

BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST — REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

MINISTERIE
VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

[C – 2014/31522]

Omzendbrief bestemd voor de Brusselse plaatselijke besturen, betreffende de gevolgen van het faillissement van een inschrijver of opdrachtnemer voor hun overheidsopdrachten

Aan de Dames en Heren Burgemeesters en Schepenen

Aan de Dames en Heren Voorzitters van de Colleges van de Politiezones

Aan de Dames en Heren Voorzitters van de Intercommunales

Afschrift ter informatie aan :

De Dames en Heren Voorzitters van de O.C.M.W.

De Dames en Heren Secretarissen en Gemeenteontvangers

De Dames en Heren Secretarissen van de Intercommunales

De Dames en Heren Secretarissen en Bijzonder Rekenplichtigen van de Politiezones

De Dames en Heren Secretarissen van het O.C.M.W.

1. Inleiding.

1.1. De laatste jaren zijn de Brusselse plaatselijke besturen niet gespaard gebleven van moeilijkheden vanwege het faillissement van een inschrijver of opdrachtnemer van hun overheidsopdrachten. Nu eens werden de gevraagde werken niet aangevat, liep een werf zonder reden vertraging op of werd hij ronduit stilgelegd, dan weer werden er rechtsvorderingen ingesteld door onderaannemers die geconfronteerd werden met betalingsproblemen van de opdrachtnemer. Mijn bestuur heeft meermaals kunnen vaststellen dat sommige Brusselse plaatselijke besturen wanneer ze geconfronteerd worden met dergelijke ongewone en moeilijk te beheren gebeurtenissen, nogal ontredderd zijn en wachten om te reageren, terwijl in vele gevallen een snelle en gepaste reactie nodig was om hun belangen te vrijwaren.

1.2. Ten aanzien van deze situatie en rekening houdend met de nieuwe regelgeving die sinds 1 juli 2013 van toepassing is op de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten, leek het me nuttig een aantal aanbevelingen te bundelen en samen te vatten om de Brusselse plaatselijke besturen te helpen omgaan met de gevolgen van een faillissement van een inschrijver of opdrachtnemer voor hun overheidsopdracht.

2. Maatregelen ter voorkoming van een faillissement van een inschrijver of bedrijf.

Een faillissement is zelden een onvoorziene gebeurtenis. De financiële toestand van een onderneming wordt niet van vandaag op morgen ongunstig. Vooral eer beslist wordt een overheidsopdracht te gunnen, moeten dan ook een heel aantal elementen en gegevens onderzocht worden om het risico van faillissement van de kandidaten of inschrijvers in te schatten.

In overeenstemming met het principe van goed bestuur en het voorzorgsprincipe dat eruit voortvloeit, is het bijgevolg de verantwoordelijkheid van de Brusselse plaatselijke besturen om vóór de gunning van hun overheidsopdrachten het nodige opzoekingswerk te verrichten om te vermijden overheidsopdrachten te gunnen aan ondernemingen die mogelijk op de rand van het faillissement staan.

2.1. Uitsluitingsgronden.

2.1.1. In overeenstemming met artikel 61, § 2, 1° van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren kan de aanbestedende overheid een kandidaat of inschrijver die in staat van faillissement verkeert, uitsluiten van de deelname aan een overheidsopdracht. Hoewel de inhoud van deze bepaling laat uitschijnen dat de aanbestedende overheid vrij is te beslissen om een onderneming in staat van faillissement al dan niet uit te sluiten, moeten de Brusselse plaatselijke besturen gewezen worden op hun uiterst beperkte beoordelingsbevoegdheid ter zake. Immers, volgens het verslag aan de Koning van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 "is de aanbestedende overheid dus niet verplicht de kandidaat of inschrijver van deelname aan de opdracht uit te sluiten. Niettemin houdt het beginsel van behoorlijk bestuur in dat een aanbestedende overheid zich niet met dergelijke

MINISTERE
DE LA REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

[C – 2014/31522]

Circulaire destinée au pouvoirs locaux bruxellois, relative aux conséquences pour leurs marchés publics de la faillite d'un soumissionnaire ou d'un adjudicataire

A Mesdames et Messieurs les Bourgmestres et échevins des

A Mesdames et Messieurs les Présidents des Collèges des Zones de Police

A Mesdames et Messieurs les Présidents des Intercommunales

Copie pour information à :

Mesdames et Messieurs les Présidents de C.P.A.S.

Mesdames et Messieurs les Secrétaires et Receveurs communaux

Mesdames et Messieurs les Secrétaires des Intercommunales

Mesdames et Messieurs les Secrétaires et Comptables spéciaux des Zones de Police

Mesdames et Messieurs les Secrétaires des C.P.A.S.

1. Introduction.

1.1. Ces dernières années, les pouvoirs locaux bruxellois n'ont pas été épargnés par les difficultés nées de la faillite de soumissionnaire ou d'adjudicataire de leurs marchés publics. Tantôt des travaux commandés n'étaient pas entamés, un chantier tournait sans raison au ralenti ou était carrément abandonné, tantôt des actions directes étaient introduites par des sous-traitants confrontés à des difficultés de paiement dans le chef de l'adjudicataire. Face à ces événements inhabituels dont la gestion est loin d'être aisée, mon administration a dû plus d'une fois constater le désarroi de certains pouvoirs locaux bruxellois, tardant à réagir, alors que dans bien des cas, une réaction rapide et à propos s'imposait afin de préserver leurs intérêts.

1.2. Devant cette situation et tenant compte du nouveau cadre juridique règlementant depuis le 1^{er} juillet 2013 la passation et l'exécution des marchés publics, il m'est apparu opportun de regrouper et de synthétiser un certain nombre de recommandations destinées à conseiller les pouvoirs locaux bruxellois dans leur gestion des conséquences pour leurs marchés publics de la faillite d'un soumissionnaire ou d'un adjudicataire.

2. Les mesures préventives à la faillite de soumissionnaire ou d'entreprise.

Une faillite est rarement un événement inopiné. En effet, la situation financière d'une entreprise ne se dégrade généralement pas du jour au lendemain. Aussi, avant toute décision d'attribution d'un marché public, un certain nombre d'éléments et de données méritent d'être analysés afin d'évaluer la probabilité de faillite des candidats ou soumissionnaires.

Conformément au principe de bonne administration et du principe de précaution qui en découle, il est donc de la responsabilité des pouvoirs locaux bruxellois de réaliser lors de la passation de leurs marchés publics les investigations nécessaires en vue d'éviter de conclure des marchés publics avec des entreprises potentiellement en faillite.

2.1. Les causes d'exclusions.

2.1.1. L'article 61, § 2, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques permet au pouvoir adjudicateur d'exclure de la participation à un marché public un candidat ou un soumissionnaire en état de faillite. Si le libellé de cette disposition laisse à penser que le pouvoir adjudicateur reste libre de décider s'il y a lieu ou non d'exclure une entreprise en état de faillite, il convient d'attirer l'attention des pouvoirs locaux bruxellois sur le caractère extrêmement limité de leur pouvoir d'appréciation en la matière. En effet, comme le rappelle le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, « même si le pouvoir adjudicateur n'est pas a priori obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne administration. Ce principe implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se

kandidaten of inschrijvers inlaat. Alleen bij uitzondering, bijvoorbeeld wanneer een onderneming in moeilijkheden over een monopolie beschikt voor de levering van goederen bestemd voor de voltooiing van een installatie, zou de aanbestedende overheid een beslissing kunnen rechtvaardigen waarbij ze de betrokken onderneming toegang verleent tot de opdracht.”

2.1.2. Artikel 61, § 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt ook wat volgt: “kan [...] van de gunningsprocedure worden uitgesloten [...], de kandidaat of inschrijver die [...] een gerechtelijke reorganisatie ondergaat, of die in een vergelijkbare toestand verkeert die bestaat in andere nationale reglementeringen”. De manier waarop een inschrijver of kandidaat die een gerechtelijke reorganisatie ondergaat behandeld dient te worden volgens de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen vraagt echter enig voorbehoud. Het verslag aan de Koning van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 preciseert hieromtrent immers het volgende: “Aangaande de bepalingen onder 1° en 2° die met name de gerechtelijke reorganisatie en elke vergelijkbare situatie beogen, wordt opgemerkt dat de aanbestedende overheid elk geval zorgvuldig dient te onderzoeken teneinde een te strakke toepassing van de bepaling van paragraaf 2 te vermijden, rekening houdend met de bijzonderheden van de wetgeving die van toepassing is op de gerechtelijke reorganisatie, met name op Belgisch niveau.” Men moet de nadruk leggen op de ernst van de uitsluiting van de toegang tot een gunningsprocedure voor een onderneming die een gerechtelijke reorganisatie ondergaat, die des te prangender is als deze onderneming activiteiten uitoefent die hoofdzakelijk op de openbare sector gericht zijn.

2.1.3. Het al dan niet naleven door de kandidaat of inschrijver van zijn verplichtingen inzake sociale zekerheid en/of van zijn beroepsmatige fiscale verplichtingen vormt ook een niet te verwaarlozen indicator van zijn financiële toestand. De punten 5° en 6° van artikel 61, § 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepalen trouwens het volgende: “kan [...] van de gunningsprocedure worden uitgesloten [...], de kandidaat of inschrijver die [...] 5° niet voldaan heeft aan zijn verplichtingen inzake betaling van zijn sociale zekerheidsbijdragen, overeenkomstig de bepalingen van artikel 62, 6° niet in orde is met de betaling van zijn belastingen volgens de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is, overeenkomstig de bepalingen van artikel 63”. Zo is een situatie waarin een bedrijf dat de toestemming kreeg om zijn sociale bijdragen en/of zijn fiscale schulden gespreid te betalen en er niet in slaagt de afgesproken betalingstermijnen te respecteren, tekenend voor een nakend faillissement.

2.2. De selectiecriteria inzake de economische en financiële draagkracht.

2.2.1. Volgens de bepalingen van artikel 67 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 kan de financiële en economische draagkracht van de kandidaat of inschrijver worden aangetoond door de jaarrekeningen of de neergelegde jaarrekeningen, indien de wetgeving van het land van de kandidaat of inschrijver deze neerlegging voorschrijft. In overeenstemming met de bepalingen van artikel 58 van ditzelfde besluit stelt de aanbestedende overheid bovendien voor elk selectie criterium het vereiste niveau vast.

