Les marchés publics relatifs à la voirie : exécution et incidents d'exécution

Colloque Politeia – 20 février 2020
La voirie communale dans tous ses états. Cheminements juridiques et questions pratiques choisies

Martin CHABOT et Gauthier ERVYN

actéo | Cabinet d'avocats

Exposé

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

I. Principes
II. Modifications autorisées sans clause de réexamen
III. Focus sur la clause de réexamen

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie
II. La responsabilité pour les dommages aux biens voisins

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

I. Principes

- En pratique : les modifications de la commande initiale sont très fréquentes

- Or : toute modification du contrat est autorisée SSI une des hypothèses énoncées aux articles 38 à 38/12 des RGE est rencontrée

  (voy. art. 37 des RGE entré en vigueur le 30 juin 2017 suivant un AR modificatif du 22 juin 2017)

- *A contrario* : si la modification du contrat s'inscrit en dehors du cadre fixé par les articles 38 à 38/12 ➔ obligation de procéder au lancement d'une nouvelle procédure de passation

  (= contrainte certaine, malgré la possibilité de recourir dans certains cas à une procédure négociée sans publicité)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

II. Modifications autorisées (sans clause de réexamen)

La règle *de minimis* (art. 38/4)

- autorise **tout type de modification** lorsque *la valeur* de celle-ci est inférieure (i) au seuil fixé pour la publicité européenne, et (ii) à un montant correspondant à 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et à 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux

- aucune autre condition n'est requise (**MAIS** deux limites à observer : la valeur cumulée des modifications successives et la nature globale du marché)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

II. Modifications autorisées (sans clause de réexamen)

Les modifications non-substantielles (art. 38/5 et 38/6)

- = traduction, consécration de la jurisprudence dégagée par la Cour de Justice

- une modification substantielle est une modification qui rend le marché sensiblement différent par nature de celui conclu au départ

  (voy. al. 2 de l'art. 38/6 qui apporte davantage de précisions en référence à la jurisprudence : élargissement considérable du marché, modification de l'équilibre économique, etc.)

- aucune limite quant à la valeur de la modification n'est fixée

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

II. Modifications autorisées (sans clause de réexamen)

Travaux, fournitures et services complémentaires (art. 38/1)

- devenus nécessaires (pas d'exigence d'imprévisibilité)
- lorsqu'un changement du cocontractant principal est (i) impossible pour des raisons économiques ou techniques **et** (ii) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le PA. Ces deux conditions sont cumulatives
- modification limitée à 50 % de la valeur initiale du marché (mais… cette limite s'applique à la valeur de chaque modification… // art. 5 de la loi du 17 juin 2016 (ne peut mener à contourner la réglementation))

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

II. Modifications autorisées (sans clause de réexamen)

Evènements imprévisibles dans le chef du PA (art. 38/2)

- modification rendue nécessaire en raison d'une circonstance qu'un PA diligent ne pouvait pas prévoir
- attention : les circonstances imprévisibles sont celles qui ne pouvaient pas être prévues, malgré une préparation minutieuse du marché initial, compte tenu des moyens disponibles, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci
- modification limitée à 50 % de la valeur initiale du marché (mais… cette limite s'applique à la valeur de chaque modification… // art. 5 de la loi du 17 juin 2016 (ne peut mener à contourner la réglementation))

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

- une clause de réexamen peut fonder une modification du marché sans nouvelle procédure de passation, **quelle que soit sa valeur monétaire**, si elle a été prévue *dans les documents du marché initial* sous la forme d'une clause de réexamen

- en bref, il s'agit là d'autoriser une modification (possible) du marché déjà annoncée par le Pouvoir adjudicateur lors de la mise en concurrence (puisqu'ainsi les concurrents sont mis sur un pied d'égalité, au moment de la remise de leur offre)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

➢ Pour être valable, la clause de réexamen **doit :**

- être claire, précise et univoque. Cette triple exigence permet que tous les opérateurs économiques intéressés aient d'emblée connaissance de la possibilité de modification du contrat en cours d'exécution. Elle empêche aussi que le PA modifie le marché à son entière discrétion.

- indiquer le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

- ne pas engendrer un changement de la nature globale du marché.

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

- = travail de réflexion et d'imagination poussé

- = instrument très utile pour faire l'économie d'une mise en concurrence et pour déterminer à l'avance les conditions de la modification (ce qui permet d'éviter des discussions en cours d'exécution du marché)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

- portée **autonome** de la clause de réexamen (indépendamment des hypothèses de modification visées aux articles 38/1 et suivants)

- en pratique : anticiper, *au stade de la préparation du marché*, les problématiques, les aléas susceptibles de survenir, ou plus largement les modifications susceptibles d'être ordonnées (pour des raisons techniques, économiques, etc.)

