



Webinaire

Lors de la phase d'exécution de vos marchés
de travaux, comment faire face aux imprévus ?

22/11/2021



Union des Villes
et Communes
de Wallonie asbl

EQUAL
LAW FOR BETTER LIVING

Notre invité



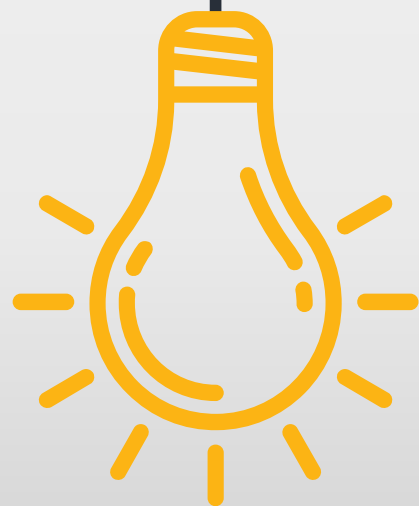
Christophe DUBOIS
Avocat associé
EQUAL Partners



Marchés publics – Lors de la phase d'exécution de vos marchés de travaux, comment faire face aux imprévus ? - UVCW

Menu de la séance

01**Introduction****02****Gérer un imprévu prend la forme d'une modification d'un contrat en cours d'exécution****03****Deux grandes « familles » de modifications : les modifications autorisées et les clauses de réexamen****04****Des bases juridiques différentes pour un même événement ?****05****Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.**



Sondage

A cause de la pandémie COVID, avez-vous reçu une revendication de la part d'un entrepreneur de travaux ?

