La modification unilatérale d'un contrat public

Aurélien Vandeburie

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Delphine de Valkeneer

Assistante à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau du Brabant wallon

Kris Wauters

Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'ULiège
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Si le contrat n'est pas l'instrument naturel de l'administration, il s'est progressivement imposé parmi les moyens d'action dont disposent les pouvoirs publics aux fins de réaliser l'intérêt général.

Traditionnellement, l'action de l'administration se caractérise par l'usage d'un pouvoir de décision unilatérale. Ce pouvoir exorbitant permet à l'autorité publique d'adopter une décision, de portée individuelle ou réglementaire, qui affecte ou modifie l'ordonnancement juridique, et qui est obligatoire, en ce sens que le contenu de l'acte s'impose aux destinataires de celui-ci sans que leur consentement ne soit requis[1].

Les actes unilatéraux, bien qu'ils soient indispensables à la réalisation des missions d'intérêt général dévolues à l'administration, se sont révélés insuffisants à régler, de façon satisfaisante, l'ensemble des situations auxquelles elle doit faire face[2]. C'est en quête d'instruments plus souples et plus efficaces, mieux à même de protéger leurs intérêts, que les pouvoirs publics se sont tournés vers les techniques conventionnelles, que ce soit pour régir leurs relations avec les entreprises, les particuliers ou avec d'autres autorités.

---

1 P. Goffaux, *Dictionnaire de droit administratif*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 187. Comp. Ph. Bouvier, R. Born, B. Cuvelier et Fl. Piret, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 115, nº 91.

2 K. Wauters et A. Percy, « Le visage contractuel de l'administration », *in* P. d'Argent, D. Renders et M. Verdussen (coord.), *Les visages de l'État. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 821 à 856.

2. Le recours à des instruments de droit privé participe de l'idée de rationaliser le fonctionnement de l'administration et d'améliorer son efficacité. C'est aussi sous l'influence du droit européen, et singulièrement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, dont découle l'obligation de mise en concurrence, que les procédés contractuels se sont généralisés, allant jusqu'à s'immiscer dans tous les domaines de l'administration.

Envisagé comme un moyen de satisfaire l'intérêt général, le contrat n'en demeure pas moins un instrument consensuel soumis au droit privé. Se pose alors la question de savoir si le choix de recourir au contrat emporte la renonciation à toute compétence unilatérale, dont notamment le pouvoir de modification unilatérale.

Dans le cadre de la présente contribution, les auteurs envisagent, à l'aune du droit positif et de la jurisprudence, l'hypothèse d'un pouvoir de modification unilatérale dont jouirait l'administration dans le cadre de l'exécution d'un contrat. En ce qu'elle détermine traditionnellement le droit applicable aux contrats conclus par l'administration, la distinction entre « contrats administratifs » et « contrats de l'administration » est abordée dans la première partie de la contribution.

Section 1
La théorie du contrat administratif

§ 1. Origine de la théorie du contrat administratif

3. Issue du droit français, la théorie du contrat administratif distingue deux grandes catégories de contrats conclus par les personnes publiques : les contrats administratifs et les contrats de droit privé de l'administration[3].

Cette distinction trouve son origine dans la théorie des actes d'autorité et de gestion, théorie admise au XIX^e^ siècle, selon laquelle tous les contrats conclus par des personnes publiques étaient qualifiés d'actes de gestion, à savoir des actes par lesquels l'administration n'agit pas par voie de commandement[4].

Tous les contrats conclus par l'administration, excepté ceux pour lesquels les textes de loi attribuaient expressément le contentieux à la juridiction administrative, tels les marchés de travaux publics, appartenaient, de ce fait, à la même catégorie juridique, étaient soumis au droit privé et relevaient de la compétence du juge judiciaire[5].

---

3 Voy. not. G. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, 1re partie, *in Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Marcel Gard, 1934 ; G. Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Éditions A. Pedone, 1945 ; A. De Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, 2e éd., Paris, LGDJ, 1983 ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8e éd., Paris, LGDJ, 2012 ; Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 3e éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2011 ; Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2013 ; E. Langelier, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2011 ; M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

4 A. De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, 1re éd., Paris, LGDJ, 1956, pp. 29 et 30.

5 *Ibid*.

4. Le Tribunal des conflits[6] consacra, ensuite, dans le célèbre arrêt *Blanco*[7], outre le principe selon lequel les règles du Code civil sont par nature inapplicables pour juger de la responsabilité des personnes publiques[8], le critère général de la compétence administrative tirée de la notion de service public[9].

De la notion de service public fut dégagée la distinction entre, d'une part, les contrats de l'administration conclus en vue de l'organisation et du fonctionnement des services publics et, d'autre part, ceux qui, n'ayant pas de lien avec un service public, demeurent des contrats de droit privé[10].

Toutefois, le lien qu'un contrat de l'administration entretient avec le service public n'implique pas *ipso facto* que ledit contrat soit qualifié d'administratif. Comme le relève le Commissaire de gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'affaire *Terrier* :

> « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative. […] Il peut se faire que l'administration, tout en agissant non comme personne privée mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du droit privé. […] Il s'agit alors d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier dans les conditions du droit privé. »[11]

5. C'est à l'aune de ce raisonnement que furent posées les bases de la distinction fondamentale entre les contrats administratifs et les contrats de droit commun de l'administration, distinction consacrée par plusieurs grands arrêts du début du siècle dernier[12].

La jurisprudence française a donc fait choix de soumettre les contrats conclus par l'administration à un double régime juridique : les contrats qualifiés

---

6 Le Tribunal des conflits (T.C.) est, en France, la juridiction chargée de trancher les conflits d'attribution et de décision entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

7 T.C., 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.* 61, concl. David.

8 Dans cet arrêt, considéré comme fondateur du droit administratif français, si le Tribunal des conflits reconnaît la responsabilité de l'État pour les dommages causés par les services publics aux particuliers, il juge néanmoins que la responsabilité susceptible d'incomber à l'État pour les dommages causés du fait des services publics ne peut être régie par les règles du Code civil mais relève de règles spéciales justifiées par les besoins du service public (R. Noguellou, « France », *in* R. Noguellou et U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 677).

9 A. De Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 126.

10 *Ibid*.

11 Concl. Romieu sous C.E. fr., 6 février 1903, *Terrier*, *Rec.* 94.

12 A. De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 31. Voy. égal. C.E. fr., 4 mars 1910, *Thérond*, *S.*, 1911, concl. Pichat ; T.C., 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances « Le Soleil »*, *S.*, 1912, concl. Feuilloley.

d'administratifs obéissent à un régime de droit public, tandis que les contrats de droit commun sont soumis à un régime de droit privé[13].

§ 2. Identification du contrat administratif

6. En droit français, tous les contrats conclus par des personnes publiques ne sont pas nécessairement – comme on l'a précédemment évoqué – des contrats administratifs[14].

L'identification des contrats administratifs, en ce qu'elle emporte l'application d'un régime juridique spécifique et la détermination de l'ordre juridictionnel compétent en cas de litige, revêt une importance fondamentale.

Cette identification procède en droit français soit de la jurisprudence (A), soit de la loi (B)[15].

A. Les critères jurisprudentiels d'identification

7. La singularisation, au sein des contrats passés par les personnes publiques, de la catégorie des contrats administratifs suppose que des critères d'identification soient dégagés par la jurisprudence[16]. Le caractère administratif d'un contrat ne se déduit pas seulement de la présence d'une personne publique au contrat[17], mais résulte de la présence d'éléments caractéristiques que l'on ne retrouve pas en droit privé[18].

---

13 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 677.

14 Les contrats conclus entre deux personnes de droit public sont présumés être des contrats administratifs sauf s'ils font naître « des rapports de droit privé entre les parties » (voy. T.C., 21 mars 1983, *UAP*, *AJDA*, 1983, p. 356). *A contrario*, les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé sauf lorsqu'une personne de droit privé, agissant comme mandataire d'une personne publique, conclut un contrat au nom et pour le compte de l'administration, hypothèse dans laquelle il revêt alors la qualité de contrat administratif (R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 680).

15 La méthode d'identification consistant à se référer à la volonté des parties de se placer ou non sous l'empire du droit public est exclue dès lors qu'« [...] elle aboutirait à faire dépendre de la volonté des parties la compétence juridictionnelle, alors que la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels est d'ordre public » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 95).

16 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 678. La méthode employée par la jurisprudence pour déterminer le caractère administratif d'un contrat est qualifiée par la doctrine de « méthode indiciaire » (Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 49). Il apparaît qu'outre la méthode indiciaire, la jurisprudence recourt également à la méthode dite de l'identification directe, laquelle consiste à se référer au régime exorbitant de droit commun auquel est soumis le contrat – les éléments considérés comme exorbitants de droit commun n'étant pas dans ce cadre les clauses du contrat mais les règles prédéterminées qui s'y appliquent – pour le qualifier d'administratif, ou à la théorie de l'accessoire, selon laquelle le caractère administratif peut être reconnu à un contrat, indépendamment de son objet et de ses clauses, uniquement parce qu'il se rattache à un autre contrat administratif (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 121 à 125).

17 L'on souligne que certains auteurs envisagent la présence d'une personne publique au contrat comme un critère d'identification à part entière et le dénomment « critère organique ». Il existe en France trois catégories de personnes publiques ; l'État (les services centraux et déconcentrés ainsi qu'un certain nombre d'autorités autonomes sans personnalité juridique propre), les autorités locales (les régions, les départements, les communes, les collectivités soumises à un statut particulier et les collectivités d'outre-mer) et les établissements publics, lesquels peuvent être définis comme des personnes de droit public qui assurent un service public (à ce sujet, voy. not. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 2001, pp. 288 à 290).

18 Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 99.

Aux fins de déterminer le caractère administratif d'un contrat, deux critères matériels sont principalement mobilisés par la jurisprudence[19] : le critère de la clause exorbitante de droit commun et le critère du service public. Sont qualifiés de contrats administratifs, les contrats qui comportent au moins une clause exorbitante de droit commun ou qui ont un lien suffisamment fort avec le service public.

1. La clause exorbitante de droit commun

8. L'on fait traditionnellement remonter la naissance de ce critère au célèbre arrêt *Société des granites porphyroïdes des Vosges* dans lequel le Conseil d'État se réfère, pour la première fois, outre le but et l'objet du contrat, à son contenu et en particulier aux clauses qu'il contient[20]. Selon cette jurisprudence, il suffit qu'un contrat comporte une clause exorbitante de droit commun pour qu'il soit qualifié d'administratif.

Si cette méthode d'identification apparaît comme relativement simple, l'appréciation du caractère exorbitant de la clause n'est pas des plus aisées[21], les définitions données par la jurisprudence évoluant au fil du temps.

Dans l'arrêt *Stein*, le Conseil d'État définit la clause exorbitante de droit commun comme « […] la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »[22].

Le Tribunal des conflits retient, quant à lui, le fait que « […] la situation réciproque des contractants n'était pas celle qui, normalement, serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun »[23].

---

19 L'on souligne également que la jurisprudence, outre les deux critères d'identification susvisés, se réfère également au critère du « travail public » en jugeant que dès lors qu'un contrat porte sur l'exécution de travaux publics, il emporte la qualification de contrat administratif. Sont qualifiés de travaux publics, les travaux à caractère immobilier exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général ou les travaux à caractère immobilier réalisés par une personne publique en vue d'un service public (C.E. fr., 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, *GAJA*, p. 228 ; T.C., 28 mars 1955, *Effimieff*, *GAJA*, p. 462). Philippe Yolka précise, à cet égard, que « [...] le travail public est une "notion attrape-tout", dont l'effet d'aimantation s'avère singulièrement puissant (et supérieur, en l'occurrence, à celui de la notion de service public) : le juge tient pour administratifs tous les contrats en lien – direct (exécution de travaux) ou indirect (offres de concours, transactions, etc.) – avec l'exécution de travaux publics, dès lors que le critère personnel est rempli » (Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 55).

20 C.E. fr., 13 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *GAJA*, p. 145, cité par L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 99. Dans cet arrêt, le contrat analysé contenant des clauses similaires à celles utilisées dans les contrats de droit privé, il se voit dénier la qualité de contrat administratif.

21 La jurisprudence diverge notamment s'agissant de la clause de résiliation unilatérale. La Cour de cassation estimant que « [...] la clause d'un contrat conférant à une personne publique le droit de résilier de plein droit le contrat, même sans mise en demeure préalable, en cas de manquement de son cocontractant à l'une de ses obligations, n'est pas exorbitante de droit commun » (Cass. fr., 1re civ., 24 mars 1987, *Bull.*, n° 110) alors que le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont jugé dans nombre de cas que celle-ci devait être considérée comme exorbitante de droit commun (C.E. ass. fr., 26 février 1965, *Soc. Vélodrome du Parc des Princes*, *Rec.* 133 ; T.C., 16 janvier 1967, *Soc. Vélodrome du Parc des Princes*, *Rec.* 652 ; T.C., 17 novembre 1975, *Leclert*, *Rec.* 800).

22 C.E. fr., 20 octobre 1950, *Stein*, *Rec.* 505.

23 T.C., 19 juin 1952, *Société des combustibles et carburants*, *Rec.* 628.

9. Des définitions issues de la jurisprudence, il ressort que la clause exorbitante est celle qui ne se retrouve pas normalement dans un contrat de droit privé soit parce qu'elle y serait illégale – c'est-à-dire légale dans un contrat administratif mais illégale dans un contrat privé[24] –, soit parce qu'elle y serait impossible – à savoir une clause qui conférerait au cocontractant personne publique des pouvoirs dont le cocontractant privé, de par sa nature, ne disposerait pas[25] – ou inusuelle dans les relations entre particuliers – autrement dit une clause qui instaurerait une inégalité marquée entre parties.

Ces définitions essentiellement négatives – la clause exorbitante de droit commun étant définie comme celle qui est anormale en droit privé – n'apparaissent pas comme pleinement satisfaisantes en ce qu'il existe, entre les contrats de droit privé ordinaires et les contrats administratifs, des contrats de droit privé inusuels, illicites ou léonins, lesquels peuvent également comporter des clauses « exorbitantes »[26].

10. En lieu et place d'une définition négative liant l'anormalité de la clause en droit privé et la qualification de contrat administratif, le Tribunal des conflits, dans l'arrêt *S.A. AXA France Itard*, définit positivement la clause exorbitante comme étant celle qui « […] notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »[27].

Cette définition renouvelée de la clause exorbitante se fonde sur deux critères. Le premier exige que la clause instaure un rapport fortement inégalitaire au profit de la personne publique, telle que celle lui conférant un pouvoir de direction, de contrôle ou de sanction et lui permettant de modifier ou de mettre un terme au contrat de manière quasi discrétionnaire[28]. En vertu du second, la clause doit être insérée en vue de satisfaire l'intérêt général, de sorte que seules les clauses inégalitaires insérées dans un but d'intérêt général emportent la qualification de clauses exorbitantes[29].

Dans l'arrêt *Commune d'Aragnouet c. Commune de Vignec*, le Tribunal des conflits a récemment jugé, à l'aune de la nouvelle définition de la clause exorbitante, qu'un contrat portant cession par une commune, dans le cadre de la création d'une station de sports d'hiver, de biens immobiliers faisant partie de son domaine privé – contrat régi en principe par le droit privé –, emportait la qualification de contrat administratif[30].

---

24 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 102. L'auteur cite comme exemple de clause illégale dans un contrat de droit privé, la clause d'exonération de la garantie décennale.

25 Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 57.

26 Voy. concl. Desportes, T.C., 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, *Rec.* 471.

27 T.C., 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, *Rec.* 471.

28 T.C., 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, *Rec.* 471.

29 *Ibid*.

30 T.C., 6 juin 2016, *Commune d'Aragnouet c. Commune de Vignec*, *Rec.* 471. En revanche, dans l'arrêt *Société Générim*, le Tribunal des conflits, au sujet d'un contrat portant sur la cession de biens du domaine privé

Selon le Tribunal, les clauses y figurant, notamment les garanties accordées aux habitants, telles que la possibilité d'acheter ou de louer des biens immobiliers sur le territoire de la commune cessionnaire ou encore le bénéfice de conditions préférentielles d'utilisation du service des remontées mécaniques, *impliquaient* dans l'intérêt général – les terrains cédés par la commune de Vignec sont affectés directement à l'usage du public de la station – que cette convention relève du régime exorbitant des contrats administratifs[31].

2. Le critère du service public

11. L'absence de clause exorbitante de droit commun n'exclut pas qu'un contrat conclu par un personne publique puisse revêtir la qualification de contrat administratif.

Un contrat est également qualifié d'administratif dès lors qu'il entretient un lien suffisamment fort avec le service public[32] – le simple lien qu'un contrat peut entretenir avec une mission de service public ne suffit pas à le qualifier d'administratif –, ce qui est le cas lorsque soit le contrat porte sur l'exécution même du service public, soit le contrat constitue une modalité d'exécution du service public, soit le contrat comporte une participation à l'exécution du service public[33].

a) Le contrat porte sur l'exécution même du service public

12. Le caractère administratif d'un contrat est établi lorsque celui-ci confie l'exécution même du service public au cocontractant de l'administration, que ce service soit un service public administratif ou un service public industriel ou commercial[34].

---

d'une commune, a jugé que « Considérant que la vente des terrains, fût-elle conditionnée à la réalisation d'un hôtel dans le cadre de l'aménagement du quartier du Vieux-Port de Marseille, n'a pas pour objet l'exécution d'un service public ; que ni les clauses par lesquelles celui-ci s'engage, sous une condition résolutoire, à construire un hôtel exploité sous l'enseigne Hilton, à maintenir la destination de l'immeuble pendant dix ans et à le revendre dans un délai de six mois à un sous-acquéreur reprenant l'obligation d'affectation ni aucune autre clause n'impliquent, dans l'intérêt général, que le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs » (T.C., 4 juillet 2016, *Société Générim*, n° 4052).

31 T.C., 6 juin 2016, *Commune d'Aragnouet c. Commune de Vignec*, *Rec.* 471.

32 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 106. L'auteur précise que la mise en œuvre du critère nécessite, au préalable, de vérifier l'existence d'un service public (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 110).