- possibilités d'application très étendues (seule limite : respecter la nature globale du marché ➔ notion vague : à définir par la jurisprudence. Prudence dans l'attente…)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

- **MAIS aussi portée accessoire** ➔ organisée au travers des hypothèses de modification visées aux articles 38/1 et suivants. *Notamment* dans les hypothèses suivantes :

a. Suspension des travaux (art. 38/12) :

- **obligation** d'insérer une clause de réexamen énonçant précisément 3 conditions (cumulatives) donnant lieu à indemnisation de l'adjudicataire (énoncées par le §1er de l'art. 38/12). **Pour le reste, le PA est libre d'aménager à son gré** (par exemple : détermination de l'indemnité journalière, point de départ de celle-ci, etc)

- à défaut d'insérer pareille clause, un régime de droit s'applique (identique au contenu imposé de la clause de réexamen)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

a. Suspension des travaux (art. 38/12) :

❖ **faculté** d'insérer une clause de réexamen pour se réserver le droit de suspendre l'exécution du marché pendant une période donnée **(plus besoin de déroger aux RGE (!))** Le PA est libre d'aménager les conditions de telles suspensions

➔ Grande utilité lorsque les travaux sont menés dans un environnement susceptible de provoquer de nombreuses suspensions ou lorsque le PA sait que des suspensions devront nécessairement être ordonnées.

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

b. Faits imputables au PA ou à l'adjudicataire (art. 38/11) :

- **obligation** d'insérer une clause de réexamen fixant **les modalités de la révision** des conditions du marché lorsque l'adjudicataire ou le PA a subi un retard ou un préjudice suite aux carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'autre partie. Attention : « révision » = révision des dispositions contractuelles, D&I (?) ou résiliation du marché (?). **Pour le reste, liberté d'aménager contractuellement les modalités.**

- **à défaut**, un régime de droit s'applique (identique au contenu imposé de la clause de réexamen ➔ or, aucune modalité de la révision n'est fixée par l'art. 38/11 ➔ application du droit commun)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

c. D'autres hypothèses – pour mémoire

- Caractère obligatoire de la clause de réexamen : révision des prix (art. 38/7, §1er), impositions (art. 38/8) et circonstances imprévisibles (art. 38/9 et 38/10)

- Caractère facultatif de la clause de réexamen : révisions des prix (art. 38/1, §2)

A. La modification de l'ouvrage en cours d'exécution

III. Focus sur la clause de réexamen

Insertion d'un nouveau concept à l'art. 38 : la clause de réexamen

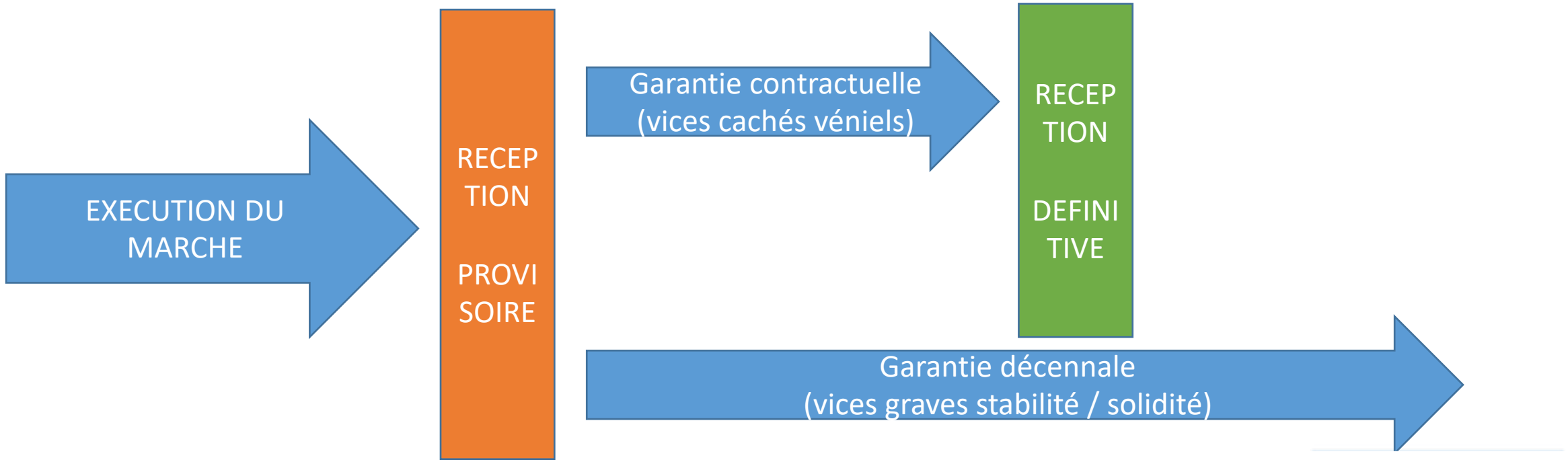
d. Conditions d'application de certaines clauses de réexamen