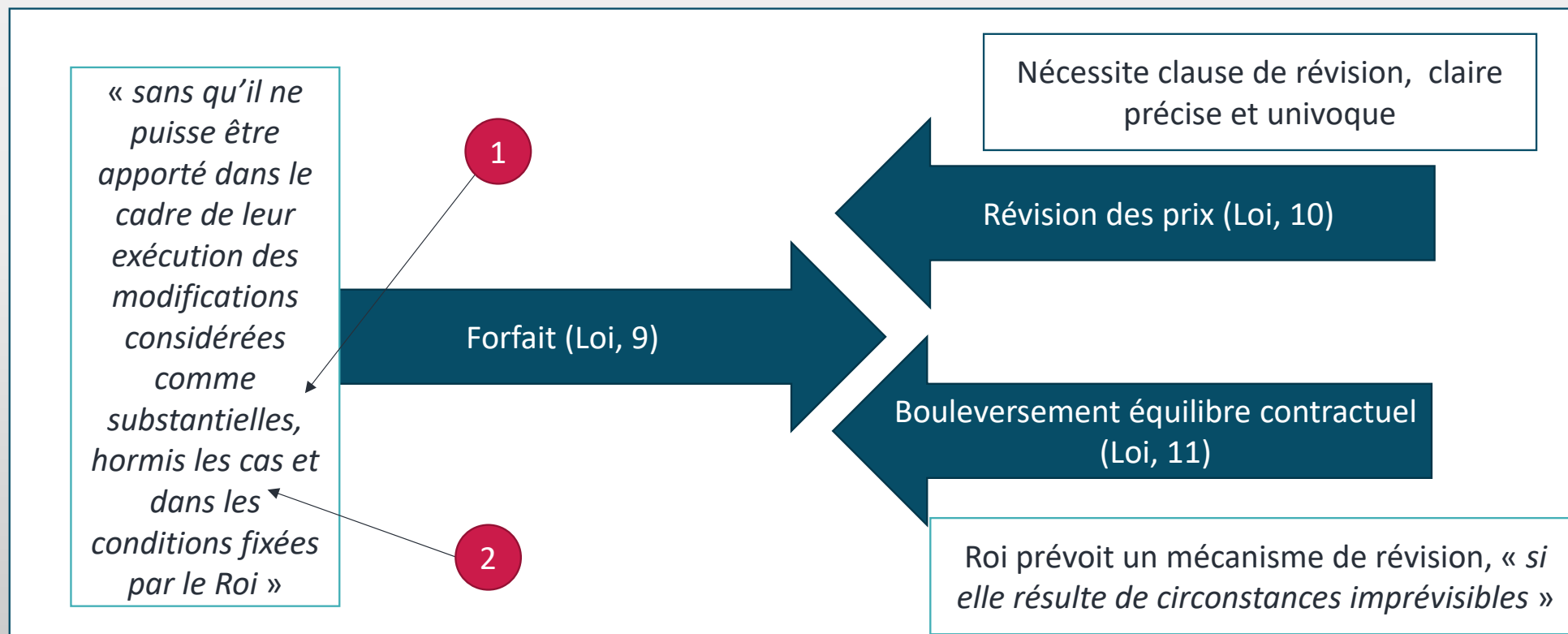


1.Introduction

- Mon marché de travaux est conclu et l'on rentre dans la phase d'exécution de celui-ci
- Un événement survient qui a pour conséquence que mon marché ne peut plus être exécuté comme prévu initialement (prolongation, résiliation,...)
- Je suis donc face à la question suivante: est-ce que je (=Pouvoir adjudicateur) modifie ou non mon marché?
 - Tension entre opportunité et obligation
- Trois principes légaux (Loi du 17 juin 2016) entrent en jeu
 - Tension entre les principes



1. Introduction (2)



2.Gérer un imprévu = modifier le contrat

- Le terme « modification » signifie « *toute adaptation des conditions contractuelles du marché ou de l'accord-cadre* »
- Art. 37 AR du 14 janvier 2013: les marchés et les accords-cadres **ne** peuvent être modifiés **sans nouvelle procédure de passation de marché** **que** dans les cas prévus dans cette section (section 5)
 - Limites:
 - Pas de modification de la nature globale du marché
 - C'est quoi ?
 - Pas un moyen de contourner les règles



2. Gérer un imprévu = modifier le contrat

Que retenir ? Il y a deux catégories de modifications

Autorisées si
prévues !

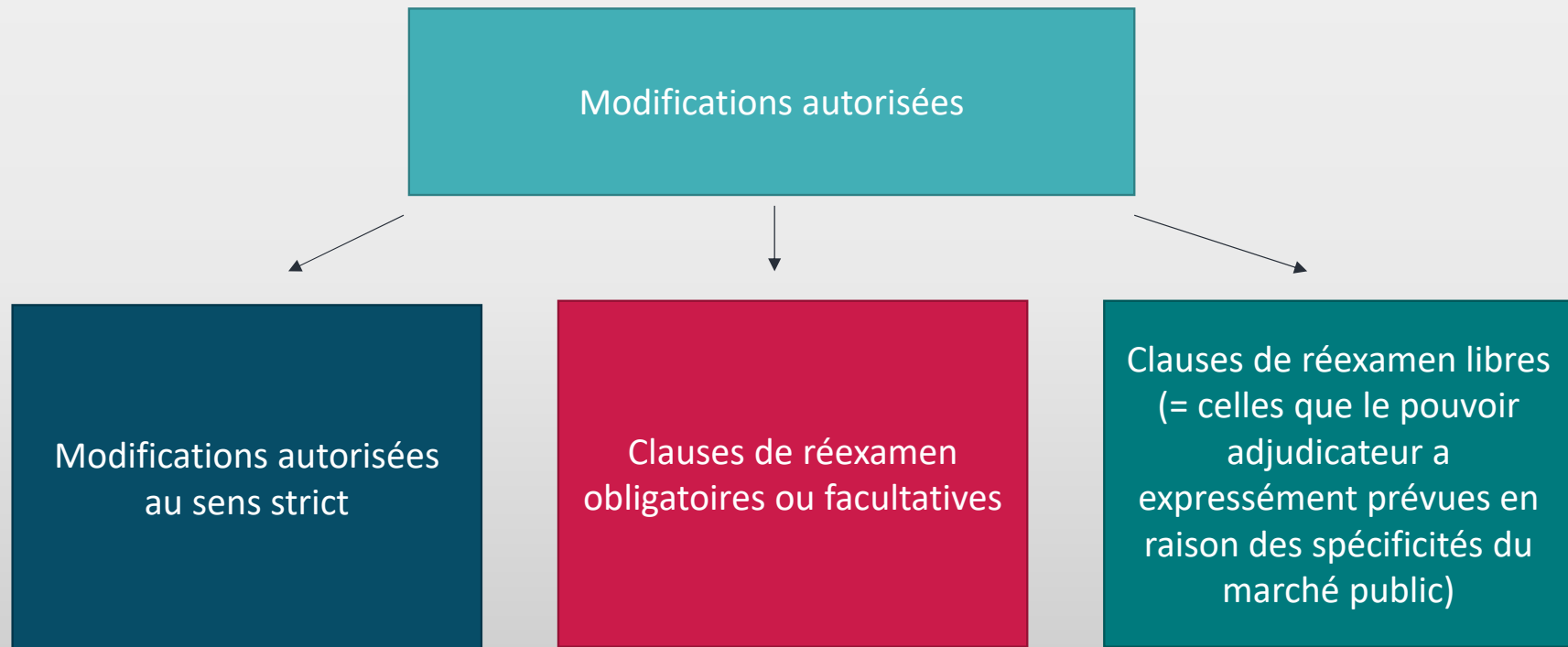
Modifications
« substantielles »

