La réforme « 2017 » des marchés publics

Evolution des règles d'exécution des marchés publics de travaux

Novembre 2017

Gauthier ERVYN - Avocat

Avant-propos

- Objet du séminaire: impact de la réforme des marchés publics 2017 sur l'exécution des marchés publics de travaux dans les secteurs classiques
- Exécution = mise en œuvre du contrat à dater de sa conclusion
- Régime d'exécution dérogatoire du droit commun

Objet du séminaire « exécution »: Principales évolutions en matière d'exécution des marchés

- Section 1. – Introduction, champ d'application, caractère obligatoire
- Section 2. – Relations entre A et OE et personnel
- Section 3. – Respect du droit national environnemental, social et du travail
- Section 4. – Formalités à dater de la conclusion du MP
- Section 5. – Paiements
- Section 6. – Délais d'exécution
- Section 7. - Aléas et faits pendant l'exécution du marché
- Section 8. - Modifications au marché
- Section 9. - Moyens d'action de l'A
- Section 10. - Réception du MP
- Section 11 - Résiliation du marché

Section 1. Introduction, champ d’application, caractère obligatoire

Introduction

- Réforme 2017 en matière d'exécution:
  - Directive 2014/24/CE: nouveautés en matière de sous-traitance, modifications et résiliations aux articles 70 à 73
  - Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics
    - ✓ Application des principes à l'exécution:
      - Interdiction des ententes et conflits d'intérêts (art. 5 et 6 Loi)
      - Respect du droit environnemental, social et du travail (art. 7 Loi)
      - Principe forfaitaire, service fait et accepté et révision (art. 9 , 10 et 12)
      - Bouleversement de l'équilibre contractuel en cas de circonstances imprévisibles (art. 11)
      - Délégation générale au Roi (art. 86 et 87)

Introduction

- Réforme 2017 en matière d'exécution:
  - Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics
    - ✓ Modifié par AR 22/06/2017
    - ✓ désormais limité à l'exécution des MP (plus les concessions de travaux)
    - ✓ Pas de révolution quelques très importantes évolutions en matière de sous-traitance, de clause de réexamen et de modification au marché.
- Réforme applicable à tous les MP dont les avis (ou invitation à faire offre) ont été publiés (ou envoyées) à partir du 30 juin 2017
- A l'heure actuelle, très peu de doctrine et pas de jurisprudence: prudence donc!

Terminologie

- AR 14/01/2013 = R.G.E. (règlement général d'exécution)
- Adjudicateur (« A »)
- Opérateur économique (« OE ») vs entrepreneur de travaux
- Adjudicataire vs soumissionnaire / candidat
- Travaux : secteur sensible à la fraude

Champ d'application matériel du RGE

- Application aux MP de travaux des secteurs classiques
- Application aux MP de travaux > 30.000 EUR HTVA (et < 30.000 EUR HTVA si imposé par DM)
- Pas d'application aux MP de travaux (sauf qq dispositions essentielles):
  - MP conjoint avec un PA étranger
  - MP exécuté au travers de la création d'une SEM
- Accords-cadre:
  - application à l'AC des règles ST, MODIFICATIONS et RESILIATIONS;
  - application de tout le RGE aux MP conclus, sauf dérogation (largement autorisée)

Dérogations au RGE

- Pas de dérogation si un article autorise l'A a fixer d'autres règles (p.ex. avec la formule : « *sauf disposition contraire dans les DM…* »)
- Dérogation interdite au dispositions obligatoires du RGE:
  - Chapitre I: principes, définitions, champ d'application
  - Obligation d'information sur les ST / interdiction de ST tout le MP / Limitation chaine de ST
  - Modification au MP et clauses de réexamen (partiellement pour les DBF(M)
  - Cas permettant la résiliation du MP
  - Interdiction des avances
  - Intérêts de retard
  - Conditions de travail du personnel de chantier

