, l'article 16, § 4, [du CGCh 96] n'a pas et ne pourrait pas avoir pour effet de priver l'adjudicataire lésé du droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice ; [...] les tribunaux peuvent, dès lors, lui accorder à titre de dommages-intérêts un montant supérieur au montant qu'il a indiqué dans sa réclamation ou sa requête conformément à l'article 16, § 4 [...] » (Cass., 30 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 144). Le raisonnement paraît transposable au cas de la requête en prolongation des délais ou en révision ou résiliation du marché, fondée sur la survenance de circonstances imprévisibles.

tuel rompu n'est pas nécessairement fautif et peut n'être qu'une manifestation légitime de l'exercice de la puissance publique<sup>132</sup>. Il conviendrait donc de réparer cette erreur et de remplacer (voire plus simplement de supprimer) le titre de l'article 54.

Il est question ici d'un préjudice dans le chef de l'adjudicataire, mais pas des exigences quant au caractère concret de ce préjudice et de ses conditions d'établissement. Ce point sera abordé dans l'analyse de l'article 58.

**L'article 55** concerne les **suspensions du marché ordonnées par le pouvoir adjudicateur**, qui dans le CGCh 96 étaient traitées dans l'article 15 relatif aux paiements<sup>133 134</sup>. L'actuelle position, dans une section relative aux incidents d'exécution, est assurément plus logique. Sur le fond, les principes sont maintenus – dommages et intérêts accordés à l'adjudicataire lorsque l'ensemble des suspensions dépasse 1/20<sup>ème</sup> du délai d'exécution et au moins 10 jours ouvrables (ou 15 jours, lorsque le délai d'exécution est exprimé en « jours », et non en « jours ouvrables ») –, sous une réserve cependant. L'obligation d'indemniser l'adjudicataire n'était pas d'application lorsque les suspensions du marché étaient prévues par le cahier spécial des charges. Cette possibilité a été supprimée, et on peut se poser la question de la pertinence de ladite suppression. Selon le rapport au Roi, cette modification a pour conséquence de limiter la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de ne pas accorder de dommages et intérêts pour les suspensions ordonnées par lui-même dépassant les durées prévues à cet article. Dorénavant,

---

<sup>132</sup> Voy. Cass., 26 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 868 (« le juge qui constate que l'administration a ordonné d'interrompre l'exécution d'un marché public peut accorder à l'adjudicataire l'indemnisation des dommages qu'il a subis, sans que cela implique une faute de l'administration »). En effet, « le comportement de l'Administration peut être parfaitement justifié par des considérations d'intérêt public, sans constituer un manquement par rapport à ses obligations contractuelles mais avoir pour conséquence de modifier l'objet ou les conditions d'exécution du contrat » (M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 345).

<sup>133</sup> On notera que l'article 15, § 5, du CGCh 96 visait les suspensions « par l'ordre ou par le fait du pouvoir adjudicateur ». Sans doute les auteurs ont-ils estimé qu'une suspension « par le fait » du pouvoir adjudicateur tombe sous le coup de l'article 54 (avec pour conséquence qu'elle peut donner lieu à une révision du marché, plutôt qu'à des dommages et intérêts). Mais on pourrait en dire autant d'une suspension « par l'ordre » de l'administration...

<sup>134</sup> Sur les suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur, voy. entre autres récemment M. SCHOUPS et K. LEMMENS, « Het recht op schadevergoeding ingevolge de onderbreking van de opdracht van werken », note sous Civ. Bruxelles, 11 mars 2011, *Entr. et dr.*, 2011, pp. 288-295 ; M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, pp. 129-138.

une telle possibilité devra répondre aux conditions fixées pour les dérogations, prévues à l'article 9 du présent projet<sup>135</sup>.

Il nous semble cependant que lorsque des suspensions sont annoncées avec un minimum de précision dans le cahier spécial des charges<sup>136</sup>, les soumissionnaires peuvent en tenir compte dans l'établissement de leur offre. Prétendre qu'il faut nécessairement et systématiquement, en plus, une indemnisation ne nous paraît pas justifié. Le risque est alors que les suspensions de marché ne soient plus annoncées, même lorsqu'elles sont prévisibles.

L'article 56 contient une version amendée de l'article 16, § 2, du CGCh 96, selon lequel, dans des circonstances bien délimitées, l'adjudicataire peut également obtenir un rééquilibrage du contrat en raison de **circonstances**<sup>137</sup> **imprévisibles**<sup>138 139</sup>, étrangères au pouvoir adju-

<sup>135</sup> Cette dérogation devra être justifiée par les exigences particulières du marché, être mentionnée de manière explicite au début du cahier spécial des charges et être formellement motivée (voy. l'art. 9, § 4, du CGCh 2013).

<sup>136</sup> La jurisprudence n'admettait d'ailleurs que l'adjudicataire puisse, par une mention dans le cahier spécial des charges des interruptions à prévoir, être privé de son droit à indemnisation, qu'à la condition que ces interruptions aient été décrites avec une précision suffisante, évitant par là d'accorder au pouvoir adjudicateur une trop grande liberté de suspendre les travaux selon son bon vouloir sans indemnité (Civ. Bruxelles, 11 mars 2011, *Entr. et dr.*, 2011, p. 275, note M. SCHOUPS et K. LEMMENS). Pour un aperçu de la jurisprudence sur cette question, voy. également W. ABBELOOS et D. ABBELOOS, « De schadevergoeding wegens onderbreking van een overheidsopdracht van werken », *R.W.*, 2003-2004, p. 646.

<sup>137</sup> Pour un aperçu des circonstances habituellement rencontrées, voy. p. ex. M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, pp. 151-155 ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 356-376 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 794-802. À cet égard, si le texte ne fait plus expressément référence, comme l'art. 16, § 2, 2°, du CGCh 96, aux « conditions météorologiques défavorables et à leurs conséquences », celles-ci peuvent toujours constituer, à condition qu'elles soient « imprévisibles », l'une des circonstances à prendre en compte au sens de l'article 56 du CGCh 2013 (voy. en ce sens le rapport au Roi, p. 8774).

<sup>138</sup> Le caractère imprévisible doit toujours être démontré. Celui-ci peut se définir comme « l'aléa extraordinaire, déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes qu'elles ont pu envisager » (M.A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics. T. II. L'exécution du marché public*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 658, n° 953). Le rapport au Roi (p. 8775) semble même exiger que le caractère extraordinaire ou imprévisible de la circonstance soit « constitutif de force majeure ». Il s'agit d'une confusion car ni le texte, ni la jurisprudence de la Cour de cassation n'exigent que l'adjudicataire se trouve, en raison des circonstances imprévisibles, dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations dans les délais contractuels (Cass., 20 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 63).

<sup>139</sup> Dans un arrêt du 20 mai 2011, la Cour d'appel de Mons précise que lorsque les travaux supplémentaires ont été commandés et que les parties ont convenu pour ceux-ci d'un prix et d'un délai spécifique pour les réaliser, les prétendues perturbations de chantier entraînant un allongement de la durée des travaux ne donnent pas lieu à une indemnisation sur base de l'article 16. La Cour estime en effet

dicateur<sup>140</sup>. Il s'agit d'une application de la théorie de l'imprévision, qui pour le surplus n'est pas admise de façon générale en droit belge<sup>141</sup><sup>142</sup>. Elle est d'ailleurs présentée ici comme une exception (« L'adjudicataire n'a droit en principe à aucune modification des conditions contractuelles pour des circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger. Toutefois, ... ») et les conditions de son application sont donc à interpréter de manière restrictive<sup>143</sup>. Parmi ces conditions applicables lorsque l'adjudicataire souhaite obtenir la révision ou la résiliation du marché<sup>144</sup>, figure celle d'avoir subi

---

que l'entrepreneur a dû inclure dans les prix qu'il a proposés pour la réalisation de ces travaux supplémentaires tous les frais généralement quelconques liés à ces travaux, dont les frais généraux centraux de l'entreprise et du chantier. L'entreprise ne peut pas revenir, après-coup, sur cet accord contractuel (Mons, 20 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1940).

<sup>140</sup> La détermination du caractère imprévisible d'une circonstance relève du pouvoir d'appréciation en fait du juge (Anvers, 14 octobre 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 166, note F. VANDENDRIESSCHE). La circonstance que le cahier spécial des charges informe l'adjudicataire d'un risque, sans autre précision permettant d'en apprécier la réalité et les répercussions, n'est pas en soi, en fonction des circonstances (notamment son importance ou son incidence perturbatrice), de nature à supprimer le caractère imprévisible dudit risque (Liège, 28 juin 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 36).

<sup>141</sup> Sur cette question, voy. entre autres P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 564-562 ; D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738-741. Par un arrêt du 19 juin 2009 rendu dans la matière spécifique de la vente internationale de marchandises, la Cour de cassation, prenant appui sur l'article 7 de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises et sur les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, reconnaît à la partie qui se prévaut d'un changement des circonstances perturbant gravement l'économie contractuelle, d'exiger une renégociation du contrat (Cass., 19 juin 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 734 et p. 988, *D.A.O.R.*, 2010, note D. PHILIPPE). La porte pourrait donc s'ouvrir pour une reconnaissance plus générale de l'imprévision en Belgique, ce que nombre d'auteurs appellent de leurs vœux (voy. p. ex. D. PHILIPPE, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances : une porte entrouverte ? », note sous Cass., 19 juin 2009, *D.A.O.R.*, p. 162 et réf. citées).

<sup>142</sup> Sur la différence entre le régime de l'article 16, § 2, du CGCh 96 et le mécanisme de l'imprévision en droit privé des contrats, voy. I. COOREMAN et B. TOLLET, « Artikel 16 AAV (klachten en verzoeken) – Verschillen en gelijkenissen met het gemeen recht », in *Chronique des marchés publics 2012-2013*, Bruxelles, EBP Publ., 2013, pp. 673-698.

<sup>143</sup> Voy. p. ex. Civ. Bruxelles, 10 avril 2008, *Res. Jur. imm.*, 2008, p. 182. Voy. également en ce sens P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 797 ; l'auteur cite notamment un arrêt inédit prononcé le 27 octobre 2009 par la Cour d'appel d'Anvers, selon lequel « l'immutabilité des dispositions contractuelles découle d'un des principes fondamentaux des marchés publics : le fondement forfaitaire des marchés, et ne concerne pas uniquement le prix, mais également les autres conditions contractuelles ». La Cour en déduit le principe de l'interprétation restrictive de cette disposition. Voy. cependant *contra*, mais à tort selon nous, M.A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Une 'certaine notion' de l'imprévision dans les contrats de l'administration en Belgique », note sous l'avis du 4 décembre 1980 du Comité supérieur de contrôle, *J.T.*, 1980, pp. 172-176 ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 344.

<sup>144</sup> Mais non applicable pour demander une prolongation de délai. La rédaction légèrement modifiée du texte de l'article 56, al. 2 (« toutefois, l'adjudicataire peut soit pour demander une prolongation des délais d'exécution, soit lorsqu'il a subi un préjudice très important, pour demander une autre forme de révision ou la résiliation du marché, se prévaloir de circonstances [imprévisibles] ») fait comprendre que les auteurs de celui-ci considèrent la prolongation du délai d'exécution comme une forme particulière de révision du marché.

un préjudice « très important ». Cette notion très subjective y fait l'objet de débats depuis de nombreuses années et une réponse est enfin apportée dans le CGCh 2013.

L'exigence d'une telle condition s'explique en raison du risque d'entreprise, c'est-à-dire du gain ou de la perte que peut engendrer pour tout adjudicataire l'exécution d'un marché. L'adjudicataire qui est confronté à une circonstance extraordinaire et imprévisible et qui subit de ce fait un dommage supporte, en effet, les pertes qui en découlent à titre de risque normal de l'entreprise. L'article 56 du CGCh 2013 (article 16, § 2, du CGCh 96) considère que l'on sort du risque normal d'entreprise lorsque le préjudice est très important, auquel cas il s'agit plutôt d'un risque lié à l'initiative même du marché, à supporter par celui qui a pris cette initiative. La difficulté consiste, dès lors, à fixer le niveau à partir duquel il y a « préjudice très important ». Le cahier général des charges ne donnait, jusqu'à sa version de 1996, aucune indication à cet égard. Selon certains, un préjudice atteignant 3 % du montant du marché constituait déjà un préjudice très important<sup>145</sup>. Par contre, le Comité supérieur de contrôle avait estimé que des pertes s'élevant à 5,4 % ou 7,6 % du montant du marché ne répondaient pas à l'exigence posée. Par ailleurs le Comité ministériel de coordination économique et sociale avait décidé de fixer le seuil du préjudice très important à 2,5 % du montant des travaux<sup>146</sup>. Cette décision ne liait toutefois pas les juges. Enfin, une récente circulaire du gouvernement flamand a fixé la limite à 5%, en justifiant cette limite comme suit : « On peut partir du constat qu'une marge bénéficiaire normale représente 5% du montant du marché, et que les articles 48, § 2, 66, § 1 et 75, § 1, du CGCh limitent les amendes pour retard également à 5% du montant du marché. Il en résulte que 5% du montant HTVA de l'offre acceptée est un seuil équitable pour considérer le préjudice comme très important. Ce pourcentage correspond également à ceux que la jurisprudence admet »<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Voy. p. ex. M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., Tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 379 ; voy. également Liège, 28 juin 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 36 ; Gand, 28 janvier 2005, *N.j.W.*, 2005, p. 1172.

<sup>146</sup> Voy. en ce sens S. LEROY et L. SCHELLEKENS, « Modifications en cours de marché », in *Les marchés publics*, Actes d'un séminaire IFE du 23 février 2011, Bruxelles, IFE publ., 2011, p. 29.

<sup>147</sup> Omzendbrief BZ-OVO-08-02 du 5 décembre 2008, mentionnée au *Moniteur belge* du 29 janvier 2009.

Ces controverses n'ont plus lieu d'être, l'article 56 du CGCh 2013 fixant désormais à 2,5 % du montant du marché le seuil du préjudice très important, non sans préciser que ce seuil est de toute façon atteint lorsque le préjudice est supérieur ou égal à 100.000 €. La charge de la preuve du préjudice très important s'en trouve, dès lors, considérablement facilitée. Si l'on observe que les auteurs du texte ont ajouté dans le même article que « L'importance du préjudice subi est à apprécier exclusivement en fonction des éléments propres au marché considéré », des questions apparaissent immédiatement. Cette phrase est *a priori* incompatible avec la fixation du montant de 100.000 €, « très important » en soi, sans égard pour les caractéristiques du marché. Sur un marché de 20.000.000 € par exemple, ce montant ne représente que 0,5 % du prix et n'est certainement pas « très important ». Même si cela n'enlève rien à la contradiction relevée ci-avant, on peut aussi imaginer que la phrase citée vise à résoudre une autre difficulté récurrente dans l'application de l'article 16, § 2, du CGCh 96, à savoir la manière d'évaluer le caractère très important du préjudice lorsque celui-ci est subi par un sous-traitant de l'adjudicataire. Dans ce cas, certains soutiennent la thèse pour le moins contestable qu'il faut apprécier le préjudice en comparaison du montant de la part sous-traitée du marché<sup>148</sup>. Il n'en est rien : seul compte le montant du marché attribué par le pouvoir adjudicateur, de telle façon que l'adjudicataire ait à supporter un même risque, qu'il exécute lui-même le marché ou qu'il en sous-traite une plus ou moins grande partie<sup>149</sup>. C'est probablement ce que cherche à exprimer la phrase citée ci-dessus<sup>150</sup>.

Un autre débat qui n'est pas récent est celui de savoir si l'application de l'article 16, § 2, du CGCh 96 devait se faire sous déduction d'une franchise correspondant au risque d'entreprise que l'adjudicataire doit

---

<sup>148</sup> Voy. sur cette question M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 409-410. Cette thèse est de nature faire naître des inégalités difficilement justifiables. Ainsi, l'exposition du pouvoir adjudicateur à un risque de devoir indemniser l'adjudicataire suite à la survenance de circonstances imprévisibles dépendrait, pour un même marché, du nombre de sous-traitants que l'adjudicataire déciderait d'y impliquer.

<sup>149</sup> Voy. également en ce sens M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, p. 157 : « Aan de andere kant is het mogelijk dat een zeer belangrijk nadeel in hoofde van de onderaannemer niet belangrijk is voor de aannemer, gezien het verschil in omvang van hun respectieve contracten, zodat de onderaannemer – op grond van het onderaannemingscontract – mogelijks jegens de aannemer een recht op b.v. een vergoeding kan laten gelden, maar de aannemer niet jegens de overheid ».

<sup>150</sup> On ne peut que déplorer la maigre qualité du rapport au Roi, qui devrait aider à interpréter le texte mais qui risque de ne pas être d'une grande utilité, faute de contenir toutes les explications attendues et de s'exprimer avec la précision requise.



de toute façon supporter. Jusqu'ici, la réponse était invariablement négative<sup>151</sup>. L'article 56 du CGCh 2013 modifie cette situation en instaurant une franchise de 17,5 % du montant du préjudice<sup>152</sup>, avec un maximum de 20.000 €. Si le principe de la franchise nous paraît défendable – car il ne s'agit pas ici de réparer un dommage causé par une faute (de sorte que le principe de réparation intégrale est sans pertinence), mais bien de rétablir un équilibre contractuel rompu –, l'idée de plafonner la franchise est tout aussi critiquable que la fixation d'un seuil de préjudice « très important » à 100.000 €. On ne peut pas pour autant déplacer cet équilibre en supprimant totalement le risque d'entreprise que doit assumer l'adjudicataire<sup>153</sup>.

Par ailleurs, la question de l'établissement du préjudice allégué n'est pas réglée par cette disposition<sup>154</sup>. Il est fait renvoi à l'examen de l'article 58 ci-dessous.