Modifications non
substantielles
(mineures)

Toujours
autorisées –
moyennant
motivation



3. Quelles modifications sont autorisées ?



3. Quelles modifications sont autorisées ?

	Modifications autorisées	Clauses de réexamen prévues par les R.G.E.	Clauses de réexamen « libres »
R.G.E.	Art. 38/1 à 38/6	Art. 38/7 à 38/12	Art. 38.
Application	De plein droit = ne doit pas avoir été prévue pour être applicable	Soit obligatoire (même si pas mentionnée dans le CSC), soit facultative	Doit être prévue dans les documents du marché
Initiative	Généralement le pouvoir adjudicateur	Généralement l'opérateur économique	Généralement le pouvoir adjudicateur
Nombre	5	6	Autant que souhaité par le pouvoir adjudicateur
Conditions	Celles reprises en exécution de chaque article + respect du 38/19 si application de 38/1 et 38/2	Pour 38/9 à 38/12 => art. 38/15 à 38/18	Celles prévues par le P.A. lui-même



3. Les modifications autorisées au sens strict (R.G.E., 38/1 à 38/6)

- Les petites modifications (*de minimis*) – 38/4
- Les modifications non substantielles – 38/5 et 38/6
- Les T, (F ou S) complémentaires – 38/1
- Les circonstances imprévisibles dans le chef du PA – 38/2
- La cession de marché – 38/3
 - Pas du contrat !



Les petites modifications (de minimis)	Les T (F,S) complémentaires	Les circonstances imprévisibles dans le chef du PA
Pas d'éléments particuliers de déclenchement = souplesse Modification inférieure aux deux valeurs suivantes : - 15 % valeur du marché initial (T) - Seuil applicable pour la publicité européenne	Devenues nécessaires en cours d'exécution du marché, lorsqu'un changement de cocontractant - est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial; et - présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le PA.	La modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un PA diligent ne pouvait pas prévoir
Cumul de la valeur des avenants	Max 50 % de la valeur du marché (par avenant) Pas de cumul ! Publication d'un avis de modification si le marché modifié avait une valeur égale ou supérieure au seuil de publicité européenne (art. 38/19 RGE)	



3. Les clauses de réexamen obligatoires et/ou facultatives

Obligatoires	Facultatives
Le pouvoir adjudicateur doit prévoir une clause de réexamen relative à	Le pouvoir adjudicateur peut prévoir une clause de réexamen relative à
- La révision des prix (38/7) - Aux impositions ayant une incidence sur le montant du marché (38/8) - Aux circonstances imprévisibles défavorables à l'adjudicataire (38/9) - Aux circonstances imprévisibles favorables à l'adjudicataire (38/10) - Aux mesures suite aux faits du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire (38/11) - Aux suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur (38/12)	- La révision des prix (38/7) - Aux suspensions (38/12)
Si clause pas prévue, le régime par défaut prévu dans les R.G.E. s'applique de plein droit	
Pour invoquer une clause de réexamen, on respecte les formalités prévues aux articles 38/14 et suivants des R.G.E.	