33 Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 99. Dans certains arrêts du Conseil d'État, le critère du service public semble se présenter sous une quatrième forme, celle de l'association au service public. Ainsi, dans l'arrêt *Salat*, il fut jugé que le contrat conclu entre un groupement mandataire de l'État et une entreprise en vue d'assurer le stockage de beurre devait être considéré comme un contrat administratif en ce que les entreprises cocontractantes se trouvent étroitement associées à l'exécution du service public de ravitaillement (C.E. fr., 1er décembre 1982, *Salat*, *Rec.* 350). Toutefois, selon Laurent Richer, « [...] la notion d'association au service public ne constitue pas une forme spécifique du critère service public ; elle désigne tantôt la participation à l'exécution du service public, tantôt la soumission à un régime exorbitant » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 109).

34 Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 100.

Ce principe fut consacré dans le célèbre arrêt *Époux Bertin* dans lequel le Conseil d'État a reconnu la nature administrative d'un contrat qui avait pour objet de confier à un particulier l'exécution même du service public, en l'espèce l'hébergement de ressortissants soviétiques en instance de rapatriement[35].

Dans cette hypothèse, le contrat ainsi conclu s'apparente à « […] un instrument juridique d'investiture permettant à l'administration de confier à autrui ses propres attributions, ce qui justifie alors qu'il relève d'un juge et d'un régime particuliers à même de les faire bénéficier des principes qui gouvernent le droit des contrats administratifs »[36].

Au-delà des contrats de délégation de service public, le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt *Société d'HLM « Un toit pour tous »*, que le contrat par lequel une société d'HLM donnait un immeuble en location à un centre universitaire, lequel était tenu de sous-louer exclusivement les logements aux étudiants et aux personnes répondant aux conditions pour être logées en résidence universitaire, avait pour objet l'exécution même du service public de logement des étudiants[37].

b) Le contrat constitue une modalité d'exécution du service public

13. Une personne publique, lorsqu'elle assume elle-même la gestion d'un service public, peut être amenée, dans l'exercice de sa mission, à conclure des contrats, lesquels constituent alors l'une des modalités d'exécution dudit service public et revêtent la qualification de contrats administratifs[38].

Ainsi, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Grimouard*, a jugé que les contrats passés par l'administration des Eaux et Forêts en vue de la réalisation d'opérations de reboisement sur des terrains privés constituaient l'une des modalités d'exécution du service public de la préservation des forêts[39].

Dans cette hypothèse, la personne publique demeure gestionnaire à part entière du service public et se limite à accomplir un acte d'administration dans le cadre d'un contrat constituant une modalité d'exécution du service public[40].

14. L'application du critère du service public sous la forme de la « modalité d'exécution du service public » a pour effet d'attraire dans le champ des contrats administratifs un nombre important de contrats dont notamment ceux relevant du domaine de l'interventionnisme économique[41].

---

35 C.E. fr., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, *GAJA*, p. 469.

36 Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 100.

37 C.E. fr., 8 octobre 2010, *Société d'HLM « Un toit pour tous »*, n° 316723. *A contrario*, le Conseil d'État a jugé qu'un contrat qui attribuait à une société privée la prospection publicitaire pour les journaux municipaux ne confiait pas à ladite société l'exécution d'un service public dès lors que la Ville conservait l'entière maîtrise de l'organisation et de la gestion de son bulletin municipal (C.E. fr., 10 février 2010, *Société Prest'Action*, n° 301116).

38 Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 53.

39 C.E. fr., 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture c. Grimouard*, n° 33961.

40 Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 101.

41 *Ibid.*

Ainsi, dans l'arrêt *Société La Maison des Isolants de France*, le Conseil d'État a qualifié d'administratif le contrat de « décentralisation industrielle » par lequel une commune accorde des avantages à une entreprise pour l'inciter à s'installer sur son territoire[42].

De même, le Tribunal des conflits, aux termes de l'arrêt *Matois*, a estimé qu'une convention par laquelle l'État accorde une subvention à une entreprise en difficulté pour financer un plan social accompagnant les licenciements collectifs pour motif économique présentait un caractère administratif[43].

c) Le contrat comporte une participation à l'exécution du service public

15. Le critère de la participation à l'exécution du service public trouve un terrain d'application privilégié dans le domaine du louage de services, et en particulier s'agissant de celui des agents contractuels des services publics[44].

Si la qualification de contrat administratif est exclue s'agissant des contrats des agents non statutaires des services publics industriels et commerciaux, le Conseil d'État ayant jugé, dans l'arrêt *De Robert Lafreygère*, que ces derniers devaient être considérés comme des salariés de droit privé[45], les solutions dégagées par la jurisprudence concernant les agents contractuels des services publics administratifs n'ont pas toujours été aussi claires.

16. Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que la nature des fonctions occupées par l'agent – fonctions correspondant à la spécialité du service public – déterminait la participation directe au service public[46], jugeant de façon contradictoire que participait au service public la serveuse d'une cantine scolaire[47] et non la serveuse d'un restaurant universitaire[48]. Outre les contradictions qu'elle charriait, cette jurisprudence s'est également avérée impraticable en ce qu'en cas de pluralité ou d'évolution de ses tâches,

---

42 C.E. fr., 26 juin 1974, *Société La Maison des Isolants de France*, *RDP*, 1974, p. 1486. Christophe Guettier précise, à cet égard, qu'il faut toutefois « [...] distinguer selon que la collectivité publique a assumé l'ensemble des conditions matérielles de l'implantation d'une entreprise (il y a alors exécution d'un service public) ou selon que la collectivité se borne à une intervention ponctuelle (il n'y a pas d'exécution d'un service public). Il y a là des degrés qui peuvent donner lieu à des approches subtiles » (Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 101)

43 T.C., 23 octobre 2010, *Matois*, *Dr. adm.*, 2001, n° 36. *A contrario*, le Conseil d'État n'a pas retenu la qualification de contrat administratif s'agissant d'un contrat par lequel une commune se portait garante d'un emprunt souscrit par une association, précisant que « cet engagement n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public » (C.E. fr., 4 juillet 1990, *LPA*, n° 80).

44 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 112.

45 C.E. fr., 26 janvier 1923, *De Robert Lafreygère*, *Rec.* 67. Le Conseil d'État précise toutefois, dans l'arrêt *Jalenques de Labeau*, que la compétence du juge administratif doit être réservée pour l'agent « qui est chargé de la direction de l'ensemble des services de l'établissement » et le comptable de l'établissement si celui-ci a la qualité de comptable public (C.E. fr., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, *D.*, 1957).

46 C.E. fr., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*, *Lebon*, p. 352. S'agissant d'un concierge d'un groupe d'immeubles gérés par un office d'HLM, le Conseil d'État a jugé que le caractère subalterne des fonctions occupées par l'agent ne devait pas constituer un obstacle à la découverte d'un contrat administratif à la condition que ses fonctions correspondent à l'objet du service public employeur (C.E. fr., 10 mars 1959, *Lauthier*, *D.*, 1960, p. 280).

47 C.E. fr., 22 juin 1979, *Canti*, *Dr. adm.*, 1979, n° 252.

48 T.C., 19 avril 1982, *Robert*, *D.*, 1982, p. 586.

un même agent pouvait être uni à l'administration à la fois par un contrat administratif et par un contrat de droit privé[49].

Eu égard aux difficultés soulevées par son application, cette jurisprudence fut dans un second temps remise en cause par le Tribunal des conflits, lequel procéda dans l'arrêt *Berkani* à l'édification d'un bloc de compétences au profit de juge administratif en jugeant que « […] les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »[50].

Désormais, le juge administratif est donc compétent pour connaître de tous les contrats des agents des services publics administratifs quelle que soit la nature des tâches exercées, sous réserve de quelques exceptions[51].

À côté du louage de services, le critère de la participation à l'exécution du service public peut également trouver à s'appliquer à d'autres domaines, telle la location de locaux ou d'équipements utilisés dans le cadre du service public, où la jurisprudence du Conseil d'État et celle du Tribunal des conflits apparaissent toutefois divergentes[52].

B. La qualification législative

17. Les critères dégagés par la jurisprudence aux fins d'identifier les contrats administratifs – critères tirés de la clause exorbitante et du lien avec le service public – ne trouvent pas à s'appliquer dans les hypothèses où la qualification de contrat administratif découle directement d'un texte de loi[53].

Ces critères d'identification, outre le fait qu'ils peuvent apparaître comme difficiles à manier[54], sont porteurs d'insécurité juridique tant la façon dont

---

49 Dans l'arrêt *Dame veuve Mazerand*, au sujet d'un agent chargé du nettoyage des locaux scolaires qui s'était vu par la suite confier la garderie d'enfants, le Tribunal des conflits a considéré que le contrat qui l'unissait à l'administration, lequel était à l'origine un contrat de droit privé, s'était transformé en contrat administratif en raison de l'évolution de ses tâches, tâches en lien avec le service public en cause, en sorte que l'agent aurait dû à la fois saisir le juge judiciaire et le juge administratif (T.C., 25 novembre 1983, *Dame veuve Mazerand*, *JCP*, 1964, 13466).

50 T.C., 25 mars 1996, *Préfet de la Région Rhône-Alpes c. Conseil des prud'hommes de Lyon*, *Lebon*, p. 535.

51 Les exceptions introduites résultent de qualifications législatives, telles par exemple l'article L.514-9 du Code du travail, qui prévoit que « […] le contrat emploi-jeune est un contrat de travail de droit privé établi par écrit » (voy., à ce sujet, Chr. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 107).

52 Ainsi, dans l'arrêt *Société Codiam*, le Conseil d'État a jugé qu'un contrat par lequel une société louait des téléviseurs aux malades hospitalisés participait à l'exécution du service public hospitalier en ce que « […] le service hospitalier comprend non seulement la dispense de soins mais également l'aménagement des conditions de séjour des malades, que la fourniture d'appareils de télévision aux personnes hospitalisées relève des éléments de conforts proposés aux intéressés pendant cette hospitalisation » (C.E. fr., 8 juin 1994, *Société Codiam*, *Lebon*, p. 294). Le Tribunal des conflits n'a pas reconnu le caractère administratif du même contrat au motif que ledit contrat « […] n'a pas pour objet de faire participer la Codiam à l'exécution du service public administratif ; que conclu seulement pour les besoins du service public, il ne comporte pas de clauses exorbitantes de droit commun ; que la circonstance qu'il autorise le prestataire à occuper un local spécialement aménagé n'a pas pour effet de lui conférer la nature d'un contrat d'occupation du domaine public » (T.C., 21 mai 2007, *Société Codiam*, *Dr. adm.*, 2007, comm. 100).

53 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 116.

54 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 678.

ils sont mis en œuvre diverge selon l'ordre juridictionnel où l'on se place, ce qui a conduit, ces dernières années, le législateur français à multiplier les textes de loi qualifiant d'administratifs certains types de contrats[55].

Aux fins d'opérer cette qualification législative[56], le législateur peut soit attribuer directement le caractère de contrat administratif à une catégorie de contrats, soit attribuer au juge administratif la compétence de connaître des litiges suscités par une catégorie de contrats[57].

Ainsi, s'agissant des marchés publics, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit, en son article 3, que « Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs »[58].

De même, l'article 3 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession stipule que « Les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs »[59].

Quant aux contrats portant occupation du domaine public, leur nature administrative découle de l'article L.2331-1, 1°, du Code général de la propriété des personnes publiques, lequel attribue au juge administratif la compétence de connaître des « […] litiges relatifs aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires […] »[60].

---

55 R. Noguellou, *ibid.*, p. 680.

56 La liberté du législateur de qualifier un contrat comme contrat administratif n'est pas absolue (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 117). Dans l'arrêt *Société Greenyellow*, le Tribunal des conflits a jugé que la disposition législative qui modifiait les règles en vigueur de façon rétroactive, en prévoyant que des contrats déjà conclus devaient être qualifiés d'administratifs, était contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (T.C., 13 décembre 2010, *Société Greenyellow*, *Rec.* 592).

57 L. Richer., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 117. À cet égard, certains auteurs, se référant à la doctrine classique qui distinguait la question de la compétence et celle de la nature du contrat, estiment que l'attribution de compétence au juge administratif ne suffit à qualifier un contrat d'administratif dès lors qu'il pourrait être envisagé qu'un contrat conserve son caractère privé tout en étant soumis au juge administratif (Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 48).

58 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *J.O.R.F.*, 24 juillet 2015, p. 12602. Dans le même sens, l'article L.1414-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public » (loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du Code général des collectivités territoriales, *J.O.R.F.*, 24 février 1996, p. 2992).

59 Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *J.O.R.F.*, 30 janvier 2016, texte n° 66.

60 Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, *J.O.R.F.*, 22 avril 2006, p. 6024. De même, la nature administrative des contrats portant cession des biens immobiliers de l'État découle de l'article L.3231-1, lequel attribue au juge administratif la compétence de connaître des litiges relatifs aux cessions des biens immobiliers de l'État.

§ 3. Exécution du contrat administratif

18. La qualification de contrat administratif, qu'elle procède de la jurisprudence ou de la loi, emporte l'application de règles spécifiques de droit public, autonomes par rapport au droit civil et sous-tendues par l'intérêt général. Celles-ci se singularisent du droit privé s'agissant notamment de l'exécution du contrat. L'exécution des contrats administratifs est ainsi régie par un ensemble de principes qui ne trouvent pas d'équivalent en droit privé et qui participent, de ce fait, à la spécificité du droit public[61].

Gaston Jèze justifie l'existence de ces règles spéciales par le fait que « […] les effets des contrats administratifs ne sont pas les mêmes que les effets des contrats civils. Celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public »[62].

La jurisprudence, soucieuse de garantir l'exécution du contrat envisagé comme un moyen de satisfaire l'intérêt général, reconnaît ainsi à l'administration des pouvoirs particuliers – les pouvoirs exorbitants de droit commun – lui permettant de bénéficier de droits supérieurs à ceux qui lui seraient reconnus dans le cadre d'un contrat de droit privé[63].

Outre un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction, les pouvoirs publics se voient reconnaître dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif deux pouvoirs spécifiques : le pouvoir de résiliation unilatérale (A), et celui de modification unilatérale (B).

A. Le pouvoir de résiliation unilatérale

19. Selon une jurisprudence constante, le pouvoir de l'administration de mettre fin au contrat, en dehors de toute stipulation contractuelle, moyennant indemnisation du cocontractant procède d'une règle générale applicable aux contrats administratifs[64].

Le pouvoir de résiliation unilatérale revêt deux formes : la résiliation pour faute, laquelle permet à l'administration de mettre fin au contrat pour sanctionner une faute de son cocontractant, et la résiliation sans faute, laquelle permet à l'administration de mettre fin au contrat pour tout motif d'intérêt général.

Si la première forme de résiliation n'est pas spécifique au droit public[65], la seconde confère en revanche à l'administration un pouvoir exorbitant de droit

---

61 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 688.

62 G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, LGDJ, 1937, p. 8.

63 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 689.

64 C.E. fr., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *AJDA*, 1958, p. 282 ; C.E. ass. fr., 2 février 1987, *Société TV6*, *Rec.* 29.

65 Comme le relève R. Noguellou, « Ce pouvoir de résiliation unilatérale pour faute n'est pas propre au droit public, le juge judiciaire ayant consacré cette possibilité dans les contrats de droit privé » (R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 690).

commun[66]. Aussi exorbitant qu'il puisse paraître, le pouvoir de résiliation sans faute n'en demeure pas moins limité en ce qu'il ne peut être exercé que pour un motif d'intérêt général, dont l'existence est vérifiée par le juge, et moyennant, en contrepartie, l'indemnisation du cocontractant[67].

La jurisprudence admet généralement comme motif d'intérêt général des considérations liées à l'organisation et au fonctionnement du service public, telles la réorganisation du service public[68] ou l'évolution de la politique menée par la collectivité publique[69].

Dans l'arrêt *Jedjiga*, le Conseil d'État a même reconnu que la résiliation unilatérale d'un contrat de travail pouvait procéder d'un motif financier en jugeant que l'intérêt du service reposant sur des motifs budgétaires et scientifiques pouvait justifier qu'il soit mis fin, avant le terme du contrat, aux fonctions d'un agent public[70].

Enfin, la seconde limite encadrant le pouvoir de résiliation unilatérale tient en ce que l'administration a l'obligation d'indemniser intégralement son cocontractant du préjudice subi[71], indemnisation qui couvre tant les achats et les investissements réalisés – *damnum emergens* – que le gain manqué – *lucrum cessans* –, à condition toutefois que ce dernier soit démontré[72].

B. Le pouvoir de modification unilatérale

20. Le pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs fut consacré au début du siècle dernier par deux arrêts du Conseil d'État.

Par un premier arrêt rendu en 1902, le Conseil d'État juge qu'une ville concédante peut obliger le concessionnaire à adapter le service d'éclairage aux évolutions techniques et aux besoins de la population[73].

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Compagnie générale française des tramways*, le Conseil d'État confirme le pouvoir général de modification unilatérale dont jouit l'administration et reconnaît au préfet le pouvoir d'imposer au

---

66 Le pouvoir de résiliation unilatérale ne peut faire l'objet d'une renonciation (C.E. fr., 6 mais 1985, *Association Eurolat*, *RFDA*, 1986, p. 21).

67 Comme le relève R. Noguellou, l'exercice du pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général peut s'avérer coûteux pour l'administration en sorte que les administrations en font en usage modéré (R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 690).

68 C.E. fr., 26 février 1975, *Société du port de pêche de Lorient*, *Rec.* 155 ; C.E. ass. fr., 29 avril 1994, *Colombani*, *RFDA*, 1994, p. 479.

69 T.A. Grenoble, 9 avril 1980, *Société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez*, *D.*, 1981, p. 581.

70 C.E. fr., 8 juillet 2005, *Jedjiga*, req. n° 259615.

71 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 690. L'on précise que les stipulations contractuelles peuvent prévoir que le cocontractant ne recevra pas d'indemnité ou une indemnité limitée, le Conseil d'État ayant jugé à cet égard que l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait être invoqué aux fins d'écarter l'application de stipulations contractuelles limitant le droit à l'indemnisation du cocontractant de l'administration, ce dernier les ayant librement souscrites (C.E. fr., 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*, *BJCP*, 2011, n° 77, p. 285.

72 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 269 et 270.

73 C.E. fr., 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, III., p. 17.

concessionnaire la modification des horaires de tramway tels qu'ils avaient été contractuellement fixés dans le cahier des charges[74].

Selon certains auteurs, toutefois, cet arrêt qui se référait à un texte relatif à la police des chemins de fer ne constituait que la simple consécration du principe selon lequel l'administration, lorsqu'elle contracte, ne peut renoncer à l'exercice de compétences de police qui lui sont attribuées par des textes spéciaux, et ne pouvait, de ce fait, être interprété comme consacrant un pouvoir de modification unilatérale à portée générale[75].