Enfin, on rappellera encore que, conformément aux articles 52 et 53 commentés *supra*, de strictes conditions de forme et de délais sont imposées à l'adjudicataire qui postule, en raison de la survenance de circonstances imprévisibles (qu'elles soient ou non connues du pouvoir adjudicateur), soit une prolongation des délais d'exécution, soit, lorsqu'il a subi un préjudice très important, la révision du marché ou la résiliation du marché.

**L'article 57**, qui reprend l'article 16, § 7, du CGCh 96, n'appelle aucun commentaire particulier, si ce n'est le constat qu'il a été placé sous un titre « **conditions d'introduction des requêtes par l'adjudicataire** », qui n'a rien à voir avec son objet ; le contenu de l'article 57 trouverait plus adéquatement sa place sous le titre de la section 8

<sup>151</sup> Voy. Cass., 8 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 637 ; Cass., 28 septembre 1989, *Entr. et dr.*, 1990, p. 123 ; Liège, 29 juin 1995, *Entr. et dr.*, 1995, p. 381 ; Bruxelles, 11 juin 1987, *Entr. et dr.*, 1988, p. 164 ; Civ. Bruxelles, 8 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 221 ; *contra* Civ. Bruxelles, 27 février 1989, *Res jur. imm.*, 1991, p. 159, note M. SENELLE.

<sup>152</sup> Selon le rapport au Roi (p. 8775), « la franchise s'établit quant à elle sur le montant du préjudice et non par rapport au montant de l'offre ».

<sup>153</sup> L'analyse de ce problème dépasse le cadre de la présente contribution. Il faudrait encore examiner une autre controverse, à savoir s'il faut appliquer l'article 56 à chaque « circonstance » prise isolément ou si l'accumulation de petites perturbations sans gravité peut justifier que l'entrepreneur puisse invoquer un préjudice très important à l'échelle de son chantier. Car le risque d'entreprise, lui, s'analyse à l'échelle du chantier. Le texte ne répond pas à cette question mais le rapport au Roi (p. 8775) envisage un tel cumul (« Ce pourcentage pourrait résulter de plusieurs circonstances n'atteignant pas individuellement le seuil de 2,5 pourcent mais l'atteignant par leur addition »).

<sup>154</sup> Voy. également le commentaire en ce sens de l'art. 54, *supra*.



(plus spécifiquement à l'article 53). Simple erreur matérielle, sans doute, mais qui gagnerait à être corrigée.

L'article 58 donne au pouvoir adjudicateur, comme le faisait l'article 16, § 5, du CGCh 96, le droit de faire procéder à la **vérification de la comptabilité de l'adjudicataire**. Selon notre expérience, ce droit n'est que très rarement mis en œuvre. Alors que la version de 1996 limitait ce pouvoir à certains types de demandes, l'article 58 du CGCh 2013 permet cette vérification dans toute situation de réclamation introduite par l'adjudicataire, que ce soit pour obtenir des dommages et intérêts ou pour obtenir une révision du marché.

Il nous semble découler de cet article que le caractère réel et concret du préjudice allégué peut (et par conséquent, doit) être vérifié. On peut dès lors se demander comment tant de réclamations sont encore introduites sur la base de méthodes d'évaluation théoriques, du type « formule Flamme » ou autre. De plus en plus, et à juste titre, les tribunaux rejettent ces évaluations et ordonnent une expertise comptable<sup>155</sup>, expertise qui aboutit dans certains cas à la conclusion que la comptabilité ne révèle aucun préjudice. Une telle expertise serait souvent inutile si le pouvoir adjudicateur faisait usage de la faculté qui lui est ici accordée de procéder lui-même aux vérifications.

De manière générale, le cahier général des charges manque peut-être un peu de finesse en ne distinguant pas les cas dans lesquels l'adjudicataire réclame des dommages et intérêts, de ceux dans lesquels il sollicite la révision du marché. Il nous semble que les dommages et intérêts sont limités aux cas de responsabilité, c'est-à-dire aux cas dans lesquels une faute du pouvoir adjudicateur est démontrée. Ce n'est qu'en l'absence de faute, alors que le droit commun n'accorderait aucune indemnité à l'adjudicataire, qu'intervient l'application de la théorie de l'imprévision et le rétablissement de l'équilibre du contrat. La distinction entraîne de nombreuses conséquences (principe de réparation intégrale, intérêts moratoires/compensatoires, applicabilité de la TVA,...) et il en résulte, selon nous, une approche différente tant dans la manière, pour l'entrepreneur, de rédiger la requête que, pour le pouvoir adjudicateur, dans les vérifications à opérer.

---

<sup>155</sup> Voy. en ce sens, P. HOREMANS, « Cour d'appel de Mons. 10 ans de droit des marchés publics (2001-2011). Analyse et commentaire de 52 arrêts inédits », *Le Pli juridique*, 2012, liv. 19, p. 31.

Enfin, l'**article 60** rassemble les dispositions relatives à l'application « à rebours » des articles 54 et 56. Il permet au pouvoir adjudicateur de se prévaloir des **manquements de l'adjudicataire et circonstances imprévisibles**. Ces dispositions avaient été intégrées dans le CGCh en 1996<sup>156</sup> mais leur application est restée très marginale<sup>157</sup>. La piètre qualité du texte, déjà relevée par M.A. Flamme<sup>158</sup>, n'y était certainement pas étrangère. C'est donc avec une certaine surprise que l'on retrouve dans le CGCh 2013 ces mêmes dispositions mal écrites au point d'en être quasi inapplicables.

Le pendant de l'article 54 (manquements de l'adjudicataire) est assez difficile à comprendre. Il stipule que le pouvoir adjudicateur « peut se prévaloir des carences, lenteurs ou faits quelconques qu'il impute à l'adjudicataire ou à son personnel (...) ». Les carences et lenteurs sont des fautes contractuelles, constitutives en même temps de défauts d'exécution au sens du CGCh, de sorte que les différentes sanctions énoncées aux articles 44 et suivants (en particulier les pénalités, amendes pour retard et mesures d'office) sont applicables. Dans cette mesure, le texte est inutile. La notion de *faits quelconques* est quant à elle dépourvue de sens dans ce contexte. Ce vocable vise en substance, dans l'article 54, les actes légitimes que pose le pouvoir adjudicateur et qu'un cocontractant privé ne pourrait pas poser. On voit par contre difficilement quels faits non fautifs de l'adjudicataire pourraient donner lieu à la révision du marché, à sa résiliation ou encore *a fortiori* à des dommages et intérêts. Dès lors qu'il ne s'agit ici ni de responsabilité civile, ni d'imprévision, ce texte nous paraît dépourvu de véritable portée. Une anomalie a par contre été réparée : là où l'adjudicataire devait dénoncer les faits et leurs conséquences dans des délais stricts, rien n'était prévu dans le CGCh 96 à charge du pouvoir adjudicateur. Dorénavant, le même délai de 30 jours s'applique, quelle que soit la partie qui demande la révision du marché.

Pour le pendant de l'article 56 (circonstances imprévisibles), la situation est un peu différente. Si l'on admet la théorie de l'imprévision dans le cadre de l'exécution des marchés publics, il est difficilement

<sup>156</sup> Voy. l'art. 16, § 1<sup>er</sup>, al. 2, et l'art. 16, § 2, 4<sup>o</sup>, du CGCh 96.

<sup>157</sup> Voy. P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 797 : « l'expérience montre que ce mécanisme, au profit du pouvoir adjudicateur, est très rarement usité ».

<sup>158</sup> M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 353.

justifiable de ne l'admettre qu'au profit d'une seule partie contractante. Contrairement à l'alinéa 1<sup>er</sup>, l'alinéa 2 de l'article 60 a donc en théorie une raison d'être ; le problème réside, cette fois, plus dans la forme que dans le fond du texte. Il est d'abord étonnant que l'on se réfère à un *avantage très important* de l'adjudicataire. D'habitude, la théorie de l'imprévision s'applique lorsqu'une partie à un contrat voit ses prestations devenir plus difficiles ou plus onéreuses, et non lorsque son cocontractant peut réaliser un bénéfice inattendu. Cette approche n'est cependant pas incompatible avec le fondement de l'imprévision, qui repose sur la perte de l'équilibre contractuel voulu par les parties. Il est par ailleurs surprenant que l'article 60, al. 2 opère un renvoi aux « circonstances mentionnées à l'article 56 », c'est-à-dire, selon le texte de l'article 56, celles « auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger ». En principe, l'imprévision trouve à s'appliquer dans des circonstances qui échappent à la volonté des deux parties. Le texte, tel qu'il est écrit, engloberait par exemple l'hypothèse où l'adjudicataire trouve en cours de chantier une méthode d'exécution sensiblement plus économique que celle envisagée. Ceci ne relève normalement pas de la théorie de l'imprévision. Enfin, il est curieux que les auteurs du texte n'aient pas jugé utile de fixer le seuil de l'avantage très important et de l'éventuelle franchise à appliquer dans le rééquilibrage du contrat, comme ils l'ont fait dans le cadre de l'article 56.

Concernant la dénonciation des faits et le délai dans lequel elle doit intervenir, la nouvelle mouture du texte n'est pas meilleure que l'ancienne ; le problème se trouve simplement déplacé. Dans le CGCh 96, le pouvoir adjudicateur devait dénoncer au plus tôt le fait invoqué et ses conséquences, sans que soit reprise la limite des 30 jours de l'article 16, § 3. Dans le CGCh 2013, si la notion « au plus tôt » a disparu, un délai de 30 jours (à dater de la survenance des faits ou circonstances, ou de la date à laquelle le pouvoir adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance), miroir de l'article 52, alinéa 4, a été introduit ; les conséquences du fait à dénoncer ne sont par ailleurs plus visées. Compte tenu des explications – laconiques – fournies dans le rapport au Roi<sup>159</sup>, seule l'introduction des 30 jours semble avoir été voulue, le reste étant le résultat d'une maladresse rédactionnelle.

---

<sup>159</sup> Concernant l'art. 60, al. 3, le rapport au Roi précise uniquement (p. 8776) : « il convient de signaler que l'indication d'un délai maximum de trente jours est nouvelle et vise à aligner la solution applicable aux pouvoirs adjudicateurs sur celle qui s'applique aux adjudicataires ».

## 10. Fin du marché

Les articles 61 à 65 sont consacrés à la fin du marché. Les articles 61 à 63 qui reprennent, avec des modifications mineures, l'ancien article 21 du CGCh 96, traitent des cas dans lesquels le marché peut ou doit être résilié. Il ne s'agit donc pas d'une résiliation (ou d'une résolution<sup>160</sup>) pour faute, traitée dans le cadre des mesures d'office, mais plutôt de circonstances dans lesquelles la poursuite du marché n'est plus envisageable (faillite, décès, condamnation pénale de l'adjudicataire, etc.). Quant aux articles 64 et 65, ils reprennent, en le restructurant, l'article 19 du CGCh 96 consacré aux réceptions et garanties.

Parmi les modifications<sup>161</sup>, on note, entre autres, à l'**article 61** (visant la **mort de l'adjudicataire**), que lorsque le marché est confié à une personne physique, ses ayants droits doivent informer le pouvoir adjudicateur du décès de l'adjudicataire, ainsi que de leur intention concernant la poursuite du marché, dans les 30 jours de calendrier qui suivent le décès<sup>162</sup>. Le pouvoir adjudicateur dispose ensuite d'un même délai de 30 jours de calendrier pour notifier sa décision quant à la poursuite ou non du marché par les ayants droits de l'adjudicataire<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> Nous n'alimenterons pas ici la controverse sur l'emploi de ces termes. Pour une majorité de la doctrine, la dissolution d'un contrat pour faute grave doit toujours être dénommée « résolution », qu'elle opère *ex tunc* ou seulement *ex nunc*. En ce sens, l'utilisation du terme « résiliation » par le CGCh 2013 paraît inadéquate. En revanche, si on retient les effets sur le contrat comme critère de distinction entre résolution (*ex tunc*, intégrale) et résiliation (*ex nunc*, pour ce qui reste à exécuter), c'est à juste titre que le terme résiliation est employé dans le CGCh (art. 16, 20, 21 du CGCh 96 / art. 47, 54, 56 et 61-63 du CGCh 2013). Sur cette querelle terminologique, voy. P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 903.

<sup>161</sup> Outre le décès, visé à l'art. 61 du CGCh 2013, les cas dans lesquels le marché peut être résilié ont été élargis, par comparaison à l'art. 21, § 4, 1<sup>o</sup> du CGCh 96 : là où cette disposition ne visait que la « faillite de l'adjudicataire ou toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales », le nouvel article 61 vise, par renvoi aux arrêtés royaux relatifs à la passation des marchés publics dans les différents secteurs, un nombre bien plus large d'hypothèses : il s'agit de celles dans lesquelles un candidat ou un soumissionnaire peut, à quelque stade que ce soit, être exclu de l'accès au marché (sont notamment visés les cas de condamnations pénales pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou blanchiment, ainsi que les cas de faillite, de liquidation ou de cessation d'activité, les hypothèses de condamnation affectant la moralité professionnelle de l'entrepreneur, les cas de faute grave de ce dernier, le non-paiement des cotisations sociales ou des impôts ou taxes, ou encore les hypothèses de fausses déclarations de l'adjudicataire dans les renseignements exigés en matière de sélection des candidats).

<sup>162</sup> Art. 61, al. 1, du CGCh 2013. Un délai de 15 jours de calendrier était autrefois prévu à l'art. 21, § 3, al. 1<sup>er</sup>, du CGCh. Le rapport au Roi précise par ailleurs (p. 8776) que « le cas prévu au paragraphe 1<sup>er</sup> n'est pas comparable aux cas de la SPRLU ou de la SPRL starter constituée par un seul associé. En effet, de telles structures peuvent employer du personnel susceptible d'assurer la continuité du marché ».

<sup>163</sup> Un même double délai est établi lorsque le marché est confié à plusieurs personnes physiques et que l'une ou plusieurs d'entre elles décède(nt). Après avoir reçu notification du décès par les survivants et les ayants droit dans les 30 jours calendrier du décès, ainsi que l'intention des ayants droit, dans ce même délai, quant à la poursuite de l'exécution du marché, il revient au pouvoir adjudicateur

L'absence de réponse fait présumer le refus du pouvoir adjudicateur, le marché étant dans pareil cas résilié de plein droit<sup>164</sup>. La rédaction de l'article 61 laisse à désirer : lorsque le marché n'est pas *intuitu personae*, le pouvoir adjudicateur, lorsque les ayants droit ont fait savoir qu'ils ne souhaitent pas poursuivre l'exécution du contrat, pourrait-il imposer à ceux-ci la poursuite de l'exécution du marché ? De même, « [...] la résiliation de plein droit intervient-elle seulement si les ayants droit n'ont pas fait connaître le décès et leur intention quant à la poursuite du marché dans le délai leur imparti pour ce faire ou est-elle également d'application si le pouvoir adjudicateur ne fait pas connaître sa décision dans le délai dont il dispose *pour ce faire* ? »<sup>165</sup>. Et qu'en est-il si les ayants-droits, sans informer le pouvoir adjudicateur du décès, poursuivent l'exécution du marché ?

L'article 63 n'apporte rien de nouveau : le marché fait l'objet d'une **liquidation du marché** en l'état où il se trouve sur la base des prestations effectuées à la date de la résiliation. Un paragraphe a toutefois été réservé à l'accord-cadre, permettant au pouvoir adjudicateur de décider que la résiliation de l'accord-cadre est sans effet sur les marchés subséquents en cours d'exécution.

L'article 64 reprend le contenu de l'article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du CGCh 96, traitant de la **réception des prestations**, désormais définie à l'article 2, 15<sup>o</sup>, du CGCh 2013<sup>166</sup>. La réception provisoire (à l'issue de l'exécution des prestations) est toujours distinguée de la réception définitive, à l'expiration du délai de garantie (sans préjudice de l'application éventuelle de la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes conformément aux articles 1792 et 2270 du Code civil pour les vices graves affectant la solidité ou la stabilité d'un ouvrage)<sup>167</sup>.

---

d'apprécier, dans les 30 jours, « s'il y a lieu de résilier le marché ou si sa continuation peut être assurée par les survivants et/ou les ayants droit du défunt, conformément à leur engagement » (voy. l'art. 61, § 2, du CGCh 2013).

<sup>164</sup> Voy. l'art. 61, § 1<sup>er</sup>, *in fine*.

<sup>165</sup> A.L. DURVIAUX, T. DELVAUX et D. FISSE, *La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux*, coll. Dossiers Marchés et Contrats publics, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 153.

<sup>166</sup> La réception est la « constatation par le pouvoir adjudicateur de la conformité aux règles de l'art ainsi qu'aux conditions du marché de tout ou partie des travaux, fournitures ou services exécutés par l'adjudicataire » (art. 2, 15<sup>o</sup>).

<sup>167</sup> Sur les effets respectifs de la réception provisoire et de la réception définitive, voy. entre autres F. BURSENS, « De definitieve oplevering van werken bij overheidsopdrachten : enkel knelpunten », note sous Civ. Gand, 12 juin 2002, *T.B.O.*, 2003, pp. 57-60 ; I. COOREMAN, « De oplevering bij overheidsopdrachten », *M.C.P.*, 2011, pp. 395-434 ; B. DE COCQUEAU et A. DELVAUX, « Incidences de la réception-agréation dans le contrat d'entreprise sur la charge de la preuve et les responsabilités », *in Contrats spéciaux*, coll. Recyclages en droit, Limal, Anthemis, 2013, pp. 135-161.

Une nouveauté apparaît à l'alinéa 2, également à propos de l'accord-cadre : lorsqu'un tel accord est conclu avec un seul adjudicataire, la dernière réception accordée pour un marché conclu sur la base de cet accord-cadre vaut réception de celui-ci. Cette précision est importante, dans la mesure où la date de l'octroi de la réception emporte des conséquences non négligeables, telles la libération du cautionnement ou la prise de cours de certains délais.

