

~~Que la fin de non recevoir est fondée;~~

~~Sur le surplus du moyen:~~

~~Attendu qu'il ne ressort pas de l'arrêt que la cour d'appel aurait considéré que le collège échevinal aurait décidé que les heures d'attente ne constituaient pas des heures de travail; qu'au sujet des heures d'attente, l'arrêt énonce que les parties à la négociation collective, prenant en compte le degré de disponibilité requis, ont enlevé aux heures calculées au delà des limites classiques, le statut d'heures supplémentaires affectées d'un sursalaire pour en faire la raison d'être de l'attribution de jours de repos compensatoires;~~

~~Qu'à cet égard, le moyen, en cette branche, manque en fait;~~

~~Quant à la sixième branche:~~

~~Attendu qu'il ne résulte pas de l'arrêt que la cour d'appel se serait fondée sur la décision du collège échevinal du 8 avril 1986; qu'il n'avait, dès lors, pas à répondre aux conclusions du demandeur concernant l'illégalité de cette décision;~~

~~Que le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli;~~

~~PAR CES MOTIFS,~~

~~Rejette le pourvoi;~~

~~Condamne le demandeur aux dépens.~~

~~(...)~~

* * *

Cour de cassation (1^e Ch.)

Arrêt n° 9314, 18 février 1993

M. SACE, président de section présidant, M. MARCHAL, président de section, M. RAPPE, Mme CHARLIER et M. PARMENTIER

Min. public: M. PIRET, avocat général

En cause: Ville de Liège c/ S.A. François Moureau

Plaid.: Mes BÜTZLER et KIRKPATRICK

1. TUTELLE ADMINISTRATIVE – Tutelle d'approbation – Portée – Effets de l'acte soumis à approbation – Responsabilité.

2. RÔLE DU JUGE DANS LE PROCÈS – Modification ex officio du fondement de la demande – Conditions.

1. La tutelle d'approbation n'affecte ni l'existence ni la validité de l'acte de l'autorité subordonnée, mais seulement son caractère exécutoire. Aussi longtemps que l'autorité de tutelle n'a pas pris la décision d'approuver ou d'improver cet acte, celui-ci existe et crée des droits et obligations entre

parties, de telle sorte que si l'une d'elles ne remplit pas ses obligations, elle peut être tenue à des dommages et intérêts envers l'autre.

2. Il appartient au juge, en respectant les droits de la défense d'appliquer aux faits régulièrement soumis à son approbation et sans modifier l'objet ni la cause de la demande, les règles de droit sur la base desquelles il statue, pour autant qu'il n'élève pas de contestation dont les conclusions des parties excluent l'existence.

LA COUR,

(...)

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 13 juillet 1990 par la cour d'appel de Liège;