2.2.2. Zo kan de aanbestedende overheid aan de hand van de jaarrekeningen het risico van faillissement van de kandidaten of inschrijvers nagaan, op basis van een werkwijze en indicatoren die in het selectie criterium zijn vastgelegd. Een veelgebruikte methode om het risico van faillissement van een onderneming te onderzoeken is de ratio-analyse. Deze methode maakt traditioneel gebruik van twee categorieën van ratio's: de solvabiliteitsratio's en de ratio's van de financiële structuur van de passiva. Toch moeten deze risicoanalyse-methodes met de nodige omzichtigheid aangewend worden en is het onontbeerlijk ze goed te beheersen als men ervan gebruik wil maken. Het verslag aan de Koning herinnert er trouwens aan dat de aanbestedende overheid “haar vraag [moet] afstemmen op het voorwerp van de opdracht en op wat haar noodzakelijk of nuttig lijkt om haar beslissing inzake selectie te nemen, en om deze beslissing te kunnen motiveren. Bijgevolg dient de aanbestedende overheid te vermijden gegevens op te vragen wanneer zij niet over de nodige interne of externe deskundigheid beschikt om deze te kunnen interpreteren.”

lie pas à un tel candidat ou soumissionnaire. Ce n'est qu'exceptionnellement, par exemple si une entreprise en difficulté détient un monopole pour la fourniture de produits destinés à compléter une installation, que le pouvoir adjudicateur pourrait justifier une décision d'admission à l'accès au marché ».

2.1.2. L'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit également que « peut être exclu à l'accès au marché, [...] le candidat ou soumissionnaire qui est en état [...] de réorganisation judiciaire ou dans toute situation de même nature existant dans d'autres réglementations nationales ». Le traitement qu'il y a lieu de réserver à un soumissionnaire ou candidat en cours de réorganisation judiciaire conformément à la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises demande une certaine réserve, le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précisant à cet égard que « en ce qui concerne les points 1° et 2° visant notamment la réorganisation judiciaire ou toute situation analogue, il y a lieu de souligner que le pouvoir adjudicateur doit examiner chaque cas avec prudence afin d'éviter une application trop rigide de la disposition du paragraphe 2, tenant compte des particularités de la législation applicable à la réorganisation judiciaire, notamment dans la législation belge ». Il y a lieu de souligner la gravité pour une entreprise en cours de réorganisation judiciaire que constitue pour elle son exclusion de l'accès aux marchés publics, gravité d'autant plus accentuée si cette entreprise exerce des activités orientées principalement vers le secteur public.

2.1.3. Le respect ou non par le candidat ou soumissionnaire de ces obligations de sécurité sociale et/ou de ces obligations fiscales professionnelles constitue aussi un indicateur non négligeable de sa situation financière. En ces points 5° et 6°, l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit d'ailleurs que « peut être exclu à l'accès au marché, [...] le candidat ou soumissionnaire [...] 5° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses cotisations de sécurité sociale conformément aux dispositions de l'article 62, 6° qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes selon la législation belge ou celle du pays dans lequel il est établi, conformément aux dispositions de l'article 63 ». Ainsi est particulièrement significatif d'un état proche de la faillite, la situation d'une entreprise qui, ayant obtenu des délais pour échelonner le paiement de ses dettes de cotisations sociales et/ou de ses dettes fiscales, ne parvient pas à les respecter.

2.2. Les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière.

2.2.1. Selon les dispositions de l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la capacité financière et économique du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée par les comptes annuels ou les comptes annuels déposés, lorsque la législation du pays où est établi le candidat ou le soumissionnaire en prescrit le dépôt. En outre, conformément aux dispositions de l'article 58 de ce même arrêté, il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer pour chaque critère de sélection leurs niveaux d'exigences.

2.2.2. Ainsi sur base des comptes annuels, le pouvoir adjudicateur peut réaliser une analyse des risques de faillite des candidats ou soumissionnaires sur base d'une méthode et d'indicateurs mentionnés dans le critère de sélection. Une méthode habituellement utilisée pour analyser le risque de faillite d'une entreprise est la méthode des ratios. Cette méthode préconise traditionnellement l'utilisation de deux catégories de ratios: les ratios de solvabilité et les ratios de structure financière du passif. Il y a toutefois lieu de faire preuve de prudence dans l'utilisation de ces méthodes d'analyse de risque et il est indispensable d'en avoir la maîtrise si l'on veut y avoir recours. Le Rapport au Roi ne s'y trompe d'ailleurs pas quand il rappelle que le pouvoir adjudicateur «doit adapter sa demande en fonction des spécificités du marché et de ce qui lui paraît nécessaire ou utile pour prendre sa décision de sélection et pour pouvoir motiver celle-ci. Le pouvoir adjudicateur doit en conséquence s'abstenir de demander des données s'il ne dispose pas des compétences internes ou externes nécessaires pour les traiter.»

2.2.3. De Brusselse plaatselijke besturen moeten er ook aan herinnerd worden dat de analyse van de financiële gezondheid van de kandidaten of inschrijvers op basis van de vooraf bepaalde uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectiecriteria geen alleenstaande actie is. Volgens de bepalingen van artikel 59, 2° van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 moeten ze immers gedurende de gehele gunningsprocedure waakzaam blijven en met alle middelen die zij dienstig achten inlichtingen inwinnen over de evolutie van de situatie van elke kandidaat of inschrijver.

2.3. Controle van de regelmatigheid van de prijzen.

Een onderneming waarvan het krediet begint te wankelen zou via alle mogelijke middelen kunnen proberen haar omzetcijfer aan te dikken om het vertrouwen van haar schuldeisers te herstellen. Deze onderneming zou bijvoorbeeld enorme risico's kunnen nemen om overheidsopdrachten die via aanbesteding worden gegund in de wacht te slepen en offertes indienen tegen prijzen die haar geen enkele winst of misschien zelfs verlies zouden opleveren. In toepassing van de bepalingen van de artikelen 21 en 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 moeten de Brusselse plaatselijke besturen de prijzen van de offertes die ingediend zijn in het kader van een overheidsopdracht zorgvuldig en grondig onderzoeken. Ze moeten niet aarzelen om de inschrijvers alle prijsverantwoordingen te vragen die ze nodig achten om hun regelmatigheid te onderzoeken.

Het onderzoek naar de normaliteit van de prijzen is een essentiële fase in het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes. Het is dus zeker nuttig om, in toepassing van de bepalingen van artikel 21, in het bestek te vermelden dat er ter plaatse verificaties van de boekhoudkundige stukken en onderzoeken kunnen worden uitgevoerd door de personen die daartoe door de aanbestedende overheid zijn aangewezen.

3. Het faillissement.

3.1. Algemeen.

3.1.1. Om een faillissementsprocedure in te leiden dient aan drie voorwaarden te worden voldaan :

1° enkel een handelaar, natuurlijke persoon of een rechtspersoon, kunnen failliet verklaard worden. Daaruit volgt dat deze omzendbrief enkel betrekking heeft op de overheidsopdrachten die werden afgesloten met een persoon in de hoedanigheid van handelaar;

2° de handelaar verkeert in de blijvende onmogelijkheid om tegevoet te komen aan zijn financiële verplichtingen. Hij is dus niet meer in staat zijn belangrijkste schuldeisers te betalen, noch om eventuele afbetalingsplannen voor een gespreide terugbetaling van zijn schulden na te leven.

3° omdat hij het vertrouwen van zijn schuldeisers kwijt is, ziet de handelaar zijn krediet wankelen.

De aanhoudende staking van betaling en het wankelen van het krediet worden soeverein beoordeeld door de rechtbank van koophandel.

3.1.2. Als de rechtbank van koophandel van mening is dat de voorwaarden voor een faillissement vervuld zijn, zal ze het faillissement uitspreken. Dit is het vonnis van faillietverklaring. De rechtbank zal ook een rechter-commissaris en één of meer curators aanstellen.

Ze moet ook de verrichtingen van het faillissement controleren. Ze velt het vonnis betreffende de voortzetting van de activiteiten en spreekt de sluiting van het faillissement uit.

3.1.3. De curator is een advocaat die optreedt als vertegenwoordiger van de schuldeisers en de gefailleerde. Na de datum van het vonnis van faillietverklaring is hij belast met het beheer van de goederen van de gefailleerde (inclusief zijn contracten) die dan geen betalingen meer mag uitvoeren noch ontvangen.

Hij voert zijn opdracht uit onder het toezicht van de rechter-commissaris, die belast is met de vereffening van de failliete boedel.

3.1.4. De rechter-commissaris is een magistraat die gekozen wordt uit de rechters in handelszaken die lid zijn van de rechtbank van koophandel. Hij houdt toezicht op het beheer van het faillissement door de curator.

2.2.3. Il y a lieu aussi de rappeler aux pouvoirs locaux bruxellois que l'examen de la santé financière des candidats ou soumissionnaires sur base des causes d'exclusion et des critères de sélection qualitative préalablement fixés n'est pas une opération unique. Il leur appartient en effet tout au long de la procédure de passation du marché de faire preuve de vigilance et de s'informer par tous les moyens qu'ils jugent utile de l'évolution de la situation de tout candidat ou soumissionnaire conformément aux dispositions de l'article 59, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

2.3. Le contrôle de la régularité des prix.

Une entreprise dont le crédit commence à être ébranlé pourrait être tentée, pour rétablir la confiance de ces créanciers, à chercher à gonfler son chiffre d'affaires par toutes sortes de moyens. Cette entreprise pourrait par exemple prendre d'énormes risques pour remporter des marchés publics passés en adjudication et remettre des offres dont le montant ne lui assurerait aucun bénéfice voire lui procurerait une perte. Il revient donc aux pouvoirs locaux bruxellois en application des dispositions des articles 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 de procéder à une vérification minutieuse et approfondie des prix des offres introduites dans le cadre d'un marché public. Ils ne doivent pas hésiter à demander aux soumissionnaires toutes les justifications de prix qu'ils estiment nécessaires au contrôle de leur régularité.

Le contrôle de la normalité des prix est une phase essentielle dans le cadre de l'examen de la régularité des offres. Il est donc loin d'être inutile de prévoir dans le cahier spécial des charges en application des dispositions de l'article 21, que des vérifications sur pièces comptables et des contrôles sur place pourront être effectués par les personnes désignées par le pouvoir adjudicateur.

3. La faillite.

3.1. Généralités.

3.1.1. L'ouverture de la procédure de faillite nécessite la rencontre de trois conditions :

1° seul un commerçant, personne physique ou morale, peut être déclaré en faillite. Il s'ensuit que seuls les marchés publics conclus avec une personne ayant la qualité de commerçant sont concernés par la présente circulaire ;

2° le commerçant doit se trouver dans l'incapacité persistante de faire face à ses obligations financières. Il ne lui est donc plus possible d'honorer ses principaux créanciers, ni de respecter les éventuels plans d'apurement échelonnant le remboursement de ses dettes.

