

Table des matières

Les principes généraux à la rencontre des marchés publics : examen de l'abus de droit et de l'adage <i>fraus omnia corrumpit</i>	7
<i>Jérôme DENAYER et Sophie JACQUES</i>	
Introduction	7
Section 1. L'interdiction de l'abus de droit (art. 1.10 C. civ.)	12
§ 1. En droit civil	12
§ 2. En droit des marchés publics	17
A. L'abus de droit dans le chef des adjudicateurs	18
B. L'abus de droit dans le chef des adjudicataires	34
§ 3. L'abus de droit dans les marchés publics : synthèse et conclusions	38
Section 2. Le principe général de droit <i>fraus omnia corrumpit</i>	40
§ 1. En droit civil	40
A. Introduction	40
B. La consécration du principe dans le Code civil (art. 1.11 C. civ.)	41
C. La codification de l'adage et la portée transversale du principe	47
D. La distinction avec la fraude à la loi	47
§ 2. En droit administratif	48
A. L'adage <i>fraus omnia corrumpit</i> en droit administratif : une portée étendue	48
B. Application de l'adage en droit administratif et plus particulièrement en droit des marchés publics	51
C. Conclusions relatives au principe général <i>fraus omnia corrumpit</i>	62
Conclusions générales	63

Incidences du droit civil sur la formation du contrat de marché public, sur la nullité de ce contrat et incidences de celle-ci 65

Céline ESTAS et Kim MÖRIC

Section 1. Attribution d'un marché public et formation du contrat	67
§ 1. Conditions relatives à la formation du contrat	67
A. Règles de passation relatives aux marchés publics et ordre public	67
B. Conditions de validité au sens de l'article 5.27 du Code civil	76
§ 2. Contentieux relatif à l'attribution d'un marché public	81
A. Annulation d'actes détachables et formation du contrat	82
B. Déclaration d'absence d'effets	85
Section 2. Nullité civile du contrat de marché public	94
§ 1. La nullité comme sanction d'un vice de validité	94
§ 2. Ordre public au sens du Code civil	94
§ 3. Nullité absolue : contours et conséquences	103
§ 4. Nullité absolue : tempéraments	106
§ 5. Modification substantielle d'un contrat en cours d'exécution	108
Section 3. Incidences de la nullité absolue	111
§ 1. Effets de la nullité absolue, théorie générale des restitutions, enrichissement injustifié et adage <i>in pari causa turpitudinis</i>	112
§ 2. Responsabilité délictuelle et <i>culpa in contrahendo</i> : complément ou alternative à la nullité	115
Conclusion	117

Les règles de preuve dans l'exécution des marchés publics 119

Pauline ABBA et Guillaume POULAIN

Section 1. Les règles de preuve en droit civil	119
Section 2. Les règles de preuve en matière d'exécution des marchés publics	125
§ 1. Les règles de paiement	128

§ 2. Le constat du défaut d'exécution de l'adjudicataire	136
§ 3. La demande de révision du marché	141
Conclusion : l'articulation entre le livre 8 du Code civil et les règles spécifiques de la commande publique	147
Droits intellectuels et marchés publics.	
Faut-il préférer le sur-mesure au prêt-à-porter ?	151
<i>Pierre-Yves THOUMSIN</i>	
Introduction et objet	151
Section 1. Les droits intellectuels : quèsaco ?	152
§ 1. Caractéristiques générales et justification socio-économique des droits de propriété intellectuelle	152
§ 2. Particularités procédurales	153
A. Des procédures dédiées	153
B. Des compétences exclusives	154
§ 3. Aperçu des principaux droits intellectuels	155
A. Le droit d'auteur en général	155
B. Le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur	158
C. Le droit <i>sui generis</i> du producteur de bases de données	158
D. Les dessins et modèles	160
E. La marque	161
F. Le brevet	165
G. Les secrets d'affaires	166
Section 2. Le droit commun des contrats relatifs aux droits intellectuels	168
§ 1. Droit d'auteur : l'encadrement très strict des contrats	169
§ 2. Programmes d'ordinateur : présomption de cession à l'employeur et renvoi au droit commun	172
§ 3. Bases de données : présomption de cession à l'employeur	172
§ 4. Dessins et modèles : des présomptions différenciées dans le Benelux et l'Union européenne	173
§ 5. Brevets : un régime prétorien pour les employés, le droit commun pour le surplus	173
Section 3. Les droits intellectuels vus par l'arrêté royal exécution	174
§ 1. Champ d'application de l'arrêté royal exécution	174