Dérogations au RGE

- Interdiction de déroger - clauses réputées non-écrites:
  - Allongement des délais de paiement et vérification (sauf si objectivement justifié et motivé)
- Clauses abusives:
  - Abus manifeste relatif à la date ou au délai de vérification ou de paiement, au taux d'intérêt pour retard de paiement ou à l'indemnisation pour les frais de recouvrement
  - Ecart manifeste par rapport aux bonnes pratiques et usages commerciaux

Dérogations au RGE

- Dérogations admises aux autres clauses du RGE
  - Toujours possible pour les MP DBF(M)
  - Dans les autres MP de travaux:
    - ✓ Uniquement si motivé et (sauf exc°) dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché
    - ✓ Toujours mentionner en début de CSC les articles du RGE auxquels il est dérogé
    - ✓ Obligation de motivation formelle dans le CSC pour une série de dispositions: à défaut, clause réputée non-écrite (sauf contrat signé)

Section 2 - Relations entre A et OE et personnel

Relations A - OE

- Droit de l'A d'autoriser ou d'imposer les communications électroniques pendant l'exécution du marché (art. 10)
- Droit de l'OE de demander copie (si possible électronique) des plans de l'A et (en PN) des DM (art. 35)
- Tout écrit (PV, ordres,…) peuvent être transmis par recommandé postal ou électroniques, ou contre accusé de réception (art. 75)
- Possibilité de remplacer le fonctionnaire dirigeant en cours d'exécution: par écrit (art. 11)
- Possibilité de remplacer le délégué de l'OE en tout temps à la demande de l'A (art. 75)
- Tenue d'un JT par l'A. Toute contestation de l'OE par recommandé postal ou électronique dans les 15 j. Décision de l'A par recommandé postal ou électronique (art. 83)

Personnel de l'OE (art. 16)

- Personnel en nombre suffisant et avec qualités requises
- Droit de l'A de demander le remplacement par écrit

Sous-traitance (art. 12)

- Liberté de recourir à des ST
- SAUF si:
  - ST dont la capacité a été invoquée dans l'offre
  - ST imposé par l'A (responsabilité de l'A par rapport à leur capacité professionnelle)
- OE est responsable de ses ST
- Pas de lien entre A et ST
- Mention de l'action directe du ST dans les DM

Sous-traitance (art. 13)

- Interdiction de recourir à des ST
  - ST exclu agréation
  - Motif exclusion obligatoire (sauf mesures correctrices)
  - Pers physique prodigue, défense sociale, sous administration provisoire ou tutelle

Sous-traitance (art. 12/1) Nouveau

- Transmission au plus tard au début d'exécution du MP des informations sur tous les ST intervenants (nom, coordonnée et représentants légaux), dans la mesure où informations connues (art. 12/1);
- Obligation d'informer le PA de tout changement de ST et les informations
- MP UE: le CSC peut imposer que ces informations soient données dans le DUME
- Pas de dérogation possible

Sous-traitance en travaux Nouveau

- Contrôle des motifs d'exclusion pour les ST directs et indirects (art. 12/2):
  - ✓ PA peut vérifier (< seuils UE) ou vérifie (> seuils UE) que ST « directs » répondent aux motifs d'exclusion
  - ✓ Faculté existe aussi pour les ST « indirects »
  - ✓ Si problème, PV de manquement
  - ✓ 15 jours (réductibles si illégaux de pays-tiers) pour remplacer ST ou régulariser situation (1 x régul ONSS / impôts - mesures correctrices).
  - ✓ A défaut, mesures d'office et/ou pénalités de 0,2%/jour àpd 15e j (avec max 5.000 EUR si MP < 10 M EUR > et max 10.000 EUR si MP > 10 M EUR)
- Le PA peut exiger respect proportionné des conditions SQ (12/4)
- Obligation des ST de satisfaire à l'agréation à proportion de leur intervention (art. 78/1) – Pas de dérogation possible