21. En 1983, mettant fin aux controverses, le Conseil d'État jugea sans ambiguïté, dans l'arrêt *Union des transports publics*, que le pouvoir de modification unilatérale relève des règles générales applicables aux contrats administratifs[76].

Il est donc désormais admis que le pouvoir de modification unilatérale, qu'il soit ou non expressément prévu par les stipulations contractuelles, est un principe général applicable à tous les contrats administratifs en vertu duquel l'administration peut notamment ajouter des prestations, les diminuer ou encore modifier les conditions d'exécution d'un service[77].

La mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs connaît trois limites.

La première tient en ce que le pouvoir de modification unilatérale reconnu à l'administration ne peut entraîner le bouleversement du contrat ou de son économie, notamment en touchant à ses conditions essentielles, au point de le dénaturer, ce qui aurait pour effet d'imposer au cocontractant l'exécution d'un nouveau contrat[78].

L'exercice du pouvoir de modification unilatérale emporte par ailleurs pour le cocontractant de l'administration le droit d'être indemnisé de l'intégralité des charges qui en résultent, et ce, même si les modifications sont apportées par l'administration de façon indirecte[79].

Il est enfin classiquement enseigné que la modification unilatérale ne peut porter sur les clauses financières, et ce, aux fins de respecter l'équilibre financier

---

74 C.E. fr., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *GAJA*, p. 123. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement, Léon Blum, observait que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire et, par suite, les nécessités de son exploitation, n'ont pas un caractère invariable.

75 Fr.-P. Bénoit, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP*, 1963, I, p. 775. Selon Laurent Richer, la thèse avancée par Francis-Paul Bénoit peut être contrecarrée dans la mesure où « [...] ce n'est pas parce que l'arrêt de 1919 se réfère à un texte extérieur au contrat qu'il faut considérer qu'il n'a pas consacré un pouvoir de modification unilatérale à portée générale. Il peut être certes soutenu que ce pouvoir n'était pas fondé sur le contrat, mais c'est bien à lui qu'il s'appliquait. Or, un pouvoir extérieur au contrat, mais qui s'applique à lui, existe toujours ; c'est le pouvoir d'organiser le service, dont le pouvoir de modification unilatérale peut être considéré comme application » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 278 et 279).

76 C.E. fr., 2 février 1983, *Union des transports publics*, *RDP*, 1984, p. 212.

77 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, p. 689.

78 C.E. fr, 14 mars 1980, *CITEM*, *D.*, 1980, p. 485.

79 R. Noguellou, « France », *op. cit.*, pp. 689 et 690.

du contrat. Cette troisième limite doit, toutefois, être nuancée s'agissant des contrats où la rémunération ne provient pas de la collectivité publique, tels que les concessions, contrats dans le cadre desquels une modification tarifaire pourrait être assortie d'une indemnisation du préjudice causé[80].

Section 2
La réception de la théorie du contrat administratif en droit belge

22. Après en avoir posé les fondements, l'on examine si la théorie du contrat administratif est réceptionnée en droit belge.

Si la distinction entre contrats de droit commun – ou contrats de l'administration – et contrats administratifs est consacrée de manière indiscutable en droit français[81], elle ne se répercute pas de la même façon en droit belge eu égard aux spécificités qui sont les siennes[82].

Au contraire du droit français où coexistent deux ordres juridictionnels, le contentieux de l'interprétation et de l'exécution des contrats publics relève de la compétence exclusive du juge civil[83], sous réserve de la théorie de l'acte détachable, en sorte que la distinction issue du droit français n'est susceptible de se répercuter que sur le régime juridique applicable aux contrats qualifiés d'administratifs[84].

Toutefois, là encore, les particularités du droit belge, lequel ne reconnaît pas un caractère autonome au droit administratif, impliquent que les règles du Code civil demeurent applicables à tous les contrats publics, ne fût-ce qu'à titre résiduaire pour ceux empruntant la qualité de contrat administratif[85].

Au-delà des dissemblances entre les systèmes juridiques belge et français, le principe même de la distinction entre contrats de l'administration et contrats administratifs ne semble pas faire l'objet en droit belge d'une consécration aussi claire qu'elle ne l'est en droit français.

---

80 L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 280. Ainsi, dans l'arrêt *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, le rapporteur public précise que si l'immutabilité des clauses financières se vérifie en matière de marchés publics, il en va différemment pour les conventions domaniales et délégations de service public où la modification des clauses financières peut s'envisager si elle ouvre le droit à une indemnisation au bénéfice des cocontractants (C.E. fr., 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes*, *BJDCP*, 2010, n° 73, p. 417, concl. Dacosta).

81 Sous réserve de l'évolution de la notion de contrat administratif sous l'influence du droit européen, voy. not. à cet égard, M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

82 K. Wauters, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 47.

83 M.-A. Flamme, *Droit administratif*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 778. Aux termes des articles 144 et 145 de la Constitution, les compétences du juge judiciaire sont délimitées par l'objet du recours, à savoir la protection d'un droit subjectif.

84 C. Cambier, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 273.

85 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *in* H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert, Fr. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le service public*, vol. 2. Les « lois » du service public, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 133.

À défaut de texte légal consacrant l'existence de contrats administratifs[86], au contraire du droit français qui, par le biais d'une opération de qualification législative, attribue directement le caractère de contrat administratif à certaines catégories de contrats, l'on se réfère au point de vue de la jurisprudence (§ 1) et à celui de la doctrine (§ 2).

§ 1. Quant à la jurisprudence

23. De l'examen de la jurisprudence, il ne ressort pas que la distinction entre contrats de l'administration et contrats administratifs ait été consacrée expressément par les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire[87]. Certains arrêts paraissent toutefois s'y référer de façon implicite dès lors qu'ils reconnaissent au cocontractant public, en dehors de tout texte de loi ou de toute stipulation contractuelle, le droit de résilier ou de modifier unilatéralement leurs engagements en vue de répondre à des considérations d'intérêt général[88] (*voy. infra*).

Si l'on remonte au début du siècle dernier, certains arrêts de la Cour de cassation semblent plutôt rejeter la distinction cardinale sur laquelle se fonde la théorie du contrat administratif, à savoir la distinction entre l'État agissant comme personne privée et l'État agissant comme souverain[89].

Dans un arrêt du 5 mars 1917, la Cour de cassation consacre le respect dû aux engagements que l'État belge avait souscrits envers la Compagnie des chemins de fer de Braine-le-Comte, et relève notamment que :

> « L'État souverain et l'État personne civile sont une personnalité unique dont ces expressions servent à distinguer les activités diverses ; par conséquent tout engagement régulièrement pris par l'État se mouvant dans la sphère de son

---

86 L'on souligne que la section de législation du Conseil d'État s'est montrée par le passé relativement sceptique à l'égard de la théorie du contrat administratif en observant notamment que « *Waar het ontwerp het bestuur bevoegdheid geeft om uit kracht van een eenzijdige wilsluiting ten bezwaren van de aannemer en eventueel tegen diens wil in een verbintenis te scheppen, sluit het aan bij bepaalde opvattingen uit de rechtsleer, met name bij die van Flamme. In zijn werk* "Les marchés de l'administration" *(blz. 324) noemt deze het recht tot eenzijdige wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden der overeenkomst* "un droit originaire inaliénable de l'administration et qui lui appartient en tant que puissance publique, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de le stipuler dans la convention". *Die zienswijze is geïnspireerd op Franse oplossingen, waarbij echter is uitgegaan van grondwettelijke gegevens die sterk verschillen van die welk het Belgische stelsel ken merken. Ze wordt door andere auteurs betwist* (Douxchamps, Y., "Les marchés passés par l'État sont-ils des contrats administratifs ?", *J.T.*, 1954, p. 109, De Visschere, Frans, "Het administratief contract – De stand van het vraagstuk naar Belgisch recht", *R.W.*, 1962, kol. 2394 en volgende). *De Belgische rechtspraak neemt wel aan dat men het beginsel toepast dat de werkwijze van de openbare diensten altijd kan veranderen. Ze leidt daaruit ad dat het bestuur het recht heeft de concessiehouder van openbare diensten de gevolgen daarvan te doen dragen onder toekenning van een vergoeding dit het financieel evenwicht in de overeenkomst moet behouden [...]. De betrekkelijke veranderlijkheid van overeenkomsten die, zoals de overeenkomsten inzake openbare werken, niet direct met de werking van een openbare dienst verband houden, heeft die rechtspraak echter altijd op de uitgesproken of impliciet te kennen gegeven wil van partijen gefundeerd* » (avis du Conseil d'État sur l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'État, *M.B.*, 17 octobre 1964, n° 10.984).

87 D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », *in Le droit des affaires en évolution. La modification unilatérale du contrat*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, p. 105.

88 Voy. not. Cass., 31 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1126.

89 D. D'Hooghe et M. Gelders, *ibid.*, p. 101.

> activité civile engage, aussi longtemps qu'une loi ne l'a pas rompu, l'État agissant comme souverain. »[90]

La Cour de cassation, dans le célèbre arrêt *Flandria* rendu le 5 novembre 1920, semble également se départir de la distinction entre État personne civile et État souverain en jugeant que l'État est soumis, comme les gouvernés, aux règles de droit commun de la responsabilité qui imposent « la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes, aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes »[91].

À cet égard, l'Avocat général Paul Leclercq observe notamment que :

> « Puisque État souverain, État personne civile sont des expressions désignant une personnalité unique, il ne peut exister un engagement obligeant le prétendu État-personne civile et ne liant pas le prétendu État souverain. […] Dès lors, le seul fait que l'acte rentre dans la sphère de l'activité du souverain ne suffit plus pour que le droit civil lui soit inapplicable. […] Il n'y a pas dans le droit deux compartiments étanches, dont l'un contiendrait les règles sur les relations des hommes entre eux et qui serait le droit privé ou civil, dont l'autre contiendrait les règles sur les rapports entre les hommes et les êtres idéaux, l'État, les provinces, les communes, etc., et qui serait le droit public. »[92]

La circonstance que la distinction entre l'État souverain et l'État personne privée ne soit pas, selon la Cour de cassation, pertinente aux fins d'exclure l'application du droit civil s'agissant des personnes publiques[93], prive la théorie du contrat administratif de l'un de ses fondements et relativise, de ce fait, sa portée[94].

§ 2. Quant à la doctrine

24. La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit commun ne fait pas l'objet d'une reconnaissance unanime au sein de la doctrine. Plusieurs tendances se dégagent.

---

90 Cass., 5 mars 1917, *Pas.*, 1917, I, p. 118. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 5 mars 1917, l'avocat général P. Leclercq observe que « […] La distinction considérée en elle-même est fausse. Deux êtres différents dont l'un serait l'État-souverain et dont l'autre serait l'État-personne civile, n'existent pas. Ces dénominations sont des expressions qui, dans un intérêt technique, sont employées pour désigner, suivant son genre d'activité, un être unique : la nation juridiquement organisée. […] Comme il est impossible dans une nation juridiquement organisée, que la nation dite État-souverain ne soit pas liée par les actes de la nation dite État-personne civile, la doctrine qui a inventé la distinction entre l'État souverain et l'État-personne civile, a dû reconnaître qu'elle avait erré en les imaginant comme deux êtres distincts, indépendants l'un de l'autre […] ».

91 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 220. Dans l'arrêt *Blanco*, arrêt fondateur du droit administratif français, si le Tribunal des conflits reconnaît la responsabilité de l'État pour les dommages causés par les services publics aux particuliers, il juge néanmoins que la responsabilité susceptible d'incomber à l'État pour les dommages causés du fait des services publics ne peut être régie par les principes du Code civil mais relève de règles spéciales justifiées par les besoins du service public (*voy. supra*).

92 P. Leclercq, conclusions avant Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 220.

93 D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », *op. cit.*, p. 102.

94 L'on précise toutefois que la théorie du contrat administratif se fonde, outre la distinction entre l'État souverain et l'État personne privée, sur le critère du service public, critère sur lequel la Cour de cassation ne se prononce pas dans l'arrêt *Flandria* (voy. à cet égard K. Wauters, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België ? », *in* K. De Ketelaere, D. D'Hooghe et A.-M. Draye (dir.), *Liber amicorum Marc Boes*, Bruges, die Keure, 2011, p. 597.

D'emblée l'on relève qu'au-delà de la distinction dont question, c'est le caractère contractuel du « contrat administratif » qui fut remis en question, d'aucuns estimant que certains procédés, tels que la concession, n'étaient en réalité que des actes administratifs, et non de véritables contrats, dès lors qu'ils avaient pour objet une parcelle du domaine public ou une activité ressortissant d'une mission de service public, objets qui se trouvent « hors commerce » et qui ne peuvent faire l'objet d'un contrat[95].

25. Une première tendance admet l'existence de deux catégories distinctes de contrats publics[96] : les contrats de l'administration, de nature identique à ceux que pourraient nouer des particuliers[97], tels les contrats de vente ou d'achat de biens immobiliers, et les contrats administratifs liés à la réalisation de l'intérêt général, tels les marchés publics, les concessions de service public, les concessions domaniales ou encore les contrats de gestion.

Cette dernière catégorie se verrait soumise à un régime juridique spécifique, les règles de droit civil ne s'y appliquant qu'à titre supplétif aux fins de combler les lacunes de la loi et pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec la nature de l'action administrative[98]. Ce principe est nuancé par certains auteurs selon lesquels les normes de droit civil seraient contraignantes et les exigences liées à la position particulière des personnes publiques ne seraient prises en compte que sous la forme de dérogations au droit commun[99].

Les pouvoirs publics jouiraient, dans le cadre de l'exécution des contrats administratifs, d'un pouvoir d'action unilatérale en vertu duquel les engagements souscrits pourraient être résiliés ou modifiés pour des raisons dictées par l'intérêt général[100]. Ces pouvoirs exorbitants de droit commun n'auraient nul besoin d'être prévus par la loi ou stipulés au contrat pour exister dès lors qu'ils ne seraient que la conséquence du régime de puissance publique sous lequel ceux-ci se sont placés[101] (voy. *infra*).

---

95 L. Wauthier, « Y a-t-il, en droit belge, des contrats administratifs ? », *J.T.*, 1956, pp. 65 et 66. L'auteur estime notamment que les obligations réciproques naissant de la concession découlent, non de la volonté des parties, mais de la loi.

96 Voy. not. J. Mertens, « De contractuele verantwoordelijkheid van de Openbare Besturen », *T.B.P.*, 1948, p. 117 ; P. Wigny, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 247, n° 335 ; P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, n^{os} 15 et s. ; Fr. De Visschere, « Het administratief contract, de stand van het vraagstuk naar Belgisch recht », *R.W.*, 1961-1962, p. 2394 ; A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 355, n° 381 ; C. Cambier, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 272 ; M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1969, I, n^{os} 85 et s. ; W. Van Gerven, M. Wyckaert, « Overeenkomsten met de overheid », *T.P.R.*, 1987, p. 1714 ; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 143 à 145. Toutefois, comme le relève David D'Hooghe, c'est sans grand enthousiasme et avec nuance que la plupart des auteurs admettent la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de l'administration (D. D'Hooghe, « Overeenkomsten met de overheid », *in De overeenkomst vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 1990, p. 132).

97 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 130.

98 M.-A. Flamme, *Droit administratif*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 779. Les contrats de l'administration, ou contrats de droit commun, demeurent pour leur part entièrement régis par le droit privé.

99 C. Cambier, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 275.

100 *Ibid.*, p. 273.

101 M.-A. Flamme, *Droit administratif*, t. 2, *op. cit.*, p. 822.

26. Une autre tendance tend à remettre en cause, ou du moins relativiser, la distinction entre contrats de l'administration et contrats administratifs[102]. Cette tendance prend appui sur les critiques suivantes.

Outre le fait que la Cour de cassation rejette la distinction entre État souverain et État personne civile[103], distinction sur laquelle se fonde entre autres la théorie du contrat administratif[104], la première critique met en exergue qu'en pratique, il apparaît difficile de distinguer les contrats liés à la réalisation de l'intérêt général de ceux qui ne le sont pas[105].

Dès lors que comme le souligne Cyr Cambier, « l'administration n'agit pas dans son intérêt, mais dans celui du public »[106], l'on peut se demander si la satisfaction de l'intérêt général n'imprègne pas *de facto* l'ensemble des contrats publics, en ce compris ceux qui empruntent la qualité de contrat de l'administration[107]. Ainsi, les contrats de vente ou d'achat de biens immobiliers, traditionnellement qualifiés de contrats de droit privé, participent également de la réalisation de l'intérêt général.

Une deuxième critique tient en ce que certains contrats passés par les pouvoirs publics, en ce compris les contrats habituellement qualifiés de droit privé, relèvent, sous l'empire du droit européen, détaché des qualifications retenues par les droits nationaux[108], de la législation relative aux marchés publics[109] et se trouvent, de ce fait, investis par des règles de droit public[110].

Même en l'absence de texte, la jurisprudence belge exige, sous l'influence du droit européen[111], que la conclusion de contrats de droit commun, tels

---

102 K. Wauters et A. Percy, « Le visage contractuel de l'administration », *op. cit.*, pp. 821 à 856. Voy. not., à ce sujet, D. D'Hooghe, « Overeenkomsten met de overheid », *op. cit.*, pp. 131 à 133 ; D. D'Hooghe et Fr. Vandendriesche, *Publieke en Private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 39 et s. ; M. De Groot, « De subsidieovereenkomst in een stroomversnelling : mogelijkheden en beperkingen », *T.B.P.*, 2014, liv. 4-5, pp. 204 et 205.

103 K. Wauters, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, *op. cit.*, p. 47.

104 Comme ci-avant relevé, la jurisprudence de la Cour de cassation, et en particulier l'arrêt *Flandria*, ne suffit pas à invalider la théorie du contrat administratif dès lors qu'elle se fonde également, outre la distinction entre État souverain et État personne privée, sur le critère du service public (voy. *supra*).

105 D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », *op. cit.*, pp. 103 et104.

106 C. Cambier, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 266.

107 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 132.

108 Par exemple, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne semble pas tenir compte de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de l'administration en sorte que les principes de concurrence, notamment celui d'égalité de traitement et de transparence, s'appliquent indépendamment de l'interprétation donnée par les droits nationaux à la notion de contrat (K. Wauters, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, *op. cit.*, p. 22).