Sur le moyen pris de la violation des articles 1134, 1149, 1150, 1382, 1383, 1384 du Code civil, 77.7°, 81, 90.2°, de la loi communale du 30 mars 1836, telle que rédigée avant sa modification par la loi du 14 juillet 1976 entrée en vigueur le premier janvier 1978 (arrêté royal du 22 avril 1977, art. 58), 11 de la loi du 4 mars 1963 sur les marchés de l'Etat, 97 de la Constitution, du principe général du droit imposant le respect des droits de la défense et du principe dispositif, et, pour autant que de besoin, des articles 702, 807 et 1138, 2°, du Code judiciaire, en ce que, après avoir constaté, par référence à l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 4 mai 1990 ordonnant la réouverture des débats, qui lui-même se fondait sur l'exposé des faits contenu dans le jugement rendu en première instance le 21 octobre 1981 par le tribunal civil de Liège, que «par délibération du 23 juin 1975, le conseil communal de la (demanderesse) décide de construire rue du Ponçay un bâtiment destiné aux services de la Santé Publique (...); sous réserve d'une ratification du conseil communal qui interviendra le 23 février 1976, le collège des bourgmestre et échevins approuve l'adjudication du lot I à la (défenderesse) en date du 31 décembre 1975; le même jour, la (défenderesse) est prévenue que le dossier de l'entreprise la proposant, sous réserve d'approbation, comme entrepreneur du lot I va être soumis aux pouvoirs supérieurs et qu'elle n'en sera déclarée adjudicataire qu'après notification de l'approbation; le 29 décembre précédent, le dossier de l'avant-projet de l'entreprise avait été transmis au gouverneur de la province aux fins d'approbation et d'obtention des subventions octroyées par les autorités compétentes supérieures; le dossier de l'adjudication est transmis à son tour le 23 février 1976; le 28 novembre 1977, le conseil communal constate que le projet a rencontré l'avis défavorable de la commission des monuments et sites et qu'il ne répond pas aux normes ministérielles permettant une subsidiation optimale; il décide d'abandonner le projet et de ne pas donner suite à l'adjudication (...); l'approbation (autorisation) prévue par l'article 77.7° de la loi communale semble n'avoir été requise qu'en date du 29 décembre 1975 et n'apparaît pas avoir été accordée», l'arrêt attaqué décide que la demanderesse a commis une faute qui «est la cause du dommage subi par (la défenderesse) du fait d'avoir été privée du marché litigieux; que l'indemnisation de (la défenderesse) doit porter sur tout le préjudice résultant de la perte du marché (...) (la défenderesse) ayant droit à tout ce qu'elle aurait pu gagner dans l'entreprise», aux

motifs que «l'approbation par l'autorité de tutelle est une condition suspensive dont dépend l'éventuelle exécution de l'acte contrôlé (...); que la convention stipulant une obligation contractée sous condition suspensive existe tant que la condition est pendante, même si l'exécution de l'obligation est suspendue; qu'elle fait dès lors naître des droits et des obligations entre parties et la partie qui ne remplit pas ses obligations peut être redevable de dommages-intérêts; (...) qu'en principe, si le débiteur empêche l'accomplissement de la condition, il sera tenu comme si la condition s'était réalisée»; que l'article premier du cahier spécial des charges, reprenant l'article 11 de la loi du 4 mars 1963, prévoyait cependant que «la ville se réserve le droit de ne commander qu'une partie de l'entreprise ou de ne donner aucune suite à cette adjudication et d'en faire une nouvelle»; qu'en vertu de cette disposition, la demanderesse «pouvait abandonner une première adjudication et en recommencer une autre» mais que «cette décision devait se fonder sur des motifs matériellement exacts et légalement admissibles»; qu'il résulte de la comparaison entre le premier et le second projet de construction que «si, notamment pour tenir compte de certaines remarques émises par la Commission Royale des Monuments et des Sites, certaines modifications furent (...) décidées, il était parfaitement possible et normal de faire exécuter les travaux par (la défenderesse) en réclamant d'elle de tenir compte desdites modifications; (...) qu'il apparaît ainsi, en l'espèce, que la décision de (la demanderesse) d'abandonner purement et simplement la première adjudication n'était pas fondée sur des motifs matériellement exacts et légalement admissibles», alors que, première branche, en vertu de l'article 77.7°, de la loi communale du 30 mars 1836, les délibérations du conseil communal portant sur les projets de construction doivent être approuvées par la députation permanente; qu'ainsi qu'il résulte des pièces de la procédure, la délibération du conseil du 23 juin 1975 portant sur le projet de construction n'a pas été approuvée; qu'à défaut d'approbation de cette délibération, le collège des bourgmestre et échevins qui, en vertu de l'article 90.2°, de ladite loi, est compétent pour prendre les mesures d'exécution des délibérations du conseil, n'est pas habilité à procéder à l'adjudication; qu'il en résulte que la demanderesse n'avait pas la capacité de conclure le marché projeté et qu'elle avait l'obligation d'abandonner la procédure entamée; qu'en vertu de l'article 11 de la loi du 4 mars 1963 relative aux marchés publics dont la teneur est reprise à l'article premier du cahier spécial des charges du marché litigieux, l'autorité compétente pour conclure le contrat a la faculté d'abandonner la procédure et d'en recommencer une nouvelle; qu'à défaut d'approbation de la délibération du 23 juin 1975, il n'existait pas d'«autorité compétente pour conclure le contrat» au sens de cette disposition; d'où il suit qu'en décidant qu'au regard des articles 11 de la loi du 4 mars 1963 et premier du cahier spécial des charges, la demanderesse a commis une faute en abandonnant la procédure d'adjudication pour des motifs qui n'étaient pas matériellement exacts ni légalement admissibles, l'arrêt attaqué a violé les articles 77.7°, 90.2°, de la loi communale du 30 mars 1836, 11 de la loi du 4 mars 1963 et 1134 du Code civil;