Quant à l'**article 65**, il traite de la **garantie** accordée par l'adjudicataire. Aucune évolution significative n'est relevée, au regard de l'article 19, § 2, alinéas 2 et 3, et §§ 3 à 7, du CGCh 96 dont il est presque mot pour mot inspiré. Rappelons que, figurant dans le chapitre relatif aux « dispositions communes aux marchés de travaux, de fournitures et de services », cette disposition règle également la garantie que doit au pouvoir adjudicateur le fournisseur ou le prestataire de service postérieurement à la livraison des fournitures ou des services.

## 11. Conditions générales de paiement

Les articles 66 à 72 concernent les règles de paiement, dont on sait qu'elles dépendent directement de l'évolution du droit européen. Le CGCh 2013 transpose d'ailleurs la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 en matière de lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales<sup>168</sup>. Les modifications restent toutefois assez limitées par rapport aux dispositions du CGCh 96<sup>169</sup>.

Dans l'**article 67**, relatif au **versement d'avances** à l'adjudicataire, il s'est avéré nécessaire d'introduire de nouvelles hypothèses. Rappelons en effet que l'octroi d'avances est interdit en dehors des exceptions spécifiées par la réglementation<sup>170</sup>, ce qui peut poser problème lorsque le fournisseur ou prestataire de services est en position d'exiger un

<sup>168</sup> Le seul problème étant que les dispositions de celle-ci sont entrées en vigueur avant le CGCh 2013 et que celui-ci contient donc des prescriptions anachroniques.

<sup>169</sup> L'article 66 maintient, ainsi, l'exigence pour l'adjudicataire d'introduire une déclaration de créance auprès du pouvoir adjudicateur, même lorsqu'un procès-verbal a été dûment dressé par ce dernier, constatant que le marché est parvenu à un degré de réalisation donnant droit à un paiement (voy. l'art. 66, al. 2, du CGCh 2013).

<sup>170</sup> Il est par ailleurs limité à 50 %, sauf dans les cas visés à l'art. 67, 2° (s'agissant, en bref, des marchés de fournitures ou de services qu'il s'impose de conclure avec un autre État (ou un organisme d'approvisionnement ou de réparation constitué par celui-ci) ou une organisation internationale, notamment dans le cadre de programmes de recherche financés en commun) et à l'art. 67, 4° (marchés qui, selon les usages, sont conclus sur la base d'un abonnement ou pour lesquels un paiement préalable est requis).

payement préalable. Le payement de prestations non encore exécutées est donc maintenant rendu possible pour les services de transport aérien et les formules d'abonnement. L'article vise « les marchés de fournitures et de services qui, selon les usages, sont conclus sur la base d'un abonnement ou pour lesquels un payement préalable est requis ». Les mots « selon les usages » sont très importants mais la rédaction médiocre du texte en français laisse planer un doute sur le point de savoir si l'exigence d'un payement préalable doit aussi résulter d'un usage. Heureusement, le texte en néerlandais, mieux écrit, permet de répondre positivement à la question. Ceci n'indique cependant pas comment et par qui cet usage doit être prouvé.

L'article 69 est celui qui est le plus influencé par le droit européen puisqu'il traite des **conséquences d'un payement tardif**. Les modifications par rapport à l'article 15, § 4, du CGCh 96 sont les suivantes : (i) le seuil minimal de 5 €, en-deçà duquel les intérêts n'étaient pas dus, est supprimé ; (ii) le taux d'intérêt est relevé d'un pourcent (soit 8 % – autrefois 7 % – de plus que le taux d'intérêt de référence de la Banque centrale européenne<sup>171</sup>)<sup>172</sup> ; (iii) les possibilités de réduire le taux d'intérêt n'existent plus ; (iv) une indemnité forfaitaire de 40 € pour frais de recouvrement est due d'office dès qu'un intérêt est dû ; (v) une indemnisation raisonnable peut être demandée pour les « autres frais de recouvrement » encourus. Selon l'article 6.3, *in fine*, de la directive 2011/7/UE, qui aurait gagné à être reproduit à l'article 69, § 2, du CGCh 2013, sont notamment visées à ce titre les dépenses engagées pour faire appel à un avocat ou à une société de recouvrement de créances<sup>173</sup>. Le forfait de 40 € couvre donc les frais propres de l'adjudicataire (souvent difficiles à prouver) tandis que l'indemnisation raisonnable doit couvrir une partie à tout le moins des montants payés à des tiers.

---

<sup>171</sup> C'est-à-dire, soit le taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, soit le taux d'intérêt marginal résultant de procédures d'appel d'offres à taux variable pour les opérations principales de refinancement les plus récentes de la Banque centrale européenne (voy. l'art. 69, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> du CGCh 2013).

<sup>172</sup> Sur l'application des intérêts dans les marchés publics, voy. entre autres V. DOR et V. DE FRANQUEN, « L'intérêt des marchés publics. Examen de l'application des intérêts moratoires, compensatoires et de l'anatocisme en droit des marchés publics », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP Publ., 2010, pp. 463-504.

<sup>173</sup> Voy. M. DUPONT, « Du nouveau en matière de lutte contre les retards de paiement », *R.E.D.C.*, 2012, p. 37.



L'article 70 reprend le contenu de l'article 15, § 6, du CGCh 96, autorisant l'adjudicataire à procéder à une **suspension** ou à un **ralentissement de l'exécution du marché**<sup>174</sup> (ainsi, le cas échéant, qu'à solliciter une prolongation du délai<sup>175</sup> et une indemnisation du dommage résultant de ce ralentissement ou de cette suspension<sup>176</sup>) si le retard de paiement excède 30 jours et si l'importance des montants impayés au cours de la période considérée le justifie<sup>177</sup>. Il s'agit là de l'application de l'exception d'inexécution<sup>178</sup>. La seule difficulté d'application qu'a toujours posée cette disposition réside dans l'appréciation du seuil à partir duquel il se justifie que l'adjudicataire suspende ou ralentisse l'exécution du marché<sup>179</sup>. Les auteurs du texte n'ont apparemment pas jugé utile de lever cette incertitude, ce qu'on ne peut que regretter.

L'article 71 reproduit fidèlement l'article 20, § 9, du CGCh 96, relatif à la **réfaction pour moins-value**. Il ne requiert donc aucun commentaire particulier. Cette disposition mérite toutefois d'être signalée, car il s'agit là d'une illustration du phénomène de la réfaction du prix, sanction trop méconnue dans les contrats synallagmatiques (et à laquelle le Code civil, dans sa section relative aux droits et obligations en général, ne fait d'ailleurs aucune allusion). Cependant, comme le relève P. Wéry, « (...) la réduction du prix jouit d'une grande vitalité

<sup>174</sup> Les conditions de mise en œuvre, ainsi que les formalités à respecter pour obtenir une suspension ou un ralentissement de l'exécution du marché, sont demeurées inchangées.

<sup>175</sup> D'une durée égale au nombre de jours compris entre l'échéance de la période de trente jours et la date du paiement, à condition que la demande de prolongation soit introduite par écrit avant l'expiration des délais contractuels.

<sup>176</sup> Comme autrefois, la demande de prolongation de délai en raison du retard de paiement peut être introduite, que les travaux aient été réellement suspendus ou interrompus ou non (voy. sur ce point M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., Tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 330-331). En revanche, selon le texte de l'article 70, al. 2, 2<sup>o</sup>, la demande d'indemnisation chiffrée, qui doit être introduite dans les 90 jours de la notification du procès-verbal de réception provisoire (voy. art. 53) ne peut être accueillie que « (...) s'il y a eu réellement ralentissement du rythme d'exécution ou d'interruption effective ».

<sup>177</sup> La suspension des travaux par l'adjudicataire, même par suite d'un retard de paiement, ne relève pas ce dernier de son obligation d'assumer la charge des risques et de prendre les mesures conservatoires qui peuvent s'avérer nécessaires (Civ. Namur, 6 septembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1057). Voy. en ce sens M.A. M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 330.

<sup>178</sup> Sur ces mesures, voy. entre autres P. MAYSTADT et J. BOUDRY, « Paiement de marchés publics et liquidation des factures au sein des communes », *Rev. dr. comm.*, 2012/2, pp. 7-8.

<sup>179</sup> Jugé, ainsi, que lorsque le montant en principal a été payé par le pouvoir adjudicateur et que ne subsistent que les intérêts de retard (en l'espèce à hauteur de 254 euros, sur un marché d'une valeur de 16.000 euros), l'adjudicataire n'est pas en droit de suspendre l'exécution du marché. Pareille attitude méconnaît le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, énoncé à l'art. 1134, al. 3 du Code civil (Gand, 7 mars 2008, *N.j.W.*, 2008, p. 410, note F. VANDENDRIESSCHE).



qui lui permet d'étendre ses ramifications bien au-delà du domaine des ventes commerciales »<sup>180</sup>. Le caractère extra-judiciaire de la réfaction du prix organisée par l'article 71 du CGCh 2013 en fait d'ailleurs un mécanisme particulièrement original, dans la mesure où, en règle, la réfaction du prix suppose l'intervention préalable du juge<sup>181</sup>.

## 12. Actions judiciaires

L'article 73 constitue à lui seul la section 12 intitulée **actions judiciaires**. Il adapte le texte de l'article 18 du CGCh 96, d'une manière qui laisse assez perplexe. En effet, les délais et leur point de départ sont modifiés<sup>182</sup>, ce qui était inutile, mais aucun des vrais problèmes posés par l'article 18 n'est abordé.

Le premier est le déséquilibre créé par cette disposition, qui fixe un délai de prescription court pour l'adjudicataire (30 mois à dater de la notification du procès-verbal de réception provisoire ou à dater de la fin de période de garantie<sup>183</sup>, si la citation trouve son origine dans des faits ou circonstances survenus pendant cette période)<sup>184</sup>, alors que le pouvoir adjudicateur dispose du délai ordinaire de 10 ans<sup>185</sup>. De là à

---

<sup>180</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 643.

<sup>181</sup> Le juge n'exerce donc, en matière d'exécution des marchés publics, qu'un contrôle *a posteriori*, notamment en cas d'exercice abusif par le pouvoir adjudicateur de son droit de procéder à la réfaction du prix (voy. p. ex. Gand, 11 mars 1981, *Entr. et dr.*, 1981, p. 137).

<sup>182</sup> L'on rappelle que, comme autrefois, les actions judiciaires fondées sur des carences, lenteurs ou faits quelconques du pouvoir adjudicateur, sur des suspensions ordonnées par celui-ci ou sur des circonstances imprévisibles doivent avoir été précédées, à peine de déchéance, d'une dénonciation des faits ou circonstances et d'une demande écrite introduites dans les délais spécifiquement établis à cet effet (voy. les art. 50, 52 et 53).

<sup>183</sup> Autrefois, le délai était de deux ans à dater de la notification du procès-verbal de réception définitive (art. 18, § 2, du CGCh 96).

<sup>184</sup> La forclusion énoncée à l'article 73 § 2 ne doit pas être invoquée par le pouvoir adjudicateur *in limine litis* (voy. M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 426). En revanche, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à la prescription, à la condition que cette renonciation soit faite en pleine liberté et en connaissance de cause, c'est-à-dire après l'expiration du délai de prescription (voy. Bruxelles, 22 janvier 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 1036 ; Civ. Termonde, 14 mars 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 151, note F. HORIONS). La renonciation peut être tacite, pour autant qu'elle soit certaine. Ainsi, jugé que ni l'envoi d'un rappel par l'adjudicataire et la réponse y afférente par l'administration via des accusés de réception, ni les promesses de paiement, ni la reconnaissance par l'administration de ce qu'elle est redevable du paiement, ne démontrent la renonciation de cette administration à se prévaloir du délai de forclusion, si l'administration pose ces actes avant l'échéance dudit délai de forclusion (Civ. Termonde, 14 mars 2008, *T.B.O.*, 2009, p. 151, note F. HORIONS). Voy. également sur cette question F. HORIONS, « Verzaking door het bestuur aan de vervalt termijn van artikel 18 § 2 AAV », note sous Civ. Termonde, 14 mars 2008, *T.B.O.*, 2009, pp. 153-154.

<sup>185</sup> Le délai de forclusion imposé à l'adjudicataire est, en effet, inapplicable aux actions dirigées par le pouvoir adjudicateur contre l'adjudicataire (voy. p. ex. Civ. Huy, 25 janvier 1982, *J.L.*, 1983, p. 486).

conclure à une discrimination injustifiée entre deux parties à un même contrat, il n'y a qu'un pas. Le second est l'absence de toute référence à l'article 100 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État<sup>186</sup>, auquel le cahier général des charges ne déroge pas et dont l'application pourrait conduire à ce que la prescription soit acquise avant la date fixée par le cahier général des charges<sup>187</sup>. Enfin, la prolongation des délais en cas de pourparlers aurait gagné à être supprimée. Dans les rares cas où cette disposition est invoquée, le principal effet est de faire naître un différend additionnel quant à l'existence de réels pourparlers, les exigences en la matière n'étant d'ailleurs pas clairement définies<sup>188</sup>. L'existence de pourparlers n'empêche d'ailleurs nullement l'introduction d'une action à titre conservatoire<sup>189</sup>.

### *c. Dispositions propres aux marchés de travaux (chapitre 3)*

Ce chapitre contient deux sections. La première est commune « à tous les marchés de travaux », la deuxième regroupe les dispositions complémentaires applicables aux marchés de travaux prenant la forme d'une promotion. Il faut en déduire que, contrairement à ces derniers, une concession de travaux publics n'est pas un marché de travaux puisque le chapitre 3 ne lui est pas rendu applicable. On ne peut que regretter cette relative confusion dans la catégorisation des marchés<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> Lesquelles ont subi une vague d'abrogations partielles, valables pour une ou plusieurs entités publiques, de sorte qu'il est aujourd'hui difficile de déterminer précisément à quels pouvoirs adjudicateurs ces lois coordonnées sont encore applicables.

<sup>187</sup> Sur cette disposition, en lien avec le contentieux extra-contractuel en matière de marchés publics, voy. entre autres F. VLASSEN BROUCK, « Délai de prescription des actions devant le juge judiciaire fondées sur une responsabilité extracontractuelle dans le cadre des marchés publics ; d'incertitudes en certitudes ? », in *Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP Publ., 2008, pp. 131-150.

<sup>188</sup> Voy. p. ex. Cass., 9 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1255 (en l'espèce, le dossier ne contenait qu'une seule lettre du pouvoir adjudicateur relative aux réclamations de l'entrepreneur ; ce seul élément ne permettait pas de conclure à l'existence de « pourparlers » au sens de l'art. 18, § 3, du CGCh 96).

<sup>189</sup> Citant un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 septembre 1996, P. THIEL explique que « la notion de 'pourparlers' doit être comprise dans un sens large ; elle doit s'entendre comme toute participation à des réunions, toute discussion verbale, tout échange d'avis ou toute position de l'administration qui est de nature à donner à l'entrepreneur une impression raisonnable que l'administration envisage un règlement amiable de la contestation, et qui incite l'entrepreneur à différer l'intentement d'une procédure judiciaire pour éviter la rupture des négociations » (P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 869). Il demeure cependant qu'il revient à l'adjudicateur de rapporter la preuve de l'existence des pourparlers.

<sup>190</sup> Force est d'ailleurs de constater, à la lecture de l'article 104, qu'une partie importante des dispositions communes relatives aux marchés de travaux sont également applicables aux concessions de travaux publics.

## 1. Dispositions communes à tous les marchés de travaux

L'article 75 traite, si l'on en croit son titre, de la **direction et du contrôle des travaux**. Il reprend sous une forme simplifiée l'article 26 du CGCh 96.

La cohérence avec l'article 39 du CGCh 2013 pose question. En effet, nonobstant les intitulés respectifs de ces articles, il y est chaque fois question de contrôle et de surveillance. Curieusement, l'article 39 attribue le « contrôle et la surveillance » des prestations au pouvoir adjudicateur, tandis que l'article 75, § 2, met la « conduite et la surveillance » des travaux à charge de l'adjudicataire, le contrôle revenant au pouvoir adjudicateur. Dans l'article 39, le pouvoir adjudicateur *peut (faire) surveiller* l'exécution ; dans l'article 75, l'adjudicataire *assure la conduite et la surveillance*<sup>191</sup>. Si l'article 39 tel que modifié n'est déjà pas très clair envisagé seul<sup>192</sup>, sa combinaison avec l'article 75 est quant à elle franchement nébuleuse. Force est toutefois de constater que l'article 75 est conforme à la pratique en droit de la construction<sup>193</sup>. C'est donc, selon nous, la rédaction de l'article 39 qui n'est pas des plus heureuses<sup>194</sup>.

Pour le surplus, l'article 75 a été expurgé de quelques éléments peu utiles ou anachroniques, comme la notification d'ordres de services ou de procès-verbaux par exploit d'huissier.

L'article 76, qui concerne les **délais d'exécution**, reprend le contenu de l'article 28 du CGCh 96<sup>195</sup>, tout en apportant une nouveauté. Il y est en effet désormais question de marchés organisés par phases (découpage dans le temps) ou par parties (découpage dans l'espace). Si l'on combine ces découpages entre eux et/ou avec d'éventuels délais par-

<sup>191</sup> A noter qu'en matière de contrôle, le même pouvoir adjudicateur *peut* l'exercer dans l'article 39, et *doit* l'exercer dans l'article 75.

<sup>192</sup> Voy. notre commentaire sous l'article 39, *supra*.