109 Voy. not., à ce sujet, P. Terneyre, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », *AJDA*, 1996, n^{os} 84 et s. ; Ch. Lajoye, *Les effets des directives communautaires sur les notions juridiques de marché et de contrats publics*, thèse, Caen, 1996 ; M. Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit*. Ce dernier y voit un phénomène d'unification ou d'autonomisation de l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics et le remplacement de la notion de contrat administratif par celle de contrat public.

110 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 133 ; K. Wauters, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België ? », *op. cit.*, p. 598.

111 K. Wauters, *Rechtsbescherming en overheidsovereenkomsten*, *op. cit.*, p. 47.

que la vente d'un bien immobilier, soit réalisée dans le respect des principes d'égalité et de concurrence[112].

La troisième critique relève que dès lors que le caractère administratif d'un contrat dépend principalement de ce que des règles dérogatoires au droit civil lui sont applicables, la théorie du contrat administratif mène à un cercle vicieux[113]. D'un côté, les règles dérogatoires au droit civil sont réputées ne s'appliquer qu'aux contrats ayant pour objet une mission d'intérêt général, de l'autre, les contrats réputés comme impliquant une mission d'intérêt général ne le sont que lorsque des règles dérogatoires au droit commun s'y appliquent[114].

Une dernière critique retient que la théorie du contrat administratif s'avère impuissante à déterminer le droit applicable aux conventions conclues par les pouvoirs publics dès lors qu'en droit belge, « […] le droit civil et le droit administratif se superposent l'un à l'autre pour régir celles-ci, avec, lorsqu'elles existent, une primauté des règles du droit administratif sur celles du droit civil »[115].

27. Ces critiques, telles qu'elles sont dirigées contre la théorie du contrat administratif, achèvent de relativiser la distinction traditionnelle entre contrats de l'administration et contrats administratifs, sans toutefois aboutir, s'agissant du régime juridique applicable aux contrats publics détachés de ladite distinction, à des conclusions convergentes.

Certains, tels que D'Hooghe et Gelders, se référant à la théorie néerlandaise dite du « *tweewegenleer* »[116], estiment que lorsque que l'administration fait le choix de la voie contractuelle, elle se soumet délibérément et entièrement

---

112 Voy. not. C.E., 13 août 2004, *Mopro Invest*, n° 134.301 ; C.E., 21 novembre 2001, *Ponsard*, n° 100.966 ; C.E., 28 octobre 1997, *S.P.R.L. De Backer*, n° 69.199.

113 D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », *op. cit.*, p. 101 ; K. Wauters, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België ? », *op. cit.*, p. 602.

114 *Ibid*.

115 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 134.

116 Sur la théorie du « tweewegenleer », voy. not. J.-A. Loeff, *Publiekrecht tegenover privaatrecht*, Leiden, 1887 ; H.J. Hamaker, *De tegenstelling van publiek en privaatrecht*, Knaw, 1895 ; J. Van Der Hoeven, « De magische lijn : verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht », *in Honderd jaar rechtsleven*, 1970, p. 201 ; H.J. Simon, « Windmill belicht, het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden ter behartiging van publieke belangen », *in Publiek domein*, 1990, pp. 148-160 ; A.Q.C. Tak, « Terugtocht van twee wegen », *NTB*, 1989, pp. 297 à 314 ; G.E. Van Maanen, « Publiek domein en twee-wegenleer », *Recht en kritiek*, 1990, pp. 198 à 209 ; P.J.J. Van Buuren, « De twee-wegenleer is niet van de baan », *NJB*, 1991, pp. 150 et s. ; N.S.J. Koeman, « Bestuursconvenanten en de publiekrechtelijke twee-wegenleer », *in In de sfeer van administratief recht*, Konijnenbelt-bundel, Utrecht, 1994, pp. 289 et s. ; J.C.E. Ackermans-Wijn, « Publiek- en privaatrecht : twee-wegenleer », *in* J.C.E. Ackermans-Wijn (éd.), *Contracten met de overheid*, Deventer, Kluwer, 1999, A.1.6. À la théorie du « *tweewegenleer* », le Conseil d'État des Pays-Bas substitue désormais la théorie dite du « *doorkruisingleer* », théorie selon laquelle les pouvoirs publics ne peuvent recourir au procédé contractuel si les règles de droit public sont entravées de façon inacceptable. Dans ce cadre, il revient au juge de déterminer dans quelle mesure les règles de droit public, eu égard à leur contenu et leur portée, sont à même de protéger les droits des citoyens et le cas échéant, si ces derniers sont protégés de façon équivalente par les règles de droit public, d'exclure la voie contractuelle (voy. K. Wauters, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België ? », *op. cit.*, p. 603).

aux règles de droit privé, sauf prévision contraire du législateur ou d'une stipulation contractuelle[117].

D'aucuns considèrent, en revanche, que dès lors que la satisfaction de l'intérêt général sous-tend nécessairement l'action des pouvoirs publics, certains principes de droit public, dont les principes généraux de bonne administration, doivent trouver à s'appliquer à l'ensemble des contrats qu'ils concluent, en ce compris ceux traditionnellement qualifiés de contrats de droit privé[118] (voy. *infra*). Dans le même esprit, l'usage de prérogatives unilatérales, en dehors de toute stipulation contractuelle ou disposition législative, pourrait être admis pour tous les contrats conclus par les pouvoirs publics pour autant qu'il soit justifié par l'intérêt général et mis en œuvre dans les limites du raisonnable[119] (voy. *infra*).

Section 3
Le pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif

28. L'article 1134 du Code civil prévoit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». On admet toutefois que s'agissant des contrats administratifs, ce principe puisse trouver exception au profit de la loi de mutabilité des services publics. L'autorité disposerait d'un pouvoir de modification unilatérale lui permettant de moduler ces contrats afin de pouvoir l'adapter au gré des nécessités du service public et/ou de l'intérêt général.

Un examen du droit positif permettra de confirmer, mais aussi de nuancer, ce pouvoir de modification unilatérale dans le cadre des contrats classiquement présentés comme relevant de la catégorie des contrats administratifs : les marchés publics, les concessions de travaux et de services, et les conces-

117 D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », *op. cit.*, p. 105. À cet égard, Patrick Goffaux estime que « [...] lorsque l'administration utilise la technique contractuelle, elle se rapproche du droit privé et il est normal que l'on s'inspire du droit privé pour régir les rapports contractuels qui sont ainsi conclus. Mais il ne faut pas pour autant perdre de vue que l'administration n'est jamais un cocontractant comme les autres, car, à la différence du simple particulier, elle a pour mission constitutionnelle de satisfaire au mieux l'intérêt général ; une différence de situation qui justifie, d'une part, qu'elle jouisse de pouvoirs (comme ceux de modification ou de résiliation unilatérale de la convention) que n'a, en principe, pas le simple cocontractant de droit privé et, d'autre part, qu'il lui soit imposé des sujétions qui ne pèsent pas sur ce dernier (comme l'obligation de mise en concurrence), et ce, même si ces pouvoirs ou sujétions ne sont pas expressément prévus par un texte législatif ou réglementaire ou par une clause de la convention » (P. Goffaux, v° « Mutabilité (loi de la ~) », *in Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 412).

118 Fr. Vandendriessiche, « Het toepassingsgebied van de beginsel van behoorlijk bestuur », *in* I. Opdebeek et M. Van Damme (éd.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 51 à 53. Voy. égal. K. Wauters, « Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België ? », *op. cit.*, pp. 600 et 601.

119 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 135. L'auteur précise, à cet égard, que « La généralisation de l'unilatéralisme au profit des pouvoirs publics dans les contrats qu'ils concluent pourrait aboutir à ruiner l'économie contractuelle et condamnerait ainsi l'outil contractuel. »

sions domaniales. On se demandera également si ce principe de mutabilité trouve sa place pour tous les contrats administratifs, en dehors des contrats spécifiques qui seront analysés.

§ 1. Les marchés publics[120]

29. Dans une matière en perpétuelle évolution et qui a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années[121], c'est une (petite) révolution qui est passée relativement inaperçue. L'arrêté royal du 22 juin 2017 supprime la disposition qui garantissait jusqu'ici le droit, pour un pouvoir adjudicateur, de modifier unilatéralement[122] un marché public. Toute possibilité d'adaptation forcée du contrat n'est cependant pas exclue, bien qu'étant davantage encadrée.

Cette prérogative était garantie dans les textes depuis l'arrêté royal du 14 octobre 1964 relatif aux marchés passés au nom de l'État. Cette disposition n'avait subi que quelques modifications de forme jusqu'à l'adoption de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Si celui-ci réaffirmait le droit pour le pouvoir adjudicateur d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, il en réduisait la portée, en limitant la valeur des modifications à 15 % du montant initial du marché.

Sous la pression du droit européen, l'arrêté royal du 22 juin 2017 a définitivement effacé cette disposition. Pour bien saisir l'ampleur des modifications apportées, il n'est pas inutile de se pencher, sans prétention d'exhaustivité[123], sur la portée du droit de modification unilatérale garanti sans interruption depuis 1964. Ce retour en arrière permettra de déterminer le fondement originel du pouvoir de modification unilatérale et d'identifier les contraintes qui l'entourent encore aujourd'hui.

---

120 La matière consultée est arrêtée au 15 avril 2018.

121 Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que le thème de la modification des marchés publics revient régulièrement dans les Chroniques (annuelles) des marchés publics publiées par EBP. Voy. aussi not. : Y. Marique, « Modifications en cours d'exécution des contrats publics », *in Contrats publics*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 67-136.

122 Cette hypothèse ne vise pas les modifications apportées au marché dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité ou publication préalable, l'accord des deux parties étant en cette hypothèse requise. Cette hypothèse de modification unilatérale doit également être distinguée de celles dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut se prévaloir de certaines circonstances – comme, par exemple, de faits imputables à l'adjudicataire du marché ou de circonstances imprévisibles –, pour obtenir la révision du marché. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut seulement solliciter de telles modifications, et non les imposer unilatéralement à l'adjudicataire. Si ce dernier refuse de marquer son accord sur ces modifications, ce refus pourra lui être imposé, mais seulement par un juge. Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur, comme l'adjudicataire d'ailleurs, dispose donc bien d'un droit à révision du marché lorsque certaines circonstances sont réunies. Si ce droit a pu être présenté comme « unilatéral » (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, p. 7, n^{os} 11 et 12), c'était pour souligner qu'une modification réalisée dans ce cadre ne requiert pas une initiative commune des deux parties.

123 Compte tenu de l'objet limité de la présente contribution et des commentaires consacrés à cette question ces dernières années.

30. *L'arrêté royal du 5 octobre 1955*[124] ne contenait pas de disposition consacrant formellement de manière générale le pouvoir de modification unilatérale de l'État dans ses marchés. Certes, l'article 44 de cet arrêté prévoyait qu'après attribution du marché, il ne pouvait « être dérogé aux clauses et conditions des devis et cahier des charges soit pour changer la nature de l'entreprise ou des travaux, soit pour en modifier et augmenter le prix, ou pour affranchir les entrepreneurs des cas de responsabilité et d'amendes qu'avec l'accord de l'adjudicataire, par une décision ministérielle motivée et seulement dans les cas de force majeure ou de circonstances extraordinaires ». Ces modifications ne pouvaient toutefois avoir lieu qu'avec l'accord de l'adjudicataire – et donc pas unilatéralement par l'État –, et que dans les cas de force majeure ou de circonstances extraordinaires – et donc pas pour des motifs d'intérêt général.

31. L'article 8 de *l'arrêté royal du 14 octobre 1964* relatif aux marchés passés au nom de l'État[125], inscrit sans ambiguïté le droit de modification unilatérale dans la réglementation des marchés publics. Suivant cette disposition, « Quel que soit le mode de détermination des prix, *l'administration* a le *droit d'apporter unilatéralement des modifications* à l'entreprise initiale, pour autant qu'elle n'en *modifie pas l'objet* et *moyennant juste compensation*, s'il y a lieu ». L'article 52 du même arrêté précise quant à lui qu'« après la conclusion du marché, il ne peut être dérogé à l'application de ses clauses et conditions essentielles que par une décision motivée du ministre », et ce, dans le respect du principe d'égalité des soumissionnaires, de sorte qu'ils auraient tous été traités avec la même compréhension s'ils s'étaient trouvés dans la situation invoquée[126]. Il en va ainsi, par exemple, si une modification avantageuse pour l'adjudicataire était prévisible, connue ou même préparée avant l'attribution du marché.

Ce qui justifie la première de ces dispositions, c'est que « L'État », comme le mentionne le rapport au Roi, « ne pourrait admettre d'être ligoté par les spécifications initiales du marché. Il *doit pouvoir les adapter à l'évolution des besoins des services publics* et ne pourrait être à la merci de l'incompréhension et d'un refus de l'adjudicataire. »[127] S'il n'est pas expressément cité, c'est bien ici le principe de mutabilité des services publics qui semble trouver une illustration[128]. Lorsque les circonstances le recommandent à ses yeux, l'administration doit donc pouvoir modifier unilatéralement l'entreprise initiale, fût-ce même par augmentation ou diminution des délais ou des prestations

---

124 Arrêté royal organique des marchés publics de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'État, *M.B.*, 12 octobre 1955.

125 *M.B.*, 17 octobre 1964.

126 M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 415.

127 *Pasinomie*, 1964, p. 1509.

128 Rappr. C. De Koninck, « Schade en schadeloosstelling bij de uitvoering van overheidsopdrachten », in C. De Koninck, P. Flamey et K. Ronse, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 2007, p. 356, n° 418.

prévues. Le Roi n'a pas suivi[129] les mises en garde que lui adressait la section de législation du Conseil d'État, laquelle estimait qu'Il ne disposait pas d'habilitation législative pour déroger sur ce point à l'application du droit commun[130]. Le principe de mutabilité des contrats administratifs pourrait se passer de fondement législatif explicite.

L'article 42.A de l'arrêté ministériel du 14 octobre 1964 prolonge ce droit de modification[131]. Suivant cette disposition, « l'entrepreneur est tenu d'apporter aux travaux toutes adjonctions, suppressions et modifications quelconques que l'administration juge convenable d'ordonner au cours de l'exécution de ces travaux, dès lors que ces changements se rapportent à l'objet de l'entreprise et restent dans les limites de celle-ci. Toutefois l'entrepreneur n'est plus tenu d'exécuter des travaux supplémentaires lorsque la valeur totale excède 50 p. c. du montant initial du marché ». Suivent une série de dispositions devant permettre de calculer le prix de ces travaux additionnels et, le cas échéant, de requérir la révision des prix unitaires, voire une indemnisation de l'adjudicataire. C'est que l'« équité », comme l'indique le rapport au Roi, devra être sauvegardée.

Ce droit de modification unilatérale n'est donc pas absolu. Comme le souligne le professeur Flamme, « les modifications permises au maître de l'ouvrage doivent se tenir dans les limites de l'opération prévue par le marché et ne sauraient aller jusqu'à en altérer la consistance au point d'en faire une opération toute différente »[132]. Seraient dès lors visés les changements quantitatifs et les travaux supplémentaires, à savoir ceux qui ne rentrent pas dans les prévisions ni des plans, ni du devis, ni du cahier des charges[133], mais aussi de légers changements de plans eux-mêmes, la modification du procédé d'exécution ou du planning, la substitution de matériaux, la réduction de délais, etc.[134]. En réalité, les modifications peuvent, dans les limites précitées, concerner toutes les conditions du marché, qu'elles soient techniques, financières, administratives ou juridiques. Une juste compensation doit également le cas échéant intervenir, par exemple sous la forme d'une indemnisation, mais pas uniquement. On peut penser à la fixation de nouveaux prix, à l'octroi d'une prolongation de délai, etc.

La préoccupation semblait à l'époque être davantage de protéger l'entrepreneur de l'administration, que des tiers intéressés par l'objet des prestations additionnelles. Cela se traduit particulièrement par la limite de 50 % du montant du marché, au-delà de laquelle l'entrepreneur n'est plus tenu d'exécuter des travaux supplémentaires ordonnés par l'administration.

---

129 Voy. M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, *op. cit.*, pp. 187-188.

130 *Pasinomie*, 1964, p. 1519.

131 Arrêté ministériel relatif aux clauses contractuelles, administratives et techniques, constituant le cahier général des charges des marchés de l'État, *M.B.*, 17 octobre 1964.

132 M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 2, *op. cit.*, p. 189.

133 *Ibid.*, p. 190.

134 A. Delvaux *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, Bruxelles, CNC, 2016, p. 254.

32. L'article 8 et l'article 54 de *l'arrêté royal du 22 avril 1977*[135] reprennent quasi[136] mot pour mot l'article 8 et l'article 52 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964. L'article 42 du cahier général des charges[137] reproduit quant à lui l'article 42.A. de l'arrêté ministériel du 14 octobre 1964.

Le commentaire qu'en livrent les auteurs du *Commentaire pratique* est révélateur tant du fondement que des objectifs de ces dispositions : « La faculté dont jouit l'administration de pouvoir ordonner unilatéralement des modifications aux conditions initiales du marché constitue un *droit originaire et inaliénable de la "Puissance publique", justifié par la nécessité d'adapter en toutes circonstances le service public aux besoins forcément changeants de la collectivité*. Le texte du cahier général des Charges de 1955 prétendait cependant exclure ce pouvoir de l'administration dans le cas des marchés publics à forfait absolu. Cette dernière notion a disparu, la Commission des Marchés publics ayant reconnu qu'elle était inconcevable en matière de contrats administratifs où, par définition, le pouvoir public doit à tout moment jouir de la maîtrise de la conception et de l'exécution du marché. Ce pouvoir unilatéral de l'administration cesse toutefois à la limite même de l'objet sur lequel l'entrepreneur s'est engagé à apporter son concours. La disposition de l'article 42, § 1er, n'a pas le caractère exceptionnel que l'administration fut parfois tentée de donner dans le passé à l'article 26 correspondant du Cahier général des Charges de 1933. Elle *ne peut avoir été stipulée en vue de mettre l'entrepreneur à sa merci* et d'enlever au contrat, au profit d'une des parties, tout lien synallagmatique, ce qui serait pourtant le cas si elle pouvait avoir pour but et pour effet de réserver à l'administration la faculté d'apporter d'une manière illimitée des changements aux dimensions des ouvrages prévus et au mode de construction ; ces changements ne sont permis qu'à la condition de respecter l'objet même de l'entreprise »[138].