deuxième branche, en admettant qu'elle ait commis une faute en abandonnant la procédure d'adjudication pour des motifs qui n'étaient pas matériellement exacts ni légalement admissibles, la demanderesse était tenue de réparer le dommage qui présentait un caractère de certitude dans le chef de la défenderesse; que s'il faut interpréter l'arrêt comme ayant considéré que cette faute était de nature extra-contractuelle, la perte du marché n'était pas certaine dans le chef de la défenderesse; qu'en effet, tant que le marché n'est pas conclu, même sous condition suspensive, l'autorité compétente pour conclure le contrat a la faculté d'abandonner la procédure, pour autant que sa décision soit fondée sur des motifs matériellement exacts et légalement admissibles; que si l'administration commet une faute en abandonnant la procédure pour d'autres motifs, le candidat entrepreneur perd une chance d'être effectivement désigné adjudicataire du marché; que le dommage réparable consiste par conséquent non dans la perte du gain escompté mais dans la perte de la chance du gain; d'où il suit qu'en décidant que la faute de la demanderesse, qui dans cette interprétation est de nature extra-contractuelle, a privé la défenderesse du marché litigieux et qu'elle doit par conséquent être indemnisée de «tout ce qu'elle aurait pu gagner dans l'entreprise», l'arrêt attaqué viole les articles 1149, 1150, 1382 et 1383 du Code civil;

troisième branche, s'il faut interpréter l'arrêt comme ayant considéré que, dans la mesure où le marché a été conclu sous la condition suspensive de l'approbation par l'autorité de tutelle, la demanderesse a commis une faute en abandonnant la procédure d'adjudication et engageait par conséquent sa responsabilité contractuelle, l'arrêt a modifié la cause de la demande introduite par la défenderesse qui, dans ses conclusions d'appel, avait expressément déclaré «abandonner (...) le fondement contractuel primitivement attribué à son action en justice», pour se fonder exclusivement sur la responsabilité aquilienne de la demanderesse, «celle-ci ayant manifestement commis une faute de création d'une fausse apparence trompant la légitime confiance des soumissionnaires» (violation du principe dispositif et, pour autant que de besoin, des articles 702, 807 et 1138, 2°, du Code judiciaire); que dans cette interprétation, l'arrêt est en outre contradictoire dans la mesure où il décide que la demanderesse a commis une faute en abandonnant la procédure d'adjudication; qu'en effet, l'existence de cette faute suppose que la procédure d'adjudication n'ait pas été menée à son terme, c'est-à-dire que le marché n'ait pas encore été effectivement conclu, même sous condition suspensive; d'où il suit qu'en décidant que la demanderesse engage sa responsabilité contractuelle mais que la faute qui lui est reprochée est de nature extra-contractuelle, l'arrêt attaqué est entaché de contradiction (violation de l'article 97 de la Constitution);

quatrième branche, s'il ne peut être déduit avec certitude des motifs prérapelés de l'arrêt que celui-ci doit s'interpréter comme il a été fait dans la deuxième ou la troisième branche du moyen, la motivation de la cour d'appel ne permet pas le contrôle de sa légalité (violation de l'article 97 de la Constitution et pour autant que de besoin, des autres dispositions indiquées au moyen):