Sous-traitance en travaux Nouveau

- Interdiction à un ST de soustraiter tout le marché ou tout sauf la coordination (art 12/3)
- Limitation chaine de sous-traitance
  - Pas plus de 3 niveaux de ST pour les MP relevant d'une catégorie d'agréation (sauf exceptions), sinon pénalités et mesures d'office
  - Pas plus de 2 niveaux de ST pour les MP relevant d'une sous-catégorie d'agréation (sauf exceptions), sinon pénalités et mesures d'office
  - Exceptions:
    - ✓ Si l'A marque son accord (avec preuve agréation)
    - ✓ Circonstances raisonnablement pas prévisibles auxquelles on ne peut obvier
  - Ne sont pas des ST: OE en groupement, fournisseurs, agence interim, organismes de certification
  - A défaut, mesures d'office et/ou pénalités de 0,2%/jour àpd 15e j (avec max 5.000 EUR si MP < 10 M EUR > et max 10.000 EUR si MP > 10 M EUR)
- Pas de dérogation possible

Sous-traitance (avec invocation de la capacité) (art. 78 Loi)

- Toujours possible de recourir à la capacité financière ou technique de tiers mais:
  - Si recours à la capacité financière et économique: droit de demander que le tiers soit solidairement responsable de l'exécution du MP (sauf x dans le CSC), avec preuve de l'engagement solidaire écrit du tiers;
  - Possibilité d'interdire le recours aux tiers pour « certaines tâches essentielles » ou d'imposer l'exécution par un seul participant de la SM. Nécessité de motiver le caractère « essentiel » des tâches réservées
  - Arrêt CJUE Wroclaw (C-406/14; 14/07/16): droit d'interdire le recours à des ST dont le PA dont la capacité n'a pas été vérifiée au moment de la SQ pour l'exécution de parties essentielles du marché
  - Obligation pour l'OE d'avoir recours au ST proposé. Pas de changement possible sauf accord A
  - ST doit respecter les droits d'accès et critères de SQ: à défaut, le PA doit demander leur remplacement et si pas, non-sélection du candidat (facultatif si critère d'exclusion facultatif)

Sous-traitance (avec invocation de la capacité)

- NB 1: jurisprudence diverse en matière de possibilité de recourir aux tiers pour l'agréation
- NB 2: limitation du recours au tiers admis dans des cas exceptionnels (grands projets immobiliers, p. ex. « UPLACE »)

Section 3: Respect du droit national environnemental, social et du travail

Respect du droit national environnemental, social et du travail

- Application de toutes les règles relatives aux conditions de travail à tout le personnel du chantier (art. 78)
- Obligation de paiement des salaires légaux à tout le personnel
- OE tient à disposition quotidiennement la liste du personnel qu'il occupe sur chantier (sauf encodage via Loi bien être au travail)
- OE fournit infos sur salaire horaire à première demande de l'A
- ST ou entité mettant personnel à disposition tient quotidiennement la liste du personnel qu'il occupe sur chantier
- OE informe des coordonnées du secrétariat social en charge des salaires et ONSS
- En cas de violation pendant l'exécution, constat du PA et si nécessaire, mesures d'office

Respect du droit national environnemental, social et du travail

- Renvoi explicite (TP) à la responsabilité solidaire en matière salariale:
  - ✓ Art. 35/1 à 35/13 Loi 12/04/65 sur protection de la rémunération
  - ✓ Solidarité des donneurs d'ordre pour les dettes salariales (paiements sous barème notamment) des sous-traitants
  - ✓ Moyennant notification de l'inspection du travail
- Renvoi explicite (TP) à la responsabilité solidaire sociale et fiscale