3° ayant perdu la confiance de ses créanciers, le commerçant voit son crédit ébranlé.

La cessation persistante des paiements et l'ébranlement du crédit sont appréciés souverainement par le Tribunal de commerce.

3.1.2. Si le tribunal de commerce estime que les conditions de la faillite sont remplies, il la prononcera. C'est le jugement déclaratif de faillite. Il désignera également un juge-commissaire et un ou plusieurs curateurs.

Il lui revient aussi de contrôler les opérations de la faillite. Il rend notamment les jugements de poursuite des activités et prononce la clôture de la faillite.

3.1.3. Le curateur est un avocat qui agit en tant que représentant des créanciers et du failli. A partir de la date du jugement déclaratif de faillite, il est chargé de la gestion des biens du failli (en ce compris ses contrats) qui ne pourra dès lors plus effectuer de paiement ni en recevoir.

Il effectue sa mission sous la supervision du juge-commissaire, qui est chargé de liquider la masse de la faillite.

3.1.4. Le juge-commissaire est un magistrat choisi parmi les juges consulaires, membres de tribunal de commerce. Il supervise l'administration de la faillite par le curateur.

3.2. Faillissement tijdens de gunningsprocedure.

Zolang de opdracht niet gesloten is, heeft de aanbestedende overheid geen contractuele band met de inschrijvers. Bovendien heeft de opdrachtgever geen enkele contractuele band met de kandidaten, ongeacht of ze al geselecteerd werden of niet.

Bijgevolg zal het faillissement van een kandidaat of van een inschrijver (zelfs van de inschrijver die geselecteerd werd maar nog niet in kennis gesteld werd van de goedkeuring van zijn offerte) tussen de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes en de sluiting van de opdracht behandeld worden volgens de bepalingen van artikel 61, § 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (zie punt 2.1. hierboven), wat betekent dat deze kandidaat of inschrijver uitgesloten zal worden van de toegang tot de opdracht, tenzij de aanbestedende overheid vanwege een monopoliesituatie geen andere keuze heeft dan met hem een verbintenis aan te gaan.

De Brusselse plaatselijke besturen worden dan ook aangeraden om in elk stadium van de gunningsprocedure van een overheidsopdracht en vooral vóór de bekendmaking van de goedkeuring van de offerte aan de opdrachtnemer na te gaan of deze laatste niet in staat van faillissement verkeert. Dit is absoluut onontbeerlijk om er zeker van te zijn geen overheidsopdracht te sluiten met een onderneming die in staat van faillissement verkeert.

3.3. Faillissement tijdens de uitvoering van de opdracht.

3.3.1. Het beheer van het faillissement van de opdrachtnemer is een delicate opdracht die een grote reactiviteit van de aanbestedende overheid vraagt. De aanbestedende overheid moet namelijk onverwijld keuzes maken en actie ondernemen om haar belangen te verdedigen. Het is immers zo dat, tenzij de rechtbank van koophandel er anders over beslist heeft, het vonnis van faillietverklaring niet automatisch een einde maakt aan de lopende opdracht.

3.3.2. Naar aanleiding van het faillissement van de opdrachtnemer, moet de aanbestedende overheid keuzes maken en haar reactie aanpassen op grond van hoe ze de situatie inschat. Zo heeft ze de mogelijkheid om :

— ofwel af te zien van de overeenkomst in toepassing van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken,

— ofwel de ambtshalve maatregelen te treffen in overeenstemming met artikel 47, § 2 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013,

— ofwel het voorstel van de curator te aanvaarden om de uitvoering van de overeenkomst voort te zetten,

— ofwel het voorstel van de curator te aanvaarden om de opdracht aan een door hem gekozen onderneming te geven.

3.3.2.1. De verbreking van de opdracht.

3.3.2.1.1. Gezien het intuitu personae-karakter van de overheidsopdrachten biedt artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de opdracht eenzijdig te verbreken zonder dat ze een contractuele fout van de opdrachtnemer moet aantonen wanneer deze laatste in staat van faillissement verkeert. Er is trouwens in geen enkele schadevergoeding ten laste van de gefailleerde opdrachtnemer en ten gunste van de aanbestedende overheid voorzien. Hieruit volgt dat wanneer deze laatste een opdracht verbreekt op basis van artikel 62, zij geenszins mag overgaan tot inhoudingen op de borgtocht.

3.3.2.1.2. In toepassing van de bepalingen van artikel 63 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 wordt de overheidsopdracht die verbroken is op basis van het faillissement van de opdrachtnemer vereffend in de staat waarin die zich bevindt op basis van de werkelijk uitgevoerde prestaties op de datum van verbreking.

Het is dus aan de aanbestedende overheid om de inventaris van de uitgevoerde prestaties op te stellen. Wat de opdrachten voor werken betreft, zal de tienjarige garantie aanvangen op de dag van de bekendmaking van de verbreking van de opdracht.

3.2. La faillite en cours de passation du marché.

Tant qu'un marché public n'a pas été conclu, le pouvoir adjudicateur n'entretient pas de lien contractuel avec les soumissionnaires. En outre, le pouvoir adjudicateur ne connaît aucun lien contractuel avec les candidats qu'ils aient déjà été sélectionnés ou non.

Ainsi, du dépôt des demandes de participation ou des offres à la conclusion du marché, la faillite d'un candidat ou d'un soumissionnaire (et même du soumissionnaire retenu mais auquel l'approbation de son offre ne lui a pas encore été notifiée) sera traitée en application de l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (voir point 2.1. supra), à savoir l'exclusion de l'accès au marché de ce candidat ou soumissionnaire à moins qu'en raison d'une situation de monopole, le pouvoir adjudicateur n'ait d'autre choix que de contracter avec lui.

Il est dès lors recommandé aux pouvoirs locaux bruxellois de vérifier à chaque stade de la passation d'un marché public et plus particulièrement avant la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre si ce dernier n'est pas en état de faillite. Une telle démarche est indispensable si l'on veut être certain de ne pas conclure un marché public avec une entreprise en état de faillite.

3.3. La faillite en cours d'exécution du marché.

3.3.1. La gestion de la faillite de l'adjudicataire s'avère une opération délicate qui demande au pouvoir adjudicateur une grande réactivité. Il lui appartient en effet de faire des choix et d'agir sans délai pour la défense de ses intérêts. En effet, sauf si le Tribunal de commerce en a décidé autrement, le jugement de déclaration de faillite ne met pas automatiquement fin au marché en cours.

3.3.2. Face à la faillite de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur doit faire des choix et adapter sa réaction compte tenu de son appréciation de la situation. Il a ainsi la faculté :

— soit de résilier le contrat en application de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics,

— soit de mettre en œuvre les mesures d'offices conformément à l'article 47, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013,

— soit d'accepter la proposition du curateur de continuer l'exécution du contrat,

— soit d'accepter la proposition du curateur de céder le marché à une entreprise que celui-ci a choisie.

3.3.2.1. La résiliation du marché.

3.3.2.1.1. Eu égard au caractère intuitu personae des marchés publics, l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 offre au pouvoir adjudicateur la possibilité de résilier unilatéralement le marché sans qu'une faute contractuelle de l'adjudicataire doive être démontrée, lorsque ce dernier se trouve en état de faillite. Aucune indemnité à charge de l'adjudicataire failli n'est d'ailleurs prévue en faveur du pouvoir adjudicateur. Il s'ensuit que lorsque ce dernier résilie un marché sur base de l'article 62, il ne peut en aucune mesure procéder à des retenues sur le cautionnement.

3.3.2.1.2. En application des dispositions de l'article 63 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le marché public résilié sur base de la faillite de l'adjudicataire est liquidé en l'état où il se trouve sur la base des prestations réellement effectuées à la date de la résiliation.

Il appartient donc au pouvoir adjudicateur d'établir le décompte des prestations effectuées. En ce qui concerne les marchés de travaux, il y a lieu de considérer que la garantie décennale débutera le jour de la notification de la résiliation du marché.

3.3.2.1.3. De Brusselse plaatselijke besturen moeten ook attent gemaakt worden op het feit dat, als ze gelijktijdig geconfronteerd worden met het faillissement van de opdrachtnemer en met tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht, zoals het stopzetten van de leveringen ten gevolge van een faillissement, ze uiteraard de opdracht kunnen verbreken op basis van de bepalingen van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (zie punt 3.3.2. hieronder), maar dat ze deze opdracht ook kunnen verbreken met toepassing van ambtshalve maatregelen op basis van de bepalingen in artikel 47 van datzelfde besluit.

Dit zijn echter twee verschillende verbrekingsmechanismen die niet gecumuleerd mogen worden. Bovendien zijn de eraan verbonden gevolgen verschillend en onverenigbaar. De verbreking op basis van artikel 62 voorziet immers in de vereffening van de opdracht in de staat waarin die zich bevindt zonder schadevergoeding, terwijl in geval van verbreking van de opdracht op basis van artikel 47 de aanbestedende overheid van rechtswege de borgtocht verkrijgt.

3.3.2.1.4. Bovendien, zoals gepreciseerd in het verslag aan de Koning van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, moet er echter onderstreept worden dat, hoewel van de diverse gevallen die opgesomd worden in artikel 62, die bedoeld in punt 1° ruimer zijn (dan die in de vorige wetgeving) omdat ze alle uitsluitingssituaties omvatten en niet enkel het faillissement of een vergelijkbare situatie in de nationale wetgevingen en reglementeringen, inzake het faillissement of een vergelijkbare situatie een opdrachtnemer die onderworpen zou zijn aan de wetgeving betreffende de continuïteit van de ondernemingen, niet tot dit toepassingsgebied behoort.

3.3.2.1.5. Hoewel de verbreking bedoeld in artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 niet aantrekkelijk kan lijken omdat ze de aanbestedende overheid geen schadeloosstelling oplevert, dient er toch gewezen te worden op de eenvoud en de snelheid van deze procedure. Er wordt aanbevolen gebruik te maken van deze procedure hetzij wanneer het faillissement van de opdrachtnemer de aanbestedende overheid slechts een minimum aan schade berokkent (zoals het geval is wanneer de uitvoering van de opdracht nog niet werd aangevat en er nog geen werk of prestaties verricht werden), hetzij wanneer de aanbestedende overheid geen enkele hoop heeft dat het treffen van een ambtshalve maatregel enig resultaat van belang kan opleveren voor haar (zoals in het geval dat de borgtocht nooit werd gesteld of wanneer de aanbestedende overheid de bedragen die haar toekomen al afgehouden heeft van de borgtocht), hetzij wanneer een onmiddellijke herlancering van de opdracht vereist is vanwege het spoedeisende karakter ervan (bijvoorbeeld om veiligheidsredenen of vanwege de volksgezondheid).