<sup>193</sup> Conduite, surveillance et contrôle des travaux sont, en effet, des notions distinctes. Voy. p. ex. sur cette question A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise de construction*, coll. Répertoire notarial, t. IX, liv. VIII, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 139-140 ; V. VAN HOUTTE-VAN POPPEL, « Aansprakelijkheid in de bouwsector alleen voor eigen fout of ook voor fout van anderen ? », in *Entr. et dr.*, n° spécial « droit comparé », 1984, pp. 19-37.

<sup>194</sup> Voy. *supra*.

<sup>195</sup> Voy. à ce sujet, entre autres, M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>me</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 535-553 ; M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, pp. 35-39.

tiels indicatifs ou de rigueur, les clauses relatives aux délais d'exécution peuvent être rendues assez complexes, au risque parfois de devenir inexploitable dans la pratique. Espérons donc que ces nouvelles possibilités seront employées à bon escient par les rédacteurs de cahiers spéciaux des charges.

Les délais dans lesquels les travaux doivent commencer sont quelque peu allongés<sup>196 197</sup> et la possibilité pour l'adjudicataire de demander la résiliation du marché est réduite, dans le cas où les travaux ne commencent pas endéans le double de ces délais<sup>198</sup>. Toute référence à la réparation du préjudice en cas de retard dans l'ordre de commencer les travaux a par ailleurs été omise. Il faut donc en déduire que lorsque le pouvoir adjudicateur imposera le début des travaux à une date située entre l'expiration du délai de l'article 76 et le double de ce délai (le droit à la résiliation ne naissant que dans le cas où le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé la date de commencement à l'expiration du 120<sup>ième</sup> ou du 150<sup>ième</sup> jour), on se trouvera face à un incident relevant de l'article 54 (ancien article 16, § 1 du CGCh 96).

Le plus surprenant est sans doute le commentaire fait dans le rapport au Roi au sujet de cette notion de *commencement des travaux*. On

---

<sup>196</sup> La limite ultime a été portée respectivement au 60<sup>ième</sup> et 75<sup>ième</sup> jour (autrefois 45<sup>ième</sup> et 60<sup>ième</sup> jour) suivant la conclusion du marché. Selon le rapport au Roi (p. 8781), cette modification a été prévue pour tenir compte de l'évolution de la réglementation, « (...) en particulier celle relative aux chantiers temporaires ou mobiles et de l'intervention du coordinateur de sécurité pour les marchés où il y a une sous-traitance ». Constitue un abus de droit, le comportement d'un pouvoir adjudicateur qui donne un ordre de commencer les travaux, alors qu'il sait ou doit savoir que ceux-ci ne peuvent se dérouler parce que d'autres travaux ne sont pas encore exécutés (Civ. Bruxelles, 17 janvier 1992, *Entr. et dr.*, 1994, p. 165 ; en l'espèce, l'administration avait immédiatement interrompu les travaux pendant une période pratiquement égale à celle pendant laquelle elle s'était accordée, dans le cahier spécial des charges (en dérogeant à l'art. 15, § 5, du CGCh de 1977), la possibilité d'interrompre les travaux sans la moindre indemnité).

<sup>197</sup> Comme autrefois, l'article 76, § 1<sup>er</sup> fixe, pour le commencement des travaux, un délai maximum ainsi qu'un délai minimum, à dater de la conclusion du marché. Le non-respect du délai minimum n'empêche pas pour conséquence que l'ordre de commencer les travaux serait frappé de nullité, de sorte que le point de départ du délai d'exécution (pour le calcul du retard dans la réalisation du marché) devrait être reporté au jour fixé conformément à la prescription légale : la seule sanction réside dans l'octroi éventuel à l'adjudicataire d'une indemnité, pour autant que le dommage soit établi et que les formalités relatives aux requêtes et réclamations aient été respectées (voy. Anvers, 25 novembre 2003, *N.j.W.*, 2004, p. 343, note F. VANDENDRIESSCHE).

<sup>198</sup> « L'entrepreneur a le droit d'exiger la résiliation du marché lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé la date de commencement des travaux à l'expiration du 120<sup>ième</sup> ou du 150<sup>ième</sup> jour suivant la conclusion du marché, selon que sont d'application au marché les délais respectifs de 60 ou de 75 jours précités. L'entrepreneur peut demander la résiliation du marché par lettre recommandée au plus tard dans les 30 jours à compter de la notification de l'ordre de commencer les travaux ». Autrefois, le droit d'exiger la résiliation prenait naissance dès l'expiration des délais respectifs de 45 et 60 jours (art. 28, § 1<sup>er</sup> CGCh 96).

peut y lire : « Cette notion concerne exclusivement l'ordre initial de commencer l'ouvrage et non les éventuelles phases d'études préalables à l'exécution des travaux ». Cette explication n'est guère en phase avec la pratique des marchés publics de travaux. D'abord, parce que le pouvoir adjudicateur, qui considère le marché comme un tout, ne donne généralement qu'un seul ordre de commencer qui concerne l'ensemble des prestations, en ce compris les études, les approvisionnements et autres mesures préparatoires. Le pouvoir adjudicateur n'a souvent aucun intérêt à fixer séparément le début des travaux proprement dits, et ne pourra pratiquement le faire que s'il a stipulé des délais partiels de rigueur ou une division en phases ; dans les autres cas, l'adjudicataire, qui a sur ce point une obligation de résultat, doit avoir la maîtrise de son planning<sup>199</sup>. Ensuite, parce que certains marchés complexes requièrent des délais d'études qui excèdent largement les délais mentionnés à l'article 76, rendant son respect impossible dans l'interprétation envisagée. Enfin, parce que cette interprétation libre d'un texte ancien est fort peu compatible avec sa *ratio legis*, qui était d'éviter qu'un pouvoir adjudicateur attribue à un moment donné un marché dont il sait qu'on ne l'exécutera que des mois, voire des années plus tard<sup>200</sup>.

L'article 79, qui concerne l'**organisation du chantier**, reprend, de façon simplifiée, l'article 30 (§§1 et 2) du CGCh 96. Si la forme change, le fond n'évolue pas vraiment. En effet, la partie supprimée de l'article 30, § 1<sup>er</sup>, regroupait diverses obligations qui peuvent également trouver leur source dans la loi, les règles de l'art ou le principe d'exécution de bonne foi des conventions. On peut toutefois regretter que le rapport au Roi ne fournisse aucune explication sur l'élimination de la majeure partie de l'article 30 du CGCh 96. L'article 79 n'a pas abandonné toute référence à la loi : il est précisé qu'il s'applique « sans préjudice de la législation relative au bien-être des travailleurs ». La raison de cette référence explicite nous échappe quelque peu, et ce n'est pas l'explication contenue dans le rapport au Roi qui pourra nous éclairer. Celui-ci explique que la législation en question impose éga-

<sup>199</sup> Si un délai a été convenu lors de la conclusion du marché, l'obligation de respecter celui-ci s'analyse comme une obligation de résultat (voy. p. ex. A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, *La responsabilité des professionnels de la construction*, coll. Responsabilités. Traité théorique et pratique, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 150).

<sup>200</sup> Voy. en ce sens M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 537.

lement au coordinateur de sécurité et santé de contrôler l'accès au chantier. Fort bien, mais si cette législation impose des obligations à un tiers, à quoi bon y faire explicitement référence dans le texte qui détermine les obligations de l'adjudicataire ?

L'**article 80** succède au « célèbre » article 42 du CGCh 96<sup>201</sup>, qui applique le principe de mutabilité (c'est-à-dire le droit pour le pouvoir adjudicateur d'apporter des **modifications aux marchés**) et dont la mise en œuvre a toujours causé de nombreuses difficultés et généré bon nombre de litiges. L'arrêté royal du 14 janvier 2013 apporte quelques modifications, dont une assez conséquente.

Alors que l'article 42 du CGCh 96 obligeait l'adjudicataire à exécuter toutes les modifications ordonnées jusqu'à concurrence de 50% du montant initial du marché, cette limite disparaît de l'article 80 et est en fait indirectement remplacée par celle de l'article 37 (voir *supra*), qui ne permet plus au pouvoir adjudicateur de modifier le marché de plus de 15% de sa valeur initiale<sup>202</sup>. Certes, le nouvel article 37 et l'ancien article 42 sont *a priori* incompatibles. Plus exactement, maintenir la limite de l'article 42 du CGCh 96, qui concerne les droits et obligations *de l'adjudicataire*, supposerait que les limites imposées par l'article 37 *au pouvoir adjudicateur* puissent ne pas être respectées. Le nouveau système mis en place ne manquera pas de poser des difficultés d'application : les praticiens savent en effet que la norme, en matière de modifications, à tout le moins dans les marchés d'une relative importance, est plutôt de l'ordre de 25-30 %. En pratique, il est assez peu probable que le plafond de 15 % puisse être respecté. Rien n'interdit en tous cas à l'adjudicataire d'accepter des demandes de modification au-delà de ce plafond de 15%. Toute la question est de savoir si, eu égard au prescrit de l'article 37, un tel accord serait considéré comme un contrat à objet illicite (la réglementation des marchés publics étant en principe d'ordre public), ce qui priverait les parties de la possibilité d'en demander au juge l'exécution forcée. Bref, la limitation irréfléchie du principe de mutabilité a pour effet de rendre

<sup>201</sup> À l'exception du § 6 de l'article 42, qui devient l'article 81 du CGCh 2013. En effet, le § 6 ne traitait pas des modifications en cours de marché mais, au contraire, des évolutions des quantités indépendantes de toute modification. En termes de logique, sa présence au sein de l'article 42 posait question.

<sup>202</sup> Une résiliation du marché par le pouvoir adjudicateur ne constitue pas une modification du marché. Les dispositions de l'article 80 ne sont pas applicables à cette hypothèse (voy. en ce sens Comm. Bruxelles, 7 mars 2002, *N.j.W.*, 2003, p. 280, note F. VANDENDRIESSCHE).

encore plus problématique une disposition essentielle du cahier général des charges qui aurait au contraire mérité une attention toute particulière.

Une autre difficulté pratique dans l'application de l'article 42 du CGCh 96 a toujours été l'identification de l'ordre modificatif et de sa portée. Combien de réclamations n'a-t-on pas vues, où l'adjudicataire ne parvenait même pas à démontrer l'existence d'un ordre modificatif ? Cet aspect des choses aurait mérité une amélioration mais l'article 80 n'apporte malheureusement aucun progrès. Il n'est pourtant pas difficile de comprendre l'impossibilité d'inscrire une modification, fût-elle *mineure*<sup>203</sup>, dans le journal des travaux en spécifiant *les changements à apporter aux clauses initiales du marché ainsi qu'aux plans*. Quant aux ordres verbaux confirmés par lettre recommandée, même si le délai de démenti a été allongé à 3 jours ouvrables, ils restent une pratique fort peu recommandable qu'il aurait été judicieux de faire disparaître. À l'heure des communications électroniques, et compte tenu de l'article 2281 du Code civil<sup>204</sup>, il nous semble qu'il aurait été plus judicieux de durcir la règle de manière à forcer les pouvoirs adjudicateurs à formaliser clairement toute demande de modification, même mineure. Dans le même ordre d'idées, l'article 80, § 4, précise les mentions qui doivent se retrouver dans *l'ordre écrit, le décompte ou l'avenant* ; il n'est curieusement plus question des inscriptions au journal des travaux. Parmi ces mentions, figurent celles relatives au délai d'exécution et là, fort heureusement, le nouveau texte ne retient plus la possibilité d'une « remise à une date ultérieure de la fixation d'une prolongation de délai » : les conditions dans lesquelles une modification va être exécutée doivent être claires dès que l'ordre modificatif est donné.

À titre plus anecdotique, les montants permettant la révision des prix unitaires sont légèrement relevés<sup>205</sup>, tout comme le délai dans lequel la demande de révision doit être formulée, qui passe de 15 à 30 jours.

<sup>203</sup> Terme à la fois imprécis et subjectif qui n'offre guère de sécurité...

<sup>204</sup> Selon l'article 2281, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (inséré dans le Code par une loi du 25 avril 2007), « lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par *courrier électronique* ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite. La notification est également considérée comme écrite si elle ne se matérialise pas par un document écrit chez le destinataire pour la seule raison que celui-ci utilise un autre mode de réception ».

<sup>205</sup> Par ailleurs, l'on rappelle que la Cour de cassation décide que les travaux supplémentaires pour lesquels la révision du prix unitaire peut être réclamée en vertu de l'article 42, § 2, (désormais l'article



On peut enfin s'étonner que le rapport au Roi mentionne : « L'article 53 est d'application concernant les modalités d'introduction de la demande », et ce à plusieurs titres. D'une part, l'article 53 (qui vise les délais d'introduction des réclamations et requêtes) n'est mentionné nulle part dans l'article 80. D'autre part, la seule *demande* visée par l'article 80 est la demande de révision des prix, qui est soumise à ses propres délais. Enfin, dans le CGCh 96, l'article 42 (devenu 80) faisait référence à l'article 16, § 4 (devenu 53) non pas pour une *demande* de l'adjudicataire, mais pour notifier son désaccord sur les termes de l'avenant ou les conditions de l'ordre modificatif<sup>206</sup>. Si la volonté était de maintenir cette règle (ce que nous pensons), il eût été préférable de l'exprimer clairement.

L'article 81 reprend le contenu de l'article 42, § 6, du CGCh 96 et traite des cas dans lesquels les **quantités présumées** effectivement mises en œuvre sont très éloignées de celles renseignées dans les documents de marché, sans qu'il y ait eu d'ordre modificatif. En termes plus clairs, il s'agit des cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur s'est grossièrement trompé dans l'évaluation des quantités<sup>207</sup>. Il est donc assez étonnant que *chacune des parties* puisse demander la révision des prix et des délais<sup>208</sup>. Comme pour l'article 80, le temps octroyé pour demander la révision des prix et/ou des délais est porté à 30 jours

---

80, § 2, du CGCh 2013) – soit « les travaux non prévus que l'entrepreneur est tenu d'exécuter, les travaux prévus qui sont retirés du marché ainsi que toutes les autres modifications » – sont ceux qui sont ordonnés par l'administration en vertu de l'article 42, § 1<sup>er</sup> (article 80, § 2, du CGCh). En conséquence, viole cette disposition le juge qui autorise l'adjudicataire « (...) à réclamer la révision du prix relativement aux travaux supplémentaires reçus par l'administration, sans constater que ces travaux avaient été ordonnés par celle-ci » (Cass., 13 février 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 279). Sur cet arrêt, voy. entre autres M. GELDERS, « Omtrent de herziening van de eenheidsprijzen op grond van art. 42, par. 2, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden », note sous Cass., 13 février 2003, *R.W.*, 2003-2004, pp. 1502-1503.

<sup>206</sup> L'article 42, § 5, *in fine*, du CGCh 96 précisait ainsi : « Toute objection de l'entrepreneur [quant aux mentions de l'ordre écrit ou de l'avenant, par rapport à la prolongation du délai] doit être introduite conformément aux dispositions de l'article 16, § 4 ».

<sup>207</sup> C'est-à-dire lorsque les quantités réellement exécutées d'un poste à bordereau de prix dépassent le triple des quantités présumées ou sont inférieures à la moitié de ces quantités. Selon l'art. 81, al. 2, « même lorsque les seuils mentionnés à l'alinéa précédent ne sont pas atteints, le délai d'exécution (mais non les prix initiaux) peut être adapté aux quantités réellement exécutées lorsque l'importance de celles-ci le justifie ».

<sup>208</sup> Selon l'art. 81, al. 6 et 7, « la partie requérante justifie les nouveaux prix unitaires et/ou délais qui résultent de la situation nouvelle. Faute d'accord sur les prix unitaires nouveaux, le pouvoir adjudicateur arrête d'office ceux qu'il estime justifiés, tous les droits de l'entrepreneur saufs ». Par un arrêt du 2 avril 2009, la Cour de cassation décide que rien n'exclut que la révision des prix puisse résulter d'un calcul conforme au prix de revient ou de l'application d'une méthode fondée sur des prix unitaires de soumission évalués postérieurement à la rédaction de l'offre par l'adjudicataire (Cass., 2 avril 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 426, note W. ABBELOOS).



au lieu de 15. Notons cependant qu'une absurdité a été introduite dans la fixation du point de départ de ce délai de 30 jours. Dans le CGCh 96, seul était visé le cas où les quantités réelles dépassaient le triple des quantités présumées. Or, comme le faisait très justement remarquer M.A. Flamme, « (...) alors que la constatation du dépassement du seuil résulte incontestablement de l'état récapitulatif d'avancement des travaux, l'exécution d'une quantité inférieure au seuil n'est définitive qu'à l'achèvement de l'ouvrage en question (...). La forclusion du paragraphe 6 ne saurait intervenir dans ce cas »<sup>209</sup>. Cette précision logique n'a manifestement pas guidé les auteurs du texte puisque celui-ci stipule maintenant que les 30 jours commencent à courir à l'établissement de l'état d'avancement où il est constaté que la quantité exécutée atteint le triple de la quantité présumée *ou est inférieure à la moitié de celle-ci*. On ne peut que déplorer cette nouvelle source d'insécurité juridique.

Comme pour l'article 80, le rapport au Roi fait référence à l'article 53 : « le délai fixé pour cette demande est porté de quinze à trente jours, comme à l'article 80 et pour les mêmes raisons. Il s'ensuit que dans les autres cas, l'article 53 est applicable, tant à la demande de révision des délais qu'à la demande de révision des prix ». Ce commentaire est malheureusement incompréhensible. Si les *autres cas* visés sont ceux où les seuils ne sont pas atteints, il ne saurait tout simplement pas y avoir lieu à révision des prix et l'article 53 ne trouve donc pas à s'appliquer. Nous ne voyons qu'un seul cas où l'article 53 pourrait avoir une certaine pertinence : celui de l'application de l'article 81, alinéa 2, qui prévoit une possibilité d'adaptation des délais même sous les seuils fixés pour la révision des prix. Il est donc regrettable de ne pas avoir terminé l'article 81, alinéa 2, par une formule énonçant, par exemple, que « l'adjudicataire en fait la demande dans les conditions prévues par l'article 53 ».