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Loi 12/04/65 sur protection de la rémunération, art. 35/1 à 35/13: responsabilité solidaire pour le paiement de la rémunération (2012)
  - Régime général
  - Régime particulier portant exclusivement sur la responsabilité solidaire du contractant direct en cas d'activités dans le domaine de la construction
  - Régime particulier en cas d'occupation d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Régime général
  - S'applique aux secteurs définis par le Roi (après avis CP ou CNT) (AR du 17/08/13) , à savoir:
    - CP 124: travaux et services réalisés par les entreprises relevant de la Commission paritaire de la construction
    - CP 111: travaux immobiliers réalisés par les entreprises relevant de la Commission paritaire des constructions métalliques, mécaniques et électriques
    - CP 126: travaux immobiliers réalisés par les entreprises relevant de de la Commission paritaire de l'ameublement et de l'industrie transformatrice du bois
    - CP 118 et 119: travaux et services réalisés par les entreprises des filières de la VIANDE relevant de la Commission paritaire de l'industrie alimentaire et du commerce alimentaire
    - CP 121: services réalisés par les entreprises relevant de la Commission paritaire du nettoyage
    - (SCP 140.03: travaux ou services réalisés par les entreprises relevant de la Sous-commission paritaire pour le transport routier et la logistique pour compte de tiers - AR annulé par le Conseil d'état)

Responsabilité solidaire en matière salariale

- donneur d'ordre : quiconque donne ordre d'exécuter ou de faire exécuter des activités pour un prix, **A L'EXCEPTION des personnes physiques qui font réaliser les travaux ou services réalisés à des fins strictement privées**
- entrepreneur :
  - quiconque s'engage à exécuter ou à faire exécuter, pour un prix, des activités pour un donneur d'ordre;
  - chaque sous-traitant par rapport au sous-traitant succédant immédiatement après lui;
- sous-traitant : quiconque s'engage, soit directement, soit indirectement, à quelque stade que ce soit, à exécuter ou à faire exécuter pour un prix, une activité ou une partie d'une activité confiée à l'entrepreneur;

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Responsabilité solidaire:
  - Des donneurs d'ordre, entrepreneurs et sous-traitants
  - Pour tous ceux avertis par écrit de l'inspection sociale (art. 49/1 Code pénal social)
  - manquement grave de paiement de la rémunération par les entrepreneurs ou ST aux travailleurs (y compris en cas de chaîne de sous-traitance)
  - Uniquement pour les dettes futures: pour la durée fixée par l'IS qui débute au plus tôt après 14 jours et pour un délai d'1 an
  - Possibilité d'échapper à la responsabilité en mettant fin immédiate au contrat
  - Obligation d'affichage de l'avis de l'IS sur chantier et de notification de l'avis aux travailleurs par l'entrepreneur/ST

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Responsabilité solidaire:
  - Prise en charge de la rémunération impayée (pas les indemnités de préavis)
  - Dettes salariales futures pendant la période visée (pas le passé)
  - Dès demande de paiement du travailleur ou de l'IS
  - Si demande du travailleur: paiement dû à concurrence des heures effectivement prestées par le travailleur (pas de responsabilité si pas de prestations)
  - Si demande de l'IS: paiement dû à concurrence des heures effectivement prestées ou d'un pourcentage = prix des travaux vs chiffre d'affaires de l'entrepreneur ou ST

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Régime particulier portant exclusivement sur la responsabilité solidaire du contractant direct en cas d'activités dans le domaine de la construction
  - Donneurs d'ordre autres que personne physique strictement privée
  - Contractant direct
  - CP 124, 111, 126

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Régime particulier portant exclusivement sur la responsabilité solidaire du contractant direct en cas d'activités dans le domaine de la construction (2016)

  - Responsabilité solidaire d'office du donneur d'ordre (ou de l'entrepreneur) vis-à-vis des dettes salariales pour les travailleurs de son cocontractant direct
  - Exception: avoir signé un écrit avec le cocontractant renvoyant au siteweb du SPF EMPLOI et incluant l'engagement de paiement des salaires: à intéger dans les CSC!
  - Exception de l'exception: responsabilité dès que le DO/E a connaissance d'une absence de paiement des salaires (pas de notification de l'IS nécessaire)