3. Les clauses de réexamen « obligatoires » : révision des prix (Art. 38/7, § 1^{er})

- Les documents du marché relatifs à un MP de **T ou S manuels** prévoient une clause de réexamen, **fixant les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution des prix des principaux composants suivants** :
 - a) les salaires horaires du personnel et les charges sociales ;
 - b) en fonction de la nature du marché, un ou plusieurs éléments pertinents tels que les prix de matériaux, des matières premières, les taux de change ou autres.
- PAS obligatoire pour MP T ou S manuels :
 - < 120.000 €, **et**
 - délai d'exécution initial est < 120 JO ou 180 JC



3. Les clauses de réexamen « obligatoires » : suspension (Art. 38/12)

- **Les documents du marché** prévoient une **clause de réexamen** précisant que l'adjudicataire a droit à des **D&I** pour les **suspensions ordonnées par le PA dans les conditions cumulatives suivantes** :
 1. la suspension dépasse 1/20^{ème} du délai d'exécution et au moins 10 JO ou 15 JC, selon que le délai d'exécution est exprimé en JO ou JC
 2. la suspension n'est pas due à des conditions météorologiques défavorables ou à d'autres circonstances auxquelles le P.A. est resté étranger et qui constituent un obstacle à continuer l'exécution du marché à ce moment
 3. la suspension a lieu dans le délai d'exécution contractuel



3. Les clauses de réexamen « libres »

- Le meilleur imprévu c'est celui qui a été prévu dans les documents initiaux du marché 😊
 - Soit autorisé, soit refusé ! => imagination
- Respect de l'article 38 des R.G.E. dans la conception de la clause de réexamen (claire, précise et univoque)
 - Champ d'application
 - Nature des modifications possibles
 - Conditions dans lesquelles il peut en être fait usage
- Rappel : modification pas limitée en termes de valeur monétaire
 - Mais prise en compte dans l'estimation du marché (Art. 7 ARP) : plus grand montant payable



3. Les clauses de réexamen « libres » (exemples)

- Exemples :
 - Clause de réexamen permettant le remplacement d'un membre d'une équipe ayant disparu lorsque la composition de l'équipe aurait fait objet d'un critère d'attribution
 - Clause de réexamen concernant le remplacement d'un matériau par un autre (par exemple réemploi, pénurie,...)
 - Clause de réexamen concernant l'extension d'un « immeuble » à gérer ou l'extension de l'objet d'un marché en cours d'exécution
 - Clause de réexamen prévoyant une suspension et excluant toute demande de modification
 - Clause de réexamen concernant la personne du pouvoir adjudicateur



4. Des bases juridiques différentes pour le même événement ? => expérience temps de Covid

Du pouvoir adjudicateur	De l'opérateur économique
Le « 38/12 » R.G.E. : P.A. ordonne la suspension du marché; il ouvre la porte à une « indemnisation » de l'opérateur économique au titre de modification du contrat sous trois conditions.	Le « 38/9 » R.G.E. : il invoque les circonstances imprévisibles
Intérêt pour le PA : pour les marchés conclus à partir du 28 avril 2018, pas d'indemnisation si la suspension est due à des conditions météorologiques défavorables <u>ou à d'autres circonstances auxquelles le P.A. est resté étranger et qui constituent un obstacle à continuer l'exécution du marché à ce moment</u>	Intérêt pour l'opérateur économique: obtenir une modification du contrat (Résiliation, prolongation des délais ou indemnisation)
Intérêt à « dégainer » le premier dans le chef d'un P.A. ? Il n'est pas certain en droit que le recours fait par un PA sur la base d'un 38/12 (suspension) empêche un opérateur économique d'introduire une demande de modification sur la base de et respectant les conditions posées à l'article 38/9 (pour circonstances imprévisibles)	



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

- Mise en œuvre
 - => respecter les conditions de fond
 - => respecter les formalités à remplir prévues aux articles 38/14 et s. des R.G.E.
- Reprise quasi-fidèle des articles 52 et 53 de l'A.R. du 14 janvier 2013 (ancien régime)
 - En ce qui concerne la forme de la dénonciation des faits/circonstances
 - En ce qui concerne le délai de cette dénonciation des faits/circonstances



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

Principes :

- Tout dépend de la situation concrète
- Les circonstances doivent avoir mené à un bouleversement de l'équilibre contractuel au détriment de l'adjudicataire



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

Si l'équilibre contractuel a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire pour des circonstances que l'adjudicataire...