33. Ces principes seront reproduits dans les articles 7 et 8 de *l'arrêté royal du 26 septembre 1996*[139], ainsi que dans l'article 42 du cahier général des

---

135 Arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 26 juillet 1977.

136 Le mot « ministre » visé par l'article 52 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964, est remplacé par les mots « autorité compétente » dans l'article 54 de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

137 Arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 8 septembre 1977.

138 M.-A. Flamme, A. De Grand Ry, Ph. Mathei et Ph. Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 4e éd., Bruxelles, CNC, 1978, pp. 708-709.

139 Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 18 octobre 1996. Sur ces dispositions, voy. not. D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessies van openbare dienst », *in La modification unilatérale du contrat – Le droit des affaires en évolution/Tendensen in het bedrijfsrecht*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, pp. 125 et s. ; M. Gelders, « Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken », *R.W.*, 2003-2004, p. 523 ; 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, p. 7, nos 4 à 7 ; C. Dony, « Comment modifier un marché public en cours d'exécution », *Rev. dr. commun.*, 2014/1, p. 2.

charges y annexé. L'article 7, auquel il ne peut être dérogé, prévoit ainsi que « Quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial, pour autant qu'il n'en modifie pas l'objet et moyennant juste compensation, s'il y a lieu. » Ne sont donc plus uniquement visés les marchés de travaux, comme c'était le cas sous les législations antérieures, mais tous les marchés, également de fournitures ou de services.

L'article 8 rappelle qu'il « ne peut être dérogé aux clauses et conditions essentielles du marché conclu que par une décision motivée du pouvoir adjudicateur », disposition qui sera, par la suite, rendue inapplicable aux marchés inférieurs à 5.500 euros. Les clauses ou conditions essentielles d'un marché public sont, par exemple, le prix, les délais d'exécution ou les conditions techniques[140].

Le rapport au Roi énonce ce qui suit concernant l'articulation des articles 7 et 8 : « Dans les deux dispositions, il est question de modifications ou dérogations apportées au marché initial. Ces deux articles traduisent, sous des approches différentes, le *principe de la mutabilité des marchés publics* et c'est pourquoi il faut les maintenir distincts. Le fait que ces modifications ou dérogations s'opèrent après la conclusion du marché ne change pas la nature réglementaire de ces dispositions. L'article 7 correspond à l'article 8 de l'arrêté royal du 22 avril 1977. La modification apportée au marché sera tantôt imposée par le pouvoir adjudicateur, tantôt décidée par celui-ci à la suite d'une demande introduite par l'adjudicataire. À la fin de l'article 7, la suggestion du Conseil d'État de remplacer "compensations" par "indemnité" n'a pas été retenue. La disposition est en effet plus large et elle peut porter sur d'autres aspects que la seule indemnisation, comme par exemple, la révision du prix ou la modification du délai d'exécution du marché. L'article 8 contient une règle similaire à celle de l'article 54 de l'arrêté royal du 22 avril 1977. Il impose que toute dérogation aux clauses et conditions essentielles du marché fasse l'objet d'une décision motivée du pouvoir adjudicateur. L'article 8 n'implique par ailleurs pas que les conditions des articles 16 et 17 du cahier général des charges soient rencontrées. Même si ces articles en sont issus, ils n'épuisent pas le contenu plus large de l'article 8 ».

Le pouvoir de l'administration de modifier unilatéralement le contrat n'est ni obligatoire[141], ni absolu. Il ne peut être exercé que pour des motifs d'intérêt général[142] et ne peut aboutir à un bouleversement du contrat ou de son

---

140 C. Dony, *ibid*., p. 5.

141 Le pouvoir adjudicateur peut en effet résilier totalement le marché et relancer un nouveau marché, pour autant qu'il indemnise l'adjudicataire.

142 Pour un exemple : C.E., 14 août 2013, *S.A. Sodexo Pass Belgium*, n° 224.476 : « Sans doute la partie adverse rappelle-t-elle à juste titre dans sa note d'observations qu'il convient d'être attentif au bon fonctionnement et à la continuité du service public permettant le recours aux titres-services. La continuité de ce service paraît pouvoir être assurée, en l'espèce, par la possibilité offerte à la partie adverse de décider, sur la base de l'article 7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés

économie générale ni de son objet[143]. Cela ne serait pas le cas, selon certains, si un lien fonctionnel peut être établi clairement entre la prestation prévue initialement et celle qui est à réaliser à la suite de la modification intervenue[144].

Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler que les motifs avancés par un pouvoir adjudicateur pour procéder à la modification unilatérale du contrat, accompagnée de sa révision entraînant sa prorogation, doivent être exacts, pertinents et admissibles. Ces conditions n'étaient, en l'espèce, pas établies, faute, notamment, de note de calcul permettant de comprendre pourquoi le contrat était prolongé d'une période égale à la moitié de sa durée initiale[145].

34. Jusque-là, la matière des modifications (unilatérales) d'un marché public en cours d'exécution était appréhendée uniquement sous l'angle du droit national, faute de disposition expresse et générale dans les textes européens. Comme dans d'autres matières, la Cour de justice a finalement été saisie de la compatibilité de modifications en cours d'exécution aux règles du traité et du droit dérivé. L'arrêt *Pressetext* qu'elle a rendu le 19 juin 2008 se révèle d'une importance cruciale, encore aujourd'hui. Son contenu mérite donc d'être rappelé :

> « 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 constituant 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, point 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*

publics et des concessions de travaux publics, que la société Sodexo Pass Belgium poursuivrait, si nécessaire, l'exécution du marché au-delà du 31 octobre 2013 ». Voy. aussi C.E., 15 décembre 2015, *SPMT-ARISTA*, n° 233.245, à propos de l'utilisation de l'article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Comp. avec C.E., 18 janvier 2011, *S.C.A. Hygiene Products*, n° 210.497.

143 D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 231, n° 274.

144 Y. Cabuy, G. Dereau, V. Dor, P. Thiel et M. Vastmans, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 878.

145 C.E., 9 mars 2006, *S.A. Watco*, n° 156.161, *Entr. et dr.*, 2007, p. 131, avec les observations de M.-A. Flamme. En ce sens, également : Bruxelles, 22 mai 2008, *Entr. et dr.*, 2009, liv. 2, p. 153.

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*, C-507/03, 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*, C-337/98, *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 »[146].

[146] C.J.C.E., 19 juin 2008, *Pressetext*, C-454/06. Sur cet arrêt, voy. not., et parmi beaucoup d'autres, K. Wauters et K. Man, « De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten : een Europees sausje ? », *C.D.P.K.*, 2010, p. 142 ; 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 Chroniques des marchés publics*,

35. Malgré la codification – nuancée – de cette jurisprudence par le législateur européen, cet arrêt conserve toute sa pertinence pour les marchés en cours – il en reste – soumis à l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Si l'arrêt du 19 juin 2008 interdit en principe des modifications substantielles d'un marché en cours d'exécution en dehors de la passation d'un nouveau marché, il s'en déduit également que le pouvoir adjudicateur est autorisé à modifier (unilatéralement) les conditions d'un marché public en étant dès lors dispensé de devoir procéder à la passation d'un nouveau marché lorsque ces modifications ne sont pas substantielles[147]. La jurisprudence *Pressetext* ne fait pas de distinction à ce propos entre les modifications unilatérales et consensuelles du marché[148], qu'elles aient lieu également au titre de transaction[149].

Les modifications unilatérales, même se rapportant à des éléments essentiels du marché[150], devraient donc pouvoir avoir lieu, dans le respect toutefois (i) des principes de transparence, de concurrence et d'égalité entre soumissionnaires et soumissionnaires potentiels, (ii) qu'elles reposent sur une motivation adéquate, (iii) qu'elles ne dénaturent pas l'objet du marché et (iv) moyennant compensation le cas échéant[151].

36. L'arrêt *Pressetext* ne pouvait toutefois rester sans incidence sur le régime organisé par les articles 7 et 8 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, compte tenu, notamment, de la généralité des termes employés[152]. À la suite de l'abrogation de ces dispositions, la matière fut réglée par l'article 37 de *l'arrêté royal du 14 janvier 2013*. Cette disposition, qui ne s'appliquait pas, notamment, aux marchés d'un montant inférieur à 8.500 euros, prévoyait, jusqu'à sa modification par l'arrêté royal du 22 juin 2017, et sans dérogation possible[153] :

> « Quel que soit le mode de détermination des prix, le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial pour autant qu'il soit satisfait aux conditions cumulatives suivantes :
>
> 1° l'objet du marché reste inchangé ;
>
> 2° hormis l'application des articles 26, § 1er, 2°, a) et b), et 3°, b) et c), et 53, § 2, 2° et 4°, a) et b), de la loi du 15 juin 2006 et de l'article 25, 3°, a), et

Bruxelles, EPB, éd. 2012-2013, pp. 617-637 ; Y. Marique, « Modifications en cours d'exécution des contrats publics », *op. cit.*, pp. 67-136.

147 C. Dony, « Comment modifier un marché public en cours d'exécution », *op. cit.*, p. 4.

148 K. Wauters et K. Man, « De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten : een Europees sausje ? », *op. cit.*, p. 148, n° 11.

149 C.J.U.E., 7 septembre 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, *M.C.P.-O.o.O.*, 2017, pp. 191-196, avec les observations d'A. Vandeburie.

150 C. Dony, « Comment modifier un marché public en cours d'exécution », *op. cit.*, p. 6

151 C. Dony, *ibid.*, p. 3 ; C.E., 16 septembre 2010, *NV Aannemingen Willems*, n° 207.385.

152 En ce sens A. Vandeburie et S. De Ridder, « La vie du contrat dans les commandes publiques – Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten », *op. cit.*, p. 19, n° 19 ; A.L. Durviaux, « La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire », *in Chronique des marchés publics*, Bruxelles, EBP, éd. 2010-2011, p. 935, n° 14 ; K. Wauters et K. Man, « De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overheidsovereenkomsten : een Europees sausje ? », *op. cit.*, p. 149, n° 12.

153 Art. 9, § 1er, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

4°, b), de la loi défense et sécurité, la valeur de la modification est limitée à quinze pour cent du montant initial du marché ;

3° une juste compensation est accordée à l'adjudicataire, s'il y a lieu.

Il ne peut toutefois être dérogé aux clauses et conditions essentielles du marché que de façon motivée, et ce :

1° soit par un ordre modificatif ou toute autre décision unilatérale du pouvoir adjudicateur ;

2° soit par un avenant. »[154]

Le rapport au Roi justifie comme suit les modifications apportées à la réglementation antérieure :

> « L'alinéa 1er de l'article 37 reprend la disposition de l'article 7 précité, traitant des modifications au marché initial apportées unilatéralement par le pouvoir adjudicateur. De telles modifications peuvent, par exemple, s'avérer utiles en cas de "sujétions techniques imprévues" rencontrées lors de l'exécution du marché.
>
> Cependant, une condition importante a été ajoutée par rapport à cet article 7. *Outre les conditions déjà connues imposant que l'objet du marché reste inchangé et qu'une juste compensation soit*, s'il y a lieu, prévue pour l'adjudicataire, *s'applique dorénavant la condition supplémentaire selon laquelle la modification en valeur doit rester limitée à 15 % du montant initial du marché*, indépendamment des cas d'application de la procédure négociée sans publicité pour lesquels est prévu dans la loi un seuil spécifique de 50 % (travaux, fournitures et services complémentaires). Cette modification est *inspirée de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne* qui s'est développée très récemment dans le domaine de l'exécution des marchés publics. Depuis l'arrêt *Pressetext* (CJCE, arrêt C-454/06, 19 juin 2008), il est en effet *devenu difficile d'accepter une modification d'un marché sans limitation de l'étendue et de la portée de cette modification* (en dehors de la limitation évidente selon laquelle l'objet du marché ne peut pas être modifié). Quant à la condition selon laquelle s'il y a lieu une juste compensation doit être payée, le texte néerlandais traduit désormais la notion de "juste compensation" par "passende compensatie" au lieu de "rechtmatige compensatie" sans que, pour autant, la portée de cette notion ne soit modifiée. La juste compensation peut porter sur d'autres aspects que la seule indemnisation, comme par exemple, la révision du prix ou la modification du délai d'exécution. Cette disposition ne porte par ailleurs pas

[154] Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.*, 14 février 2013, entrée en vigueur le 1er juillet 2013, notamment pour les marchés publiés ou qui auraient dû l'être à partir de cette date. Sur cette disposition et les critiques qui lui furent adressées : voy. not. Y. Cabuy, G. Dereau, V. Dor, P. Thiel et M. Vastmans, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 877 et s. ; V. De Francquen, *L'exécution. L'arrêté royal du 14 janvier 2013*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 73-91 ; C. De Koninck et P. Flamey, *De uitvoering van overheidsopdrachten*, Malines, Kluwer, 2014, p. 147 ; B. Kohl et S. Leroy, « Les nouvelles règles générales d'exécution. Commentaire de l'A.R. du 14 janvier 2013 », *in La réforme des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 168 ; A. Delvaux *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, op. cit.*, p. 248 ; A. Delvaux et N. Michel, « Les modifications dans le droit des marchés publics : commande et implications », *in Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1er juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 628 et s. ; M. Vastmans et C. Van Audenhaege, « À l'avenir, sera-t-il encore possible de modifier un marché public en cours d'exécution ? Dans l'affirmative, selon quelles modalités et conditions ? », *in Chronique des marchés publics*, Bruxelles, EBP, éd. 2016-2017, pp. 582-609.

> préjudice à la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de prendre des mesures en équité dans des cas exceptionnels en faveur des adjudicataires. Il peut être référé à titre d'exemple à un accord conclu de manière amiable dans le cadre de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. L'alinéa 2 du même article correspond à la première phrase de l'article 8 précité, traitant de l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'établir en outre une décision motivée pour les dérogations aux clauses et conditions essentielles du marché. La disposition précise en outre dans quels documents cette dérogation doit être établie, à savoir soit un ordre modificatif ou toute autre décision unilatérale du pouvoir adjudicateur, soit un avenant. Quant à la dernière phrase de l'article 8 précité, mentionnant que ledit article ne s'applique pas aux marchés ne dépassant pas 5.500 euros HTVA, elle a été omise car elle est désormais reprise dans la disposition générale de l'article 5, § 4, prévoyant une exclusion pour les marchés de moins de 8.500 euros (17.000 euros pour les secteurs spéciaux) ».

Aux conditions visées dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 (respect de l'objet du marché ; compensation ; dérogation aux clauses essentielles par décision motivée) vient donc s'ajouter une quatrième condition, tenant, sauf pour certaines hypothèses de procédure négociée sans publicité[155], à la valeur de la modification. Un plafond de 15 %, dont la conformité à la jurisprudence de la Cour de justice a paru douteuse à certains[156], est imposé pour l'*ensemble* des modifications, malgré le libellé du texte[157]. Il devait aboutir à ce que soit modifié, dans la disposition correspondante à l'article 42 du cahier général des charges (à savoir l'article 80 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013), le plafond de 50 % au-delà duquel l'entrepreneur n'était plus tenu d'exécuter les travaux supplémentaires ordonnés par le pouvoir adjudicateur. Comme l'indique le rapport au Roi, le maintien de ce plafond s'avérait incompatible avec la solution retenue à l'article 37. Des dispositions identiques furent – enfin ! – ajoutées pour les marchés de fournitures (121) et de services (151).

La pratique admettait déjà que des modifications imposées dans le cadre des articles 7 et 8 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 puissent être formalisées au travers d'un avenant[158]. Cette consécration expresse dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 incite indéniablement les pouvoirs adjudicateurs à rechercher l'adhésion du cocontractant sur les modifications envisagées, notamment pour éviter des difficultés. Ceci aboutit, paradoxalement, à fragiliser le pouvoir de modification unilatérale, si pas en droit, à tout le moins en fait.

---

155 À ce propos, voy. A. Delvaux *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 270 et s.

156 Voy. not. A. Delvaux *et al.*, *ibid.*, p. 261 ; Y. Cabuy, G. Dereau, V. Dor, P. Thiel et M. Vastmans, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique*, *op. cit.*, p. 880 ; B. Kohl et S. Leroy, « Les nouvelles règles générales d'exécution. Commentaire de l'A.R. du 14 janvier 2013 », *op. cit.*, p. 175.

157 V. De Francquen, *L'exécution. L'arrêté royal du 14 janvier 2013*, *op. cit.*, p. 75 ; M. Vastmans et C. Van Audenhaege, « À l'avenir, sera-t-il encore possible de modifier un marché public en cours d'exécution ? Dans l'affirmative, selon quelles modalités et conditions », *op. cit.*, p. 591.

158 C. Dony, « Comment modifier un marché public en cours d'exécution », *op. cit.*, p. 3.

37. Une codification, nuancée, de la jurisprudence *Pressetext* dans les directives du 26 février 2014[159] devait nécessairement amener le législateur belge à encadrer le régime des modifications de marché en cours d'exécution. L'article 9 de la loi du 17 juin 2016 se limite toutefois à rappeler que « les marchés publics sont passés à forfait, sans qu'il ne puisse être apporté dans le cadre de leur exécution des modifications considérées comme substantielles, hormis les exceptions fixées par le Roi et conformément aux conditions fixées par Lui ». Également investi, plus généralement, du pouvoir d'adapter les règles générales d'exécution des marchés publics[160], le Roi fit le choix de modifier l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Ceci fut fait par l'adoption de *l'arrêté royal du 22 juin 2017*[161].

D'emblée, un constat s'impose : l'arrêté royal du 22 juin 2017 supprime l'article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, c'est-à-dire la disposition qui garantissait jusqu'ici le droit, pour un pouvoir adjudicateur, de modifier unilatéralement un marché public. Est-ce à dire que cette prérogative serait définitivement perdue pour les pouvoirs adjudicateurs ?

Le rapport au Roi ne l'exclut pas, sans la confirmer expressément. Les articles 80, 121 et 151 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tels que modifiés par l'arrêté royal du 22 juin 2017, prévoient toujours qu'une modification du marché peut être la conséquence d'un « ordre » du pouvoir adjudicateur, et les modifications visées peuvent avoir été « ordonnées » par le pouvoir adjudicateur. Le droit de modification unilatérale du pouvoir adjudicateur demeure. Ses conditions d'exercice sont toutefois davantage encadrées.