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Régime particulier en cas d'occupation d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal (2016)
  - Étranger: pas citoyen UE et pas droit de circulation SCHENGEN et pas d'accès au territoire
  - Applicable à TOUTES les activités
  - Responsabilité solidaire d'office du donneur d'ordre (sauf personne physique privée) (ou de l'entrepreneur) vis-à-vis des dettes salariales pour les travailleurs étrangers en séjour illégal de son cocontractant direct
    - Exception: avoir signé un écrit avec le cocontractant direct renvoyant au siteweb du SPF EMPLOI et incluant l'engagement de ne pas employer du personnel étranger en séjour illégal
    - Exception de l'exception: responsabilité dès que le DO/E a connaissance d'une occupation de personnel étranger en séjour illégal par son cocontractant direct (pas de notification de l'IS nécessaire)

Responsabilité solidaire en matière salariale

- Régime particulier en cas d'occupation d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour illégal (2016)
  - Responsabilité dès que le DO/E a connaissance d'une occupation de personnel étranger en séjour illégal par un sous-traitant indirect (pas de notification de l'IS nécessaire)
  - Durée immédiate et illimitée
  - Sanctions pénales et administratives prévues par l'art. 175 du Code pénal social (6 mois à 3 ans de prison et/ou 4,800 à 48,000 EUR d'amende pénale OU 2.400 à 24,000 EUR d'amende administrative)
  - Prévoir un rupture immédiate du MP ou contrat de ST en cas d'illégalité

Responsabilités solidaires en matière fiscale et sociale

Resp sol sociale	Resp sol fiscale
Art. 30 bis (et ter) Loi 27/06/69	Articles 400 à 408 CIR 92
Pas applicable aux MO personnes physiques effectuant des travaux privés	
Applicables aussi en cas de faillite, PRJ (hors sursis), saisies, etc	
Solidarité MO/E pour les dettes sociales / fiscales du E/ST existantes à la conclusion du contrat	
Responsabilité solidaire « en chaîne » (ou subsidiaire) y compris vis-à-vis du commettant	
Solidarité entre associés SM	
Limitée à 65% si RS fiscale appliquée	S'applique pas si RS sociale engagée
Maximum: 100% prix des travaux HTVA	Maximum: 35% prix des travaux HTVA

Responsabilités solidaires en matière fiscale et sociale

Resp sol sociale	Resp sol fiscale
Obligation de retenue de **35%** des montants dus à E/ST ayant des dettes fiscales	Obligation de retenue de **15%** des montants dus à E/ST ayant des dettes fiscales
Si facture > 7,143 EUR HTVA, demande d'attestation à E/ST de la dette sociale/fiscale et retenue éventuellement adaptée	
Solidarité du MO/E si retenues non-réalisées	
Banques de données: https://www.checkobligationderetenue.be/	

Responsabilités solidaires en matière fiscale et sociale

Resp sol sociale	Resp sol fiscale
Majoration /amende de 100% si retenues pas réalisées	
Pas applicable aux E sans dettes en Belgique et avec certificat de détachement valable pour son personnel	
Déclaration de travaux (> 5,000 EUR avec 1 ST et > 30,000 EUR sans ST) (sous peine d'amende de 5% du montant du chantier)	

Section 4 - Formalités à dater de la conclusion du MP

Cautionnement (art. 25-33)

- Cautionnement de 5% sauf si MP < 50.000 EUR
- Si Accord-cadre: cautionnement de 5% par MP conclu (A peut prévoir 1 cautionnement global)
- A réaliser dans les 30 j. de la conclusion du MP (sauf si délai plus long dans DM) (délai suspendu pendant congés OE)
- Adaptation du cautionnement si valeur MP varie de plus de 20%
- Absence de cautionnement:
  - MED par recommandé postal ou électronique (vaut pv de manquement)
  - Si pas de caution dans les 15 j., soit cautionnement d'office par retenue sur les paiements (avec 2% pénalité), soit mesures d'office (pas de pénalité ou amende si résiliation)
  - Si cautionnement cesse en cours de MP, retenue sur les paiements
- Prélèvement d'office du cautionnement si mauvaise exécution après 15 j. suivant PV de manquement
- Libération 50% RP et 50% à RD. Délai de 15 j. et si pas, intérêts et frais à charge de l'A.