§ 2. Qui acquiert les droits sur les résultats du marché ?	174
A. Signes distinctifs, dessins ou modèles et noms de domaine : cession par défaut	174
B. Autres droits : licence par défaut	175
C. Des règles supplétives, mais la nécessité d'une dérogation expresse	176
D. Garantie de jouissance paisible par l'adjudicateur	176
§ 3. Qui paie le prix d'éventuelles licences auprès de tiers ?	178
§ 4. Qui réalise les formalités nécessaires à la protection des droits et à leur opposabilité ?	179
§ 5. Qui agit en contrefaçon des droits faisant l'objet du marché ?	180
§ 6. Qui finance la recherche et qui participe aux bénéfices de son exploitation ?	182
§ 7. Qu'advient-il des méthodes et savoir-faire accessoires au droit intellectuel ?	182
§ 8. La confidentialité entourant l'existence, l'exécution et les résultats du marché	183
Conclusion : le « sur-mesure » n'est pas un luxe	184
Les sûretés et les assurances à l'épreuve des marchés publics	187
<i>Baptiste CONVERSANO et Maureen DEMEURE</i>	
Section 1. Les assurances demandées dans le cadre des marchés publics	187
§ 1. À la passation du marché public : la souscription d'une assurance comme critère de sélection	188
§ 2. À l'exécution du marché public	189
A. Les assurances obligatoires dans le cadre des marchés publics (art. 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics)	189
B. Les assurances facultatives dans le cadre des marchés publics mais qui pourraient être imposées par les documents du marché (art. 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics)	194

§ 3. Lors de la survenance du sinistre : les réflexes à adopter	198
A. Déclaration de sinistre	198
B. Hypothèses de concours de plusieurs assurances	198
C. Les motifs de refus de couverture de l'assureur	199
D. Action contre son propre assureur et action directe	201
Section 2. Le cautionnement	201
§ 1. les origines civiles du principe de cautionnement et l'incidence dans les marchés publics	201
§ 2. Le cautionnement oui, mais quand ?	202
§ 3. Montant du cautionnement	203
§ 4. Nature du cautionnement	204
§ 5. La constitution du cautionnement	205
§ 6. Le défaut de cautionnement	207
§ 7. Cautionnement constitué par un tiers, incidence judiciaire	207
§ 8. Le droit de préemption de l'adjudicateur sur le cautionnement	208
§ 9. La libération du cautionnement	210
§ 10. L'incidence du Code civil sur les cautionnements constitués à l'occasion de marchés publics	213
Conclusion	213
L'exception d'inexécution dans les marchés publics : une exception qui fait exception ?	215
<i>Charles-Henri DE LA VALLÉE POUSSIN et Josué NGARUKIYINKA HABAYO</i>	
Introduction	215
Section 1. L'absence d'incompatibilité de principe entre le droit des marchés publics et l'exception d'inexécution	219
§ 1. L'applicabilité, à titre supplétif, du droit civil à l'exécution des marchés publics	219
§ 2. L'exception d'inexécution en filigrane dans la réglementation relative aux marchés publics	221

Section 2. L'exception d'inexécution dans le chef de l'adjudicateur : un droit quasi illimité exercé dans un espace restreint	222
§ 1. L'exception d'inexécution et les sanctions spécifiques organisées par l'arrêté royal exécution	223
§ 2. L'exception d'inexécution et le principe du service fait et accepté	225
§ 3. Identification des situations dans lesquelles l'adjudicateur peut invoquer l'exception d'inexécution	226
A. Suspension par l'adjudicateur de son obligation de payer l'adjudicataire	226
B. Suspension par l'adjudicateur de son obligation d'octroyer la réception et/ou de libérer le cautionnement	228
Section 3. L'exception d'inexécution dans le chef de l'adjudicataire : un droit restreint	229
§ 1. En cas de défaut de paiement de l'adjudicateur	229
A. Conditions de fond	231
B. Conditions de forme	236
§ 2. En cas de refus de l'adjudicateur de consentir à des modifications du marché	236
Conclusion	237

Responsabilité extracontractuelle dans les marchés publics 239

Renaud SIMAR et Artuur GRAUWELS

Introduction	239
Section 1. Responsabilité extracontractuelle à l'égard des tiers	240
§ 1. Bref rappel historique	240
§ 2. Le fait générateur de responsabilité	245
A. La responsabilité de l'adjudicateur et de l'adjudicataire à l'égard des tiers	245
B. Le concours de responsabilités entre cocontractants et vis-à-vis des auxiliaires de ces cocontractants	253
§ 3. Le lien causal	258
§ 4. Le dommage	262
§ 5. Questions particulières liées au livre 6 du Code civil dans le cadre des marchés publics	262

