

Table des matières

PARTIE 1 CONCEPTION ET RÉGIME JURIDIQUE DU PROCESSUS CONTRACTUEL

DEEL 1 ONTWERP EN JURIDISCH KADER VAN HET CONTRACTUELE PROCES

DE OPENBARE DIENST, HET ALGEMEEN BELANG EN DE DAB: NABIJE EN VERRE BEGRIPPEN IN HET BESTUURSRECHT EN HET OVERHEIDSOPDRACHTENRECHT	7
<i>Inleiding</i>	7
<i>I. Het algemeen belang</i>	9
<i>II. De openbare dienst: van organieke naar functionele openbare dienst</i>	16
<i>III. Diensten van algemeen (economisch) belang (DA(E)B)</i>	32
<i>IV. De publiekrechtelijke instelling in het licht van het overheidsopdrachtenrecht</i>	36
A. Publiekrechtelijke instellingen en personen in het overheidsopdrachtenrecht	36
B. Behoeften van algemeen belang in het overheidsopdrachtenrecht	39
<i>Conclusie</i>	45
LA DISTINCTION ENTRE SUBVENTIONS ET MARCHÉS PUBLICS : ENJEUX, ÉTAT DES LIEUX ET APPROCHE COMPARATIVE	47
<i>Introduction</i>	47
<i>I. La distinction subventions – marchés publics en droit belge : un état des lieux</i>	49
A. Enjeux pratiques de la distinction	49
B. Définitions et critères de distinction	52
1. Définitions	52
2. L'intérêt économique direct comme pierre angulaire de la distinction marchés publics – subventions et ses ramifications	54

C. L'affaire <i>NFŠ</i> : vers un rappel de l'importance du caractère contraignant des obligations réciproques ?	59
II. <i>Perspectives comparées</i>	61
A. Le droit français	62
1. Définition et enjeux	62
2. Critères de distinction et jurisprudence récente	64
B. Le droit néerlandais	68
1. Historisch kader	68
2. Het begrip 'subsidie'	71
a. Definitie	71
b. Onderscheid met overheidsopdracht	73
3. De verdeling van subsidies	76
<i>Conclusie</i>	80
ÉLABORATION ET EFFECTIVITÉ DES CONDITIONS RELATIVES À LA COMMANDE PUBLIQUE AU SEIN DES MÉCANISMES DE SUBVENTION	83
I. <i>Cadre général</i>	83
A. Les subventions	84
B. Les marchés publics	87
II. <i>Les contraintes encadrant l'adoption des clauses de subventionnement liées à l'application des règles en matière de marchés publics</i>	92
A. Limites tenant à la compétence de l'entité à l'origine de la subvention	92
B. Limites tenant à l'objet du marché public	97
C. Limites tenant au respect du principe de la liberté d'entreprendre	99
III. <i>Les différents types de clauses liées à l'application des règles en matière de marchés publics en tant que condition d'octroi et de maintien d'une subvention</i>	100
A. Exigence du respect de la législation en matière de marchés publics, sans autres précisions	101
1. La clause en elle-même	101
2. Examen de légalité	102
3. Effectivité de telles clauses	106
B. Exigence du respect de la législation en matière de marchés publics via le contrôle exercé lors de la procédure de demande ou de liquidation de la subvention	109
1. Clauses en elle-même	109

2. Examen de légalité	109
3. Effectivité de telles clauses	110
C. Exigences au niveau de la rédaction des documents du marché	110
1. Clauses éthiques, sociales ou environnementales	111
a. Clauses en elle-même	111
b. Examen de légalité	111
c. Effectivité de telles clauses	112
2. Autres exigences concernant les spécifications techniques ou les conditions de la sélection, de l'attribution ou de l'exécution du marché – exemple particulier de la loi coordonnée du 14 juillet 1994	112
a. Clauses en elle-même	112
b. Examen de légalité	115
c. Effectivité de telles clauses	120
D. Exigences tenant au délai dans lequel doit être réalisé le marché public	121
<i>Conclusion</i>	123