L'**article 83** succède à l'article 37 du CGCh 96 et concerne la tenue du **journal des travaux**. Alors que l'occasion était donnée de remplacer l'article 37 par des dispositions plus réalistes, les auteurs du texte ont choisi de verrouiller encore un peu plus une solution résolument impraticable. Il est en effet particulièrement absurde de confier

---

<sup>209</sup> M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, p. 710.

la tenue du journal des travaux à la partie qui ne possède pas les informations pour le faire. En effet, en pratique, le fonctionnaire dirigeant n'est pas présent – du moins pas en permanence – sur le chantier ; il n'est donc pas capable de remplir ce journal sans demander et obtenir les informations que seul l'adjudicataire possède. La solution était donc simple : il suffisait de se conformer à la pratique et de faire tenir le journal des travaux par l'adjudicataire, ce journal étant tenu à tout moment à disposition du pouvoir adjudicateur pour contreseing.

Non moins étrange est le maintien de la possibilité de ne pas tenir *tout ou partie du journal des travaux* (article 83, § 2). Il s'agit pourtant d'un élément de preuve important en cas de litige, même si en pratique, il faut souvent constater que les mentions qui y figurent sont d'une utilité très limitée.

Le texte fait maintenant aussi référence à la réglementation concernant les chantiers temporaires ou mobiles, ce qui ne fait que compliquer encore un peu plus les choses en introduisant un troisième acteur : le coordinateur en matière de sécurité et de santé. Toute la question est par ailleurs de savoir quand il doit être considéré comme « nécessaire » de faire signer le journal des travaux par le coordinateur en matière de sécurité et de santé.

Bref, il ne faut guère attendre du nouvel article 83 une quelconque avancée en matière de gestion documentaire des chantiers.

L'**article 84** ne mérite pas de commentaire particulier, si ce n'est qu'il fusionne les articles 39 et 41 du CGCh 96. Il n'y avait en effet aucune raison de scinder en deux articles proches mais non consécutifs les dispositions relatives à la **responsabilité de l'entrepreneur**. On formulera néanmoins un regret car la formulation quelque peu alambiquée de ces dispositions n'a pas été revue. Il aurait pourtant été simple de préciser que la réception provisoire vaut agrégation des ouvrages<sup>210</sup> ou que la réception définitive éteint toute revendication

---

<sup>210</sup> Le mécanisme mis en place par le Cahier général des charges déroge au droit commun du contrat d'entreprise. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la réception provisoire a pour seuls buts de constater l'achèvement des travaux (ou un certain degré d'achèvement des travaux) et de faire courir le délai pendant lequel le maître de l'ouvrage pourra procéder à une vérification approfondie desdits travaux. La réception définitive, quant à elle, est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît la bonne exécution par son cocontractant de ses obligations. Sauf clause contraire, seule la réception définitive vaut donc agrégation et, partant, constitue le point de départ de la responsabilité

sur la base des vices cachés véniels et ne laisse subsister que la responsabilité décennale<sup>211</sup>.

L'article 86, ancien article 48, § 2, du CGCh 96, subit deux modifications. L'une est de l'ordre du détail et concerne l'adaptation à la hausse des valeurs à introduire dans la formule de calcul des **amendes pour retard**. L'autre, plus importante, est la prise en compte dans ce calcul du fait que le délai d'exécution était un critère d'attribution du marché. En pareil cas, le pouvoir adjudicateur est libre de fixer lui-même le mode de calcul des amendes et le plafond de celles-ci peut être porté de 5 à 10 % du montant du marché. Il faut saluer cette adaptation et espérer que les pouvoirs adjudicateurs en feront bon usage, notamment dans les marchés impliquant des nuisances importantes, comme les travaux routiers. Le seul bémol est que le plafond des amendes doit être « fixé en fonction de l'importance relative accordée au critère d'attribution portant sur le délai d'exécution » et que cette règle particulièrement floue semble rendre hypothétique le recours au plafond absolu de 10%.

Les **articles 87 à 94** ne méritent pas de commentaires particuliers. Ils reprennent les règles applicables aux mesures d'office (article 87)<sup>212</sup>,

---

décennale (voy. Cass., 4 mars 1977, *J.T.*, 1977, p. 621, obs. A. BRUYNEEL ; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1222 ; Cass., 24 février 1983, *J.T.*, 1983, p. 575, *Entr. et Dr.*, 1983, p. 222). Voy. à ce sujet, e.a., J. HERBOTS, « La charnière chronologique des responsabilités des entrepreneurs, architectes et promoteurs », *R.C.J.B.*, 1985, pp. 404-446 ; C. BURETTE et B. KOHL, « Responsabilité des intervenants à l'acte de construire postérieurement à la réception », in M. DUPONT (éd.), *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, coll. Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 274-276. La règle établie à l'article 84 du CGCh 2013 déroge donc toujours à cette jurisprudence. Force est par ailleurs de reconnaître qu'en pratique, les contrats de construction de droit privé comportent de manière presque invariable une clause accordant à la réception un effet d'agrégation, faisant ainsi de l'exception la règle.

<sup>211</sup> En droit commun, la Cour de cassation décide, depuis 1975, que la réception définitive accordée à l'entrepreneur ne libère pas ce dernier, sauf clause contraire, de sa responsabilité pour les défauts cachés véniels (Cass., 13 mars 1975, *Pas.*, I, p. 708 ; Cass., 18 novembre 1983, *J.T.*, 1984, p. 549 ; Cass., 25 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 438, *Entr. et Dr.*, 1986, p. 204, note J. EMBRECHTS ; Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1125 ; Cass., 15 septembre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 454 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1068, obs. B. LOUVEAUX). L'action, soumise au délai de prescription de droit commun de 10 ans (art. 2262bis, § 1<sup>er</sup>, du Code civil), doit être introduite en temps utile à partir de la découverte du défaut (Cass., 8 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 921). Voy. à ce sujet, entre autres, B. KOHL, « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (Cours suprêmes) », in B. KOHL (éd.), *Droit de la construction*, coll. CUP, vol. 127, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 203-208. Cette position est toutefois contestée par une doctrine minoritaire (voy. spécialement M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le droit des constructeurs*, Bruxelles, L'entreprise et le droit, 1984, pp. 109-110).

<sup>212</sup> Ainsi que le précise le rapport au Roi (p. 8785), les seules modifications apportées par cet article à l'ancien article 48, § 3, 2<sup>o</sup> à 4<sup>o</sup>, du CGCh 96 consistent, d'une part, à prévoir que l'absence d'ordre de commencer les travaux ne fait pas obstacle à l'application des mesures d'office, lorsque la défaillance de l'entrepreneur est constatée avant la délivrance de l'ordre de commencer les travaux (par exemple

aux retenues pour salaires (article 88), aux incidents d'exécution (article 89)<sup>213</sup>, aux découvertes en cours de travaux (article 90)<sup>214</sup>, aux réceptions et garanties (articles 91 et 92)<sup>215</sup>, à la libération du cautionnement (article 93)<sup>216</sup> et au prix du marché en cas de retard d'exécution (article 94)<sup>217</sup>. Ces articles reproduisent, avec quelques modifications essentiellement formelles, les dispositions correspondantes du CGCh 96.

On se limitera à constater qu'en ce qui concerne la **réception provisoire**, il est toujours exigé, à l'**article 92**, § 2, alinéa 2, que l'entrepreneur adresse par lettre recommandée au fonctionnaire dirigeant la demande de procéder à la réception provisoire, lorsque l'ouvrage est terminé avant ou après la date fixée pour son achèvement. L'exigence du recommandé présente son importance, au regard de l'article 92, § 2, alinéa 4, qui précise que « l'ouvrage qui est trouvé en état de réception provisoire est présumé, jusqu'à preuve du contraire, l'avoir été à la date fixée pour son achèvement ou, dans les cas visés à l'alinéa 2, à la date d'achèvement réel qu'a indiquée l'entrepreneur dans sa lettre recommandée ». La Cour de cassation a néanmoins décidé<sup>218</sup>, contre la lettre du texte, que le juge du fond pouvait valablement déduire des mentions du procès-verbal de réception provisoire, dressé bien plus tard, que les travaux s'étaient effectivement achevés à une date antérieure. En d'autres termes, la Cour de cassation semble ne pas rendre nécessaire la formalité de la lettre recommandée pour permettre à l'entrepreneur de prétendre à la présomption précitée, lorsque ce dernier rapporte la preuve par d'autres voies (telle une mention dans le procès-verbal ultérieur) de ce que les travaux étaient achevés à cette date<sup>219 220</sup>.

---

en cas de faillite) et, d'autre part, à préciser les modes de notification à l'entrepreneur défaillant des lieux et date de la réception de l'ouvrage effectué pour compte.

<sup>213</sup> Anciennement l'art. 48, § 4, du CGCh 96.

<sup>214</sup> Anciennement l'art. 29, § 2, du CGCh 96.

<sup>215</sup> Anciennement les art. 40 et 43 du CGCh 96.

<sup>216</sup> Anciennement l'art. 9, § 1<sup>er</sup>, du CGCh 96. L'on rappelle à cet égard que, pour la libération partielle du cautionnement associée à la réception provisoire ou définitive (permettant la libération du cautionnement à concurrence d'une moitié à chaque réception), il ne sera plus nécessaire d'introduire une demande spécifique, la demande de réception valant désormais aussi demande de libération du cautionnement (voy. *supra* le commentaire de l'art. 33).

<sup>217</sup> Anciennement l'art. 13, § 4, du CGCh 96.

<sup>218</sup> Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 417, note K. TOBBACK et C. GOETHALS.

<sup>219</sup> Voy. K. TOBBACK et C. GOETHALS, « Aanvang van de verjaringstermijn van de vordering op grond van de tienjarige aansprakelijkheid bij een overheidsopdracht voor aanneming van werken », note sous Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2010, p. 420.

<sup>220</sup> En effet, dans la mesure où en matière de marchés publics, le point de départ de la responsabilité décennale coïncide avec le délai d'épreuve et de garantie s'écoulant entre la réception provisoire

L'article 94 traite de la **révision des prix en cas de retard** dans l'exécution du marché. On ne peut que s'étonner de la démarche consistant à renvoyer dans les dispositions propres à chaque type de marché vers une règle qui figurait dans les dispositions communes ; ceci va à l'encontre de la démarche générale des auteurs du texte et surtout à l'encontre de la logique. Elle conduit en outre, et c'est regrettable, à un traitement différent, sans aucun motif sérieux, des marchés de travaux et de services, d'une part, et de fournitures, d'autre part (voir ci-dessous, articles 126 et 159). Pire encore : l'article 13, § 4, du CGCh 96 a été mal recopié et on en a oublié la dernière phrase, qui présentait toute son importance (« La présente disposition s'applique sans préjudice des prescriptions du cahier spécial des charges, notamment celles qui limitent la période du délai contractuel pendant laquelle certains éléments constitutifs des prix sont révisables »). Le rapport au Roi ne fournit aucune justification à cette omission. Or, la révision pondérée, inutilement lourde à appliquer, était largement délaissée au profit de dispositions simples excluant toute révision en période de retard. L'habilitation ci-avant n'existant plus, faut-il en déduire que le cahier spécial des charges ne peut plus déroger à l'article 94 et que le pouvoir adjudicateur n'a plus le choix qu'entre deux solutions généralement inadéquates (soit l'application de la révision y compris pendant la période de retard<sup>221</sup>, soit l'application de la révision pondérée<sup>222</sup>) ? Sauf à considérer que la différence de traitement entre les marchés de fournitures et les autres soit injustifiée, et à appliquer dans tous les cas la règle simple énoncée pour les marchés de fournitures à l'article 126... Sur ce point, le CGCh 2013 présente incontestablement un recul par rapport à la version de 1996.

---

et la réception définitive, il était difficilement concevable, selon la cour d'appel, de faire naître le délai décennal à la date du procès-verbal de réception provisoire, dans la mesure où celui-ci fixait une date antérieure pour la prise de cours du délai de garantie prévu par le Cahier général des charges courant jusqu'à la réception définitive. Selon les explications de l'avocat général T. WERQUIN dans ses conclusions, « (...) l'existence d'une réception ne peut être confondue avec sa prise d'effet. Dès lors qu'elle a pour objet premier de constater l'achèvement des travaux, elle doit prendre effet à dater du jour où l'achèvement a été matériellement réalisé conformément (au Cahier général des charges), ce jour servant de point de départ de la responsabilité décennale pour la réception provisoire et de déchéance du délai de garantie pour la réception définitive ». Voy. également sur cet arrêt B. KOHL, « Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (Cours suprêmes) », in B. KOHL (éd.), *Droit de la construction*, coll. CUP, vol. 127, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 200-202.

<sup>221</sup> Art. 94, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>.

<sup>222</sup> Art. 94, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>.

**L'article 95**, relatif aux **payements**, apporte quelques modifications par rapport à l'article 15, § 1<sup>er</sup>, du CGCh 96<sup>223</sup>.

Concernant le contenu des états d'avancement, l'article 15, § 1<sup>er</sup>, du CGCh 96 précisait qu'il *peut comporter* les travaux supplémentaires ou exécutés au-delà des quantités présumées. De manière particulièrement illogique, les auteurs du CGCh 2013 ont ajouté, comme premier point de ce que l'état d'avancement *peut comporter*, « les quantités exécutées sur la base des postes du métré récapitulatif ». Illogique, parce que s'il avait été jugé utile à une certaine époque de préciser que les travaux supplémentaires pouvaient être introduits dans les états d'avancement, ce qui n'allait pas nécessairement de soi, il est sensiblement moins judicieux de spécifier que l'état d'avancement *peut* contenir ce qui constitue son objet de base et sa raison d'être et qu'il *doit* en réalité nécessairement contenir. À moins que ce ne soit une façon indirecte de légitimer la pratique des états « bis » qui ne contiennent que des travaux modificatifs ou supplémentaires, ce qui n'est pas nécessairement souhaitable et s'avère d'autant moins nécessaire que le principe de mutabilité a été sensiblement affaibli. Le rapport au Roi ne contenant aucune explication, l'intention des auteurs restera un mystère.

Les autres modifications sont imposées par la directive 2011/7/UE<sup>224</sup>, par laquelle l'Union européenne poursuit son effort pour assurer aux entreprises commerciales (et donc aussi aux adjudicataires de marchés publics) des paiements dans des délais raisonnables et prévisibles.

Les opérations de vérification des états d'avancement sont ainsi plus encadrées que par le passé. Elles ne peuvent dépasser 30 jours... sauf si le cahier spécial des charges prévoit le contraire<sup>225</sup> et si cela ne

---

<sup>223</sup> Sur la procédure de paiement dans les marchés publics sous l'ancienne réglementation, voy. entre autres P. MAYSTADT et J. BOUDRY, « Paiement de marchés publics et liquidation des factures au sein des communes », *Rev. dr. comm.*, 2012/2, pp. 3-12 ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>ème</sup> éd., tome 2, Bruxelles, Confédération de la construction publ., 1996, pp. 252-264 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2013*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 566-571 ; M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken. Commentaar op de algemene aannemingsvoorwaarden*, Lokeren, Konstruktieve Publ., 2011, pp. 171-177.

<sup>224</sup> Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *J.O.U.E.*, 23 février 2011, L 48/1.

<sup>225</sup> Moyennant le respect de la condition de base à toute dérogation : la nécessité de celle-ci au regard des particularités du marché.

constitue pas un abus manifeste à l'égard de l'entrepreneur<sup>226</sup>. Comme ce délai n'est en outre pas prévu à peine de déchéance, on peut craindre qu'il s'agisse plus de *wishful thinking* que de véritables contraintes, sous réserve du contenu que donnera la jurisprudence à la notion d'abus manifeste et de la sévérité avec laquelle la nécessité des dérogations sera appréciée. Curieusement, le paragraphe 5 de l'article 95 envisage le cas où une telle vérification n'est pas prévue. Les auteurs du texte ont en effet transposé la directive, mais, semble-t-il, sans s'interroger sur la compatibilité de cette hypothèse avec la réglementation belge. Tant le paragraphe 2 de l'article 95 que l'article 15 des précédentes versions du cahier général des charges indiquent clairement que la vérification des états d'avancement est une obligation du pouvoir adjudicateur, qui est donc toujours *prévue* sans que les documents de marché aient à le préciser, et à laquelle il serait difficilement imaginable de déroger. On aurait donc pu faire l'économie de ce paragraphe 5, qui ne devrait jamais trouver à s'appliquer.

Le délai de vérification peut, selon l'article 95, § 4, être prolongé dans deux cas. Le premier cas cité est celui où l'adjudicataire tarde à introduire sa facture, ce qui doit normalement être fait dans les 5 jours de l'autorisation qui lui en est donnée. L'incongruité de cette disposition est manifeste : le délai de cinq jours dont l'entrepreneur dispose pour introduire sa facture commence à courir lorsque les vérifications sont terminées, et son éventuel retard ne saurait avoir pour effet de prolonger un délai déjà expiré<sup>227</sup>. Ce retard ne pourrait logiquement influencer que le délai de paiement. Le second cas envisagé est celui où le pouvoir adjudicateur doit interroger l'entrepreneur sur la nécessité d'effectuer des retenues en application des règles de solidarité qui ont survécu à la disparition du régime de l'enregistrement des entrepreneurs<sup>228</sup>. Nous émettons quelques doutes sur l'appréciation que pourrait porter la C.J.U.E. sur cette cause de prolongation, qui ne fait par ailleurs l'objet d'aucune justification dans le rapport au Roi.

---

<sup>226</sup> Art. 9, § 2.