A NE PAS PERDRE DE VUE

- interdiction de ralentir ou d'interrompre l'exécution (art. 38/13) – sauf application conforme de l'art. 70 des RGE en cas de retard de paiement du PA
- obligation de dénonciation (art. 38/14)
- obligation de signaler sommairement l'influence des faits et circonstances (art. 38/15)
- conditions d'introduction des réclamations (art. 38/16 et 38/17)

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie



B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Exécution du marché – avant réception provisoire

- ❖ **Obligation de conformité des travaux aux documents de marché et règles de l'art (art. 34 RGE)**
- ❖ **Responsabilité pour la totalité des travaux exécutés par l'EG et ses ST (art. 84 §1er RGE)**
  - ✓ **Obligation de maintenir la voirie en bon état de fonctionnement**
  - ✓ **Obligation de réparation et de reconstruction**
  - ✓ **Obligation de résultat (sauf exc°): responsabilité pour les dommages même survenus sans faute de l'EG ou ST**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Exécution du marché – avant réception provisoire

❖ **Exemple: Liège, 29 avril 2004**

- ✓ **Marché public de travaux à une voie ferrée**
- ✓ **Pose de câbles le long des voies**
- ✓ **Vol de câbles au cours du chantier**
- ✓ **Responsabilité de l'EG car (i) il était averti du risque et (ii) le vol de câbles n'est pas un évènement imprévisible**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Exécution du marché – avant réception provisoire

❖ **Pouvoirs d'exécution d'office en cas de manquement**

- ✓ PV de manquement, pénalités, amendes de retard
- ✓ Mesures d'office en ce compris la réparation / le remplacement par un tiers

❖ **Réceptions techniques**

- ✓ Vérifications en cours d'exécution du chantier
- ✓ Préalables ou a posteriori
- ✓ Agréation provisoire
- ✓ Refus postérieur toujours possible en cas de vice caché

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Réception provisoire

- ❖ Acceptation des travaux: constatation de la conformité aux règles de l'art et exigences du marché
- ❖ Mise en possession de l'ouvrage: transfert au PA des risques et de la surveillance de la voirie
- ❖ Procédure de réception:
  - ✓ Demande de RP
  - ✓ Convocation de l'EG
  - ✓ Procès-verbal de RP ou refus de RP
  - ✓ Caractère contradictoire
- ❖ Date de fin du délai d'exécution ou date demandée par l'EG

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Réception provisoire

- ❖ **En cas de refus:**
  - ✓ Droit de faire réparer ou reconstruire (proportionnalité)
  - ✓ Pas de refus si malfaçons mineures
- ❖ **Fait débuter:**
  - ✓ les délais de garantie contractuelle et décennale
  - ✓ les délais pour invoquer/justifier certaines clauses de réexamen
  - ✓ les délais pour agir en justice (30 mois)
- ❖ **Réception tacite (Cass. 26/10/2006) vs prise de possession**
- ❖ **RP partielle**
- ❖ **Libération 50% cautionnement**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Période de garantie contractuelle

- ❖ Débute avec la RP et se termine à la RD
- ❖ Période d'épreuve pour déceler les vices cachés
- ❖ 1 an sauf autre délai prévu par le CSC
- ❖ Obligations de l'EG (art. 65 RGE):
  - ✓ Réparations des malfaçons relevées à la RP
  - ✓ Garantie contractuelle jusqu'à la RD:
    - ❑ Garantie pour toutes les avaries: vices cachés « fautifs »
    - ❑ Pas de garantie pour les vices non-imputables à l'EG: cause étrangère, force majeure, cas fortuit (art. 84 §1 al. 3 RGE)
      - ▪ Charge de la preuve chez l'EG
      - ▪ Liège 6 mars 2008: incendie vs force majeure
    - ❑ Pas de garantie pour les dégradations normales résultant de l'usage normal de la voirie et pour les vices résultant d'un usage anormal de la voirie
  - ✓ Garantie décennale (cfr infra)

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Période de garantie contractuelle

- **Commune gestionnaire voirie assume la surveillance de l'ouvrage**
- **Procès-verbal d'avarie**
  - ✓ **À communiquer par recommandé**
  - ✓ **Au plus tôt et au moins dans les 30 jours, sous peine de forclusion (65 §2 RGE)**
  - ✓ **Obligation de réparation / remplacement par l'EG ou, à défaut, droit d'imposer des mesures d'office (65 §3-4 et 87 §3 RGE) (Cass. 9/05/1988)**
  - ✓ **Nouveau délai de garantie sur les éléments réparés ou remplacés**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Réception définitive