SPECIALE EN UITSLUITENDE RECHTEN IN HET ECONOMISCH PUBLIEKRECHT MET BIJZONDERE AANDACHT VOOR HET OVERHEIDSOPDRACHTENRECHT	127
<i>Inleiding</i>	127
<i>I. Bijzondere of uitsluitende rechten in het VWEU</i>	128
<i>II. De relevantie van bijzondere of exclusieve rechten als demarcatiecriterium in de bijzondere sectoren</i>	132
A. Situeren	132
B. Nadere invulling van het begrip bijzondere en exclusieve rechten	135
<i>III. Uitsluitende rechten als ontsnappingsweg voor de toepassing van de regelgeving overheidsopdrachten</i>	137
<i>IV. Uitsluitende rechten als ontsnappingsweg voor de organisatie van mededinging in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten</i>	140
<i>V. Slotbeschouwingen</i>	141

PARTIE 2 CHOIX DU CONTRACTANT

DEEL 2 KEUZE VAN DE AANNEMER

TRANSPARANTIEVERPLICHTINGEN BIJ DE VERDELING VAN SCHAARSE OVERHEIDSRECHTEN: OP EXPEDITIE NAAR BRONNEN EN TOEPASSINGSGEBIEDEN	145
<i>Introductie</i>	145
I. <i>Begripsomschrijving</i>	146
A. Definitie	146
B. Kenmerken van schaarse overheidsrechten	148
C. Indeling van schaarse overheidsrechten	150
1. De Nederlandse benadering	150
2. Voorstel tot Belgische benadering	151
3. Wettigheid van creatie van schaarse overheidsrechten: natuurlijke of beleidsmatige schaarste?	152
D. Verdeling van schaarse overheidsrechten	154
II. <i>Het Belgische gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel</i>	154
A. Bronnen	154
B. Toepassingsgebied	157
1. Personeel toepassingsgebied	157
a. Publiekrechtelijke rechtspersonen	159
b. Privaatrechtelijke rechtspersonen	160
2. Materieel toepassingsgebied	161
C. Toepassing schaarse overheidsrechten	162
1. Vergunningen m.i.v. verhandelbare rechten	162
a. Toekenning van een jachtrecht	162
b. De erkenning van een netwerkradio- omroeporganisatie en de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties	163
2. De toekenning van een domeinconcessie	165
3. Het contractueel overheidshandelen zoals de vestiging of de verwerving van zakelijke of persoonlijke rechten door overheden in hun relaties met private partijen	165
a. Vastgoedtransacties	165

<i>III. De Dienstenrichtlijn</i>	168
A. Bronnen	168
B. Toepassingsgebied	169
1. Personeel toepassingsgebied	169
2. Materieel toepassingsgebied	170
C. Toepassing op schaarse overheidsrechten	171
<i>IV. Beginselen van het verdrag betreffende de werking van de EU</i>	172
A. Bronnen	172
B. Toepassingsgebied	174
1. Personeel toepassingsgebied	174
2. Materieel toepassingsgebied	178
C. Uitzonderingen en beperkingen op het beginsel	180
1. Algemeen belang	180
2. Beperkingen naar analogie van overheidsopdrachten	181
D. Toepassing op schaarse overheidsrechten	181
<i>V. Regels inzake staatssteun</i>	183
A. Bronnen	183
B. Toepassingsgebied	183
1. Personeel	183
a. Onderneming als staatssteunverkrijger	184
b. Staat als steunverstrekker	184
2. Materieel	187
a. Het voordeel	187
b. De selectiviteit van het voordeel	189
c. (Dreigende) vervalsing van mededinging en ongunstige beïnvloeding van handelsverkeer tussen lidstaten	190
C. Toepassing op schaarse overheidsrechten	191
1. Vergunningen m.i.v. handelbare rechten	191
a. Exclusieve vergunning voor het aanbieden van kansspelen	191
2. Domeinconcessies	193
3. Het contractueel overheidshandelen zoals de vestiging of de verwerving van zakelijke of persoonlijke rechten door overheden in hun relaties met private partijen	193
a. De privatisering van een overheidsbedrijf	194
b. Vastgoedtransacties	195
<i>Conclusie</i>	197