In ieder geval is het aan de aanbestedende overheid om te bepalen welke, in het licht van haar belangen en met haar kennis van de situatie, voor haar de beste keuze is.

3.3.3. De toepassing van de ambtshalve maatregelen.

3.3.3.1. Het tweede mechanisme dat de wetgeving inzake overheidsoverdrachten aan de aanbestedende overheid voorstelt om de gevolgen van het faillissement van een opdrachtnemer te beheren is de toepassing van ambtshalve maatregelen in overeenstemming met artikel 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

Deze maatregelen zijn het eenzijdig verbreken van de opdracht, de uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht en het sluiten van één of meerdere opdrachten voor rekening met één of meerdere derden voor het geheel of een deel van de nog uit te voeren opdracht.

3.3.3.2. Als de aanbestedende overheid beslist over te gaan tot de ambtshalve maatregelen, moet ze de procedure volgen die vastgesteld is (zie punt 3.3.3.5.1. hieronder) bij de bepalingen van artikel 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Het niet naleven van de vormvoorschriften van deze procedure kan leiden tot de onrechtmatige toepassing van deze ambtshalve maatregelen. In een dergelijke situatie beschikt de aanbestedende overheid nog over de mogelijkheid om de gerechtelijke ontbinding op grond van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek te vragen.

3.3.2.1.3. Il convient également d'attirer l'attention des pouvoirs locaux bruxellois sur le fait que s'ils sont confrontés simultanément à la faillite de l'adjudicataire et à des manquements dans l'exécution du marché, comme par exemple l'arrêt des livraisons à la suite d'une faillite, ils peuvent bien entendu résilier le marchés sur base des dispositions de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (voir point 3.3.2., infra), mais ils peuvent aussi résilier ce marché au titre de mesure d'office sur base des dispositions prévues à l'article 47 de ce même arrêté.

Ces deux mécanismes de résiliation sont toutefois distincts et ne peuvent être cumulés. En outre, les effets qui s'y attachent sont différents et inconciliables. En effet, la résiliation basée sur l'article 62 prévoit la liquidation du marché dans d'état dans lequel il se trouve en dehors de tout dommage et intérêt, tandis que celle résultant de l'article 47 entraîne de plein droit l'acquisition du cautionnement au profit du pouvoir adjudicateur.

3.3.2.1.4. D'autre part, comme le précise le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, si « parmi les différents cas énumérés à l'article 62, ceux visés au point 1° sont plus larges (que ceux visés dans la législation précédente) dans la mesure où ils concernent toutes les situations d'exclusion et non plus seulement la faillite ou une situation analogue dans les législations et réglementations nationales, il convient (toutefois) de souligner qu'en matière de faillite ou de situation analogue, n'entre pas dans ce champ d'application un adjudicataire qui se verrait appliquer la législation relative à la continuité des entreprises. »

3.3.2.1.5. Si le recours à la résiliation prévue à l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 peut sembler manquer d'attrait du fait qu'elle ne procure aucune compensation pour le pouvoir adjudicateur, il y a lieu de souligner la simplicité et la rapidité de cette procédure. Son usage est à préconiser soit quand la faillite de l'adjudicataire ne cause qu'un dommage minimum au pouvoir adjudicateur (tel est le cas quand le marché n'a pas connu de début d'exécution, aucun travail ou prestation n'ayant été effectués), soit lorsque le pouvoir adjudicateur n'a aucun espoir en ce que la mise en œuvre d'une mesure d'office puisse aboutir à un résultat significatif pour lui (ainsi quand le cautionnement n'a jamais été constitué ou quand le pouvoir adjudicateur a déjà prélevé sur le cautionnement des sommes qui lui reviennent), soit encore quand l'urgence exige une relance immédiate du marché (par exemple, pour des raisons de sécurité ou de salubrité publique).

En tout état de cause, il revient au pouvoir adjudicateur de déterminer le meilleur choix pour lui compte tenu de sa connaissance de la situation et de la prise en compte de ses intérêts.

3.3.3. La mise en œuvre des mesures d'office.

3.3.3.1. Le second mécanisme qui est proposé au pouvoir adjudicateur par la réglementation des marchés publics pour gérer les conséquences de la faillite d'un adjudicataire est la mise œuvre des mesures d'office conformément à l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Ces mesures sont la résiliation unilatérale du marché, l'exécution en régie de tout ou partie du marché non exécuté et la conclusion d'un ou plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers pour tout ou partie du marché restant à exécuter.

3.3.3.2. Si le pouvoir adjudicateur décide de passer aux mesures d'office, il lui revient de suivre la procédure fixée (voir point 3.3.3.5.1. infra) par les dispositions de l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Le non-respect du formalisme de cette procédure peut conduire à l'irrégularité de l'application de ces mesures d'office. Dans un tel cas de figure, il reste alors pour le pouvoir adjudicateur, la possibilité de demander la résolution judiciaire en vertu de l'article 1184 du Code civil.

Hoewel deze vormvoorschriften in het kader van een bedrijfsfaillissement zinloos kunnen lijken, moeten de Brusselse plaatselijke besturen waken over de strikte naleving van deze procedure, hoewel ze vaak als nutteloos beschouwd wordt en ze de toepassing van de ambtshalve maatregelen vertraagt, omdat het faillissement in vele gevallen gepaard gaat met een gebrekkig administratief beheer door de gefailleerde.

3.3.3.3. In de meeste gevallen komen enkel de eenzijdige verbreking van de opdracht en de opdracht voor rekening in aanmerking als ambtshalve maatregelen voor de Brusselse plaatselijke besturen, die vaak niet over het gekwalificeerde personeel en het geschikte materiaal beschikken die nodig zijn om zelf een overheidsopdracht in eigen beheer uit te voeren.

3.3.3.3.1. In geval van een eenzijdige verbreking van de opdracht op grond van een ambtshalve maatregel, verwerft de aanbestedende overheid van rechtswege het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding. Deze maatregel sluit de toepassing uit van iedere vertragsboete op het deel waarop de verbreking slaat. Deze uitsluiting is echter niet onbeperkt en strekt zich niet uit over de periode die voorafgaat aan de verbreking.

De Brusselse plaatselijke besturen moeten zelf beslissen of het voor hen interessanter is dat ze zich tevredenstellen met het bedrag van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding dan wel of ze het sluiten van een opdracht voor rekening moeten overwegen.

3.3.3.3.2. De opdracht voor rekening bestaat in het sluiten van een of meerdere opdrachten met een of meerdere derden om de initiële opdracht af te werken voor rekening van de failliete opdrachtnemer, op diens kosten en risico. In dit geval wordt de initiële opdracht niet verbroken, maar wordt de eigenaar ervan (de gefailleerde) uitgesloten van de uitvoering van de opdracht die hem werd toegekend.

De reglementering inzake overheidsopdrachten geeft geen nadere bepalingen met betrekking tot de procedure die gevolgd moet worden voor de gunning van een opdracht voor rekening. Daarom staat het de aanbestedende overheid vrij te kiezen om deze opdracht via aanbesteding dan wel via offerteaanvraag te gunnen, net zoals voor alle overheidsopdrachten behorende tot het stelsel van de klassieke sectoren. De noodzaak om snel te reageren kan echter de keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, op grond van artikel 26, § 1, 1^o, c) van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, rechtvaardigen. In dit geval wordt aangeraden de onderaannemers van de failliete opdrachtnemer te raadplegen, niet alleen om het risico van een waterval van faillissementen te vermijden maar ook vanwege hun kennis van de opdracht, de uitvoeringsgraad ervan en hun beschikbaarheid om de opdracht uit te voeren. Wat dit betreft, dient erop gewezen te worden dat in het kader van een opdracht waarvan de opdrachtnemer in staat van faillissement verkeert, de reglementering toelaat meerdere opdrachten voor rekening te gunnen. Een aanbestedende overheid kan ook de ondernemingen die meegedaan hebben aan de initiële procedure raadplegen en met hen onderhandelen over de voortzetting van de uitvoering van de opdracht.

3.3.3.4. Als de aanbestedende overheid de opdracht verbroken heeft, ongeacht of dit gebeurde op basis van artikel 47, § 2, of op basis van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, moet zij de uitvoering van de prestaties kunnen voortzetten door die toe te kennen aan een nieuwe opdrachtnemer. Hierbij beschikt zij over dezelfde keuze als bij de gunning van een opdracht voor rekening. De onderhandelingsprocedure die gekenmerkt wordt door een zekere flexibiliteit lijkt de meest geschikte procedure te zijn. De keuze voor de onderhandelingsprocedure wegens dwingende spoed in toepassing van artikel 26, § 1, c) van de wet van 15 juni 2006 kan in de meeste gevallen gemakkelijk gerechtvaardigd worden door bijvoorbeeld de noodzaak om onverwijld de uitvoering van een lopende werf af te werken maar ook om de schade en de gevaren die inherent zijn aan de stilstand van de werf te reduceren.

3.3.3.5. In het kader van de toepassing van de ambtshalve maatregelen van een overheidsopdracht voor werken, moeten de Brusselse plaatselijke besturen de volgende maatregelen treffen :

Voor om het even welke ambtshalve maatregel er beoogd wordt, moet men :

— alle betalingen aan de opdrachtnemer schorsen zodra het vonnis van faillietverklaring uitgesproken is;

— alle nodige maatregelen treffen om de veiligheid van de werf en het behoud van de werken te garanderen;

Même si dans le cadre d'une faillite d'entreprise, ce formalisme peut apparaître comme dénué de sens, la faillite allant de pair dans bien des cas avec la défaillance de la gestion administrative du failli, les pouvoirs locaux bruxellois veilleront à respecter scrupuleusement cette procédure en dépit de son caractère souvent perçu comme inutile et retardant autant l'application des mesures d'office.

3.3.3.3. Dans la plupart des cas, seule la résiliation unilatérale du marché et le marché pour compte constituent des mesures d'office envisageables pour les pouvoirs locaux bruxellois, ceux-ci ne disposant pas dans la plupart des situations du personnel qualifié et du matériel adéquat pour reprendre eux-mêmes l'exécution d'un marché public en régie.