38. L'article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, auquel il ne peut être dérogé[162], prévoit dorénavant que les marchés publics et accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus dans les dispositions qu'insère l'arrêté royal du 22 juin 2017 à ce propos. Plusieurs de ces cas, qui ne peuvent être aménagés dans

159 Art. 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ; art. 89 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

160 Art. 86 et 156 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016.

161 Arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant 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, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 juin 2017. Cet arrêté est entré en vigueur le 30 juin 2017. Bien qu'il ne le précise pas, cet arrêté s'applique uniquement aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir du 30 juin 2017, ainsi qu'aux marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date (communication de la Chancellerie du Premier ministre du 26 juillet 2017 : http://www.publicprocurement.be/fr/nouvelles/communication-concernant-lentree-en-vigueur-de-larrete-royal-du-22-juin-2017-modifiant-lar). *Adde* : Rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 15 avril 2018, *M.B.*, 18 avril v2018. Cet arrêté insère une exception pour les articles 38/1, 38/2 et 38/19.

162 Art. 9, § 1er, al. 1er, 2°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel que modifié par l'arrêté royal du 22 juin 2017.

les documents du marché[163], devraient permettre au pouvoir adjudicateur d'apporter des modifications unilatérales au marché en cours.

39. D'emblée, on relèvera que toute *modification non substantielle* peut être apportée au marché (art. 38/5).

Suivant l'article 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, une modification d'un marché est à considérer comme substantielle lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ.

Est en toute hypothèse à considérer comme substantielle la modification qui remplit au moins une des conditions suivantes :

1° la modification introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché ;

2° la modification modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;

3° la modification élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;

4° lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3.

40. Une modification peut également, en vertu de l'article 38/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la *valeur de la modification est inférieure* aux *deux valeurs* suivantes :

1° le seuil fixé pour la publicité européenne ; et

2° dix pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et quinze pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur de la modification est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives.

Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché, ou de l'accord-cadre.

Suivant le rapport au Roi, « L'article 38/4 peut également s'appliquer lorsque le champ d'application du marché se voit limité (par exemple : lors de la construction d'un bâtiment, deux places de stationnement en moins doivent être prévues par rapport à ce qui était mentionné dans les documents du marché initiaux, vu que le nombre de personnes occupées sera finalement moins élevé), pour autant que toutes les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies. »

163 *Ibid.*

41. En vertu de l'article 38/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, une modification peut également être apportée sans nouvelle procédure de passation, en cas de *circonstances imprévisibles*.

Les conditions suivantes doivent être remplies :

1° la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ;

2° la modification ne change pas la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ;

3° l'augmentation de prix résultant d'une modification n'est pas supérieure à cinquante pour cent de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Conformément à l'article 38/19, l'adjudicateur qui modifie sur cette base un marché dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne, en application de cette disposition, en fait une publication au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des Adjudications*.

Suivant le rapport au Roi, il est « caractéristique que la modification autorisée par cette disposition doit être rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir. Les circonstances imprévisibles sont celles qui ne pouvaient pas être prévues, malgré une préparation minutieuse du marché initial, compte tenu des moyens disponibles, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci. Il ressort déjà de ce qui précède que les circonstances imprévisibles en soi ne suffisent pas pour considérer que la condition est remplie. Le manque de prévoyance ne peut être imputable à l'adjudicateur. Concrètement, pour trouver une réponse à la question de savoir si tel est le cas ou non, il doit être tenu compte à la fois d'éléments qui n'ont aucun rapport avec l'adjudicateur (la nature et les caractéristiques du projet particulier, les bonnes pratiques dans le domaine concerné) et d'éléments se rapportant à l'adjudicateur concerné (les moyens disponibles de l'adjudicateur). Soulignons qu'il faut veiller dans ce cadre à mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci ».

42. L'article 38/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 prévoit également qu'une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, pour les *travaux, fournitures ou services complémentaires* du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant :

1° est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité des services com-

plémentaires avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial ; et

2° présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur.

Toutefois, l'augmentation résultant d'une modification ne peut pas être supérieure à cinquante pour cent de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées sur cette base, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Conformément à l'article 38/19, l'adjudicateur qui modifie un marché dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne, en application de cette disposition, en fait une publication au *Journal officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des Adjudications*.

Contrairement à ce qui était le cas dans la loi du 15 juin 2006, les travaux et services complémentaires ne sont donc plus énumérés dans la loi du 17 juin 2016 (art. 42) parmi les cas où le recours à la procédure négociée sans publicité préalable est autorisé. Il en va de même pour les fournitures complémentaires. Les nouvelles directives les considèrent, en effet, comme des modifications du marché.

43. Enfin, il pourra toujours, en principe, être fait application de l'article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel que modifié par l'arrêté royal du 22 juin 2017. Cette disposition permet d'apporter une modification au marché sans nouvelle procédure de passation de marché, lorsque, quelle que soit sa valeur monétaire, cette modification a été prévue dans les documents du marché initial sous la forme d'une *clause de réexamen claire, précise et univoque*. Les clauses de réexamen indiquent le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre.

La prudence incitera les pouvoirs adjudicateurs à insérer une telle clause dans leur document de marché, pour leur garantir, dans les limites précitées, d'apporter les modifications qu'ils souhaiteraient pouvoir imposer en cours de marché. On mesure d'emblée les difficultés de la rédaction d'une telle clause. Une simple évocation du pouvoir de modification unilatérale dans l'intérêt du service public ne semble pas possible. Le tribunal de l'Union européenne a considéré à ce propos que le renvoi dans un cahier des charges à une disposition du droit national permettant de modifier un marché au regard de « nécessités nouvelles » n'était pas admissible[164].

44. L'arrêté royal ne prévoit plus qu'une modification unilatérale donnera lieu à une juste compensation s'il y a lieu. L'adjudicataire devrait toutefois pouvoir obtenir une révision du contrat, sa prolongation ou des dommages et intérêts sur la base de l'article 38/11 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013

[164] Trib. UE, 31 janvier 2013, *Espagne c. Commission*, T-540/10, pt 61.

s'il a subi un retard ou un préjudice de ce fait. L'article 38/15 de l'arrêté le prévoit implicitement en précisant qu'« En ce qui concerne les ordres écrits de l'adjudicateur, y compris ceux visés à l'article 80, § 1er, l'adjudicataire est simplement tenu d'informer l'adjudicateur, aussitôt qu'il a pu ou aurait dû en avoir connaissance, l'influence que ces ordres pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché. » En cas de suspension du marché à la suite d'un ordre du pouvoir adjudicateur, l'article 38/12 de l'arrêt royal trouvera à s'appliquer. Cette disposition donne à l'adjudicataire, à certaines conditions, le droit à des dommages et intérêts pour les suspensions ordonnées par l'adjudicateur. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois prévoir une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, dans laquelle il se réserve le droit de suspendre l'exécution du marché pendant une période donnée, notamment parce qu'il estime que le marché ne peut pas être exécuté sans inconvénient à ce moment-là.

§ 2. Les concessions de travaux publics

45. Sous l'empire de la loi du 24 décembre 1993 et antérieurement, les concessions de travaux publics ne faisaient pas l'objet d'une législation séparée, comme c'est aujourd'hui le cas. Certes, des règles complémentaires à celles applicables aux marchés de travaux trouvaient à s'appliquer aux concessions de travaux. Ces règles ne s'opposent pas au droit de modification unilatérale garanti par les articles 7 et 8 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

46. Cette application aux concessions de travaux des règles applicables aux marchés publics a été confirmée expressément lors de l'adoption de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. L'article 104 rend applicable à ces concessions l'article 37 de cet arrêté, lequel consacre le droit de modification unilatérale du pouvoir adjudicateur.

47. Dans le cadre de la transposition des directives du 26 février 2014[165], le législateur belge a fait le choix d'adopter une loi particulière pour les concessions de travaux. L'article 57, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession prévoit que « les concessions peuvent uniquement être modifiées dans les cas définis par le Roi et selon les conditions et modalités qu'Il fixe ».

Compte tenu du texte de la directive 2014/23/UE, l'article 61 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession reprend le principe suivant lequel les concessions ne peuvent être modifiées sans une nouvelle procédure de passation de concession que dans les cas prévus par cet arrêté.

Cela n'implique pas que toute possibilité de modification unilatérale de la concession soit exclue. Le rapport au Roi le rappelle expressément : « Les

[165] Art. 43 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

dispositions de la section 6, chapitre 2, du titre 3 encadrent *tant les modifications imposées unilatéralement* par un pouvoir adjudicateur que celles convenues par les parties, fût-ce à titre transactionnel (CJUE, arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-549/14, "Finn Frogne A/S"). Rappelons effectivement que *le droit administratif belge connaît le principe de mutabilité des contrats administratifs* et, dans ce cadre, *le droit pour une autorité administrative de modifier unilatéralement un contrat administratif, pour les besoins de l'intérêt général mais moyennant juste compensation, s'il y a lieu*. La mise en œuvre de ce principe est désormais, pour les concessions visées par la loi, également encadrée par les règles de la section 6, chapitre 2, du titre 3. La formalisation des modifications n'est pas imposée ni définie dans le présent arrêté. Les documents de concession ou les documents contractuels pourront la définir. À défaut, la modification se ferait en principe par voie d'avenant signé par les parties. Elle pourrait également faire l'objet d'un échange de courrier, signé pour accord par les parties ».

48. L'arrêté royal du 25 juin 2017[166] consacre les mêmes hypothèses que celles examinées ci-dessus en matière de marchés publics, le cas échéant en les adaptant. Toute modification non substantielle peut donc être apportée au marché (art. 68). Une modification peut également être apportée sans nouvelle procédure de passation lorsque le montant de cette modification est inférieur aux deux montants suivants : 1° le seuil fixé à l'article 4, à savoir actuellement 5.548.000 euros ; et 2° dix pour cent du montant de la concession initiale (art. 67). Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation en cas de circonstances imprévisibles jusqu'à 50 % du montant initial de la concession et à condition qu'elle n'en change pas la nature (art. 65). Elle peut également intervenir pour les travaux ou services complémentaires réalisés par le concessionnaire initial qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans la concession initiale, et dans les mêmes conditions que celles exposées ci-dessus pour les marchés publics (art. 64). Une modification peut également être apportée sans nouvelle procédure de passation de concession lorsque, quel que soit son montant, elle a été prévue dans les documents de concession initiaux sous la forme d'une clause de réexamen claire, précise et sans équivoque (art. 62).

Il n'est par contre pas précisé dans quelles conditions une de ces modifications pourra donner lieu à compensation du concessionnaire si elle est imposée par l'autorité concédante. Les documents du marché devraient apporter des précisions à ce propos.

§ 3. Les concessions de services

49. L'on sait que les concessions de services[167] sont exclues du champ d'application de la réglementation des marchés publics. La Cour de cassation

166 Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, *M.B.*, 29 juin 2017.

167 Sur cette notion, voy. not. S. Van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007.

a considéré que « la concession d'un service public sous forme d'un contrat est une convention *sui generis*, qui, en raison des objectifs d'utilité publique poursuivis par l'autorité concessionnaire et de l'objet même de la concession, n'est pas exclusivement régie par les règles du droit civil »[168]. Le concédant peut donc la modifier unilatéralement, même sans disposition contractuelle en ce sens, en raison de la mutabilité des services publics[169].

Un arrêt du Conseil d'État n° 238.244 du 18 mai 2017 rappelle à ce propos que : « Il ne peut, certes, être exclu que, lorsque le principe de mutabilité impose à l'autorité d'adapter son action aux exigences fluctuantes de l'intérêt général et que – pour rencontrer cette exigence – elle décide de modifier ou de résilier unilatéralement une concession domaniale ou de service public, le Conseil d'État soit bien compétent pour connaître d'un recours dirigé contre une telle décision ».

50. Ce droit n'est toutefois pas absolu. Sauf disposition contraire établie dans le contrat, le concédant devra indemniser le concessionnaire pour le préjudice subi[170].

51. Il convient également de prendre garde à la portée des modifications qui surviendraient, compte tenu du principe d'égalité. Suivant en cela l'arrêt *Wall AG* de la Cour de justice, le Conseil d'État a considéré que face à une modification – il s'agissait d'une modification acceptée par les deux parties –, il convient d'examiner si celle-ci présente un caractère substantiel pour apprécier si elle aurait dû faire l'objet d'un nouveau contrat précédé d'une mise en concurrence appropriée, ou si elle ne constitue qu'une évolution du contrat initial et ne forme dès lors pas, vis-à-vis des tiers, un acte distinct, susceptible de recours en annulation[171].

52. Dans son arrêt du 13 avril 2010, la Cour de justice avait en effet étendu les principes dégagés dans son arrêt *Pressetext* aux contrats de concession de services, au terme du raisonnement suivant :

> « En l'état actuel du droit de l'Union, les contrats de concession de services ne sont régis par aucune des directives par lesquelles le législateur de l'Union a réglementé le domaine des marchés publics (voir arrêts *Coname*, précité, point 16, et du 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, *Rec.* p. I-5641, point 57). Cependant, les autorités publiques qui concluent de tels contrats sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE, notamment les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce

168 Cass., 31 mai 1978, *Pas.*, 1978, p. 1126. *Adde* : P. Mahaux, conclusions précédant Cass., 4 septembre 1958, *Pas.*, 1959, p. 9.

169 S. Lierman, P.-J. Van De Weyer et K.-J. Vandormael, « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht », *T.P.R.*, 2016, p. 530.

170 Cass., 4 septembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 7, avec les conclusions de l'avocat général P. Mahaux ; Cass., 19 novembre 1959, *Pas.*, 1961, II, p. 14 ; S. Lierman, P.-J. Van De Weyer et K.-J. Vandormael, *ibid.*, p. 531.

171 C.E., 3 mars 2016, S.A. *Clear Channel*, n° 234.014.

sens, arrêts précités *Telaustria et Telefonadress*, points 60 à 62 ; *Coname*, points 16 à 19, et *Parking Brixen*, points 46 à 49).

Cette obligation de transparence s'applique au cas où la concession de services concernée est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée (voir, en ce sens, arrêt *Coname*, précité, point 17 ; voir également, par analogie, arrêts du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande*, C-507/03, *Rec.* p. I-9777, point 29, et du 21 février 2008, *Commission/Italie*, C-412/04, *Rec.* p. I-619, point 66).

Le fait que, dans l'affaire au principal, la concession de services peut intéresser des entreprises situées dans un État membre autre que la République fédérale d'Allemagne résulte de la décision de renvoi en ce que la juridiction nationale constate que l'appel à candidatures a été annoncé dans le *journal officiel* de la ville de Francfort "à l'échelle de l'Union européenne" et qu'elle considère qu'une violation de l'obligation de transparence pourrait constituer une discrimination exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres États membres.

L'obligation de transparence qui incombe aux autorités publiques qui concluent un contrat de concession de services implique que soit garanti, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution (voir arrêts précités *Telaustria et Telefonadress*, points 60 à 62 ; *Parking Brixen*, points 46 à 49, et *ANAV*, point 21).

En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat (voir, par analogie avec les marchés publics, arrêts du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C-337/98, *Rec.* p. I-8377, points 44 et 46, et du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, *Rec.* p. I-4401, point 34) »[172].

53. Le Conseil d'État a, à nouveau, eu l'occasion d'appliquer ces principes dans le cadre d'un recours en suspension contre une décision ayant pour objet, d'une part, de prolonger d'un an la durée de la concession qui était initialement fixée à quinze ans et, d'autre part, de fixer la compensation financière due par le concessionnaire pour l'année de prolongation, à un montant représentant le quinzième de l'ensemble des compensations financières versées sur l'ensemble du contrat de base. Pour le Conseil d'État, ces deux modifications ne peuvent passer pour substantielles au motif que l'autorité concédante aurait, à l'estime de la requérante, pu envisager une solution alternative ou que la prolongation d'une durée d'un an serait particulièrement avantageuse pour l'intervenante, et ce, à raison du contexte économique dans lequel serait

[172] C.J.U.E., 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08.

exécutée la concession durant cette année. Pour le Conseil d'État, dans les circonstances de l'espèce, la prolongation, à hauteur d'une année supplémentaire, d'une concession initialement prévue comme couvrant une période de quinze années ne fait pas figure d'extension importante[173]. Le Conseil d'État avait par contre estimé dans un arrêt antérieur qu'il n'est pas admissible de confier au titulaire d'un contrat de placement de mobilier urbain également l'installation et l'exploitation d'un dispositif de location de vélos[174].

54. Ces principes seront également consacrés, pour les concessions de services atteignant les seuils de publicité européenne, dans la directive 2014/23/UE, transposée en droit belge par la loi du 17 juin 2016 et l'arrêté royal du 25 juin 2017.

55. En dessous de ces seuils, les principes susvisés continuent à s'appliquer. À notre sens, ces limites ne trouvent pas uniquement à s'appliquer aux contrats présentant un intérêt transfrontalier compte tenu du fondement de la jurisprudence *Wall AG* et des garanties qui découlent en droit belge des principes d'égalité, de non-discrimination et de concurrence.

§ 4. Les concessions domaniales

56. Pour rappel, la concession domaniale est un contrat administratif[175] par lequel une autorité administrative, gestionnaire d'un domaine public, autorise un usager déterminé à occuper une parcelle délimitée du domaine public, à titre privatif ou exclusif, mais de façon précaire et révocable et, en général, moyennant le paiement d'une redevance[176].

Le Conseil d'État a pour sa part récemment rappelé que la concession domaniale est un contrat par lequel une autorité administrative, gestionnaire d'un domaine public, autorise un usager déterminé à occuper une parcelle délimitée du domaine public, à titre privatif ou exclusif[177].

57. Comme tout titre d'occupation privative du domaine public, il est *précaire*[178] et *révocable*[179] à tout moment[180], même dans le silence des textes.

Une occupation privative du domaine public n'est en effet admise que pour autant, en règle, qu'elle ne soit pas incompatible avec la destination publique du bien, c'est-à-dire ne constitue pas une entrave à l'usage auquel ce bien

---

173 C.E., 1er décembre 2016, *S.A. Clear Channel*, n° 236.642.

174 C.E., 10 novembre 2011, *S.A. Clear Channel*, n° 216.254, *J.T.*, 2012, p. 39, obs. d'E. Van Nuffel.

175 C.E., 26 janvier 2011, *Roucloux et Lequime*, n° 210.685.

176 B. Lombaert et O. Di Giacomo, « Les titres d'occupation du domaine public », *Jurim Pratique*, 2015/3, p. 14.

177 C.E., 19 février 2018, *Lecomte*, n° 240.747.

178 C.E., 30 octobre 2006, *S.A. Huntjens & Huygens*, n° 164.249, à propos d'un permis de stationnement. À propos d'une concession : Cass., 10 mai 1929, *Pas.*, 1929, p. 182 ; Cass., 5 février 1914, *Pas.*, 1914, p. 91. Rappr. Cass., 27 mai 1983, *Pas.*, 1983, p. 1080, lequel précise que le terme d'une concession portant sur un bien appartenant au domaine public est « librement déterminé par l'autorité ».