- Achèvement complet du marché (art. 64 RGE)
- Vérification que l'EG a rempli ses obligations d'entretien et réparation pendant le délai de garantie
- Libère l'EG de la garantie des vices cachés véniels: dérogation au droit commun (art. 84 §2 RGE)
- Ne libère pas l'EG de la garantie décennale

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Réception définitive

❖ **Procédure de réception (art. 92 §3 et 4 RGE)**

- ✓ Demande de RD
- ✓ Convocation de l'EG
- ✓ Procès-verbal de RD ou refus de RD
- ✓ Caractère contradictoire
- ✓ En cas de refus, réparation et nouvelle réception

❖ **RD à la date de fin du délai de garantie ou date sollicitée par l'EG**

Exemple: Bruxelles, 24/05/2018: RD acquise au terme du délai de garantie et tardiveté de l'invocation de la garantie

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Réception définitive

- RD tacite
- RD partielle
- Libération solde cautionnement ou prélèvement
- Délai de 30 mois pour agir en justice (faits survenus en période de garantie)

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

I. La réception et la responsabilité pour les dommages à la voirie

Garantie décennale

- ❖ Art. 84 § 3 RGE / 1792 et 2270 CC
- ❖ Garantie:
  - ✓ pour tout vice grave
  - ✓ affectant la stabilité ou la solidité de l'ouvrage (pas des vices véniels qui rendre simplement l'ouvrage impropre à sa destination)
  - ✓ vices apparents ou cachés
  - ✓ responsabilité pour faute: Cass. 15/12/1995
  - ✓ ouvrage peut être une voirie, canalisation, pont, …
- ❖ Ordre public: assurer la sécurité publique par une garantie contre l'instabilité des ouvrages
- ❖ Délai préfix de 10 ans àpd de la RP
- ❖ Responsabilité de l'EG/ST mais aussi de l'architecte

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

II. La responsabilité pour les dommages aux biens voisins

Obligations contractuelles et extra-contractuelles

- **Art. 79 RGE:**
  - ✓ **Obligation de police et sécurité du chantier**
  - ✓ **Obligation de protection des propriétés voisines**
- **Obligation générale de prudence: 1382 CC**
- **Obligations légales spécifiques: décret wallon du 30/04/2009**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

II. La responsabilité pour les dommages aux biens voisins

Sécurité du chantier (art. 79 RGE)

- Cass. 1/03/2007: défaut de signalisation et éclairage voirie en chantier
- Cass 2/02/1984: signalisation du chantier vs signalisation de la circulation
- Pol Anvers 3/09/2014: chute d'un panneau de signalisation

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

II. La responsabilité pour les dommages aux biens voisins

Dommages aux propriétés voisines

- **Responsabilité pour faute**
  - ✓ **Responsabilité extra-contractuelle de l'EG**
  - ✓ **Troubles de voisinage:**
    - ❑ **EG pas responsable sans faute**
    - ❑ **Exemples: fissures dans un immeuble suite à travaux de voirie**
      - **Civ Bruxelles 30/10/2015: troubles non-fautifs - EG pas responsable**
      - **Liège 21/10/2015: troubles fautifs - EG responsable**
    - ❑ **Dérogation non-valable au CSC, sauf motivation du caractère indispensable**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

II. La responsabilité pour les dommages aux biens voisins

Dommages aux canalisations des impétrants

- **Responsabilité extra-contractuelle:manquement au devoir général de prudence**
- **Obligation de l'EG de**
  - ✓ **solliciter les plans**
  - ✓ **localiser les canalisations (par sondage)**
  - ✓ **travailler prudemment**

B. La responsabilité de l'adjudicataire de travaux de voirie publique

II. La responsabilité pour les dommages aux biens voisins

Dommages aux canalisations des impétrants

❖ **Exemples:**

- ✓ **Cass. 26/10/1990: pas de faute si plans ne mentionnent aucune canalisation**
- ✓ **Liège 24/06/2010: câbles téléphoniques endommagés - appréciation in concreto – plans inexacts n'exonèrent pas la responsabilité de l'EG**
- ✓ **Mons 13/09/2011: bris d'un égout - obligation de moyen de l'EG car concertation entre parties sur l'aléa lié à l'incertitude de la localisation de la conduite – pas de responsabilité**

Merci pour votre attention!

Pour toute information complémentaire, n’hésitez pas à nous contacter:

Martin CHABOT
Avocat

martin.chabot@acteo.be
www.acteo.be
Tel. : +32 (04) 252.46.90

Gauthier ERVYN
Avocat