3.3.3.3.1. Dans le cas de la résiliation unilatérale du marché sur pied d'une mesure d'office, la totalité du cautionnement est acquise de plein droit au pouvoir adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires. Cette mesure exclut l'application de toute amende du chef de retard d'exécution pour la partie résiliée. Cette exclusion n'est toutefois pas absolue et ne s'étend pas à la période précédant la résiliation.

Il appartient aux pouvoirs locaux bruxellois de déterminer s'il est plus intéressant pour eux de se satisfaire du montant du cautionnement à titre d'indemnité forfaitaire ou s'ils doivent envisager la conclusion d'un marché pour compte.

3.3.3.3.2. Le marché pour compte consiste en la conclusion d'un ou plusieurs marchés avec un ou plusieurs tiers, afin de procéder à l'achèvement du marché initial pour le compte de l'adjudicataire en faillite, à ses frais, risques et périls. Dans ce cas de figure, le marché initial n'est pas résilié, seul son titulaire (le failli) se voit exclu de l'exécution du marché qui lui avait été attribué.

La réglementation des marchés publics ne donne aucune précision quant à la procédure à suivre pour la passation d'un marché pour compte. Dès lors comme pour tout marché public relevant du régime des secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur choisit librement de passer ce marché par adjudication ou par appel d'offres. L'urgence de réagir pourra toutefois justifier le recours à la procédure négociée sans publicité sur base de l'article 26, § 1^{er}, 1^o, c), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certain marchés de travaux, de fournitures et de services. Dans ce cas, il est avisé de consulter les sous-traitants de l'adjudicataire failli non seulement en vue d'éviter le risque de faillites en cascade mais aussi en raison de leur connaissance du marché, de son degré d'exécution et de leur disponibilité à l'exécuter. A cet égard, il y a lieu de souligner que la réglementation permet dans le cadre d'un marché dont l'adjudicataire est en état de faillite de passer plusieurs marchés pour compte. Un pouvoir adjudicateur peut également consulter les entreprises qui ont participé à la procédure initiale et de négocier avec elles la poursuite de l'exécution du marché.

3.3.3.4. S'il a résilié le marché - que ce soit sur base de l'article 47, § 2, ou 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir poursuivre l'exécution des prestations en attribuant la suite de cette exécution à un nouvel adjudicataire. A cet égard, il dispose du même choix que lors de la passation d'un marché pour compte. La procédure négociée qui se caractérise par une certaine souplesse semble la procédure la plus adéquate. Son recours basé sur l'urgence en application de l'article 26, § 1^{er}, c), de la loi du 15 juin 2006 peut dans la majorité des cas être aisément justifié par exemple par la nécessité de terminer sans délai l'exécution d'un chantier en cours mais aussi de réduire les dégradations et les dangers inhérents à l'arrêt de ce chantier.

3.3.3.5. Dans le cadre de la mise en œuvre des mesures d'office d'un marché public de travaux, il revient aux pouvoirs locaux bruxellois de veiller à prendre les mesures suivantes :

Quelle que soit la mesure d'office envisagée, il faut

— Suspendre tous les paiements à l'adjudicataire dès qu'intervient le jugement déclaratif de la faillite ;

— Prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité du chantier et la sauvegarde des ouvrages ;

— een proces-verbaal van ingebrekestelling opstellen in overeenstemming met artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, en onmiddellijk per aangetekend schrijven een kopie ervan overmaken aan de curator. De opdrachtnemer kan vervolgens zijn verweermiddelen doen gelden via een aangetekend schrijven ter attentie van de aanbestedende overheid binnen de 15 kalenderdagen volgend op de postdatum van de verzending van het proces-verbaal. Na afloop van deze termijn wordt zijn stilzwijgen beschouwd als een erkenning van de vastgestelde feiten;

— Ten vroegste 15 kalenderdagen na het versturen van het proces-verbaal, de curator op de hoogte brengen van de beslissing om tot de ambtshalve maatregelen over te gaan.

Deze termijn van 15 dagen dient niet te worden nageleefd als de curator zijn intentie om de werken niet voort te zetten te kennen gegeven heeft.

— na oproeping van de curator en de onderaannemers op tegensprekelijke wijze een staat opmaken van de werken en van het materiaal ter plaatse;

Het is belangrijk om in de oproepingsbrief die naar de curator en de onderaannemers gestuurd wordt de nadruk te leggen op het feit dat noch deze oproeping, noch de aanwezigheid van de onderaannemer op deze vergadering afbreuk doet aan de voorschriften van artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 betreffende het ontbreken van een contractuele band tussen een onderaannemer en de aanbestedende overheid.

De contradictoire staat bevat :

— de laatste staat van uitvoering die aanvaard is door de in gebreke blijvende ondernemer;

— de staat van de werken die werkelijk uitgevoerd zijn sinds de opmaak van de meest recente staat;

— de processen-verbaal van vaststelling waarop de in gebreke blijvende ondernemer niet geantwoord heeft, het overzicht van het materiaal en van de klaarstaande grondstoffen;

— het overzicht van het materiaal en de grondstoffen die het bestuur niet wil houden en die te zijner beschikking staan en welke de curator verzocht zal worden zo snel mogelijk te verwijderen, de bewaring van en de verantwoordelijkheid over dit materiaal en deze grondstoffen die toekomen aan de curatele;

— de lijst met de resterende werkzaamheden die nog uitgevoerd dienen te worden.

Bij een eenzijdige verbreking, moet men :

— de curator op de hoogte brengen van de beslissing om de opdracht te verbreken;

— stappen ondernemen om de borgtocht in te vorderen als forfaitaire schadeloosstelling;

— de derde die de borgtocht waarborgt op de hoogte brengen als hij dit verzoekt;

Artikel 31 van het besluit van 14 januari 2013 bepaalt het volgende : "De derde die de borgtocht heeft gesteld of waarborgt, wordt op zijn schriftelijk verzoek en louter ter inlichting op de hoogte gehouden van elk proces-verbaal of iedere mededeling waarbij de opdrachtnemer in kennis wordt gesteld dat de oplevering van de werken [...] wordt geweigerd of dat een ambtshalve maatregel wordt toegepast."

De over te maken mededelingen zijn louter ter inlichting en op schriftelijk verzoek. Dit verzoek is soms opgenomen in het bewijs van borgtocht dat de ondernemer overhandigt aan de bouwheer op het ogenblik van de opening van de werf. Dit bewijs moet dus worden nagekeken. Als het de clause betreffende de mededeling bevat, moet aan de derde die de borgtocht waarborgt een kopie van het proces-verbaal waarin de niet-naleving wordt vastgesteld en een kopie van de verbreking van de overeenkomst worden overgemaakt. Men moet er ook op letten om in de begeleidende brief te vermelden dat deze mededeling louter ter inlichting verstuurd is, overeenkomstig artikel 31 van het besluit van 14 januari 2013.

— Dresser un PV de carence en conformité avec l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, et en transmettre une copie immédiatement au curateur par lettre recommandée. L'adjudicataire peut alors faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée à la poste adressée au pouvoir adjudicateur dans les 15 jours de calendrier suivant le jour déterminé par la date postale de l'envoi du procès-verbal. Son silence, après ce délai, est considéré comme une reconnaissance des faits constatés ;

— Au plus tôt 15 jours de calendrier après l'envoi du procès-verbal, notifier au curateur la décision de passer aux mesures d'office.

Ce délai de 15 jours ne doit pas être respecté si le curateur a fait connaître son intention de ne pas poursuivre les travaux.

— Etablir contradictoirement un état des travaux et un relevé du matériel et des matériaux sur place après convocation du curateur et des sous-traitants ;

Dans la convocation envoyée au curateur et aux sous-traitants, il est important d'insister sur le fait que ni cette convocation ni la présence du sous-traitant à cette réunion ne porte préjudice au prescrit de l'article 12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif à l'absence de lien entre un sous-traitant et le pouvoir adjudicateur.

L'état contradictoire contiendra :

— le dernier état d'avancement accepté par l'entrepreneur défaillant ;

— l'état des travaux réellement exécutés depuis l'établissement de l'état le plus récent ;

— les procès-verbaux de constatation auxquels l'entrepreneur défaillant n'aurait pas répondu, le relevé du matériel et des matériaux à pied d'œuvre ;

— le relevé du matériel et des matériaux que l'administration n'entend pas conserver à sa disposition, et que le curateur sera invité à évacuer dans les délais les plus courts, la garde et la responsabilité de ce matériel et de ces matériaux incombant à la curatelle ;

— la liste des travaux restant à effectuer.

Dans le cadre d'une résiliation unilatérale, il y a lieu de

— Informer le curateur de la décision de résilier le marché ;

— Faire les démarches en vue de récupérer le cautionnement à titre de dommages et intérêts forfaitaires ;

— Informer le tiers qui garantit le cautionnement en cas de demande de sa part ;

L'article 31 de l'arrêté du 14 janvier 2013 précise que : « le tiers qui constitue ou garantit le cautionnement est sur sa demande écrite, mis au courant à simple titre d'information de tout procès-verbal ou de toute communication notifiant à l'adjudicataire le refus des travaux [...] ou l'application des mesures d'office. »

Les communications à transmettre le sont à titre d'information et sur demande écrite. Cette demande écrite est parfois insérée dans l'attestation de cautionnement remise par l'entrepreneur au maître de l'ouvrage au moment de l'ouverture du chantier. Il y a donc lieu de vérifier cette attestation. Si elle contient la clause relative à l'information, il convient d'adresser au tiers qui garantit le cautionnement une copie du procès-verbal constatant l'inexécution et une copie de la résiliation du contrat. Il faut également veiller à préciser dans la lettre d'accompagnement que cet envoi est fait à simple titre d'information et conformément à l'article 31 de l'arrêté du 14 janvier 2013.

In het kader van een opdracht voor rekening, moet men :

— een schuldvordering indienen bij de griffie van de rechtbank binnen de termijn die bepaald is in het vonnis van faillietverklaring.

Deze termijn die vermeld wordt in het bericht van faillissement dat in het *Belgisch Staatsblad* verschijnt, is gewoonlijk heel kort (+/- een maand). Als men gebruikmaakt van de ambtshalve maatregelen is het niet mogelijk een exacte inventaris op te maken vóór het verstrijken van de toegestane termijn. In dat geval zal een voorlopige schuldvordering worden ingediend;

— samen met de curator beslissen over het lot van het materiaal en de grondstoffen die zich op de onuitgevoerde werf bevinden.