Assurances (art. 24)

- Obligation d'être assuré:
  - RC accident du travail
  - RC resp. civile 1/3
  - Toute autre assurance imposée par DM (p.ex. ass. TRC, ass. décennale)
- Obligation de transmettre les attestations d'assurance:
  - dans les 30 j. de la conclusion du marché
  - À tout moment, dans les 15 j. de la réception de la demande de l'A

Approbation des plans d'exécution et autres documents établis par l'OE

- Soumission des plans d'exécution et autres documents établis par l'OE à l'A
- Délai de 30 jours pour approuver ou non
- Si refus, délai de 15 jours pour approuver ou non les documents corrigés (délai plus long si nvelles exigences)
- Tout dépassement de délai augment le délai d'exécution

Fixation du délai de commencement des travaux (art. 76)

- A fixe le commencement des travaux
- Envoi d'un courrier recommandé au moins 15 j. à l'avance:
  - Sauf urgence
  - Autre délai prévu par DM pour phases ultérieures MP
  - MP conclu par accord-cadre (sauf le 1er)
- Commencement a lieu:
  - Travaux < ou = classe 5, entre le 15e/60e j. suivant ccl marché
  - Travaux > classe 6 (ou < classe 6 si techniques ou matériaux non courants – à prévoir dans DM): entre le 30e / 75e j. suivant ccl marché
  - Report à la « bonne saison » si hiver

Fixation du délai de commencement des travaux (art. 76)

- Droit de l'OE de demander la résiliation MP si commencement pas fixé:
  - 120 j. après ccl (si délai classe 5)
  - 150 j. après ccl (si délai classe 6)
- A demander par recommandé postal ou électronique dans les 30 j. ordre de commencer

Section 5: Paiements

Conditions générales de paiement (art. 66 à 72)

- Paiements:
  - Unique après réception définitive
  - Ou au fur et à mesure de l'avancement suivant modalités prévues par DM.
- Acompte (sur prestations exécutées) en cas de suspension > 30 j.
- Suspension des paiements si opposition ou saisie à charge de l'OE
- Interdiction des avances:
  - sauf investissements lourds à consentir: modalités à prévoir dans DM et max 50% prix du MP
  - Demande écrite de l'OE
  - Suspension des avances si manquements constatés
  - Pas de dérogation possible
- Déclaration de créance de l'OE

Modalités de paiement

- Décl créance de l'OE avec travaux et quantités détaillés
- Délai de vérification de 30 jours àpd réception DC
- Envoi PV à OE avec travaux acceptés et prix arrêtés
- Délai de 5 jours, pour émission facture OE
- Délai de paiement dans les 30 jours de la fin de la vérification si A a reçu la facture et les annexes demandées:
  - délai réduit si délai de vérification dépassé;
  - Délai suspendu si délai d'envoi facture dépassé ou si interrogation nécessaire de l'OE sur le montant de sa dette sociale ou fiscale en matière de Ré solidaire
- Possibilité de fixer d'autres délais (sous réserve des maxima précisés) si absence de vérification
- Interdiction de l'allongement des délais: réputé non-écrit sauf objectivement justifié et max 60 j. délai paiement / délai de vérif plus long mais pas abusif

Révision des prix (art. 38/7)

- DM doit prévoir une « clause de réexamen » fixant révision des prix
- Pas obligatoire si MP < 120.000 EUR ET délai < 120j. ouvrables (180 j. calendrier)
- Evolution des prix des principaux composants (pas de recours possible à l'indice santé – consommation)
- Terme fixe
- Dérogation possible si dument motivé mais sans démontrer le caractère indispensable

Jeu des quantités présumées (art. 81)

- Faculté de révision si, en l'absence de modifications, les quantités exécutées:
  - > 3x quantités présumées
  - > ½ quantités présumées
- Faculté de révision du délai, même sous ces limites
- Demande par recommandé postal ou électronique:
  - dans les 30 j. qui suivent l'EA constatant les quantités (à défaut, vaut uniquement pour les quantités après notification)
  - Justification des nouveaux prix / délais
- En cas de désaccord, A arrête les prix d'office, tous droits saufs de l'OE