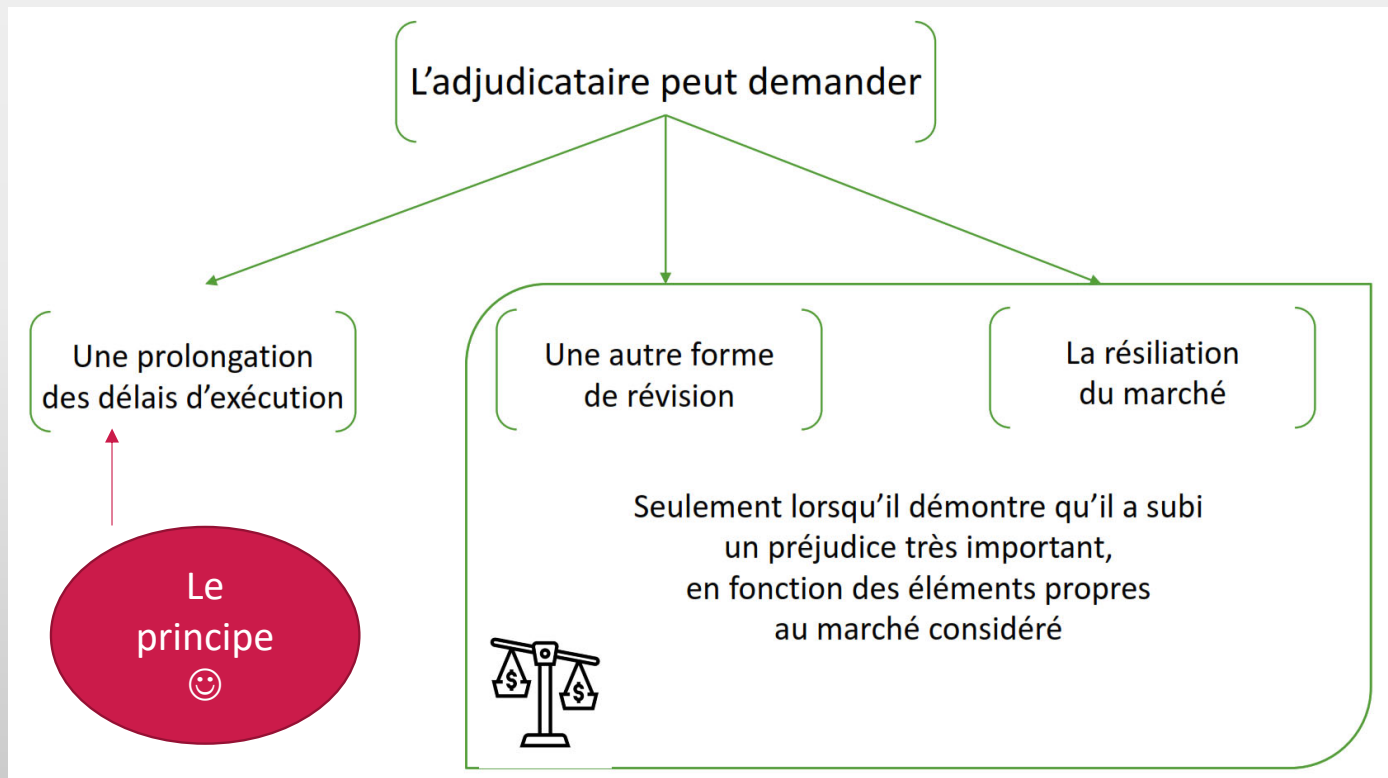
Importance
cause de
réexamen
libre

- ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de l'offre ou de la conclusion du marché
- ne pouvait éviter
- aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier
- bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires

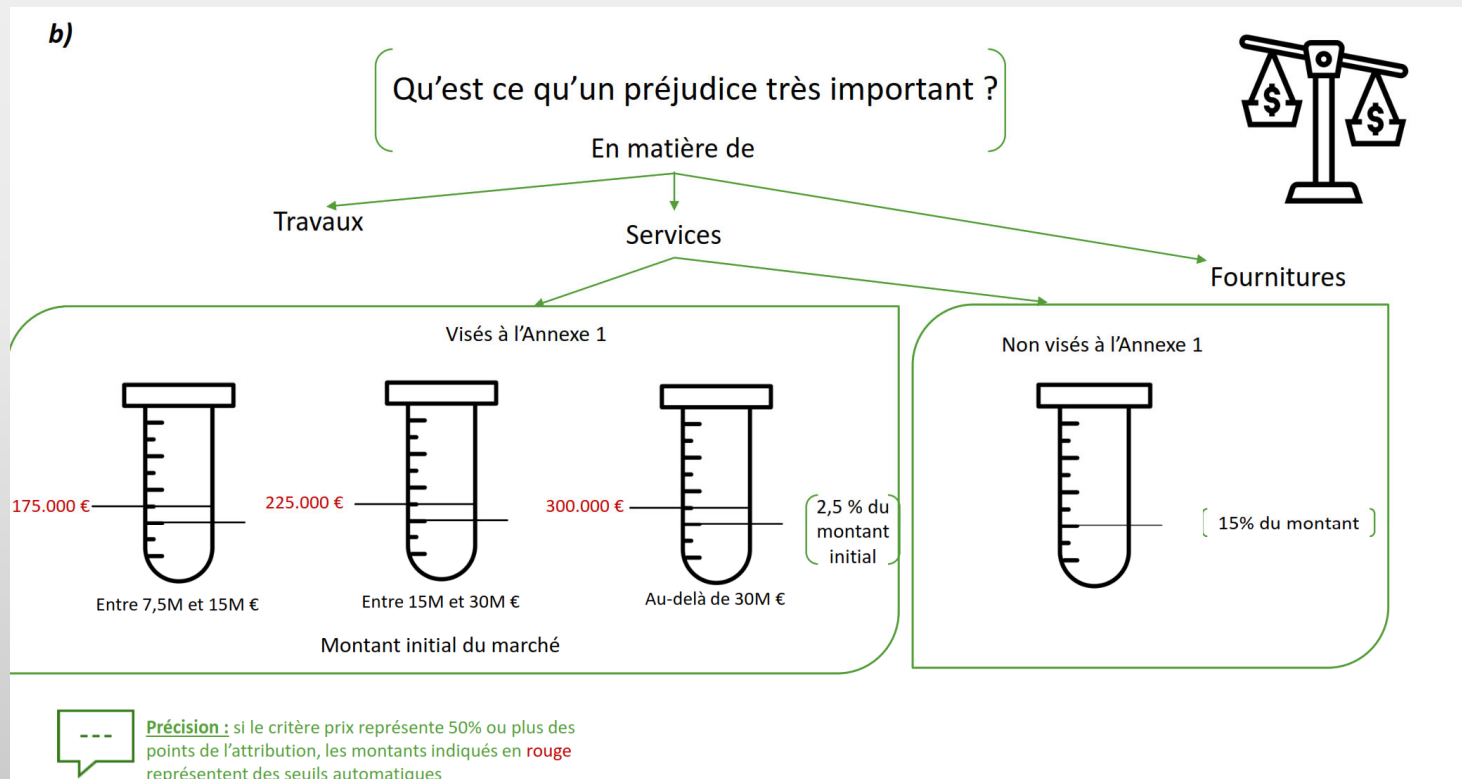
Preuve chez
l'opérateur
économique



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.



C.A.
Mons,
22/11/17

5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

1. **Dénonciation** des circonstances/faits par **écrit** dans les **30 jours** de la survenance ou de la date à laquelle il aurait normalement dû en avoir connaissance => sinon déchéance
2. Faire connaître de manière succincte l'influence ces circonstances sur le déroulement **et** le coût du marché (>< **Cass., 29 mars 2013** qui acceptait de la **souplesse**)
3. Et ce même si ces circonstances sont connues du pouvoir adjudicateur (>< **Cass., 25 avril 1996; >< Liège 17 décembre 2013**) => connaissance ne veut pas dire connaissance de leur influence sur le marché afin de prendre les mesures éventuellement exigées par la situation

« N'est pas recevable la demande (...) basée sur des faits ou circonstances dont l'adjudicateur n'a pas été saisi (...) en temps utile et dont il n'a pu en conséquence contrôler la réalité, ni apprécier l'incidence sur le marché afin de prendre les mesures éventuellement exigées par la situation »



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

- **Réclamation - justification chiffrée** à introduire, sous peine de déchéance dans certains délais

Prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché	Obtenir une autre révision du marché ou des dommages et intérêts
Avant l'expiration des délais contractuels	Au plus tard 90 jours à compter de (i) la date de la notification à l'adjudicataire du PV de réception provisoire ou (ii) l'expiration de la période de garantie, si relative à des faits ou circonstances survenus pendant la période de garantie



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

• Exemple : clause de dénonciation

Exemple de clause :

Modalité de dénonciation des faits et de leurs conséquences financières

Les faits visés aux articles 38/9, 38/11 et 38/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2014 sont dénoncés par courrier recommandé avec accusé de réception dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance.