— een nieuw bestek opstellen dat gebaseerd moet zijn op dezelfde technische en administratieve clausules als de initiële opdracht. De beschrijving van de uit te voeren posten mag dus niet verschillen van die van het bestek dat voor de eerste procedure werd opgesteld. Het verschil tussen de hoeveelheid waarin voorzien was in het initiële bestek en de al uitgevoerde hoeveelheid moet vermeld worden, alsook de eventuele berekeningen voor extra werken of werken die voor het faillissement geschrapt werden.

— de opdracht voor rekening gunnen met naleving van de procedure die opgelegd is door de overheidsopdrachten;

— Bij het beëindigen van de werf zal de voorlopige oplevering gebeuren in aanwezigheid van de curator en zal er een inventaris van de ambtshalve maatregelen opgesteld worden.

De inventaris van de ambtshalve maatregelen zal bestaan uit :

a) ten gunste van de faillietverklaarde ondernemer :

— alle verschuldigde bedragen die door de in gebreke blijvende ondernemer of door de curator gefactureerd zijn

— de nalatigheidsintresten die betaalbaar waren vóór de faillietverklaring

b) in debet van de faillietverklaarde ondernemer :

— de bedragen die de ondernemer te veel ontvangen heeft;

— de extra kosten van de werken;

— de verdragingsboetes (geplafonneerd tot een maximumbedrag en berekend op basis van het oorspronkelijke opdrachtbedrag, in overeenstemming met de bepalingen van de artikelen 86, 123 of 154 volgens de kwalificatie van de opdracht);

— de kosten voor het sluiten van de opdracht voor rekening;

— de straffen, kortingen en nog niet ingevorderde boetes;

— andere kosten voortvloeiend uit het faillissement van de ondernemer (bewaringsmaatregelen, opruimen van de werf, enz.)

Als de rekening positief is en er bedragen aan de curator overgemaakt moeten worden, moeten eerst de inhoudingen voor het ministerie van Financiën en voor de RSZ uitgevoerd worden alvorens de betaling naar de curator uit te voeren.

Als de rekening negatief is, moet er beslag gelegd worden op de borgtocht die de ondernemer in staat van faillissement gesteld heeft ten belope van de verschuldigde bedragen. Als er nadat er beslag gelegd werd op het gehele bedrag van de borgtocht nog verschuldigde bedragen openstaan, dient er een schuldvordering ten belope van dit bedrag geboekt te worden op de schulden van het faillissement.

3.3.4. Voortzetting van de uitvoering van de opdracht

De curator kan aan de aanbestedende overheid voorstellen om zelf de uitvoering van de opdracht voort te zetten, in overeenstemming met de clausules en voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht. Een substantiële wijziging van deze voorwaarden zou immers indruisen tegen het principe van mededinging. De aanbestedende overheid is echter niet verplicht om het aanbod van de curator te aanvaarden. Het staat haar nog steeds vrij de opdracht te verbreken.

Dans le cadre d'un marché pour compte, il y a lieu de

— Déposer une déclaration de créance au greffe du tribunal dans le délai prescrit par le jugement déclaratif de la faillite.

Ce délai repris dans l'avis de faillite publié au *Moniteur belge* est habituellement fort court (+/- un mois). En cas de recours aux mesures d'office, il n'est pas possible d'établir un décompte précis avant l'échéance du délai imparti. Dans ce cas, une déclaration provisionnelle de créance sera déposée ;

— Décider avec le curateur quel sera le sort du matériel et des matériaux présents sur chantier non encore mis en œuvre.

— Etablir un nouveau cahier des charges qui doit être basé sur les mêmes clauses techniques et administratives que le marché initial. La description des postes à exécuter ne peut donc différer de celle du cahier spécial des charges établi pour la première procédure. La différence entre la quantité prévue au cahier spécial des charges initial et celle déjà exécutée doit être mentionnée, ainsi que les éventuels décomptes relatifs aux travaux supplémentaires ou supprimés avant la faillite ;

— Attribuer le marché pour compte en respectant la procédure imposée par les marchés publics ;

— A la fin du chantier, la réception provisoire des travaux se fera en présence du curateur et un décompte des mesures d'office sera établi.

Le décompte des mesures d'office sera composé de :

a) au crédit de l'entrepreneur en faillite :

— toutes les sommes dues facturées par l'entrepreneur défaillant ou par le curateur

— les intérêts de retard échus avant la date de déclaration de la faillite

b) au débit de l'entrepreneur en faillite :

— les sommes perçues en trop par l'entrepreneur ;

— le coût supplémentaire des travaux ;

— les amendes pour retard (plafonnées au maximum et calculées sur base du montant initial conformément aux dispositions des articles 86, 123 ou 154 selon la qualification du marché) ;

— les frais de conclusion du marché pour compte ;

— les pénalités, réfections et amendes non encore récupérées ;

— les autres frais résultant de la défaillance de l'entrepreneur (mesures conservatoires, mise en ordre du chantier, etc.)

Si le décompte est positif et que des sommes doivent être versées au curateur, il y a lieu d'opérer avant paiement les retenues relatives au Ministère des Finances et à l'ONSS.

Si le décompte est négatif, il y aura lieu de saisir le cautionnement constitué par l'entrepreneur en faillite à concurrence des sommes dues. Si après saisie de la totalité du cautionnement, des sommes sont encore dues, il y aura lieu d'inscrire une créance correspondant à cette somme au passif de la faillite.

3.3.4. La poursuite de l'exécution du marché

Le curateur peut proposer au pouvoir adjudicateur de poursuivre lui-même l'exécution du marché conformément aux clauses et conditions du marché initial. Une modification substantielle de ces conditions serait, en effet, contraire au principe de concurrence. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'accepter l'offre du curateur. Il lui est toujours loisible de résilier le marché.

Als de curator daarentegen beslist een einde te maken aan de uitvoering van de opdracht, stelt hij de failliete opdrachtnemer de facto in gebreke ten opzichte van diens contractuele verplichtingen. De aanbestedende overheid die de opdracht nog niet verbroken zou hebben op grond van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 heeft dan het recht om de ambtshalve maatregelen toe te passen.

3.3.5. Overdracht van de opdracht

3.3.5.1. In toepassing van de bepalingen van artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 kan de curator de aanbestedende overheid ook voorstellen om de opdracht over te dragen aan een onderneming die hij zelf gekozen heeft. Opdat de overdracht geldig zou zijn, moeten de essentiële voorwaarden van de opdracht behouden zijn en is de voorafgaande instemming van de aanbestedende overheid vereist. Daarnaast moet de aanbestedende overheid nagaan of de overnemer aan de juiste voorwaarden van de opdracht in kwestie voldoet (vereiste erkenning voor de opdrachten voor werken of, meer algemeen, de vereisten op het vlak van toegangsrecht en kwalitatieve selectie).

3.3.5.2. Wat betreft de vereisten inzake de erkenning van de ondernemers, moeten de Brusselse plaatselijke besturen erop gewezen worden dat de erkenning van de overnemer niet bepaald wordt door de omvang en de aard van de werken die nog uitgevoerd moeten worden, maar dat ze identiek moet zijn aan de erkenning die van de overdrager geëist werd. Het verslag aan de Koning preciseert immers het volgende: "De overnemer neemt alle rechten en plichten van de overdrager over". Daarom zal zijn contractuele aansprakelijkheid van toepassing zijn op de volledige opdracht, inclusief het deel dat al uitgevoerd werd door de overdrager.

3.3.5.3. De Europese rechtspraak tempert echter het gebruik van mogelijkheid tot overdracht van een overheidsopdracht. In een arrest van 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, heeft het Europese Hof van Justitie beslist dat een identiteitswijziging van de opdrachtnemer een wijziging van één van de essentiële voorwaarden van de opdracht vormt, behalve als in de initiële voorwaarden van de opdracht in deze overdracht voorzien is. Men raadt de Brusselse plaatselijke besturen dan ook aan om in hun bestekken een clause op te nemen die voorziet in de overdracht van de opdracht naar, bijvoorbeeld, de onderaannemers in het geval dat de opdrachtnemer failliet gaat.

3.4. Faillissement van de opdrachtnemer : tussen de voorlopige en de definitieve oplevering

3.4.1. In geval dat de opdrachtnemer tussen de voorlopige en de definitieve oplevering failliet gaat, blijven de door de opdrachtnemer verstrekte waarborgen behouden, in toepassing van de artikelen 65 en 84 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

3.4.2. In de veronderstelling dat in het raam van deze waarborgen, werken of herstellingen uitgevoerd of leveringen vervangen moeten worden, zal de aanbestedende overheid gebruik kunnen maken van de ambtshalve maatregelen. Bij de definitieve oplevering zullen de bedragen van de kosten die ze gemaakt heeft afgetrokken worden van het nog niet vrijgegeven deel van de borgtocht.

3.5. Faillissement van de opdrachtnemer : na de definitieve oplevering

3.5.1. Bij het verstrijken van de waarborgtermijn bedoeld in artikel 65 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, geldt in het kader van de opdrachten voor werken nog altijd de tienjarige waarborg van de ondernemer en, voor alle opdrachten, de eventuele bijzondere waarborgen die geëist worden in het bestek of voorgesteld worden door de opdrachtnemer.

3.5.2. De doeltreffendheid van deze waarborgen na de faillietverklaring van de opdrachtnemer is echter beperkt. Als het faillissement niet gesloten is, kan de aanbestedende overheid nog een rechtsvordering indienen bij de curator om een schadevergoeding te verkrijgen. Dit is echter geen bevoorrechte vordering en de betaling ervan zal afhangen van de omvang van de activa van de gefailleerde. Als het faillissement gesloten is, zijn de vooruitzichten van de aanbestedende overheid op een schadevergoeding nog kleiner, ondanks de mogelijkheid van de overname van de rechten en plichten van de gefailleerde in het raam van een overdracht van opdracht, het bestaan van een waarborg die door de producent wordt verstrekt of het opduiken of ontdekken van activa na het sluiten van de vereffening van het faillissement.

3.5.3. Men raadt de Brusselse plaatselijke besturen die zich tegen dit risico willen indekken dan ook aan om in hun bestekken een clause op te nemen krachtens welke de opdrachtnemer moet intekenen op een burgerlijke beroepsaansprakelijkheidsverzekering die op zijn minst zijn tienjarige aansprakelijkheid dekt.

3.6. Speciaal geval : de kandidaat, de inschrijver of de opdrachtnemer is een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid

A l'inverse, si le curateur décide de mettre un terme à l'exécution du marché, il place de facto l'adjudicataire failli en situation de manquement par rapport à ses obligations contractuelles. Le pouvoir adjudicateur, qui n'aurait pas déjà résilié le marché conformément à l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, est, dès lors, en droit d'appliquer les mesures d'office.