L'INTÉRÊT AU RECOURS ET L'INTÉRÊT AU MOYEN DANS LA COMMANDE PUBLIQUE DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT : ORIGINALITÉS ET TRAITS COMMUNS AU CONTENTIEUX ORDINAIRE	199
<i>I. En guise de préambule : les arrêts ÉTABLISSEMENTS G.D.A. et FEDIMMO</i>	201
A. L'arrêt n° 254.855 du 24 octobre 2022, S.A. ÉTABLISSEMENTS G.D.A.	202
B. L'arrêt n° 257.985 du 22 novembre 2023, S.A. FEDIMMO	209
C. Contours de la contribution	213
<i>II. L'intérêt au contentieux ordinaire</i>	214
A. Intérêt au recours	214
1. Définition et portée de la condition de l'intérêt au recours	214
2. L'application de la condition de l'intérêt au recours dans la jurisprudence du Conseil d'État	219
a. L'intérêt personnel	220
b. L'intérêt direct	224
c. L'intérêt certain	225
d. L'intérêt actuel	226
e. L'intérêt légitime	232
f. Point d'attention : lorsque l'intérêt invoqué est moral, et non matériel	234
3. L'intérêt au recours appliqué dans le contentieux relatif aux contrats (autres que les marchés publics et concessions relevant de la loi du 17 juin 2013)	235
B. Intérêt au moyen	238
1. La consécration législative de l'intérêt au moyen	240
2. L'exigence de l'intérêt au moyen dans la jurisprudence du Conseil d'État depuis 2014	244
a. L'application des trois critères établis par l'article 14, § 1 ^{er} , alinéa 2, des LCCE	244
i. L'influence de l'irrégularité sur le sens de la décision contestée	245
ii. La privation d'une garantie	250
iii. L'impact sur la compétence de l'auteur de l'acte	251
b. La prise en compte d'éléments supplémentaires ou complémentaires dans l'appréciation de l'intérêt au moyen	252
c. Le moyen touchant à la motivation formelle	254
d. Le sort réservé aux moyens d'ordre public	256

III. <i>L'intérêt au contentieux des marchés publics</i>	259
A. Intérêt au recours / Conditions de recevabilité <i>ratione personae</i>	259
1. Cadre normatif	259
2. Première condition : « personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché »	261
a. Généralités	261
b. Circonstances de nature à dénier ou non la qualité visée par cette première condition	265
i. <i>Caractère illégitime de l'intérêt à obtenir le marché</i>	265
ii. <i>Objet du recours et attitude du requérant – Contexte d'opération administrative complexe</i>	265
iii. <i>Objet du recours et attitude du requérant – Positionnement de l'opérateur économique au regard d'autres procédures de passation ou opérations</i>	272
3. Seconde condition : « ayant été ou risquant d'être lésé par la violation alléguée »	274
a. Généralités	274
b. Quelle place pour la prise en compte de l'avantage qu'est susceptible de procurer l'annulation ou la suspension ?	275
c. Circonstances susceptibles d'influer ou non sur cette condition	279
i. <i>Contestation(s) portant exclusivement sur l'offre de l'attributaire, sans qu'aucun grief ne soit exprimé au regard d'un autre soumissionnaire mieux classé que le requérant</i>	279
ii. <i>Irrégularité de l'offre du requérant</i>	280
B. Intérêt au moyen	282
1. Tardivité du grief – Aussi une question d'intérêt ?	282
2. Intérêt au moyen – (Risque de) lésion ou autres éléments d'appréciation ?	286
a. Généralités	286
b. Tendances rencontrées dans la jurisprudence	288
i. <i>Intérêt et motivation formelle – Privation d'une garantie</i>	288
ii. <i>Absence d'incidence sur le sens de la décision et donc de (risque de) lésion</i>	289
iii. <i>Possible incidence sur le sens de la décision mais dans un sens qui n'est pas favorable au requérant – absence de (risque de) lésion</i>	291

iv. Possible incidence sur le sens de la décision et dans un sens potentiellement favorable au requérant – (risque de) lésion	291
v. Spécificités dans l'hypothèse d'un requérant dont l'offre a été déclarée irrégulière	292
vi. Hypothèse des illégalités de nature à invalider toute la procédure de passation – Place pour la prise en compte de l'avantage que présenterait la suspension ou l'annulation prononcée eu égard à la violation alléguée ?	293
vii. Quid du moyen d'ordre public ?	297
IV. Confrontation des enseignements et conclusions	298
A. Sur l'intérêt au recours / les conditions de recevabilité <i>ratione personae</i>	299
1. L'importance de la qualité de la partie requérante	299
2. L'importance de la situation concrète de la partie requérante	302
B. Sur l'intérêt au moyen	303
C. Le mot de la fin ?	305