179 Bruxelles, 10 octobre 1956, *Pas.*, 1960, II, p. 107 ; C.E., 21 octobre 2010, *Mennicken*, n° 208.354.

180 Même après une occupation ininterrompue de plus de vingt ans : C.E., 19 janvier 1999, *Tao*, n° 78.179.

est destiné, et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler et de modifier à tout moment cet usage[181] – et, par conséquent, l'usage privatif ainsi concédé[182] –, d'après les besoins et l'intérêt de la généralité ou de l'ensemble des citoyens, c'est-à-dire de la collectivité[183].

Dans un arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation a rappelé ce principe : « si un bien constitue une dépendance du domaine public, il est ainsi destiné à l'usage de tous ; nul ne peut dès lors acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment eu égard à cet usage »[184]. Une occupation privative, quelle que soit sa forme juridique, qui ne garantirait pas ce droit n'est donc pas permise[185].

58. De nombreux auteurs y voient une application particulière de la loi du changement du service public[186].

Cette attitude est symptomatique de la doctrine contemporaine. Celle-ci étend à l'ensemble des règles du droit administratif les enseignements de l'École (française) du service public. Cette démarche fait toutefois fi d'une donnée historique et juridique importante. Le régime de domanialité a vu le jour en Belgique, comme en France d'ailleurs, bien avant que la théorie du service public n'y soit importée. La Cour de cassation, à la différence du Conseil d'État[187], n'a pas, par ailleurs, fait appel jusqu'ici aux lois du service public pour justifier l'enseignement des arrêts qu'elle a rendus en cette matière. La règle de précarité ou de mutabilité semble à ce propos tenir de la nature même du domaine public[188], non d'une application de la loi de mutabilité des services publics. Dans l'arrêt précité de la Cour de cassation du 18 mai 2007, elle apparaît comme une conséquence de la règle d'indisponibilité destinée à garantir l'affectation du bien à l'usage de tous. Il s'agit donc d'une règle

181 Cass., 26 décembre 1890, *Pas.*, 1891, p. 31 ; Cass., 6 décembre 1957, *Pas.*, 1958, p. 366 ; Cass., 11 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 29 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 78 ; Cass., 25 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1399.

182 Cass., 18 mai 2007, R.G. n° C.06.0086.N. Comp. avec Cass., 25 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1399, qui pourrait déjà être interprété en ce sens.

183 Rappr. déjà : Civ. Huy, 9 février 1892, *J.L.*, 1892, p. 99 ; Bruxelles, 30 janvier 1909, *Pas.*, 1909, II, p. 163.

184 Cass., 18 mai 2007, R.G. n° C.06.0086.N, *R.G.D.C.*, 2008, p. 550 ; *Rev. not. belge*, 2007, p. 631, note D. Lagasse ; *N.j.W.*, 2007, p. 652, note W. R. ; *J.L.M.B.*, 2007, p. 1727 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 736, note V. Sagaert ; *T. Gem.*, 2008, p. 71, note L. De Boel ; *C.D.P.K.*, 2008, p. 219, note J. De Staercke ; *T.B.O.*, 2008, p. 9, note D. Van Heuven ; *R.C.J.B.*, 2012, p. 466, note A. Vandeburie.

185 A. Vandeburie et H. Vuye, « Droits réels et personnels sur le domaine public : vers la fin des (in)certitudes…(?) », *R.G.D.C.*, 2010/3, pp. 114-129.

186 D. Lagasse, « La gestion active du domaine public », *A.P.T.*, 2003, p. 91 ; D. Lagasse, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim Pratique*, 2008, p. 43, n° 4 ; M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », *Rép. Not.*, p. 137, n° 75 ; dans le même ouvrage, D. Lagasse, « Les utilisations collectives et privatives du domaine public », p. 224, n° 177.

187 C.E., 9 janvier 1990, *Pas.*, 1992, IV, p. 167.

188 Rappr. Cass., 30 mai 1908, *Pas.*, 1908, p. 221 : le droit dont dispose l'administration de régler l'usage des chemins et des routes affectés à l'usage public d'après les besoins et l'intérêt de la généralité dérive de « la nature » même du domaine public. Dans ce sens, les conclusions du procureur général Mesdach de ter Kiele, précédant Cass., 26 décembre 1890, *Pas.*, 1891, p. 31.

propre au droit domanial[189], qui participe de l'essence même de l'affectation à l'usage de tous qu'elle tend à assurer et préserver. Autrement dit, lorsqu'il décide de mettre fin à l'occupation du domaine public ou à la modifier en raison de l'incompatibilité de celle-ci avec cette affectation, ce n'est pas le principe de mutabilité que son gestionnaire applique, mais une règle autonome tirée du régime propre de la domanialité. Le Conseil d'État a, pour sa part, indiqué récemment que : « Alors que la voirie appartenant au domaine public est à l'usage de tous, l'utilisation privative d'une portion de celle-ci est exceptionnelle et doit être spécialement autorisée. Tant que demeure l'affectation au domaine public, l'utilisation privative doit être compatible avec la destination du bien, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas compromettre l'affectation à l'usage de tous »[190].

59. Une résiliation ou une modification d'une concession domaniale peut toutefois donner lieu au versement d'une indemnité couvrant la perte immédiate subie et le bénéfice manqué[191]. À l'inverse de ce qui vaut, en règle, pour le titulaire d'une autorisation domaniale unilatérale, lequel ne dispose que d'une simple tolérance à ce propos, l'on considère que dans ce cas de figure, les engagements contractuels auxquels l'administration souscrit confèrent au concessionnaire un droit – subjectif[192] –, qu'elle doit respecter et auquel elle ne saurait porter atteinte sans indemnisation[193 194], sauf stipulation contraire[195 196].

189 Comp. avec D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé », *Rép. Not.*, p. 196, n° 133, pour qui la précarité des droits d'utilisation privative des biens du domaine public leur serait « intrinsèque ».

190 C.E., 19 février 2018, *Lecomte*, n° 240.747.

191 Cette indemnité pourrait toutefois être compensée par celle due par l'occupant qui ne restituerait pas le bien dans l'état dans lequel il l'a reçu, sous réserve des suites de la vétusté ou d'un usage anormal, obligation qu'implique celle d'user de ce bien suivant sa destination et de manière raisonnable (Cass., 27 mai 1983, *Pas.*, 1983, p. 1080).

192 C.E., 6 juillet 1999, *Torfs*, n° 81.700 ; P. Goffaux, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat : l'exemple de la résiliation d'une concession domaniale », *A.P.T.*, 2009, p. 205 ; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme et J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18e éd., Malines, Kluwer, 2009, p. 304.

193 D. Renders et B. Gors, « La précarité des titres d'occupation du domaine public », *Jurim Pratique*, 2015/3, p. 171.

194 La justification du droit à indemnité est discutée : Voy. A. Vandeburie, *Propriété et domanialité publique en Belgique*, Bruxelles, La Charte, 2013, n° 491.

195 Cass., 6 décembre 1991, *Pas.*, 1992, p. 266, lequel décide « que les autorités qui concèdent unilatéralement l'occupation privative de certains biens du domaine public, peuvent déterminer les limites de la concession octroyée ; qu'elles peuvent, plus spécialement, lors de l'octroi de la concession, limiter leur responsabilité quant au dommage susceptible d'être causé en cas de disparition temporaire ou définitive, par le fait des autorités, des avantages dont le concessionnaire bénéficie ensuite de la concession octroyée ».

196 Les parties peuvent en outre organiser les modalités de cette indemnisation dans l'acte valant titre d'occupation. Est ainsi, en principe, parfaitement valable une clause organisant l'indemnisation du cocontractant de l'administration en fixant le dommage réparable en cas de fin anticipée ou de modification du contrat. Certaines limites doivent toutefois être respectées. Une clause qui fixerait des indemnités à un montant tel que le gestionnaire domanial se trouverait dans l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre son pouvoir de résiliation ou de modification semble interdite (rappr. D. Renders et B. Gors, « La précarité des titres d'occupation du domaine public », *op. cit.*, p. 172). Pour Pascal Boucquey et Vincent Ost, de telles clauses pourraient être qualifiées de « clauses pénales comminatoires » et devraient, lorsqu'elles ont pour effet, sinon pour but, de paralyser l'exercice du droit de révocation dans l'intérêt public, être écartées par le juge pour contrariété, sinon à l'article 1229 du Code civil, du moins à l'ordre public (« La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », *in* B. Lombaert (coord. scient.), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour*

60. Ce pouvoir de modification unilatérale ne peut toutefois s'exercer de manière arbitraire.

Ici aussi, l'attitude de l'administration devra reposer sur des motifs clairs, exacts[197], pertinents[198], et, surtout, en lien avec le régime exorbitant auquel sont soumis les biens concernés. Par conséquent, le gestionnaire domanial ne devrait pouvoir se retrancher derrière les nécessités de l'intérêt général qu'en démontrant concrètement en quoi la décision prise se justifie à ce propos, en démontrant par exemple que l'octroi ou le maintien de ces droits privés empêche aux biens sur lesquels ils reposent de jouer adéquatement leur mission[199], voire menacent la continuité du service public. En d'autres termes, la mesure devra être prise et motivée en vue de la préservation de ces intérêts publics, étant entendu que compte tenu de la large acception de cette notion, la prise en compte d'objectifs de rentabilisation et de valorisation accrue de l'espace public d'un point de vue économique ou spatial n'est pas exclue pour motiver de telles décisions.

Les prérogatives du gestionnaire domanial ne l'emportent toutefois pas toujours. Ainsi, si une remise en cause permanente des droits concédés peut devoir avoir lieu en de multiples circonstances, la précarité des droits accordés s'imposant comme une garantie du maintien de l'affectation à l'usage collectif du domaine public et, ce faisant, dit-on, de la primauté de l'« intérêt général » sur les intérêts privés[200], cette prérogative devrait, dans son application, pouvoir s'accommoder du respect dû aux droits fondamentaux et libertés publiques des occupants du domaine public, tels le droit au respect des biens[201], le droit au travail (art. 23, al. 3, 1°, de la Constitution[202]) tant du titulaire du droit en cause, que de ses employés[203], le droit au respect de la vie privée et familiale,

le droit des services publics, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 260). Cette qualification ne nous paraît toutefois pas exclusive. Il n'est pas impensable, en effet, que les parties – ou le juge –, s'entendent pour considérer que la somme forfaitaire versée au cocontractant de l'administration en cas de modification substantielle ou de fin anticipée du contrat ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la « contrepartie » de cette faculté de résiliation et/ou de modification unilatérale. Même si elle devait s'interpréter non comme une clause pénale, mais alors comme une clause de dédit, on peut se demander si pareille clause ne doit pas encore pouvoir être écartée au motif que l'administration ne peut renoncer à exercer ses compétences, et donc à assurer une bonne gestion domaniale (dans ce sens : B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 144 et p. 152).

197 C.E., 7 janvier 1992, *Jansen et crts*, n° 38.419.

198 C.E., 13 novembre 2008, *D'Haenens et crts*, n° 187.886, lequel décide qu'il ne suffit pas, pour justifier la révocation de la tolérance de stationnement sur un canal fluvial, d'invoquer un motif de sécurité du trafic fluvial – motif en soi tout à fait légitime dans la mesure où l'autorité doit veiller à ce que la circulation sur le domaine public se fasse en toute sécurité et sans gêne. L'autorité doit expliquer concrètement en quoi la présence des bateaux sur cette partie du canal est de nature à rendre la circulation fluviale plus difficile, voire plus dangereuse, ce qu'elle reste en défaut de faire.

199 Il en est ainsi, nous semble-t-il, lorsque le retrait d'une autorisation donnée à une entreprise d'établir une voie ferrée en travers d'une route est motivé par la circonstance de la transformation imminente de cette route en autoroute (C.E., 23 avril 1974, *Pas.*, 1974, III, p. 72).

200 C. const., 12 mars 2003, n° 32/2003, B.3.

201 Cour eur. D.H., 29 mars 2010, *Depalle*.

202 Sur l'effectivité de cette disposition, voy. A. Vandeburie, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors ?*, Bruxelles, la Charte, 2008, pp. 39-142.

203 Rappr. R. Rezenthel, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA*, 2001, p. 1031.

la liberté de commerce et d'industrie, etc. On peut en effet se demander si une application trop rigoureuse des prérogatives du gestionnaire domanial ne pourrait pas dans certains cas apparaître, dans ses effets, disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis ainsi qu'aux droits et intérêts qui peuvent entrer en jeu dans cette matière.

Le Conseil d'État nous paraît s'être inscrit dans cette perspective dans un arrêt nº 187.886, du 13 novembre 2008, *D'Haenens et crts*. Il y affirme en effet, certes s'agissant du retrait d'une autorisation domaniale : « Considérant que tant les pièces du dossier administratif que celles déposées par les requérants démontrent que cela fait près de dix ans que des péniches sont en stationnement à cet endroit du canal et que la Région wallonne sait, depuis 1996, que certaines de ces péniches sont devenues des logements à part entière, abritant des familles ; que si ce stationnement est par nature précaire, l'autorité pouvant, à tout moment, y mettre fin dans l'intérêt général, il n'empêche que le droit à la vie privée exige de la part de l'autorité qu'il soit tenu compte des conséquences d'un déplacement de ces péniches sur certains aspects de la vie privée de leurs occupants à commencer par leur domiciliation pour leurs péniches, ici, en l'espèce dans la commune de Tubize ; que s'ils devaient quitter la commune de Tubize, il y a de forte chance qu'ils seraient radiés des registres de la population avec les nombreuses conséquences administratives qui en découlent notamment sur le plan social et la fragilité de leur situation sur le plan civil ; qu'en leur demandant de quitter les lieux dans les plus brefs délais, sans leur donner un délai raisonnable pour trouver un nouvel emplacement et sans leur indiquer une possibilité de stationner ailleurs, l'autorité méconnaît le droit à la vie privée des requérants dans la mesure où, par la force des choses, ils seront contraints d'abandonner leur mode de vie, voire même leurs bateaux à la fois pour des raisons économiques mais surtout pour des raisons liées à leur situation civile qui risque de devenir précaire ; qu'à ce titre, le risque de préjudice grave difficilement réparable est, dans l'état actuel du dossier, établi »[204].

61. En outre, si l'opportunité des décisions prises concernant l'octroi ou le retrait de droits privatifs par l'administration échappe au contrôle des juridictions administratives et judiciaires, les juges ont, en revanche, le pouvoir et le devoir d'en vérifier la légalité, tant externe qu'interne, et spécialement d'examiner, en se fondant sur leur contexte ou tout autre élément régulièrement produit, si ces décisions ne sont pas entachées d'excès ou de « détournement de pouvoir ». Tant dans l'octroi de ces occupations que dans leur modification ou de leur révocation, l'administration est à cet égard tenue selon nous, lorsqu'elle se fonde sur son pouvoir d'action unilatérale, de respecter la loi, comme celle du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes

[204] Cette jurisprudence pourrait être étendue au cas des maisons flottantes, qui sont en plein essor (voy. R. Timmermans, « Duurzaam bouwen van flatgebouwen op waterpercelen », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 2 à 9).

administratifs[205], ainsi que les principes généraux du droit administratif[206], ne fût-ce même qu'indirectement en raison du principe d'exécution de bonne foi des conventions[207]. Si la modification est telle qu'elle peut constituer une mesure grave pour le concessionnaire, celui-ci devrait en principe pouvoir être entendu préalablement à son adoption[208].

62. L'autorité devra aussi tenir compte des principes de transparence, de concurrence et d'égalité entre citoyens[209]. La Cour de justice a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa*. Dans cette affaire, la Cour a indiqué que le droit primaire pouvait trouver à s'appliquer à l'octroi de concessions de biens du domaine maritime, lacustre et fluvial ayant un intérêt économique transfrontalier. Elle a également jugé que l'article 12, paragraphes 1 et 2, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause, qui prévoit la prorogation automatique des autorisations en cours sur le domaine maritime et lacustre et destinées à l'exercice d'activités touristico-récréatives, en l'absence de toute procédure de sélection entre les candidats potentiels.

L'application de principes d'égalité et de transparence prohibe également selon nous que des modifications substantielles avantageuses soient octroyées au concessionnaire sans nouvelle mesure de publicité préalable[210].

§ 5. Les autres contrats administratifs

63. D'autres contrats, tels un contrat-programme ou une convention de partenariat accordant des subsides[211], pourraient également être susceptibles de devoir faire l'objet de modifications forcées de l'autorité en raison des nécessités que l'intérêt général requiert.

La reconnaissance d'un droit de modification unilatérale dans le chef des autorités publiques dans le cadre de ces autres contrats administratifs est plus

---

205 C.E., 6 juillet 1999, *Torfs*, n° 81.700 (hypothèse de retrait d'une autorisation) ; C.E., 27 mai 2003, *Desaegher*, n° 120.009 (refus d'octroyer une autorisation de placement de tables et de chaises sur l'espace public) ; C.E., 1er octobre 2009, *Stassain*, n° 196.580 (cas d'octroi d'un permis de stationnement).

206 D. Lagasse, *Domaine public, domaine privé, biens des pouvoirs publics*, *Rép. Not*. Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 219 et 227. Voy. C.E., 26 mai 2003, *S.P.R.L. « Coin mer »*, n° 119.891, à propos du principe « *non bis in idem* ».

207 T. Leys, « De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein : al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur ? », *T.B.P.*, 2017, p. 198 ; S. Lierman, P.-J. Van De Weyer et K.-J. Vandormael, « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaat-en publiekrecht », *op. cit.*, p. 561.

208 D. Renders et B. Gors, « La précarité des titres d'occupation du domaine public », *Jurim Pratique*, 2015/3, p. 159.

209 Sur cet arrêt, voy. P. Teerlinck et R. Gherghinaru, « Arrêt *Promoimpresa* de la CJUE ; une nouvelle approche des concessions domaniales », *Chronique des marchés publics*, Bruxelles, EBP, éd. 2016-2017, p. 107.