Attendu qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, par référence aux motifs d'un précédent arrêt du 4 mai 1990 et de la décision du premier juge, que par délibération du 23 juin 1975, le conseil communal de la demanderesse a décidé de faire construire un bâtiment destiné au service de santé publique, que la défenderesse a été désignée comme adjudicataire provisoire, sous réserve de l'approbation de la députation permanente, par une décision du 31 décembre 1975 du collège des bourgmestre et échevins, ratifiée le 23 février 1976 par le conseil communal, que le 28 novembre 1977 le conseil communal a décidé d'abandonner le projet, mais que le projet fut finalement adjugé à une autre entrepreneur après avoir subi certaines modifications, laquelle adjudication fut approuvée par la députation permanente, et qu'entre la première et la seconde adjudication, l'analogie était totale;

Que l'arrêt attaqué décide qu'en abandonnant la première adjudication et en commençant une seconde, sans pouvoir s'appuyer sur des motifs matériellement exacts et légalement admissibles, la demanderesse a commis une faute et causé un dommage à la défenderesse en la privant du marché en question;

Quant à la première branche:

Attendu que le moyen, en cette branche, soutient en substance qu'à défaut d'approbation de la délibération du 23 juin 1975, le conseil communal de la demanderesse n'avait pas la capacité de conclure le marché envisagé et avait l'obligation d'abandonner la procédure d'adjudication entamée;

Attendu que l'article 77, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi du 30 mars 1836 dispose que sont soumises à l'approbation de la députation permanente les délibérations des conseils communaux sur les projets de construction, de grosses réparations et de démolition des édifices communaux;

Attendu que la tutelle d'approbation n'affecte pas l'existence ni la validité de l'acte de l'autorité subordonnée, mais seulement son caractère exécutoire; qu'aussi longtemps que l'autorité de tutelle n'a pas pris la décision d'approuver ou non cet acte, celui-ci existe et crée des droits et des obligations entre parties, de telle sorte que si l'une d'elles ne remplit pas ses obligations, elle peut être tenue à des dommages-intérêts envers l'autre;

Attendu que l'arrêt attaqué considère, d'une part, que l'approbation par l'autorité de tutelle joue un rôle analogue à celui d'une condition suspensive, que tant que la condition est pendante, l'acte de l'autorité subordonnée est juridiquement valable et complet, et que seule son exécution est suspendue, que, partant, cet acte fait naître des droits et des obligations entre parties et que si le débiteur de l'obligation contractée sous condition empêche l'accomplissement de celle-ci, il peut être contraint de réparer le dommage éprouvé par le créancier et, d'autre part, que si, en vertu de l'article 1^{er} du cahier spécial des charges de l'entreprise envisagée, la demanderesse pouvait abandonner la procédure d'adjudication entamée et recommencer une autre, cette décision ne pouvait toutefois être prise qu'à la condition de se fonder sur des motifs exacts et légalement admissibles, ce qui, à l'estime de la cour d'appel, n'était pas le cas en l'espèce;

Que, par ces considérations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision que la demanderesse a commis une faute en abandonnant la procédure d'adjudication;

Quant à la deuxième branche:

Attendu que l'arrêt attaqué considère que «le marché conclu entre les parties» l'a été sous la condition suspensive de l'approbation de la députation permanente, que cette condition «suspend l'exécution du contrat et non point sa formation entre parties» et que la faute qu'il impute à la demanderesse «est la cause du dommage subi par (la défenderesse) du fait d'avoir été privée du marché litigieux»;

Que ces considérations font apparaître que la cour d'appel a retenu la responsabilité contractuelle de la demanderesse;

Que le moyen, en cette branche, repose sur une interprétation inexacte de l'arrêt attaqué;

Quant à la troisième branche:

Attendu que le moyen, en cette branche, fait d'abord grief à l'arrêt attaqué de modifier la cause de la demande en décidant que la demanderesse a engagé sa responsabilité contractuelle, alors que la défenderesse avait, en conclusions d'appel, donné à sa demande un fondement exclusivement extra-contractuel;