3.3.5. La cession du marché

3.3.5.1. En application des dispositions de l'article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le curateur peut aussi proposer au pouvoir adjudicateur la cession du marché à une entreprise qu'il a lui-même choisie. Cette cession exige pour être valable le maintien des conditions essentielles du marché et l'accord préalable du pouvoir adjudicateur. En outre, il revient à ce dernier de vérifier si l'entreprise à laquelle est cédé le marché satisfait aux conditions appropriées fixées pour le marché considéré (l'agrément requis dans les marchés de travaux ou, sur un plan plus général, les exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative).

3.3.5.2. En ce qui concerne les exigences en matières d'agrément des entrepreneurs, il y a lieu d'attirer l'attention des pouvoirs locaux bruxellois sur le fait que l'agrément de l'entrepreneur cessionnaire n'est pas déterminée par l'ampleur et la nature des travaux restant à exécuter mais doit être identique à celle exigée de la part de l'entrepreneur cédant. En effet, comme le précise le Rapport au Roi, « le cessionnaire reprend l'intégralité des droits et obligations du cédant, de ce fait sa responsabilité contractuelle portera sur l'ensemble du marché, y compris la partie déjà réalisée par l'entrepreneur cédant ».

3.3.5.3. La jurisprudence européenne tempère toutefois le recours à la cession d'un marché public. Dans un arrêt du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré qu'un changement d'identité de l'adjudicataire constitue une modification d'une des conditions essentielles du marché, sauf si cette cession est prévue dans les conditions initiales du marché. Dès lors, il y a lieu de recommander aux pouvoirs locaux bruxellois d'introduire dans leurs cahiers spéciaux des charges une clause envisageant la cession du marché par exemple aux sous-traitants en cas de faillite de l'adjudicataire.

3.4. La faillite de l'adjudicataire : entre la réception provisoire et la réception définitive

3.4.1. En cas de faillite de l'adjudicateur entre la réception provisoire et la réception définitive, les garanties accordées par l'adjudicataire en application des articles 65 et 84 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 subsistent.

3.4.2. Dans l'hypothèse où dans le cadre de ces garanties, des travaux ou des réparations doivent être exécutés ou des fournitures remplacées, le pouvoir adjudicateur aura recours aux mesures d'office, et lors de la réception définitive, les montants correspondant aux frais qu'il aura engagés seront défalqués de la partie non encore libérée du cautionnement.

3.5. La faillite de l'adjudicataire : après la réception définitive

3.5.1. A l'expiration du délai de la garantie prévue à l'article 65 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, demeurent toujours dans le cadre des marchés de travaux, la garantie décennale de l'entrepreneur ainsi que pour tous les marchés les éventuelles garanties particulières exigées par le cahier spécial des charges ou proposées par l'adjudicataire.

3.5.2. Toutefois, l'efficacité de ces garanties après la déclaration de faillite de l'adjudicataire est limitée. Si la faillite n'a pas été clôturée, le pouvoir adjudicateur peut encore introduire une action auprès du curateur pour obtenir un dédommagement. Il s'agit cependant d'une créance non privilégiée dont le paiement dépendra de l'importance de l'actif du failli. Si la faillite est clôturée, les perspectives pour le pouvoir adjudicateur d'obtenir un dédommagement sont encore amoindries nonobstant la possibilité de la reprise des droits et obligations du failli dans le cadre d'une cession de marché, de l'existence d'une garantie octroyée par le fabricant ou de la survenance ou découverte d'un actif après la clôture de la liquidation de la faillite.

3.5.3. Dès lors, il est conseillé aux pouvoirs locaux bruxellois qui veulent se prémunir de ce risque d'intégrer dans leurs cahiers spéciaux une clause en vertu de laquelle l'adjudicataire du marché doit souscrire une assurance relative à sa responsabilité civile professionnelle couvrant au minimum sa responsabilité décennale.

3.6. Question particulière : le candidat, le soumissionnaire ou l'adjudicataire est un groupement sans personnalité juridique

Krachtens artikel 51, § 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 mag een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid zoals een tijdelijke vennootschap een aanvraag tot deelneming of een offerte indienen in het kader van een overheidsopdracht.

3.6.1. Overeenkomstig de bepalingen van artikel 61, § 2, 1^o, van het koninklijk besluit van 15 juli 2013 (zie 3.6.1. hierboven), kan de aanbestedende overheid de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid die een offerte of een aanvraag tot deelneming heeft ingediend en waarvan een van de vennoten in staat van faillissement verkeert in elk stadium van de procedure uitsluiten van de toegang tot de opdracht. Deze uitsluiting gebeurt niet automatisch omdat de aanbestedende overheid van mening kan zijn dat de andere vennoten van de combinatie aan alle toelatingsvoorwaarden van deze opdracht voldoen en daardoor hun vermogen om de opdracht uit te voeren hebben aangetoond. Als een of andere toelatingsvoorwaarde van de opdracht enkel door of dankzij de vennoot die in staat van faillissement verkeert vervuld wordt, heeft de aanbestedende overheid geen andere keuze dan deze combinatie niet te selecteren.

3.6.2. Eens de opdracht gesloten is, heeft het faillissement van een van de vennoten van de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid in principe geen weerslag op de voortzetting van het contract omdat de andere vennoten hoofdelijk verbonden zijn ten overstaan van de aanbestedende overheid in toepassing van artikel 51, § 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

In toepassing van artikel 62 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 heeft de aanbestedende overheid toch de mogelijkheid om de opdracht te verbreken naar aanleiding van het faillissement van een van de vennoten. Van dit recht gebruikmaken zal echter zelden in het belang van de aanbestedende overheid zijn, tenzij zij van mening is dat het ontbreken van de vennoot met zijn bijzondere vakkundigheid de goede uitvoering van de opdracht in het gedrang brengt.

4. Bescherming van de onderaannemers

4.1. Hoewel die niet rechtstreeks betrekking heeft op het faillissement, treedt de rechtstreekse vordering waarop onderaannemers zich kunnen beroepen tegenover de aanbestedende overheid wanneer die geconfronteerd wordt met betalingsproblemen van de opdrachtnemer, vaak op in de context van ondernemingen in moeilijkheden. Dit blijft echter een ingewikkeld mechanisme. Daarom lijkt het me nuttig de Brusselse plaatselijke besturen te herinneren aan een aantal begrippen die met deze rechtstreekse vordering te maken hebben en hoe ze van dit mechanisme gebruik moeten maken.

4.1.1. De rechtstreekse vordering die artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek aanreikt aan de onderaannemers van een opdrachtnemer van een overheidsopdracht kan enkel worden aangewend in het kader van een opdracht voor werken. De onderaannemers van een opdracht voor leveringen of diensten kunnen geen beroep doen op deze vordering. Ook de leveranciers van de opdrachtnemer van een opdracht voor werken kunnen geen beroep doen op deze vordering.

4.1.2. De rechtstreekse vordering is aan geen wettelijke vormvereisten onderworpen. Een officiële kennisgeving van de onderaannemer aan de aanbestedende overheid, bij voorkeur per aangetekend schrijven, volstaat om over te gaan tot een rechtstreekse vordering. In zijn brief moet de onderaannemer echter op ondubbelzinnige wijze zijn voornemen om een beroep te doen op een rechtstreekse vordering verwoorden.

4.1.3. De rechtstreekse vordering moet voorafgaan aan de toestand van samenloop waarmee het faillissement en de vereffening gelijkgesteld zijn. Daarentegen wordt, in toepassing van artikel 33 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, de rechtstreekse vordering niet verhindert door het vonnis dat de gerechtelijke reorganisatie van de aannemer open verklaart en evenmin door latere beslissingen die door de rechtbank zijn gewezen tijdens de reorganisatie of zijn gewezen in toepassing van artikel 59, § 2.

4.1.4. De schuldvordering van de opdrachtnemer ten overstaan van de aanbestedende overheid is de zogenaamde grondslag van de rechtstreekse vordering en wordt ook het voorwerp van de vordering genoemd. Hoewel ze vaststaand moet zijn, moet ze niet vlottend (gefatureerd), noch opeisbaar (vervallen) zijn op het ogenblik dat de rechtstreekse vordering door de onderaannemer ingesteld wordt. De kwestie van de omvang van de grondslag van de rechtstreekse vordering is omstreden. Terwijl de rechtsleer en de rechtspraak in meerderheid van mening zijn dat de rechtstreekse vordering van de onderaannemer gebaseerd kan zijn op om het even welke schuldvordering, om welke reden ook, van de opdrachtnemer ten overstaan van de aanbestedende overheid op het ogenblik dat de rechtstreekse vordering ingesteld is overeenkomstig artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, lijkt een arrest van het Hof van Cassatie het toepassingsgebied van de rechtstreekse vordering te beperken tot de schulden van de aanbestedende overheid die uitsluitend betrekking hebben op één en dezelfde opdracht (Cass., 29 oktober 2004, T.B.B.R., 2005, p.642.). De Brusselse aanbestedende overheden moeten dus heel voorzichtig zijn wat dit betreft.

En vertu de l'article 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, un groupement sans personnalité juridique telle une société momentanée, peut déposer une demande de participation ou une offre dans le cadre d'un marché public.

3.6.1. Conformément aux dispositions de l'article 61, § 2, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2013 (voir supra 3.6.1. supra), le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'exclure de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le groupement sans personnalité juridique qui a déposé une offre ou une demande de participation et dont l'un des associés se trouve en état de faillite. Cette exclusion n'est pas automatique, le pouvoir adjudicateur pouvant considérer que les autres associés formant le groupement remplissent l'ensemble des conditions permettant l'accès à ce marché et de ce fait ont démontré leur capacité à l'exécuter. A contrario, si l'une ou l'autre des conditions d'accès au marché n'étaient remplies que par l'associé en état de faillite ou que grâce à lui, le pouvoir adjudicateur n'aurait d'autre choix que de ne pas sélectionner ce groupement.

3.6.2. Une fois le marché conclu, la faillite d'un des associés du groupement sans personnalité n'a, en principe, pas d'incidence sur la poursuite du contrat, les autres associés restant solidairement responsables à l'égard du pouvoir adjudicateur en application de l'article 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

En application de l'article 62 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le pouvoir adjudicateur a néanmoins la possibilité de résilier le marché suite à la faillite d'un des associés. Faire usage de ce droit sera toutefois rarement dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur à moins qu'il considère que l'absence de l'associé vu sa compétence particulière porte préjudice à la bonne exécution du marché.