PARTIE 3 EXÉCUTION DU CONTRAT

DEEL 3 UITVOERING VAN DE OVEREENKOMST

L'EXÉCUTION ET LA RUPTURE DES CONTRATS CONCLUS AVEC L'ADMINISTRATION À L'AUNE DE L'ARTICLE 1 ^{ER} DU LIVRE 1 ^{ER} DU CODE CIVIL	309
<i>Introduction</i>	309
I. Historique de la question	313
II. Le régime juridique issu du (nouveau) Code civil	322
A. Dispositions applicables et travaux préparatoires	322
B. Une lecture constitutionnelle du rapport entre droit privé et droit administratif	329
<i>En guise de conclusion</i>	337

ONVOORZIENBARE OMSTANDIGHEDEN IN HET OVERHEIDSOOPDRACHTENRECHT EN HET GEMEEN VERBINTENISSENRECHT	339
<i>Inleiding</i>	339
<i>I. Wettelijke grondslag en rationes legis van beide regelingen</i>	340
<i>II. Toepassingsvereisten en rechtsgevolgen</i>	348
A. Toepassingsvereisten	348
1. Uitzonderingsbepalingen	348
2. Toepassingsvereisten: algemeen overzicht	349
3. Verandering van omstandigheden	351
4. Verandering van omstandigheden maakt de uitvoering buitensporig bezwarend, zodat uitvoering redelijkerwijze niet geëist kan worden	355
5. Onvoorzienbaarheid	361
6. Ontoerekenbaarheid	365
7. Risico niet voor rekening van de getroffen partij	367
8. Niet uitgesloten door de wet of de overeenkomst	373
B. Rechtsgevolgen	377
1. Onderhandelingen	377
2. Rechterlijke tussenkomst	380
3. Aanpassing	385
4. Beëindiging	388
<i>III. Verhouding tussen artikel 5.74 BW en de artikelen 38/9 en 38/10 KB AUR 2017</i>	389
A. Toepassing van het Burgerlijk Wetboek op overheidsopdrachten	389
B. Toepassing van artikel 5.74 BW op overheidsopdrachten	391
<i>Conclusie</i>	397
QUELQUES LIGNES DIRECTRICES POUR LA CONCLUSION D'UN CONTRAT DE TRANSACTION RELATIF À UN MARCHÉ PUBLIC	399
<i>Introduction</i>	399
<i>I. L'autorité compétente pour conclure le contrat de transaction</i>	407
A. Les principes régissant la conclusion du contrat de transaction	409
B. L'application aux pouvoirs locaux	412
C. Incidence de l'incompétence de l'organe sur le contrat conclu	416
<i>II. L'objet du contrat de transaction</i>	419
A. Les contraintes temporelles	420

B. Les contraintes matérielles	422
1. Les limites générales liées à l'ordre public ou aux règles de nature impérative	423
a. Des limites liées à l'interdiction de déroger à l'ordre public ou à une règle de nature impérative dans une convention	423
b. Identification des règles d'ordre public dans la réglementation des marchés publics	425
c. Identification de règles de nature impérative dans la réglementation des marchés publics	432
d. Des limites liées à l'impossibilité de renoncer à introduire un recours contre une décision qui n'a pas encore été adoptée	432
e. Des limites liées à l'indisponibilité des compétences administratives	434
2. Application à la conclusion du contrat de transaction afférent à l'attribution du marché public	440
3. L'exécution des contrats publics	446
<i>III. Anticiper les conséquences du contrat de transaction</i>	451
A. Les effets de la conclusion d'un contrat de transaction	452
1. La renonciation à un droit tenant compte des procédures judiciaires en cours	452
2. La valeur des précédentes transactions comme point d'intérêt	454
3. La modulation de l'extinction du contrat	455
B. L'interprétation du contrat et sa requalification	456
C. L'insertion d'une clause de confidentialité délibérée et concrétisée	458
<i>Conclusion</i>	460