L'estimation chiffrée du préjudice à indemniser est envoyée de manière à permettre aux parties de prendre les mesures nécessaires. L'envoi de cette estimation chiffrée est faite dans un envoi recommandé distinct de la dénonciation, sous peine de nullité. Cet envoi doit également être effectué dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance.

À défaut d'avoir respecté chacune de ces modalités, la partie qui a dénoncé les faits est présumée, de manière irréfragable, avoir renoncé à se prévaloir de la circonstance dénoncée.

Eviter qu'une partie ne se prévale, au titre de « dénonciation » d'une mention dans un PV ou le Journal des travaux ou un email.

C'est modulable
=> je ne déroge pas...



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E.

• Exemple : justification chiffrée/preuve du préjudice

« Preuve du Préjudice

La preuve du dommage éventuellement subi par l'adjudicataire en application des articles 32/9, 38/10, 38/11 et 38/12 se fait en respectant ce qui suit.

L'intéressé produit les documents suivants, relatif à (aux) année(s) d'exécution du contrat, ainsi que des deux années civiles qui précèdent (et qui suivent) :

- *les comptes annuels;*
- *le bilan interne détaillé;*
- *la comptabilité analytique de l'entreprise;*
- *le compte d'entreprise fondé sur les documents du secrétariat social de l'entreprise.*

A défaut de la production de chacun de ces documents pour chacune des années au cours desquelles les travaux ont été exécutés, le dommage est contractuellement réputé non démontré »



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E. : principes pour l'indemnisation

1. Indemnisation du dommage **direct** à l'exclusion du dommage **indirect**

Le dommage indirect n'est pas indemnisable en droit de la responsabilité

2. **pas** d'usage d'une **formule** abstraite et forfaitaire

Exclusion systématique de la Formule Flamme

3. la demande indemnitaire doit être fondée sur des documents **probants** qui vont être demandés

Le pouvoir adjudicateur conserve le moyen d'action d'aller vérifier les pièces comptables sur place

4. l'adjudicataire a toujours l'obligation de **limiter** son dommage

Si des frais sont revendiqués, le pouvoir adjudicateur devra vérifier si l'adjudicataire a tout fait pour limiter son dommage



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E. => qu'est-ce qui est indemnisable? Quelques postes rencontrés



- ☐ Frais de fermeture et de sécurisation du chantier
- ☐ Frais directs du chantier incompressibles durant la période d'arrêt
- ☐ Frais de personnel ayant effectivement effectué des prestations au bénéfice du chantier en cause
- ☐ Frais de cautionnement



- ☐ Frais de siège
- ☐ Frais fixes du chantier incompressibles durant la période d'arrêt

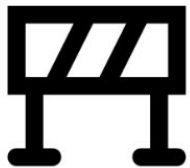


- ☐ Perte de rendement
- ☐ Perte de bénéfice
- ☐ Frais de personnel mis au chômage économique

Exemples –
surveiller la
prochaine
livraison de la
MCPOO 😊



5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E. => focus sur quelques frais



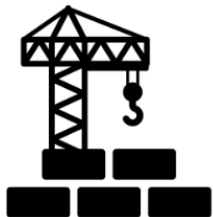
Frais de fermeture et de sécurisation du chantier

Le pouvoir adjudicateur doit indemniser ces frais qui sont tout à fait exceptionnels. Cela pourrait également concerner d'éventuels frais de réouverture de chantier.



Frais de personnel

Des adjudicataires peuvent avoir modalisé l'occupation de leurs équipes – chômage économique pour certaines, travail à distance pour d'autres. Il y a lieu que l'adjudicataire démontre qui a travaillé à quelle tâche durant l'arrêt de chantier. Ces données peuvent être anonymisées pour respecter la réglementation RGPD.