A.	Le recours indemnitaire au stade de l'attribution	262
B.	Le cas particulier du fonctionnaire dirigeant	265
C.	Identité de l'illégalité et de la faute, principe à géométrie variable	266
D.	La responsabilité extracontractuelle à l'égard des tiers	268
E.	L'obligation d'assurance de l'adjudicataire	269
F.	Caractère supplétif des dispositions du livre 6 au regard des règles propres aux marchés publics	270
Section 2.	Responsabilité pour troubles de voisinage	271
§ 1.	Bref rappel historique	271
§ 2.	Régime juridique	272
§ 3.	Règles propres aux marchés publics	278
Conclusion		281
La responsabilité des adjudicateurs vis-à-vis des entreprises : de la liste pour Saint-Nicolas à la juste indemnisation du préjudice subi ?		283
<i>François VISEUR</i>		
Introduction		283
Section 1.	Le cadre normatif applicable	285
§ 1.	Le principe du forfait et ses tempéraments	285
§ 2.	L'article 38/11 : contenu et champ d'application	286
§ 3.	Historique et évolution de la disposition	287
§ 4.	Les conditions d'application de l'article 38/11	289
A.	L'existence d'un fait imputable à l'une des parties	289
B.	L'imputabilité du fait à l'une des parties	289
C.	L'influence du fait sur le déroulement et le coût du marché	290
§ 5.	La distinction entre l'article 38/11 (faits des parties) et l'article 38/9 (circonstances imprévisibles)	290
§ 6.	Articulation entre le mécanisme de l'article 38/11 de l'arrêté royal exécution et le (nouveau) Code civil	291
A.	Principes	291
B.	Sanctions contractuelles ouvertes aux adjudicataires	293
C.	L'exécution en nature (art. 5.84 et 5.85 C. civ.)	294
D.	La résolution pour inexécution	294
E.	L'exception d'inexécution	297

Section 2. L'évaluation du montant de l'indemnisation	297
§ 1. Les seuils de préjudice	298
§ 2. Le dommage direct	298
§ 3. L'obligation de réduire le dommage	299
§ 4. Les formules forfaitaires d'évaluation du dommage	300
A. La formule Flamme	300
B. Les autres formules	301
C. Les critiques adressées aux formules forfaitaires	302
§ 5. Les postes de dommage couramment invoqués	303
A. Les frais de chantier	303
B. Les frais de siège (ou frais généraux) et le bénéfice manqué	304
C. La perte de rendement du personnel	305
D. L'immobilisation du matériel	306
E. La perte d'industrie	306
F. Le dommage des sous-traitants et fournisseurs	307
§ 6. Le danger du double comptage	307
§ 7. Le régime TVA et les intérêts de retard	308
A. La TVA applicable aux indemnités	308
B. Les intérêts de retard	308
§ 8. La comptabilité analytique et la preuve du dommage réel	308
Section 3. Les modalités procédurales de la réclamation	309
§ 1. L'obligation de dénonciation (art. 38/14)	309
A. Le principe	309
B. Le point de départ du délai	309
C. Le contenu de la dénonciation	310
D. La forme de la dénonciation	310
E. Modèles et bonnes pratiques pour la dénonciation	310
§ 2. Le délai d'introduction de la justification chiffrée (art. 38/16) – Détails procéduraux	311
A. Les délais différenciés selon le type de demande	311
B. Le point de départ du délai de 90 jours – Jurisprudence	311
C. Le contenu de la justification chiffrée	311
D. La forclusion du délai	312
§ 3. Le droit à la vérification des pièces comptables (art. 38/18)	312
§ 4. Les juridictions compétentes	313

Section 4. Recommandations pratiques et conclusion	313
§ 1. Dès la signature du marché : mise en place des fondations	313
§ 2. Pendant l'exécution du marché : la prévention active	314
§ 3. La dénonciation : rigueur formelle et contenu substantiel	314
§ 4. La phase de justification : transition vers la demande formelle	315
Conclusion	316
Passation, exécution... et discussion : la médiation dans le cycle d'un marché public	317
<i>Valentine DE FRANQUEN et Manon DE THIER</i>	
Section 1. Introduction	317
Section 2. Médiation et marchés publics	318
§ 1. Cadre juridique et pratique de la médiation	318
A. Processus de médiation	318
B. La médiation au regard des autres modes alternatifs de résolution des conflits	320
C. Types de conflits susceptibles de faire l'objet d'une médiation	320
D. Manières d'initier une médiation	321
E. Inspiration en France	322
§ 2. Difficultés potentielles à l'utilisation de la médiation dans le cadre des marchés publics	323
A. La désignation du médiateur	323
B. L'ordre public	325
C. Les subventions	330
D. Les délais	332
E. Contraintes propres aux autorités administratives	335
§ 3. Médiation dans les étapes d'un marché public	342
A. La prospection et les documents du marché	343
B. La phase d'attribution du marché	345
C. La phase d'exécution du marché	347
§ 4. Clauses de médiation	357
Section 3. Conclusion	358