<sup>227</sup> Sauf dans le cas utopique où le pouvoir adjudicateur aurait achevé ses vérifications bien avant l'échéance, de sorte que l'introduction de la facture devrait avoir lieu alors que le délai de vérification n'est pas expiré. Mais on voit alors mal pourquoi il faudrait prolonger quoi que ce soit puisque l'introduction de la facture ne fait pas courir le délai de paiement.

<sup>228</sup> Article 30ter, § 4, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, ainsi que de l'article 400, 1°, du Code des impôts sur les revenus 1992.

Après l'étape de la vérification de l'état d'avancement, prend cours un délai de paiement qui est également de 30 jours (sauf pour les établissements de soins auxquels la directive 2011/7/UE a accordé un délai de 60 jours). Le fait que le délai de paiement prend maintenant cours à l'expiration du délai de vérification et non plus à la réception de la déclaration de créance est un changement important sur le plan des principes, qui va certainement dans le bon sens. Ceci étant, en pratique, la solution reste insatisfaisante eu égard aux objectifs, vu que l'échéance du délai de paiement sera identique, quelle que soit la célérité avec laquelle le pouvoir adjudicateur effectue les vérifications. Un pas supplémentaire aurait pu être franchi en faisant courir le délai de paiement à l'introduction effective de la facture par l'adjudicataire, sauf lorsqu'il n'a pas été invité à facturer à l'issue du délai de vérification, auquel cas le délai de paiement prendrait cours cinq jours après l'expiration dudit délai de vérification ou en d'autres termes le jour où, au plus tard, la facture devait être introduite. On notera que l'article 95 évoque encore un délai de paiement de 60 jours *pour les marchés conclus avant le 16 mars 2013*, auxquels il ne s'applique manifestement pas puisque l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne s'applique qu'aux marchés publiés à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2013, qui peuvent donc difficilement avoir été conclus trois mois auparavant.

En synthèse, cet article 95 est un bel exemple de transposition inadéquate d'une directive européenne, d'autant qu'en l'occurrence, la directive 2011/7/UE envisage le délai de vérification comme celui « permettant de certifier la conformité des marchandises ou des services avec le contrat », ce qui n'est assurément pas le cas de la vérification des états d'avancement.

## 2. Dispositions complémentaires relatives aux promotions de travaux

Pour rappel, un marché de promotion de travaux est « un marché public portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci »<sup>229</sup>. Le marché public de promotion constitue une des principales formules, avec la concession de travaux publics, permettant le financement privé des investissements publics<sup>230</sup> ; elle constitue d'ail-

<sup>229</sup> Art. 3, 11°, de la loi du 15 juin 2006.

<sup>230</sup> Voy. P. FLAMME et M.A. FLAMME, "Partenariat et financement privé face aux directives européennes sur les marchés publics", in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 115 et s., spéc. p. 128. Sur le marché public de promotion dans le cadre de l'ancienne législation,



leurs l'un des véhicules juridiques privilégiés des opérations de partenariat public – privé<sup>231</sup>.

Un tel marché est donc soumis aux règles énoncées dans la section 2 du chapitre 3, avec toutefois une exception notable prévue par l'article 6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 : le CGCh 2013 n'est pas du tout applicable<sup>232</sup> aux « marchés de promotion de travaux, pour autant qu'ils impliquent le financement, la conception et la réalisation ou la rénovation de travaux ou d'ouvrages, en vue de leur mise à disposition pour une période de dix ans minimum et que le promoteur soit payé au moyen d'indemnités de disponibilité ». Ce qui est visé est bien entendu la formule désormais classique (mais toujours controversée) des projets DBF(M), forme privilégiée de partenariat public-privé pour laquelle le CGCh, qu'il soit de 1996 ou de 2013, est totalement inadapté.

Les auteurs du texte n'ont cependant pas pris le soin d'énoncer une définition en ce qui concerne « l'indemnité de disponibilité », ce qui pourrait présenter certaines incertitudes dans la détermination des contours de l'exception générale ainsi créée. Sans doute a-t-on voulu viser par là le mécanisme par lequel la rémunération du promoteur est liée à la mesure de disponibilité de l'objet du contrat DBFM<sup>233</sup>. Le

---

voy. entre autres S. DE COSTER, « De promotieovereenkomst », in J. HERBOTS (éd.), *Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*, Bruges, die Keure, 1997, pp. 127 et s. ; P. THIEL, « Contrat portant simultanément sur le financement et la réalisation : le marché de promotion », *Mouv. Comm.*, 2005, pp. 285 et s. ; P. NIHOUL, « Les marchés de promotion et les difficultés du financement alternatif du logement », in F. MAUSSON e.a., *L'urbanisme à Bruxelles*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1992, pp. 125 et s. ; F. MOÏSES et J.F. JAMINET, « Partenariat Public-Privé et logements en Région wallonne », *Mouv. Comm.*, 2006, pp. 262 et s., spéc. p. 264.

<sup>231</sup> Comme le soulignent P. FLAMEY et S. KNAEPEN, « *De kenmerkende financieringswijze verleent aan deze soort van overeenkomsten een zeker "PPS-gehalte"* » (P. FLAMEY et S. KNAEPEN, *Publiek-private samenwerking (PPS). De fundamentele juridische spelregels en hun afdwingbaarheid*, coll. Publiekrecht, Bruges, éd. Vanden Broele, 2005, p. 127).

<sup>232</sup> Sous la réserve importante que l'interdiction des clauses abusives (art. 9, §§ 2et 3) reste applicable.

<sup>233</sup> Deux modes principaux de paiement existent dans les contrats de type DBFM: (i) l'indemnité de disponibilité (ou son niveau) peut être liée « (...) à la mesure de disponibilité de l'objet du contrat DBFM, qu'elle qu'en soit son utilisation réelle. Ce mode-là est principalement utilisé pour les projets PPP où il n'y a presque ou pas de risque de demande pour le donneur d'ordre (par exemple constructions d'écoles, transport public, etc.). Satisfaire à toutes les exigences de disponibilité de manière continue pendant toute la durée de validité du contrat DBFM suffit pour le paiement et est donc encouragé par le mécanisme de paiement : aucun paiement n'a lieu en cas de et dans la mesure de la non-disponibilité» (A. FRANCOIS, K. LEEUS et A. LOGGHE, *DBFM : La bonne à tout faire en PPP ?*, coll. Dossiers des Juristes d'Entreprise, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 52) ; (ii) l'indemnité de disponibilité peut également dépendre de l'utilisation par des tiers des objets ou de l'infrastructure réalisée par le partenaire privé. Ce dernier supporte dans ce cas (en partie) le risque lié à la demande (par exemple la construction d'un tunnel avec péage) : l'indemnisation se fait alors « (...) proportionnellement à l'utilisation, faite par des tiers, des objets ou de l'infrastructure » (A. FRANCOIS, K. LEEUS et A. LOGGHE, *op. cit.*).

préciser aurait été préférable car, dans l'incertitude, l'exception pourrait également viser le paiement au promoteur d'une redevance ou d'un loyer qui ne répondrait pas aux critères habituellement retenus dans le cadre des partenariats public-privé.

Les dispositions du CGCh 2013 relatives aux promotions de travaux ne se trouvaient pas dans le CGCh 96, mais elles ne sont pas neuves pour autant. On les retrouvait en effet pour l'essentiel dans le corps même de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 (RGE 96). Seules les modifications les plus importantes au regard de l'ancienne réglementation seront commentées ci-après.

**L'article 96 énumère les dispositions qui ne s'appliquent pas aux marchés de promotion**, compte tenu des caractéristiques particulières de ce type de marché : l'article 25 (relatif au cautionnement), l'article 66 (relatif aux conditions générales de paiement), l'article 76, § 2 (relatif à la fixation de la date de commencement des travaux), les articles 86 et 87 (relatifs respectivement aux amendes pour retard et aux mesures d'office), l'article 91 (relatif à la mise à disposition de l'ouvrage), l'article 95 (relatif au paiement des travaux), ainsi que les articles 74, 77, § 1<sup>er</sup>. et 90 (relatifs aux autorisations pour l'exécution des travaux, à la mise à disposition des terrains servant d'assiette à l'ouvrage et aux découvertes en cours de travaux), si le promoteur est propriétaire de l'assise des constructions.

Ces exclusions sont logiques, sauf peut-être celle qui concerne les mesures d'office.

**L'article 97, relatif aux droits des parties sur les terrains**, reprend pour l'essentiel les dispositions de l'article 13, §§ 3 et 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996. On rappellera simplement que, lorsque le pouvoir adjudicateur est le propriétaire du terrain servant d'assiette à l'ouvrage, celui-ci peut renoncer au droit d'accession pendant la durée de l'exécution de l'ouvrage. Il s'établit alors un droit de superficie au profit du promoteur adjudicataire<sup>234</sup>. La réglementation ne prévoit cependant pas une obligation d'octroyer des droits réels au promoteur ; au contraire, puisque l'article 97 prévoit la possibilité pour

<sup>234</sup> Cass., 19 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1142 ; voy. à ce propos récemment P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens. tome I. Biens et propriétés*, coll. Fac. Droit Liège, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 286, n° 114.

l'autorité adjudicatrice de ne pas renoncer à son droit d'accès pendant la durée des travaux<sup>235</sup>.

**L'article 98** énumère les **obligations du pouvoir adjudicateur**. La disposition reprend les deux hypothèses organisées auparavant à l'article 21 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, en distinguant selon que le marché prévoit (i) une location au pouvoir adjudicateur avec option d'achat, avec un transfert de propriété à terme ou une emphytéose (auquel cas le pouvoir adjudicateur doit payer le prix du marché sous forme de redevances locatives, de redevances de superficie ou de canon) (ii) une acquisition des ouvrages dès leur mise à disposition. Dans ce dernier cas, le texte prévoit que le pouvoir adjudicateur est tenu « de payer le prix du marché sous forme d'annuités ». Cette disposition, conforme à la *ratio legis* du marché de promotion (c'est-à-dire faire supporter par le promoteur le financement initial de l'investissement public), est cependant contraire au texte de l'article 122 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classique<sup>236</sup>, lequel autorise également que le paiement puisse s'effectuer en un seul versement.

**L'article 99**, consacré aux **obligations du promoteur**, diffère peu des dispositions correspondantes du RGE 96 (articles 22, § 1, et 23, § 1), dont on a toutefois supprimé les références à l'agrément des entrepreneurs. Les règles relatives à l'agrément, qui concernent plus l'attribution du marché que son exécution, figurent désormais dans les arrêtés royaux des 15 juillet 2011, 23 juillet 2012 ou 16 juillet 2012<sup>237</sup>.

<sup>235</sup> Pour une analyse des avantages et des inconvénients de l'octroi d'un droit réel au promoteur, voy. B. KOHL et R. VERMEERSCH, « Marchés publics de promotion. Avec ou sans l'octroi de droits réels à l'adjudicataire ? », in *Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP Publ., 2008, pp. 493-515.

<sup>236</sup> *M.B.*, 9 août 2011.

<sup>237</sup> L'article 99 prévoit notamment l'application au promoteur du régime de la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes énoncée aux articles 1792 et 2270 du Code civil. La responsabilité décennale suppose l'existence d'un contrat d'entreprise. Or, la qualification contractuelle du contrat de promotion est incertaine. Dans certains cas, l'opération de promotion s'apparentera à une vente, de telle sorte que le régime de la responsabilité décennale sera déclaré inapplicable – le promoteur étant alors uniquement tenu des obligations et garantie de la vente – (voy. B. KOHL, « Le promoteur », in *Guide de droit immobilier*, Waterloo, Kluwer, 2009, n° 3.32). Le rapport au roi fait d'ailleurs écho à cette particularité : « il a paru utile de préciser dans l'arrêté royal les conditions de mise en œuvre de la responsabilité décennale du promoteur, compte tenu des différents cas de marchés de promotion » (rapport au Roi, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8788). L'extension par le CGCh au promoteur du régime de la responsabilité décennale permet de lever toute ambiguïté pour les contrats de promotion soumis à la réglementation des marchés publics. Bien entendu, l'application du régime de la responsabilité décennale n'est pas exclusive du régime de responsabilité auquel conduit la qualification de l'opération. Ainsi, lorsque le marché prévoit la location par le pouvoir adjudicateur, le promoteur sera tenu envers celui-ci

L'**article 100** organise la **mise à disposition de l'ouvrage**. Celle-ci est constatée par un procès-verbal de réception provisoire dressé par le pouvoir adjudicateur. Cette clarification est heureuse : désormais, le procès-verbal établi par le pouvoir adjudicateur emportera à la fois la réception provisoire de l'ouvrage et le constat de sa mise à disposition au pouvoir adjudicateur. Le rapport au roi précise à cet égard que ceci sera de nature à « (...) éviter que la mise à disposition occulte la question de la réception provisoire, voire que des clauses stipulent que la mise à disposition emporte l'agrément des travaux »<sup>238</sup>.

L'**article 101** est une disposition nouvelle qui règle le **sort du cautionnement** lorsque l'adjudicataire conserve des obligations substantielles après achèvement des travaux, comme l'obligation de mise à disposition des ouvrages (par exemple au travers d'une location, d'une location-vente ou d'une location avec option d'achat). Il convient en effet de garantir ces obligations par un cautionnement approprié. Les règles relatives à la durée et aux modalités de libération du cautionnement devront figurer dans le cahier spécial des charges.

L'**article 103** fixe un certain nombre de modalités de **payement du prix** selon la forme que prend celui-ci (redevances locatives, annuités ou canon emphytéotique). Compte tenu notamment de la directive 2011/7/UE, ces modalités évoluent par rapport à l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Il n'est ainsi plus question d'introduction systématique de déclarations de créance, et les délais de payement sont réduits, à tout le moins en apparence. L'article 103 établit un système particulièrement confus. Alors que les paiements périodiques devaient autrefois être effectués dans les 45 jours de la déclaration de créance (correspondant normalement à un délai de 60 jours à compter de la date anniversaire du procès-verbal de réception provisoire)<sup>239</sup>, ces paiements doivent maintenant intervenir « aux échéances fixées par les documents du marché ». Il n'est donc pas question d'un délai et d'un point de départ mais d'une date fixe, qui peut être la date anniversaire du procès-verbal de réception provisoire, mais pas obligatoirement. Cette règle se concilie difficilement avec celle de l'article 103, § 2, selon laquelle la date du procès-verbal de réception provisoire est

---

en qualité de bailleur pendant la période de jouissance ; en cas de levée de l'option d'achat, le promoteur sera, en qualité de vendeur, garant des vices cachés affectant la jouissance utile de la chose.

<sup>238</sup> Rapport au Roi, *M.B.*, 14 février 2013, p. 8788.

<sup>239</sup> Voy. art. 24 du RGE 96.

le point de départ du délai pour les paiements périodiques. Quant aux paiements uniques, ils sont soumis au délai de 30 jours conformément à la directive 2011/7/UE, à compter de la date « de l'échéance prévue » (par exemple en présence d'un paiement unique effectué dès la mise à disposition). On ne peut que recommander un maximum de précision et une grande clarté aux rédacteurs de cahiers spéciaux des charges pour des marchés de promotion.

L'article 103 précise encore, comme le faisait l'article 24 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, que les redevances, annuités ou canons ne sont pas dus pour les périodes où le pouvoir adjudicateur n'a pu utiliser l'ouvrage suite à un manquement du promoteur.

*d. Dispositions propres aux concessions de travaux publics (chapitre 4)*

Le chapitre 4 renferme les dispositions propres aux marchés de concession de travaux publics. Selon l'article 3, 12° de la loi du 15 juin 2006, la concession de travaux publics se définit comme « le contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». Cette formule permet donc d'assurer le financement, mais également la gestion privée d'infrastructures publiques<sup>240</sup>.

Par comparaison avec la réglementation de 1996, le CGCh 2013 innove sur deux points essentiellement : d'une part, la durée maximale de la concession n'est plus limitée à 50 ans, car la concession n'est plus liée nécessairement à l'établissement d'un droit de superficie ; d'autre part, le paiement de la redevance doit s'opérer de manière périodique, sans qu'une périodicité particulière ne soit toutefois fixée (auparavant, le paiement devait s'effectuer annuellement).

---

<sup>240</sup> Sur le marché de concession, voy. entre autres S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2006 ; *id.*, « Knelpunten inzake concessies », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Publ., 2009, pp. 645-656 ; F. MOISES, « Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics. Nouvelle (7<sup>ème</sup>) édition. Extraits du tome I<sup>er</sup> « Secteurs classiques » (article 34) », *Entr. et dr.*, 2013, pp. 7-26.

L'**article 104**, qui énonce les **dispositions applicables** aux concessions de travaux publics, procède d'un mécanisme inverse à celui utilisé pour les marchés de promotion de travaux. Si pour ces derniers, l'article 96 prévoyait « par élimination » l'application à ceux-ci de toutes les dispositions relatives aux marchés de travaux, à l'exception de certaines limitativement énumérées, l'article 104 prévoit que ne sont applicables aux concessions de travaux publics que certaines dispositions du CGCh 2013 à savoir (outre bien entendu celles du chapitre 4), le chapitre 1<sup>er</sup> (contenant les dispositions générales) et le chapitre 2 (contenant les dispositions communes aux marchés de travaux, de fournitures et de services), à l'exception de l'article 16 (relatif à l'obligation de remplacer la main d'œuvre incapable), de l'article 17 (relatif au caractère distinct des marchés), et des articles 26 et 33 (relatifs respectivement à la nature et à la libération du cautionnement), ainsi que des articles 64 à 66 (relatifs aux réceptions et garanties, ainsi qu'aux conditions générales de paiement). Le chapitre 3 (contenant les dispositions propres aux marchés de travaux) n'est pas applicable aux concessions de travaux, à quelques exceptions près, à savoir l'article 75 (relatif à la direction et au contrôle), l'article 76, § 1<sup>er</sup> (relatif au délai d'exécution), l'article 77 (relatif à la mise à disposition de terrains et locaux), l'article 78 (concernant les conditions relatives au personnel), l'article 79 (relatif à l'organisation du chantier), l'article 81, §§ 1<sup>er</sup> et 2 (relatif aux moyens de contrôle), l'article 88 (relatif aux retenues pour salaire, charges sociales et impôts dus), l'article 89 (relatif aux incidents d'exécution) et l'article 90 (relatif aux découvertes en cours de travaux).