Frais fixes du chantier

L'adjudicataire doit démontrer lesquels de ces frais sont incompressibles ou non reportables.

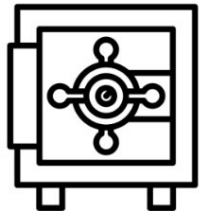


5. Focus sur l'article 38/9 des R.G.E. => Focus sur quelques frais



Frais de siège

L'adjudicataire doit démontrer lesquels de ces frais sont incompressibles ou non reportables. Par exemple, le pouvoir adjudicateur ne doit pas indemniser des frais de déplacement qui auront de toute manière lieu à la reprise du chantier.



Frais de cautionnement

Dans tous les cas, la prolongation d'un cautionnement engendre des frais supplémentaires. Ces frais sont souvent marginaux, mais doivent être indemnisés s'ils sont prouvés.



Perte de bénéfice ou rendement

Ces pertes de bénéfices et de rendement ne doivent pas être indemnisés par le pouvoir adjudicateur. En effet, ce bénéfice et ce rendement ne sont que « reportés », il ne sont pas « annulés ».



Relatif aux travaux

- Un **planning** prévisionnel pour le futur
- Une **liste des travaux** :
 - effectivement réalisés
au jour de la survenance des CI
 - Qui auraient dû être réalisés
après la survenance des CI

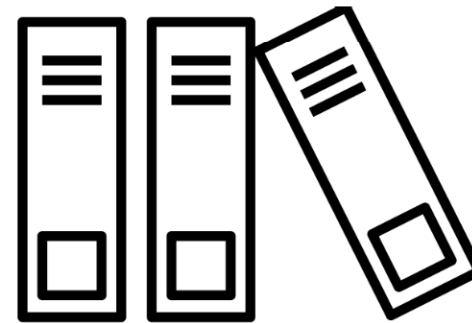
Relatif au chantier

- Un état budgétaire du chantier :
 - Au début du chantier
 - À la date de la survenance des CI (analytique)
- Copie des **factures** des frais revendiqués
- Un relevé des **déclarations de créance** qui auraient été introduites durant la période impactée
- Décompte du coût horaire ou journalier du **personnel** concerné établi par le secrétariat social en distinguant le personnel en chômage pour cause de force majeure du personnel en activité

Documents généraux

- Un **bilan interne** 2019-20-21
- Un historique croisé des charges en comptabilité générale avec la section analytique du chantier
- Tableau d'amortissement complet avec l'identification du **matériel sur chantier** et l'indication de sa valeur comptable actuelle, déduction faite de la part amortie
- Descriptif des **mesures** prises par l'adjudicataire pour limiter son dommage

Documents à obtenir de l'adjudicataire



38/18: droit à la vérification des pièces comptables



6. Derniers conseils

- Importance de l'avenant : qu'est-ce que l'on a modifié ?
 - Mettre à plat la situation
 - Ex: neutralisation des amendes et des pénalités du XXX au XXXX
 - Importance de l'état du chantier au moment de la survenance de l'événement imprévisible (que ce soit dans le Journal des Travaux ou par un Etat des lieux contradictoire)
 - Attendre que tout soit réglé ? Payer l'incontestable ?
- Importance du « rôle » du coordinateur sécurité-santé pour la reprise des travaux



En conclusion et pour aller plus loin



Les replays de nos webinaires MP

<https://www.uvcw.be/formations/webinaires>



Kit numérique

Marchés publics notamment

<http://uvcw.be/espaces/formations/920.cfm>



Formation

- « Marchés Publics : exécution, modification de marché et contentieux - en pratique » - 2 journées – Avril 2022
- « Marchés de travaux : défauts d'exécution, réclamations de l'adjudicataire et réception » - 1 jour – Mars 2022



Prochains webinaires MP

- Webinaire : Les Clauses ESE, une boîte à outils pour faciliter leur mise en place – 7/12/21

<https://www.uvcw.be/formations/4262>



Vos supports PPT

Plateforme eCampus



Le réseau des marchés publics

<http://marchespublics.uvcw.be/>



Marchés publics – Lors de la phase d'exécution de vos marchés de travaux, comment faire face aux imprévus ? - UVCW

Merci pour votre participation !

Nous revenons vers vous pour...



● Vous permettre de revoir le webinaire

A bientôt !