Attendu qu'il appartient au juge, en respectant les droits de la défense, d'appliquer aux faits régulièrement soumis à son appréciation et sans modifier l'objet ni la cause de la demande, les règles de droit sur la base desquelles il statue, pour autant qu'il n'élève pas de contestation dont les conclusions des parties excluent l'existence;

Attendu que, certes, la défenderesse a, dans ses conclusions d'appel, considéré le comportement de la demanderesse comme engageant la responsabilité aquilienne de celle-ci, alors que devant le tribunal de première instance elle avait invoqué les règles de la responsabilité contractuelle;

Attendu que, cependant, tant en appel qu'en première instance, la défenderesse a fondé sa demande d'indemnité sur la faute qu'aurait commise la demanderesse en l'évinçant du projet de construction dont elle lui avait confié l'exécution;

Attendu qu'en statuant comme le moyen le reproduit, la cour d'appel a appliqué au litige les règles de droit qui lui ont paru régir les relations entre les parties, sans fonder sa décision sur des faits juridiques autres que ceux sur lesquels était fondée la demande et, dès lors, sans modifier la cause de celle-ci;

Attendu que, pour le surplus, l'arrêt, qui considère que la délibération du 23 juin 1975 est un acte juridique valable et complet et que seule son exécution était suspendue à l'approbation de l'autorité de tutelle, décide, sans être entaché de contradiction, que la demanderesse a engagé sa responsabilité contractuelle;

Quant à la quatrième branche:

Attendu qu'il ressort de la réponse à la deuxième branche du moyen que la cour d'appel a retenu la responsabilité contractuelle de la demanderesse;

Que le moyen ne peut être accueilli;
PAR CES MOTIFS,
Rejette le pourvoi;
Condamne la demanderesse aux dépens.

Observations

par R. Andersen

Cet arrêt a été rendu à propos d'un marché communal de travaux auquel était applicable l'article 77, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi communale du 30 mars 1836. En vertu de cette disposition, les projets de construction étaient soumis à la tutelle d'approbation de la députation permanente du conseil provincial.

Depuis lors, l'article 77, alinéa 1^{er}, 7^o, précité a été abrogé par la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. En outre, conformément à l'article 7 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, la tutelle administrative ordinaire sur les communes est désormais de la compétence des Régions tant en ce qui concerne son organisation que son exercice, sauf sur les communes de la Région de langue allemande, les communes énumérées à l'article 7 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative et les communes de Communes-Warneton et Fourons soumises à un régime différent de tutelle.

En ce qui concerne le régime actuel des marchés de travaux, de fournitures et de services des communes, voyez J.M. VAN BOL, «Les marchés des communes et des C.P.A.S. après la nouvelle loi communale» (*A.P.T.*, 1990, pp. 247 à 262) et *Manuel de droit communal*, t. I^{er}, *La nouvelle loi communale*, pp. 359 à 394 et les nombreuses références citées¹.

En dépit des profondes modifications ainsi intervenues, l'arrêt reproduit ci-dessus garde néanmoins tout son intérêt. Il revêt en effet une portée tout à fait générale. Son enseignement s'applique à la tutelle d'approbation en général et, au-delà, au droit des obligations.

Il s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt du 5 juin 1981 (*R.W.*, 1991-1992, col. 245 et s., concl. Av.-gén. LENAERTS; *Entr. et dr.*, 1981, pp. 293 et s., obs. M-A. FLAMME; *R.C.J.B.*, 1983, pp. 199 et s., note HERBOTS et *A.P.T.*, 1984, pp. 145 et s., obs. X. DIEUX...).

* * *

1. Il convient de noter que depuis la parution de cet ouvrage collectif, le décret du 7 juin 1989 fixant, pour la Région flamande, des règles relatives à l'organisation et à l'exercice de la tutelle administrative des communes, modifié par le décret du 24 juillet 1991, a été abrogé et remplacé par le décret du 28 avril 1993 portant réglementation, pour la Région flamande, de la tutelle administrative des communes.