La principale nouveauté réside à l'**article 105**, qui traite des **droits sur les terrains concédés**. Là où l'ancienne réglementation énonçait que les terrains du domaine public *devaient* préalablement être désaffectés lorsqu'ils étaient amenés à servir d'assiette à l'ouvrage<sup>241</sup>, le texte précise désormais que « Le concessionnaire *peut bénéficiaire* pendant toute la durée de la concession d'un droit de superficie sur les terrains ». Le recours au droit de superficie n'est donc plus nécessaire et d'autres formules peuvent s'envisager. On pense en particulier à l'établissement au profit du concessionnaire d'un droit d'emphytéose. Dans ce cas, cependant, l'opération sera

---

<sup>241</sup> Voy. l'art. 31, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et al. 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

conditionnée au respect de la durée minimum de 27 ans fixée par l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur l'emphytéose.

Les auteurs du texte ont également pris le soin d'ajouter que lesdits terrains « peuvent être désaffectés à cet effet », lorsqu'il s'agit de terrains relevant du domaine public. La modification apportée par le CGCh 2013 fait sien l'enseignement de la Cour de cassation. Par un arrêt du 18 mai 2007, celle-ci a en effet décidé que « dans la mesure où un droit privé de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée [destination à l'usage de tous], il peut être établi sur un bien du domaine public »<sup>242</sup>. La désaffectation ne constitue donc pas un préalable nécessaire à l'établissement d'un droit de superficie au profit du concessionnaire : ce n'est toutefois que dans l'hypothèse où l'ouvrage réalisé au bénéfice de ce droit sur des terrains relevant du domaine public n'entrave pas l'usage de tous (critère dit « de compatibilité »), et que ce droit ne porte pas atteinte au droit de l'autorité de régler en tout temps le bien relevant du domaine public, en fonction de cet usage (critère dit « de précarité »), que l'établissement du droit de superficie peut s'envisager sans désaffectation préalable<sup>243</sup>.

Comme sous l'empire de l'ancienne réglementation, le texte précise que lorsqu'un droit de superficie a été accordé au concessionnaire, celui-ci ne bénéficie pas des droits prévus aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie<sup>244</sup> : le promoteur ne peut donc démolir les bâtiments et autres ouvrages, ni arracher les plantations ou les enlever ; à l'expiration de son droit, ces bâtiments, ouvrages ou plantations deviennent la propriété du pouvoir adjudicateur sans que ce dernier soit tenu de rembourser leur valeur actuelle au concessionnaire.

---

<sup>242</sup> Cass., 18 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 934, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1726, *N.j.W.*, 2007, p. 652, *C.D.P.K.*, 2008, p. 219, note J. DE STAERCKE, *R.C.J.B.*, 2012, p. 466, note A. VANDEBURIE, *Rev. not. b.*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE, *R.W.*, 2007-2008, p. 736, note V. SAGAERT, *R.G.D.C.*, 2008, p. 550, *T.B.O.*, 2008, p. 9, note D. VAN HEUVEN, *T. Not.*, 2009, p. 32, *T. Gem.*, 2008, p. 71, note L. DE BOEL. Voy. également en ce sens, avant cet arrêt, entre autres : A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGINDERTAEL, *Emphytéose et superficie*, Coll. Rép. not., tome II, livre VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 75, n°7 ; J. DE STAERCKE, « De valorisatie van het openbaar domein », *T.B.O.*, 2005, pp. 194-195.

<sup>243</sup> Voy. sur ces critères A. VANDEBURIE, « Définir le domaine public, permettre sa valorisation: une entreprise impossible ? », note sous Cass., 18 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2012, p. 503.

<sup>244</sup> L'arrêté royal déroge donc au texte de la loi de 1824 sur la superficie, sans y avoir été habilité à cet effet par le législateur. Sur cette difficulté, voy. *supra* (à propos de la nature du CGCh 2013).

Conséquence de ce qui précède, l'**article 106**, qui traite de la **durée de la concession**, a également été modifié. Alors qu'auparavant, la durée de la concession ne pouvait être supérieure à 50 ans<sup>245</sup>, puisque telle est la durée maximale du droit de superficie, le texte prévoit désormais que « les dates de début et de fin de la concession sont fixées par les documents de la concession ». Cette modification découle naturellement de l'article 105, qui ne fait plus du droit de superficie l'unique mécanisme auquel les parties peuvent avoir recours pour permettre au concessionnaire de jouir d'un droit réel sur les ouvrages réalisés sur un terrain appartenant au pouvoir adjudicateur.

Si l'article 107 (relatif aux assurances), l'article 109 (relatif à la continuité du service public que le concessionnaire s'engage à assurer) et l'article 110 (relatif à la responsabilité décennale du concessionnaire) n'ont guère subi de modifications au regard des dispositions correspondantes de l'arrêté royal du 26 septembre 1996<sup>246</sup>, l'**article 108**, relatif au **cautionnement**, a subi quelques adaptations. Si les obligations du concessionnaire doivent encore faire l'objet de garanties, celles-ci peuvent, si le cahier spécial des charges le prévoit, prendre une autre forme que le traditionnel cautionnement. Pratiquement, l'exemple donné dans le rapport au roi (remplacement total ou partiel du cautionnement par une hypothèque sur les ouvrages) n'est pas très original vu qu'il existait déjà dans le RGE 96, mais la porte est désormais ouverte aux propositions originales des parties et de leurs financiers.

Le cautionnement doit, comme par le passé, être fixé « en fonction de la valeur de la concession ». Cette formule demeurant particulièrement floue, il a été jugé nécessaire d'apporter des précisions. Il est désormais exigé, soit que le cautionnement couvre tant le coût des travaux que la valeur de l'exploitation, soit qu'un cautionnement distinct soit prévu pour le coût des travaux et la valeur de l'exploitation. Compte tenu de la souplesse introduite par ailleurs, il aurait été plus simple et plus cohérent d'écrire que la valeur globale du cautionnement et/ou des garanties équivalentes est égale à la valeur totale de la concession, à savoir la somme de la valeur des travaux et de la valeur de l'exploitation.

---

<sup>245</sup> Art. 29, al. 2, du RGE 96.

<sup>246</sup> Voy. respectivement les art. 36, 32 et 37 du RGE 96.



Enfin, l'article 108, alinéa 4, précise (ce que ne faisait pas l'article 30 du RGE 96) que les documents du marché règlent les modalités de libération du cautionnement. Ce n'est pas une faculté mais une obligation, aucune règle du CGCh 2013 n'étant applicable en la matière.

Une autre modification importante apparaît à l'**article 111 (concession assortie d'un prix)** ainsi qu'à l'**article 112 (concession assortie d'une redevance)**. Dans les deux cas, l'article 38 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 prévoyait que le paiement du prix ou de la redevance devait s'effectuer « annuellement ». Le texte prévoit désormais que le paiement s'effectue « périodiquement ». En effet, comme le relève le rapport au roi à propos de l'article 112, « il pourrait (...) être financièrement avantageux de prévoir une annuité payable pour partie ou totalement, selon le cas, par provisions mensuelles, ou de prévoir des paiements dégressifs, les premiers paiements permettant de rembourser plus rapidement les investissements »<sup>247</sup>. Pour le surplus, les autres modalités relatives au calcul du prix (montant forfaitaire avec faculté de révision annuelle), au calcul de la redevance (montant forfaitaire, pourcentage du chiffre d'affaires brut réalisé par le concessionnaire ou montant forfaitaire augmenté d'un pourcentage du chiffre d'affaires brut, avec possibilité de révision annuelle<sup>248</sup>), sont demeurées inchangées. Curieusement, l'obligation pour le concessionnaire de tenir une comptabilité spécifique lorsque la redevance est fonction du chiffre d'affaires a été supprimée. Le rapport au roi le constate mais ne l'explique pas. A-t-on considéré que cela va de soi ?

Enfin, les articles 113 et 114 renferment les dispositions relatives à la fin de la concession. Ils reprennent, sans en modifier substantiellement le contenu, l'article 40 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

<sup>247</sup> Rapport au roi, p. 8791.

<sup>248</sup> Lorsque la redevance est établie sur la base d'un pourcentage d'un chiffre d'affaires, le concessionnaire doit tenir une comptabilité propre à l'exploitation de la concession, comptabilité à laquelle les agents du pouvoir adjudicateur ou les personnes qu'il désigne ont accès en tout temps. L'article 38, § 2, *in fine* du RGE prévoyait à cet égard que « cette comptabilité est tenue selon les règles applicables en droit belge ». Cette précision a disparu du CGCh 2013.

*e. Dispositions propres aux marchés de fournitures*

Le chapitre 5, consacré aux marchés de fournitures, comprend trois sections. Les deux premières sont intitulées *Dispositions communes à tous les marchés de fournitures* et *Dispositions complémentaires pour les marchés de fournitures sous forme d'achat*, et correspondent largement au contenu du CGCh 96<sup>249</sup>. A ces règles ont été ajoutées les dispositions de la section 3, consacrée aux *marchés de fournitures sous forme de location, location-vente ou crédit-bail*.

## 1. Dispositions communes à tous les marchés de fournitures

L'**article 116** reprend les dispositions de l'article 52, § 3, du CGCh 96 relatives au **délaï de livraison**, avec une petite modification : si le point de départ du délai de livraison reste la date de la conclusion du marché ou la date de la commande, les règles permettant d'établir cette date ont disparu. Au lieu de les moderniser, les auteurs du texte ont préféré les supprimer « dans un souci de simplification administrative ». La vraie simplification aurait été de copier le système utilisé pour les travaux et de faire fixer par le pouvoir adjudicateur le premier jour du délai. Il est assez difficile de comprendre pourquoi il faut maintenir une telle différence d'organisation entre les travaux, d'une part, et les fournitures et services, d'autre part.

L'**article 117** consacre, comme l'article 52, § 1, du CGCh 96, le droit de l'adjudicataire de fournir les **quantités** fixes ou minimales stipulées dans la commande. Il en découle que l'adjudicataire à qui le pouvoir adjudicateur demande une réduction de ces quantités a droit à une indemnisation. Alors que le texte de 1996 envisageait clairement l'indemnisation d'un préjudice, le CGCh 2013 se réfère à « une juste compensation ». Selon le rapport au roi, l'idée serait de privilégier la révision du marché plutôt que l'octroi de dommages et intérêts. Ceci appelle quelques observations.

Tout d'abord, la modification des quantités par le pouvoir adjudicateur est une application du principe de mutabilité (ou de ce qu'il en reste<sup>250</sup>).

---

<sup>249</sup> Dans la littérature récente, les marchés de fourniture en énergie ont retenu une attention particulière. Voy. p. ex. à ce sujet F. MOÏSES, « Le consommateur service public », in *Le nouveau marché de l'énergie*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 301-377 ; W. VANDORPE, D. HAVERBEKE, J. DEBIEVRE et W. NEVEN, « De gezamenlijke aankoop van energie door en voor overheden », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Publ., 2009, pp. 858-878.

<sup>250</sup> Voy. *supra* le commentaire de l'art. 37.

Il en résulte que, dans l'état actuel du texte, la réduction ne peut en principe pas dépasser 15% du montant du marché, ce qui relativise quelque peu l'ampleur du préjudice qui pourrait être causé à l'adjudicataire. Ensuite, on peut se demander pourquoi il était nécessaire de laisser subsister dans l'article 117 une disposition qui fait maintenant double emploi avec l'article 54 et qui emploie des termes à la fois différents et flous (qu'est-ce qu'une « juste compensation » ?). Une réduction des quantités est en effet un fait imputable au pouvoir adjudicateur qui cause un préjudice à l'adjudicataire et qui peut donner lieu à des dommages et intérêts ou à la révision du marché (article 54 du CGCh 2013)<sup>251</sup>. Mais c'est aussi un ordre modificatif qui tombe sous le coup du nouvel article 121, dérivé de l'article 42 du CGCh 96. On peut enfin s'interroger sur les conditions de mise en œuvre de ce droit non spécifique énoncé par l'article 117.

L'article 120 règle, comme le faisait l'article 55, § 4, du CGCh 96, les modalités de **vérification de la livraison**. Sur le plan du fond, le pouvoir adjudicateur dispose maintenant de 30 jours au lieu de 15 pour effectuer ses vérifications. En contrepartie, le dépassement de ce délai donne lieu à l'application d'une pénalité proportionnelle au montant dont le paiement est conditionné par les vérifications en question. Les chiffres laissent perplexes : la pénalité journalière est de 0,01% du montant précité, avec un plafond de 7,5%, qui sera donc atteint après... 750 jours de retard soit 25 fois le délai initial ! Tant ce constat que la comparaison avec l'article 57, § 2, du CGCh 96 conduisent à la conclusion qu'il s'agit manifestement d'une erreur matérielle et qu'il faut lire 0,1% au lieu de 0,01%. Sur le plan de la forme, on observera qu'il est question de *délai de vérification*, terme employé ici dans le sens visé par la directive 2011/7/UE contrairement à ce qui a été observé *supra* pour l'article 95.

L'article 121, relatif aux **modifications au marché**, est une nouveauté qui était attendue. Il n'était plus justifiable que le principe de mutabilité soit mis en œuvre pour les seuls marchés de travaux par l'article 42 du CGCh 96, alors qu'aucune disposition similaire n'existait pour les fournitures et services. L'omission est aujourd'hui réparée et on ne peut que s'en réjouir<sup>252</sup>. Le texte prévoit les conséquences des ordres

---

<sup>251</sup> La logique voudrait que les dommages et intérêts soient appliqués dans les cas où il y a faute du pouvoir adjudicateur et la révision du marché dans le cas contraire.

<sup>252</sup> Les esprits chagrins observeront évidemment que l'application du principe de mutabilité se trouve enfin réglée au moment où ce principe se voit réduit à peu de chose.

modifiant le marché (étant les fournitures non prévues que l'adjudicataire est tenu d'effectuer, les fournitures prévues qui sont retirées du marché, ou toutes autres modifications).

L'article 121 est largement calqué sur l'article 80 consacré aux travaux mais certaines différences peuvent néanmoins être relevées. Ainsi, l'article 121 ne prévoit pas explicitement de révision des prix unitaires, ce dont on peut s'étonner puisque le rapport au roi, dans le commentaire de l'article 117, évoque explicitement la révision des prix unitaires dans le cas d'une réduction des quantités commandées. L'article 121 privilégie les « prix convenus » en prévoyant que l'adjudicataire, dans les 30 jours de l'ordre modificatif, devra soumettre une proposition financière. Enfin, l'article 121, § 5, renvoie à l'article 117 et il en résulte que les deux dispositions doivent être vues comme cumulatives. La logique de ce cumul de l'indemnité (article 121) et de la « juste compensation » (article 117) nous échappe quelque peu.

**L'article 123**, consacré aux **amendes pour retard**, évolue par rapport à l'article 66 du CGCh 96 sur deux points.

D'une part, le montant des amendes journalières et leur plafond sont revus à la hausse, passant respectivement de 0,07 à 0,1 % par jour et de 5 à 7,5 %. Ces pourcentages s'appliquent non pas au montant du marché mais au prix des seules fournitures livrées en retard, critère à appliquer de manière pragmatique : sont considérées comme livrées à temps les marchandises qui, à la date convenue, sont susceptibles d'une utilisation normale. Ainsi, si une école commande 25 ordinateurs complets et que ceux-ci sont livrés sans les souris, ce n'est pas sur la valeur dérisoire des souris que les amendes devront être calculées mais sur le montant de la commande puisque la partie livrée n'est pas susceptible d'une utilisation normale. Par contre, si 20 ordinateurs sur 25 sont livrés complets, les amendes ne porteront que sur les 5 pièces manquantes (alors que l'objectif poursuivi requiert peut-être la livraison de 100% de la commande). On peut ici s'interroger sur la justification de la différence de traitement des retards en matière de travaux et de fournitures, les principes de calcul des amendes étant différents sans que la raison apparaisse clairement.

D'autre part, comme pour les travaux, une disposition spécifique est introduite pour les cas où le délai de livraison est un critère d'attri-

bution du marché. N'est-ce toutefois pas un leurre dans la mesure où (i) le plafond normal des amendes est déjà ici de 7,5%, où (ii) il ne peut être augmenté que jusqu'à 10% lorsque le délai de livraison est un critère d'attribution et où (iii) il « est fixé en fonction de l'importance relative accordée au critère d'attribution portant sur le délai d'exécution » ? Si l'intention est bonne, l'intérêt pratique de la mesure n'est pas évident : elle permettra généralement de gagner un ou deux pourcents au mieux, et sans certitude que le plafond ainsi fixé ne sera pas remis en cause vu le caractère flou de l'extrait ci-dessus établissant un lien avec le poids du critère relatif au délai d'exécution.

Un dernier détail mérite d'être souligné : le § 2 de l'article 123 traite du cas des marchés comportant des *parties* ou des *phases*, notions pourtant absentes de l'article 116 alors qu'elles ont été introduites, pour les travaux, dans l'article 76. Une modification paraît s'imposer pour assurer la cohérence du texte.

**L'article 126** règle le problème de la **révision des prix en cas de retard d'exécution**. Il s'agit d'une simplification de l'article 13, § 4, du CGCh 96, dont on a notamment éliminé la formule de révision pondérée. Dorénavant, le pouvoir adjudicateur appliquera dans tous les cas la révision, mais il choisira de l'appliquer soit en tenant compte des dates contractuelles, soit s'il y trouve avantage en considérant les dates de livraison réelles. La révision ne se fera donc jamais au détriment du pouvoir adjudicateur mais pourra être à son avantage, et il n'est plus nécessaire de prévoir des dispositions spécifiques dans le cahier spécial des charges.