210 Sur l'application de ces principes aux propriétés publiques, voy. E. Van Nuffel, « La propriété publique à finalité économique. Quand la domanialité publique rencontre le droit de la concurrence », *Jurim Pratique*, 2015/3, pp. 49 et s.

211 C.E., 9 juin 2005, *A.S.B.L. « Une maison en plus »*, n° 145.763.

délicate, une théorie générale du régime juridique des contrats administratifs n'ayant pas véritablement réussi à s'imposer jusqu'ici en Belgique[212].

S'il devait exister[213][214], ce droit puiserait, sans doute, sa source dans le principe de mutabilité des services publics. Les hypothèses de modification unilatérale examinées dans le cadre des marchés publics et concessions ne seraient que des exemples d'un principe plus général applicable à tous les contrats administratifs. Si tel devait être le cas, les mêmes limites que celles qui ont été dégagées ci-dessus devraient trouver à s'appliquer également. Il faudrait en outre que la convention mette en jeu un service public[215].

§ 6. Conclusion

64. Comme d'autres matières, le principe de mutabilité suit les mouvements qui traversent le droit administratif. On sait que depuis le début du XX^e^ siècle, celui-ci n'a eu de cesse que de vouloir rendre toute sa place à la protection des droits des administrés. Si l'intérêt du cocontractant de l'administration a rapidement été pris en considération, c'est celui des tiers au contrat qui est également protégé ces dernières années.

C'est le défi de cette synthèse qu'il faudra (continuer à) réaliser.

Section 4
Le pouvoir de modification unilatérale des contrats publics

65. La présente section examine brièvement s'il pourrait exister un régime juridique unique prévoyant pour l'autorité publique la possibilité de modifier unilatéralement les conventions, autrement dit un régime qui s'appliquerait à tous les types de conventions conclues par les autorités publiques. En premier lieu, il a été démontré que la distinction entre « contrats administratifs » et « contrats de l'administration » ne présentait pas la même importance en droit belge qu'en droit français. En deuxième lieu, il ressort de la troisième

---

212 Voy. *supra*, n° 22. *Adde* : S. Lierman, P.-J. Van De Weyer et K.-J. Vandormael, « Overheidscontracten in het Belgische recht : besturen op de snijlijn van privaat-en publiekrecht », *op. cit.*, p. 503.

213 Voy. not. les thèses défendues par P. Wigny, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 273 ; M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1969, I, p. 165, n° 120 ; A. Delvaux et P. Debroux, « Règles générales régissant l'exécution des marchés publics », *in Guide de droit immobilier*, feuill. mob., janvier 1997, VII.3.4-5 ; W. Van Gerven et M. Wyckaert, « Overeenkomsten met de overheid », *T.P.R.*, 1987, p. 1736.

214 *Comp.* avec D. D'Hooghe et M. Gelders, « De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten : overheidsopdrachten, publiek-private samenwerkingscontracten en concessie van openbare dienst », *in Tendensen in het Bedrijfsrecht. De eenzijdige wijziging van het contract*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 95 à 107, n^os^ 2-19 ; S. Baeten, P. De Bock, K. Lemmens, J. Olivier et K. Leus, « Enige bedenkingen omtrent het juridisch kader van de convenanten », *T. Gem.*, 2001, pp. 20 et 21 ; M. Gelders, « Het eenzijdig wijzigingsrecht van de aanbestedende overheid bij overheidsopdrachten voor aanneming van werken en bij concessies van openbare werken », *R.W.*, 2003-2004, p. 521, n^os^ 1-2.

215 B. Gors, « Le principe de mutabilité », *op. cit.*, p. 105.

section que la doctrine et la jurisprudence (majoritairement francophone) reconnaissent aux autorités publiques la possibilité de modifier unilatéralement un contrat administratif. La question se pose de savoir si l'absence de pertinence de la distinction susmentionnée pourrait avoir une influence sur la thématique abordée dans la contribution.

66. Le postulat de départ de la présente contribution est le suivant : une personne morale de droit public peut modifier unilatéralement une convention lorsqu'elle agit dans le cadre d'un « contrat administratif ». Existe-t-il des arguments pour étendre ce principe à des conventions de droit privé conclues par l'autorité publique ? Alors que la doctrine néerlandophone majoritaire ne reconnaît pas l'existence d'un droit de modification unilatérale pour les contrats administratifs, tout le monde s'accorde sur le fait qu'une telle prérogative ne peut trouver à s'appliquer pour les contrats de droit privé. Quelle serait la réponse si l'on étudiait la question sous l'angle du principe d'égalité ? Existe-t-il des motifs suffisants qui permettent de faire une distinction entre les contrats administratifs et les autres types de contrats ?

La question relative à la modification unilatérale des contrats conclus par une autorité publique ne peut être résolue à partir de la distinction entre les « contrats administratifs » et les « contrats de l'administration ». Il a été démontré de façon suffisante que cette distinction n'a que peu de sens en droit belge. Étant donné qu'aucune disposition légale ne prévoit un pouvoir de modification unilatérale, la question ne peut se poser qu'au regard du droit constitutionnel. Dans ce cadre, les articles 10, 11 et 33 de la Constitution semblent pertinents.

67. Aux fins de garantir le principe d'égalité, l'on pourrait partir du point de vue que l'autorité publique sert et doit servir l'intérêt général en toutes circonstances[216]. Ce constat peut être notamment déduit de l'article 33 de la Constitution. Une autorité doit toujours poursuivre l'intérêt de la « Nation »[217]. Sur la base de ce principe, la Cour constitutionnelle a confirmé que l'intérêt particulier devait s'effacer devant l'intérêt général[218]. De ce fait, l'on pourrait soutenir qu'une autorité publique qui s'est engagée au travers d'un contrat doit encore pouvoir agir comme telle lors de l'exécution dudit contrat. Ainsi, lorsque l'intérêt général le requiert, elle doit pouvoir agir de manière unilatérale. Dans ce cadre, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé conclus par l'autorité publique[219].

---

216 Voy. not. P. Goffaux, v° « Intérêt général », *in Dictionnaire de droit administratif*, 2e éd., *op. cit.* ; D. Renders et L. Vansnick, « La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes », *in* H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert, Fr. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck (éd.), *Le service public*, vol. 2. Les « lois » du service public, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 50.

217 C.E., 26 octobre 2010, *A.S.B.L. GOCA*, n° 208.462.

218 C. const., 12 mars 2003, n° 32/2003.

219 P. Goffaux, v° « Mutabilité (loi de la ~) », *in Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, 1re éd., *op. cit.* ; B. Gors, « Du changement à la mutabilité en passant par l'adaptation continue : retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général », *in* S. Ben Messaoud et F. Viseur (coord.), *Les principes généraux du droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 367 à 377.

Récemment, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de confirmer que lorsqu'une autorité publique agit dans le cadre d'une convention, elle se voit soumise au droit administratif[220]. Dans cet arrêt, la Cour a estimé que le fait que les agents statutaires et les agents contractuels se trouvent dans une situation différente n'était pas un élément pertinent aux fins de déterminer le droit applicable. Autrement dit, il est indifférent qu'un agent soit statutaire ou contractuel aux fins de déterminer si les principes de bonne administration sont applicables. Selon la Cour constitutionnelle, les principes de bonne administration s'imposent à l'autorité en raison de sa nature particulière, nature particulière qui implique qu'elle agisse en tant que gardienne de l'intérêt général.

68. La possibilité de modifier unilatéralement un contrat administratif se fonde principalement sur le principe de mutabilité. Une autorité publique peut modifier unilatéralement un contrat lorsque l'intérêt général le requiert[221]. Cette possibilité doit être reconnue indépendamment de la nature du contrat conclu par l'autorité publique. Dès lors que la théorie du contrat administratif n'a pas de fondement en droit belge, il peut être justifié d'appliquer les mêmes règles à tous les contrats.

En droit privé, les parties ne peuvent mettre un terme à une convention que de commun accord. Tel n'est pas le cas lorsqu'une des parties a commis une faute ou lorsque la convention est affectée d'un vice. La question qui se pose ici est celle de savoir si la présence d'une autorité publique en qualité de partie contractante peut conduire à une autre conclusion.

Une autorité administrative est en charge de l'exécution de la politique générale telle que définie par le pouvoir législatif. Dans le cadre de l'adoption d'actes administratifs à portée individuelle, elle est également amenée à exécuter la politique définie par le pouvoir législatif ou par elle-même. Les décisions d'une autorité publique ont également trait à l'organisation et à la gestion du service public. Ces tâches lui sont directement dévolues par le constituant. L'ensemble des organes de l'État sont institués en vue de servir l'intérêt général : le pouvoir législatif représente directement la volonté du peuple, le pouvoir exécutif exécute cette volonté et le pouvoir judiciaire la protège contre l'action des autres pouvoirs.

La Constitution belge reflète ces principes. Le constituant a estimé que, de cette manière, l'intérêt général serait garanti au mieux[222]. La gestion et l'organisation des tâches d'intérêt général (du service public) sont des missions que la Constitution attribue directement au pouvoir exécutif[223]. Le Conseil

220 C. const., 6 juillet 2017, n° 86/2017 ; C. const., 22 février 2018, n° 22/2018.

221 P. Goffaux, v° « Mutabilité (loi de la ~) », *op. cit*.

222 Francis Delpérée estime que la Constitution est un ensemble de règles de droit qui crée une société en vue de servir de façon efficace l'intérêt général (le bien public) (Fr. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 11).

223 Voy. not. D. Renders et L. Vansnick, « La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes », *op. cit*., p. 50. Les auteurs considèrent l'intérêt général comme un fil rouge qui traverse la Constitution.

d'État a déjà relié ces tâches à l'article 33 de la Constitution[224]. À travers ses actions, l'autorité administrative exprime clairement ce qui relève de l'intérêt général ou ce qui sert l'intérêt général[225]. Une autorité administrative n'agit en effet que dans l'intérêt général[226]. C'est la seule justification de ses agissements : c'est le fondement et la finalité de l'action de l'autorité publique[227]. L'autorité publique ne doit son existence qu'à cette finalité[228].

Parce qu'une autorité administrative sert l'intérêt général en vertu de la Constitution, elle jouit de privilèges particuliers[229]. Ces privilèges particuliers ont trait au pouvoir exorbitant qu'ont les autorités publiques d'agir de manière unilatérale. Ainsi, une autorité administrative peut, au nom de l'intérêt général et sans l'autorisation d'une autre personne juridique, créer des droits et des devoirs et, partant, modifier de façon unilatérale une situation juridique[230]. Les décisions ou les actions unilatérales sont le mode d'action naturel de l'autorité publique. L'intérêt général nécessite une action ferme par laquelle les citoyens ont transféré leur « compétence » à une personne morale spécifique, à savoir « l'État ». L'autorité publique agit au nom des citoyens et est supposée avoir reçu l'autorisation des citoyens à cette fin.

69. Une autorité publique peut aussi choisir de nouer une relation contractuelle pour l'organisation et la gestion de missions d'intérêt général. Ce choix se fonde néanmoins sur une décision administrative unilatérale préalable. Le choix de la voie contractuelle ne peut avoir pour conséquence que l'autorité publique renonce de ce fait totalement à son pouvoir d'action unilatérale dans l'intérêt général. En ce sens, le choix de la voie contractuelle ne peut, à notre estime, impliquer un choix inconditionnel pour l'application absolue du droit privé[231].

Par conséquent, une autorité publique devrait pouvoir, même lorsqu'elle s'est engagée dans les liens d'un contrat, agir de façon unilatérale dans le cadre de l'exécution de ce contrat. La présente contribution ne fonde pas ce droit sur la distinction entre « contrats administratifs » et « contrats de l'administration ». Les actions unilatérales et contractuelles ne se fondent pas sur le principe selon lequel l'autorité publique agirait comme deux personnes morales distinctes mais plutôt sur le principe selon lequel les actes unilatéraux et contractuels sont deux modalités d'action qu'une autorité publique peut utiliser aux fins

224 C.E., 27 août 1991, *Lens*, n° 37.538, cité par P. Goffaux, v° « Intérêt général », *op. cit.*

225 Voy. Fr. Vandendriessche, *Publieke en private rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2004, p. 53.

226 C. const., 10 juillet 2002, n° 128/2002, B.7.2. ; C. const., 12 mars 2003, n° 32/2003 ; C. Cambier, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

227 E. Lancksweerdt, « Naar een andere constructie van het algemeen belang », *T.B.P.*, 2011, p. 103.

228 J. Dembour, *Droit administratif*, Liège, Éditions de la Faculté de droit de Liège, 1972, p. 17 ; D. Renders, *Droit administratif général*, Bruxelles, Larcier, 2014.

229 P. Lewalle et L. Donnay, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 23 et 24.

230 A. Van Mensel, I. Cloeckaert, W. Vanderdonck et S. Wyckaert, *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gand, Mys & Breesch, 1997, p. 31.

231 Dans un autre sens, voy. D. D'Hooghe et Ph. De Keyzer, « Het continuïteit en het veranderlijkheidsbeginsel », *in* I. Opdebeek et M. Van Damme (éd.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 389 et 390.

de gérer et d'organiser ses missions d'intérêt général. Il appartient à l'autorité publique de choisir dans quelle situation l'une ou l'autre modalité d'action se justifie au regard de l'intérêt général. L'autorité publique est tenue de motiver ce choix en vertu de l'intérêt général.

70. L'arrêt *Flandria*[232] ne s'oppose pas à la conception selon laquelle une autorité publique conserve certaines prérogatives même lorsqu'elle se lie contractuellement. Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme qu'une autorité publique est soumise à l'application de l'article 1382 du Code civil. L'on ne peut se fonder sur cet arrêt pour défendre la thèse selon laquelle lorsqu'une autorité publique a opté pour une figure de droit civil, à savoir le contrat, celle-ci serait entièrement soumise au droit des contrats[233]. L'arrêt *Flandria* vise en réalité une situation dans laquelle une autorité publique avait agi illégalement, et de ce fait, en opposition à l'intérêt général. Dans ce cas, il est logique que l'autorité publique soit traitée de la même manière qu'une personne de droit privé. Lorsqu'une autorité publique conclut un contrat, elle agit dans l'intérêt général et doit donc, en vertu de ce même intérêt général, pouvoir agir de manière unilatérale. En ce sens, elle agit en tant qu'une seule et même personne morale. Il importe de relever que dénier ce droit d'action unilatérale à l'autorité publique dans le cadre de l'exécution d'un contrat reviendrait à la dédoubler à nouveau.

L'Avocat général Paul Leclercq avait déjà reconnu, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1917, conclusions qu'il a approfondies dans ses conclusions précédant l'arrêt *Flandria*, qu'une autorité publique peut toujours révoquer de façon unilatérale une situation juridique qui contrarie l'intérêt général[234]. Selon Paul Leclercq, cette possibilité n'existe que lorsque l'organisation d'une mission de service public l'exige[235]. À cet égard, il estimait qu'il ne fallait pas faire de distinction selon qu'un particulier dispose d'un droit en vertu d'un contrat de vente, d'une convention avec l'autorité publique ou d'une concession. Dans l'hypothèse où la situation du particulier s'en trouverait changée, ce dernier aurait droit à une indemnisation. À notre estime, une autorité publique agirait contre sa mission constitutionnelle si elle n'agissait pas lorsque l'intérêt général le requiert. À cet égard, l'autorité publique devrait toujours choisir la voie la moins dommageable pour le citoyen.

71. Cette vision doit encore être unifiée avec les principes du droit des contrats. En effet, la personne qui s'engage est en principe obligée de s'y tenir. La présente contribution partage le point de vue selon lequel, lorsqu'une

---

232 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193 avec concl P. Leclercq.

233 Voy. M. Cornil, « Portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920 », *La Belgique judiciaire*, 1939, pp. 449 et s.

234 Concl. P. Leclercq sous Cass., 5 mars 1917, *Pas.*, I, p. 130.

235 Paul Leclercq ne parle pas de « service public » mais explique que « ce pouvoir est limité par la nécessité qui le justifie, et par la nature juridique de l'organisation de la nation ».

autorité publique choisit de conclure un contrat, elle se soumet en principe au droit des obligations.

La présence d'une autorité publique n'implique pas en soi l'application d'une catégorie de règles juridiques spécifiques. Cependant, une autorité publique ne perd pas sa qualité dans le cadre de l'exécution d'un contrat et ces actes devront donc être examinés par rapport à ceux d'une autorité publique qui agit d'une manière prudente et diligente. Des motifs d'intérêt général nécessiteront parfois que l'autorité publique agisse d'une certaine façon, ce qui pourrait avoir une influence sur l'exécution du contrat. L'impact de cette influence dépendra de la catégorie de contrat conclu.

Conclusion

72. La réalisation de l'intérêt général demeure le fondement et la finalité de l'action de l'administration à la fois lorsqu'elle use de son pouvoir d'action unilatérale et lorsqu'elle s'engage dans les liens d'un contrat. Ainsi, le choix de la voie contractuelle ne peut avoir pour conséquence que l'autorité publique renonce, de ce fait, à son pouvoir d'action unilatérale appelé à être mis en œuvre aux fins de préserver l'intérêt général.

Ce principe devrait pouvoir s'appliquer à l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs publics tant il a été démontré dans le cadre de la présente contribution que la distinction traditionnelle entre « contrats administratifs » et « contrats de l'administration » devait être relativisée.

Si l'administration peut se voir reconnaître, en vertu du principe de mutabilité, un pouvoir de modification unilatérale lui permettant de moduler les contrats qu'elle conclut au gré des nécessités de l'intérêt général, ce pouvoir n'est pas absolu.

Le pouvoir de modification unilatérale, qu'il s'applique aux contrats examinés dans le cadre de la présente contribution ou aux contrats publics en général, ne peut être exercé que pour des motifs d'intérêt général et doit, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et singulièrement des principes d'égalité et de transparence qui en découlent, tenir compte des intérêts des tiers au contrat.

L'usage de prérogatives unilatérales dans le cadre de l'exécution du contrat pose inévitablement, du point de vue du cocontractant de l'administration, en recherche de stabilité, la question de son attractivité.

L'enjeu consiste donc à assurer la pérennité du contrat comme instrument de l'action publique, en protégeant notamment les droits du cocontractant, tout en préservant la singularité de l'autorité publique et en respectant les intérêts des tiers au contrat.