4. La protection des sous-traitants

4.1. Ne relevant pas directement de la faillite mais intervenant souvent dans un contexte d'entreprises en difficulté, l'action directe dont dispose les sous-traitants envers le pouvoir adjudicateur quand il est confronté à des difficultés de paiement dans le chef de l'adjudicataire du marché constitue un mécanisme dont la mise en œuvre demeure complexe. Il m'est apparu dès lors à propos de rappeler aux pouvoirs locaux bruxellois un certain nombre de notions liées à cette action directe et au traitement qu'il y a lieu de lui réserver.

4.1.1. L'action directe que confère l'article 1798 du Code civil aux sous-traitants de l'adjudicataire d'un marché public n'est envisageable que dans le cadre d'un marché de travaux. Les sous-traitants d'un marché de fournitures ou de services ne bénéficient pas de cette action. Ne bénéficient pas non plus de cette action, les fournisseurs de l'adjudicataire d'un marché de travaux.

4.1.2. L'action directe n'est soumise à aucune formalité légale. Une notification du sous-traitant au pouvoir adjudicateur, de préférence par courrier recommandé, suffit pour exercer l'action directe. L'intention de se prévaloir de l'action directe doit toutefois être formulée de manière non équivoque dans le courrier du sous-traitant.

4.1.3. L'exercice de l'action directe doit être antérieur à la situation de concours auxquelles sont assimilées la faillite et la liquidation. Par contre, en application de l'article 33 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, l'action directe n'est pas entravée par le jugement qui a déclaré ouverte la réorganisation judiciaire de l'entrepreneur, ni par les décisions prises par le tribunal au cours de celle-ci ou prises par application de l'article 59, § 2, de cette même loi.

4.1.4. La créance de l'adjudicataire envers le pouvoir adjudicateur est dite créance-assiette de l'action directe, appelée aussi créance objet. Si celle-ci doit être certaine, elle ne doit pas être ni liquide (facturée), ni exigible (échue) au moment où l'action directe est intentée par le sous-traitant. La question de l'étendue de l'assiette de l'action directe est controversée. Alors que la doctrine et la jurisprudence considèrent majoritairement que l'action directe du sous-traitant a pour objet n'importe quelle créance, à quelque titre que ce soit, de l'adjudicataire à l'égard du pouvoir adjudicateur au moment où l'action directe est intentée conformément à l'article 1798 du Code civil, un arrêt de la Cour de Cassation semble circonscrire l'étendue de l'action directe aux dettes du pouvoir adjudicateur se rapportant au seul et même marché concerné (Cass., 29 octobre 2004, R.G.D.C., 2005, p.642.). Il appartient dès lors aux pouvoirs adjudicateurs bruxellois d'être très prudent en la matière.

4.1.5. De oorzaak van de rechtstreekse vordering slaat op het geheel van schulden die de opdrachtnemer verschuldigd is aan de onderaannemer, voor zover die hun oorsprong vinden in de onderaannemings-overeenkomst die hen verbindt. Hierin zitten de bijkomende kosten bij de hoofdsom zoals de intresten, boetes of straffen vervat.

4.1.6. Als er sprake is van meerdere rechtstreekse vorderingen moeten de beschikbare bedragen naar rato van elke schuldvordering verdeeld worden tussen de onderaannemers die een rechtstreekse vordering hebben ingesteld.

4.1.7. De aanbestedende overheid kan te allen tijde niet alleen de uitzonderingen die voortkomen uit haar contractuele band met de opdrachtnemer inzetten tegen de onderaannemer, maar ook de uitzonderingen afkomstig uit de oorzaak van de vordering met betrekking tot de persoonlijke relaties tussen de opdrachtnemer en zijn onderaannemer. Deze uitzonderingen moeten evenwel een oorsprong hebben die voorafgaat aan de instelling van de rechtstreekse vordering.

4.1.8. De nalatigheidsintresten lopen ten gunste van de onderaannemer vanaf de datum van de aan de aanbestedende overheid gerichte ingebrekestelling. Dit berekeningsmechanisme van de nalatigheidsintresten kan heel schadelijk zijn voor de aanbestedende overheid als de opdrachtnemer de opeisbaarheid of de liquiditeit van het voorwerp van de vordering betwist. In dergelijke situatie wil de aanbestedende overheid immers niet het risico lopen twee keer te moeten betalen. In zulke omstandigheden moet men voorzichtig zijn en wachten tot het geschil opgelost is alvorens te betalen.

Om te voorkomen dat de nalatigheidsintresten snel zouden oplopen, raadt men de aanbestedende overheid bijgevolg aan een brief te sturen naar de opdrachtnemer en zijn onderaannemer, waarin zij hen meedeelt dat zij, zonder een gerechtelijke beslissing die haar dit verbiedt, wil overgaan tot de betaling van de bedragen die de onderaannemer vordert. Daarom zal de opdrachtnemer die zich wil verzetten tegen de betaling een rechtsvordering indienen waardoor dit geschil geregeld zal worden.

4.1.9. Artikel 43 van de wet van 15 juni 2006 vervolledigt en verruimt het mechanisme van de rechtstreekse vordering waarin artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek voorziet door een voorrecht te creëren voor de bedienden, arbeiders, onderaannemers en leveranciers van de opdrachtnemers van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze schuldeisers zijn immers de enige die vóór de datum van oplevering van de opdracht beslag mogen leggen op de schuldvorderingen van de opdrachtnemers uit hoofde van de uitvoering van een overheidsopdracht.

Bovendien gaat dit voorrecht op de inpandgeving voor op de overdracht van de schuldvordering ten voordele van de kredietverleners. Artikel 43, § 5 preciseert namelijk dat de overdracht en inpandgeving slechts uitwerking zullen hebben nadat de arbeiders, bedienden, onderaannemers en leveranciers die derdenbeslag hebben gelegd of verzet hebben aangetekend, werden uitbetaald.

Aangezien deze bepaling sterk afwijkt van de regels van het burgerlijk recht voortvloeiend uit de artikelen 1690 en 2075 van het Burgerlijk Wetboek, moeten de Brusselse plaatselijke besturen erop toezien dat ze correct worden toegepast. Zo moeten de Brusselse plaatselijke besturen, in toepassing van artikel 43 § 6 van de wet van 15 juni 2006, de cessionarissen en pandhouders van schuldvorderingen, bij ter post aangetekend schrijven, kennisgeven van het derdenbeslag of verzet dat hen, op verzoek van de bevoorrechte schuldeisers, is betekend.

5. Deze aanbevelingen hebben als enig doel het beheer van faillissementen te vereenvoudigen, wat altijd moeilijk is. De diensten van mijn administratie en meer bepaald die van Brussel Plaatselijke Besturen (oo@gob.irisnet.be) staan te uwer beschikking als u bijkomende inlichtingen wenst over de inhoud van deze omzendbrief.

De Minister-President, bevoegd voor Plaatselijke Besturen,
R. VERVOORT

4.1.5. La créance-cause de l'action directe porte sur l'ensemble des dettes dues par l'adjudicataire au sous-traitant, pour autant que celles-ci trouvent leur origine dans le contrat de sous-traitance qui les unit. Sont englobés dans la créance cause, les accessoires du principal, tels que les intérêts, les amendes ou les pénalités.

4.1.6. En cas de pluralité d'actions directes, il convient de procéder à une répartition au prorata de chacune des créances des sommes disponibles entre les sous-traitants ayant exercé l'action directe.

4.1.7. Le pouvoir adjudicateur pourra toujours opposer au sous-traitant, non seulement les exceptions tirées de sa relation contractuelle avec l'adjudicataire, mais aussi celles provenant de la créance-cause relatives aux propres relations unissant l'adjudicataire et son sous-traitant. Ces exceptions doivent néanmoins avoir une origine antérieure à la mise en œuvre de l'action directe.

4.1.8. Les intérêts moratoires courent en faveur du sous-traitant, à dater de la mise en demeure adressée au pouvoir adjudicateur. Ce mécanisme de comptabilisation des intérêts peut se révéler particulièrement préjudiciable pour le pouvoir adjudicateur pour peu que l'adjudicataire conteste l'exigibilité ou la liquidité de la créance objet. En effet, dans une telle situation le pouvoir adjudicateur ne voulant pas s'exposer au risque de devoir payer deux fois. Dans de telles conditions, il convient de prendre une attitude prudente et attendre la résolution du litige avant de réaliser le paiement.

Par conséquent pour éviter un accroissement inconsidéré des intérêts de retard, il est recommandé au pouvoir adjudicateur d'adresser conjointement à l'adjudicataire et à son sous-traitant, un courrier au terme duquel il leur fait part de sa volonté de procéder au paiement des sommes réclamées par le sous-traitant à défaut d'une décision judiciaire l'en interdisant. De ce fait l'adjudicataire qui veut s'opposer au paiement introduira une action en justice et le litige sera ainsi tranché.

4.1.9. L'article 43 de la loi du 15 juin 2006 complète et élargit le mécanisme de l'action directe prévu à l'article 1798 du Code civil en créant un privilège au profit des employés, ouvriers, sous-traitants et fournisseurs des adjudicataires des marchés publics travaux, de fournitures et de services. Ces créanciers sont en effet les seuls à pouvoir saisir avant la réception du marché, les créances des adjudicataires dues en exécution d'un marché public.

En outre, ce privilège sur la mise en gage survit à la cession de créance en faveur du bailleur de fonds. L'article 43, § 5 précise en effet que les cessions et les mises en gage ne sortiront leurs effets qu'après que les ouvriers, les employés, les sous-traitants et les fournisseurs ayant fait une saisie-arrêt ou une opposition, auront été payés.

Cette disposition dérogeant fortement aux règles du droit civil résultant des articles 1690 et 2075 du Code civil, il appartient aux pouvoirs locaux bruxellois d'être attentifs à ce qu'elles soient correctement appliquées. Ainsi, en ce qui les concerne, les pouvoirs locaux bruxellois doivent en application de l'article 43, § 6, de la loi du 15 juin 2006, faire connaître aux cessionnaires de créances et aux bénéficiaires des nantissements de celles-ci, par lettre recommandée à la poste, les saisies-arrêts ou oppositions qui leur ont été notifiées à la requête des créanciers privilégiés.

5. Les présentes recommandations ont pour unique objectif de faciliter le traitement de situation de faillite, toujours délicates à gérer. Les services de mon administration et plus particulièrement ceux de Bruxelles Pouvoirs locaux (mpu@sprb.irisnet.be) sont à votre disposition pour tout renseignement complémentaire concernant le contenu de cette circulaire.

Le Ministre-Président chargé des Pouvoirs locaux,
R. VERVOORT