**L'article 127** fixe les **délais de paiement**, en intégrant les prescriptions imposées par la directive 2011/7/UE. On retrouve donc assez logiquement les principes qui gouvernent le paiement des travaux (article 95) mais, une fois de plus, on peut regretter le manque d'uniformité avec lequel ces principes sont mis en œuvre. Le plus curieux est sans doute l'absence apparente d'impact des vérifications opérées : alors que dans un marché de travaux, la vérification des états d'avancement donne lieu à une autorisation de facturer, l'article 127 part de l'hypothèse qu'à l'échéance du délai de vérification, le pouvoir adjudicateur peut déjà être en possession de la facture, et l'article 120 semble admettre que celle-ci accompagne la livraison des marchandises. Pourquoi le procès-verbal de réception prévu à l'article 129 ne tient-il

pas lieu d'autorisation de facturer et ne constitue-t-il pas le point de départ du délai de paiement ? *Stricto sensu*, l'article 127 ne conditionne pas l'obligation de payer à l'acceptation des marchandises.

Bien que cet article fasse partie des dispositions communes à tous les marchés de fournitures, il apparaît assez clairement qu'il n'est pas applicable en tant que tel aux marchés de type « locatif », et l'article 141 le confirme implicitement.

Les procédures de paiement mériteraient d'être revues et uniformisées là où c'est possible, ce qui faciliterait la vie des parties et réduirait les sources de conflits.

## 2. Dispositions complémentaires pour les marchés de fournitures sous forme d'achat

L'article 129 impose qu'un procès-verbal de **réception provisoire** ou de refus soit dressé à l'expiration du délai de vérification. En son § 2, il fixe les sanctions applicables si cette formalité n'est pas accomplie dans les délais. Ceci suscite au moins deux questions.

La première concerne la structure du texte. Était-il bien logique d'aborder le délai de vérification dans l'article 120, censé s'appliquer à tous les marchés de fournitures, et de traiter à l'article 129, qui concerne les achats, du procès-verbal de réception, qui représente l'issue du processus de vérification ? L'article 120 n'est-il pas aussi une disposition propre aux marchés sous forme d'achat ?

La seconde question est liée à la première : comment explique-t-on que les articles 120 et 129 sanctionnent le non-respect du même délai (le délai de vérification) par des pénalités différentes ? Certes, on a relevé ci-avant que le montant journalier prévu à l'article 120 résulte certainement d'une erreur matérielle. Mais à considérer même que l'on corrige cette erreur, les deux articles précités font double emploi, chacun figurant cependant dans une section différente et ayant donc un champ d'application différent.

L'article 132 règle le **transfert de propriété** des fournitures, en précisant que celles-ci deviennent la propriété du pouvoir adjudicateur lorsqu'elles sont « admises en compte pour le paiement conformément

à l'article 127 ». Cette notion de fournitures « admises en compte » aurait sans doute mérité une définition<sup>253</sup> : si l'objectif était de faire coïncider le transfert de la propriété avec celui des risques, il eut sans doute été préférable de retenir la formule énoncée à l'article 122, prévoyant que le fournisseur est responsable de ses fournitures (c'est-à-dire qu'il supporte la charge des risques) jusqu'au moment où les formalités de vérification et de notification visées l'article 120 ont été effectuées. L'expression « admises en compte » ne trouve guère une identité propre dans la séquence. Tout ceci confirme le manque de clarté des textes, déjà dénoncé ci-dessus, quant à la séquence « livraison – vérification – acceptation – mise en paiement ».

### 3. Dispositions complémentaires pour les marchés de fournitures sous forme de location, location-vente et crédit-bail

Nous ne nous étendrons pas longuement sur les articles 136 à 144 du CGCh 2013, dispositions nouvelles venant encadrer des pratiques contractuelles que le CGCh 96 n'envisageait pas. Nous nous bornerons ici à relever certaines tendances et à pointer l'une ou l'autre erreur.

Si l'on en croit le titre de la section, il s'agit de dispositions *complémentaires*, de sorte que les articles 115 à 127 sont censés s'appliquer. A l'analyse, l'application de certains de ces articles semble problématique ou nécessite une gymnastique intellectuelle particulière : l'article 116 devrait alors viser non seulement la livraison mais aussi la mise à disposition, le délai de vérification de l'article 120 ne correspond à rien (il n'en est d'ailleurs jamais question dans les articles 136 à 144), l'article 122 est sans doute adapté à la responsabilité d'un vendeur mais pas à celle d'un bailleur, l'article 127 relatif aux paiements est totalement inadapté, etc. Curieusement, les articles 142 et 143 envisagent des réceptions définitives qui ne semblent précédées d'aucune réception provisoire, ce qui prête à confusion. En outre, de manière assez originale, à l'**article 142**, relatif à la **réception du marché en cas de location ou de crédit-bail**, le procès-verbal de réception atteste en réalité plutôt de la bonne exécution par le pouvoir adjudi-

---

<sup>253</sup> Force est cependant de constater que l'art. 50 du CGCh 96 ne définissait pas non plus cette notion. Il précisait cependant que la propriété était transférée de plein droit dès le moment où les fournitures « (...) ont été admises en compte pour le paiement conformément à l'article 15, § 2 ». Le renvoi à cet article 15, § 2, a été supprimé dans le CGCh 2013 : l'article 132 ne comporte par comparaison plus aucune référence aux (nouvelles) procédures de vérification, d'acceptation ou de paiement, ce qui nous paraît source d'insécurité.

cateur de son obligation de restitution à l'issue de la période de jouissance<sup>254</sup>. Le choix d'un terme autre que celui de "réception" nous aurait paru plus judicieux.

Il apparaît également que les auteurs du texte ont confondu les formes contractuelles visées par la section 3. Ainsi, par exemple, l'**article 139** fixe le **transfert de propriété en cas de location-vente**, « (...) soit lors de la levée de l'option d'achat, soit à l'échéance du terme prévu », alors qu'une option d'achat n'est pas compatible avec la qualification de location-vente et correspond plutôt à l'hypothèse du leasing (ou crédit-bail<sup>255</sup>). La même erreur conceptuelle figure à l'**article 140**, consacré au **délai de garantie en cas de location-vente**. Ce délai, s'il n'est fixé dans les documents du marché, est fixé à un an à compter, soit de la date de la levée de l'option d'achat, soit de l'échéance du terme prévu dans les documents du marché, déduction faite, dans les deux hypothèses, du nombre de mois entiers de calendrier pendant lesquels la fourniture a été mise à disposition du pouvoir adjudicateur. Les termes « à compter de la levée de l'option d'achat » ne nous paraissent pas non plus trouver leur place dans cette disposition, pour le motif précité. Par ailleurs, aucune disposition ne règle le sort du délai de l'éventuelle garantie postérieure à la levée de l'option d'achat dans le marché de fourniture sous forme de crédit-bail.

Bref, l'adoption d'une terminologie précise et correcte, faisant le lien entre la section 1 et la section 3, serait hautement souhaitable.

La tendance de cette section 3 est en réalité de laisser aux documents de marché le soin de régler de nombreux aspects de ces contrats particuliers. Il faudra donc régler au cas par cas les difficultés qui subsistent malgré l'apparition de cette section 3, en attendant que les corrections nécessaires y soient apportées.

---

<sup>254</sup> En présence d'un contrat de crédit-bail, le pouvoir adjudicateur peut, après avoir bénéficié de la jouissance du bien, lever l'option d'achat. Dans ce cas, le procès-verbal constate, non la restitution de la fourniture au fournisseur, mais le transfert de propriété.

<sup>255</sup> La présence d'une option d'achat constitue habituellement l'une des caractéristiques du contrat de leasing ou crédit-bail. Voy. B. KOHL, « Le leasing financier et son harmonisation par Unidroit. Rapport belge », in E. DIRIX et Y.H. LELEU (éd.), *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Washington*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 478.



*f. Dispositions propres aux marchés de services*

Ce chapitre est très court et contient relativement peu de nouveautés autres que celles déjà relevées dans les dispositions consacrées aux fournitures. De surcroît, certains prétendent que « les litiges en matière de marchés de services sont rares, plus encore au stade la phase d'exécution »<sup>256</sup>. Les commentaires seront donc limités aux principales nouveautés relevées au regard des dispositions correspondantes du CGCh 96.

L'**article 147**, consacré aux **délais d'exécution**, reprend les §§ 3 et 4 de l'article 69 du CGCh 96 avec quelques modifications. Comme pour les fournitures, le point de départ du délai reste la date de la conclusion du marché ou la date de la commande, mais les règles permettant d'établir cette date ont disparu. Au lieu de les moderniser, les auteurs du texte ont préféré les supprimer « dans un souci de simplification administrative ». Ils ont également supprimé par la même occasion la phrase qui prévoyait : « Le cas échéant, si le cahier spécial des charges le prévoit, le délai prend cours le jour où les données nécessaires sont communiquées au prestataire de services », de sorte qu'une telle clause serait vue aujourd'hui comme une dérogation. Comme nous l'observions déjà pour les marchés de fournitures, il serait sans doute plus simple et cohérent de copier le système utilisé pour les travaux et de faire fixer par le pouvoir adjudicateur le premier jour du délai.

L'**article 148** subit la même évolution que l'article 117 pour les marchés de fournitures, quant aux conséquences d'une **réduction du marché en dessous des quantités fixes ou minimales** visées par le cahier spécial des charges. Alors que le texte de 1996 envisageait clairement l'indemnisation d'un préjudice, le CGCh 2013 se réfère à « une juste compensation ». Selon le rapport au roi, l'idée serait de privilégier la révision du marché plutôt que l'octroi de dommages et intérêts. Nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'article 117.

---

<sup>256</sup> P. HOREMANS, « Cour d'appel de Mons. 10 ans de droit des marchés publics (2001-2011). Commentaire de 52 arrêts inédits », *Pli Juridique*, 2012/19, p. 37. Nous émettons quelques doutes sur l'exactitude de cette appréciation et en tous cas, les litiges relatifs à l'exécution des marchés publics de services d'architecture y font sans doute exception. Sur l'application au marché public d'architecture des dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, voy. récemment P. FLAMME, *La commande publique architecturale*, 2<sup>ème</sup> éd., Coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 180-192; J.F. HENROTTE et L.O. HENROTTE, *L'architecte. Contraintes actuelle et statut de la profession en droit belge*, 2<sup>ème</sup> éd., coll. Droit immobilier, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 399-406.

**L'article 150**, qui traite de la **vérification des services**, diffère peu de l'article 71 du CGCh 96. Deux modifications y sont néanmoins insérées. D'une part, le prestataire ne doit plus avertir le pouvoir adjudicateur de la date à laquelle il peut contrôler les prestations que lorsque le cahier spécial des charges le prévoit. La justification donnée par le rapport au roi est que cette pratique serait incompatible avec certains marchés de services, ce qui n'apparaît pas comme une évidence. En fait, cette notification n'était rien d'autre qu'une demande de réception (technique) et le fait que le prestataire de services puisse s'en dispenser laisse perplexe. C'est également peu pratique car cette notification faisait courir le délai de vérification ; désormais, ce délai court à compter de « la fin des services constatée conformément aux modalités fixées dans les documents du marché ». Est-il sérieux de croire que ce constat ne se fera pas sur invitation du prestataire ? Si les anciennes dispositions relatives aux services n'étaient sans doute pas rédigées avec toute la clarté souhaitée, les nouvelles laissent l'impression d'une confusion entre réceptions techniques et véritable réception-agrégation, le tout gravitant autour du « délai de vérification » faisant partie de la procédure de paiement. D'autre part, ce délai de vérification a été réduit de 60 à 30 jours afin de se conformer à la directive 2011/7/UE.

**L'article 151** (relatif aux **modifications au marché**) est le pendant du nouvel article 121 en matière de fournitures, c'est-à-dire la mise en œuvre du principe de mutabilité autrefois limité aux marchés de travaux (article 42 du CGCh 96). L'article 151 est largement calqué sur l'article 80 consacré aux travaux mais certaines différences peuvent néanmoins être relevées. Ainsi, l'article 151 ne prévoit pas explicitement de révision des prix unitaires, ce dont on peut s'étonner puisque le rapport au roi, dans le commentaire de l'article 148, évoque explicitement la révision des prix unitaires dans le cas d'une réduction des quantités commandées. L'article 151 privilégie les « prix convenus » en prévoyant que l'adjudicataire, dans les 30 jours de l'ordre modificatif, devra soumettre une proposition financière. Enfin, l'article 151, § 5, renvoie à l'article 148 et il en résulte que les deux dispositions doivent être vues comme cumulatives. La logique de ce cumul nous échappe également quelque peu<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> Voy. également *supra* le commentaire de l'art. 121.

L'article 154, consacré aux **amendes pour retard**, est adapté de la même façon que l'article 123, avec toutefois quelques nuances. Ainsi, les pourcentages appliqués pour calculer les amendes peuvent porter soit sur les services en retard ou sur la totalité des services, les documents du marché étant supposés apporter les précisions nécessaires à cet égard. Curieusement, cette approche différente par rapport à l'article 123 est justifiée par la même considération, à savoir que dans certains cas, même si seule une petite partie des prestations est en retard, c'est l'ensemble qui est inutilisable. Une solution homogène et cohérente aurait sans doute pu être trouvée. Pour le surplus, les défauts de l'article 123 se retrouvent dans l'article 154, notamment concernant les cas où le délai de livraison est un critère d'attribution du marché. Pour les mêmes motifs (le plafond normal des amendes est déjà ici de 7,5%, il ne peut être augmenté que jusqu'à 10% et il « est fixé en fonction de l'importance relative accordée au critère d'attribution portant sur le délai d'exécution »), l'intérêt pratique de la mesure n'est pas évident : elle permettra généralement de gagner un ou deux pourcents au mieux, et sans certitude que le plafond ainsi fixé ne sera pas remis en cause au motif du caractère flou de la liaison obligatoire avec le poids du critère *déla*i.

L'article 156, consacré à la **réception du marché**, doit pouvoir être concilié avec l'article 150 (réception technique). L'adjudicataire doit encore demander la réception lorsqu'il a terminé les prestations (article 156) mais ne doit plus nécessairement demander la réception technique (article 150), alors que dans la plus grande majorité des cas, les deux coïncident<sup>258</sup>. C'est d'ailleurs ce qui apparaît à la lecture de l'article 150 puisque celui-ci vise à la fois la réception technique et la réception « provisoire » (que l'article 156 qualifie, lui, de « définitive »). Nous relevons, dans le cadre des marchés de fournitures, un manque de clarté quant à la séquence livraison – vérification – acceptation – mise en paiement, et nous ne pouvons que constater le même problème en matière de services. Toujours est-il que seul le délai de vérification de 30 jours subsiste, l'ancien délai de 15 jours pour accepter ou refuser la réception ayant disparu.

L'article 159 aborde, comme les articles 94 et 126, la question des **révisions de prix en cas de retard**. On peut regretter le manque de

---

<sup>258</sup> Sauf dans le cas où des vérifications doivent avoir lieu en cours de marché, hypothèse que l'article 150 ne semble même pas envisager.

cohérence de ces trois dispositions, la révision pondérée (lourde à mettre en œuvre et donc largement ignorée) subsistant dans les articles 94 et 159 alors qu'elle a été avantageusement supprimée de l'article 126. Nous renvoyons pour le surplus au commentaire de l'article 94.

L'**article 160**, consacré aux **paiements**, est le pendant des articles 95 et 127. Cette fois, cependant, le CGCh ne se suffit pas à lui-même, puisqu'il est fait référence « aux modalités fixées dans les documents du marché ». Néanmoins, les principes sont les mêmes et dérivent directement de la directive 2011/7/EU : à l'issue d'un délai de vérification de 30 jours, prend cours un délai de paiement de 30 jours. Comme pour l'article 127, on s'étonne de l'absence apparente d'impact des vérifications opérées : alors que dans un marché de travaux, la vérification des états d'avancement donne lieu à une autorisation de facturer, *stricto sensu*, l'article 160 ne conditionne pas l'obligation de payer à l'acceptation des services. Pourquoi le procès-verbal de réception prévu à l'article 156 ne pourrait-il pas tenir lieu d'autorisation de facturer et ne pourrait-il, ainsi, constituer le point de départ du délai de paiement ?

### III. CONCLUSION

Plus on examine en détail le CGCh 2013, plus on reste avec l'impression d'un piètre bricolage, intégrant tant bien que mal dans la version de 1996 de nouvelles exigences européennes et le fruit de quelques compromis parfois discutables. On ne peut certes pas nier l'existence de plusieurs progrès ponctuels, mais il est difficile de se montrer optimiste quand on regarde l'ensemble avec un peu de recul. Certaines controverses sont tranchées, mais d'autres apparaissent. Certaines critiques ont été entendues, mais la qualité parfois déficiente du texte ne fera que déplacer les problèmes. La cohérence et l'uniformité des textes n'ont selon nous pas été recherchées assez activement.

Certains éléments pourraient sans doute être aisément corrigés dans le cadre d'un arrêté royal « de réparation », pour reprendre un vocable que l'on rencontre aujourd'hui trop souvent. Il s'agit des maladroites rédactionnelles, des erreurs matérielles, de points ambigus à clarifier, voire de certaines incohérences qui peuvent se résoudre sans modifi-

cations profondes. Par contre, d'autres éléments plus sensibles ou modifications de plus grande envergure doivent certainement passer par une négociation entre les secteurs public et privé, ce qui ne nous permet hélas pas d'espérer pour ceux-ci une amélioration à court terme.