Prix du marché en cas de retard d'exécution (art. 94)

- Choix de l'A:
  - Prix révisé
  - Formule mathématique prévue par RGE

Intérêts de retard (art. 69)

- Intérêts de retard de plein droit si délais de paiement dépassés:

  16 mars à juin 2013 : 9 %

  Juillet à décembre 2013 : 8,50 %

  Janvier à juin 2014 : 8,50 %

  Juillet à décembre 2014 : 8,50 %

  Janvier à juin 2015 : 8,50 %

  Juillet à décembre 2015 : 8,50 %

  Janvier à juin 2016 : 8,50 %

  Juillet à décembre 2016 : 8 %

  Janvier à juin 2017 : 8 %

  Juillet à décembre 2017 : 8 %

- + indemnité de 40 EUR pour le recouvrement et tous autres frais de recouvrement
- Intérêts sur montant TTC mais HTVA (pour les assujettis) et TVAC (pour les non-assujettis)
- Pas applicable aux retards sur le paiement de D-I par l'A à l'OE
- Pas de dérogation possible

Interruption ou ralentissement d'exécution (art. 70)

- Si retard de paiement > 30 j. :
  - Droit de ralentir ou interrompre l'exécution MP moyennant recommandé postal ou électronique 15 j. avant
  - Droit de demander un prolongation du délai exécution, si dde écrite avant fin délai exécution
  - D-I si dde chiffrée et écrite < 90 j. après RP
  - Uniquement si l'importance des paiements tardifs le justifie

Réfaction pour moins-value (art. 71)

- Possibilité d'appliquer une réfaction des prix pour moins-value si:
  - divergences minimes par rapport aux conditions non-essentielles
  - pas d'inconvénient sérieux pour l'A

Compensation (art. 72)

- Toute somme due par l'OE à l'A peut être prélevée par compensation:
  - D'abord sur les paiements
  - Et ensuite sur le cautionnement

Nouvelles impositions et taxes (art. 38/8)

- DM prévoit une clause de réexamen (et si pas dispo applicables de plein droit)
- Révision des prix si:
  - nouvelle imposition en vigueur 10 jours avant date dépôt offres
  - imposition pas visée dans la clause de révision
- Si impôts à la hausse: OE prouve qu'il a supporté impôts et que cela concerne MP
- Si impôts à la baisse: pas de révision si OE prouve qu'il a supporte les anciens impôts
- Pas de dérogation possible

Section 6: Délais d’exécution

Délais d’exécution (art. 76)

- Délai d’exécution général / par phase / partiels (de rigueur ou non)
- Jours ouvrables / calendriers (art. 76 §4)

Section 7: Aléas et faits pendant l’exécution du marché

Faits de l'A ou de l'OE (art. 38/11)

- 2 possibilités:
  - Soit DM inclut clause de réexamen
  - Soit application d'office de:
    - ✓ Révision si retard ou préjudice suite aux carences, lenteurs ou faits de l'OE ou de l'A
    - ✓ Révision = une ou plusieurs des mesures suivantes:
      - Révision des dispos contractuelles, dont le délai d'exécution
      - Dommages et intérêts
      - Résiliation du marché
- Pas de dérogation possible

Circonstances imprévisibles au détriment de l'OE (art. 38/9)

- 2 possibilités:
  - Soit DM inclut clause de réexamen
  - Soit application d'office (sans dérogation possible) de:
    - ✓ Circonstances que l'OE (ou son ST) ne pouvait pas raisonnablement prévoir, éviter et aux circonstances desquelles il ne pouvait obvier (pas de tiers responsable identifié p.ex.)
    - ✓ Révision = prolongation des délais
    - ✓ Autre révision ou résiliation SI préjudice très important:
      - > 2,5% montant initial (15% pour les F/S hors annexe 1)
      - Si prix = critère unique ou plus de 50% des points, très important si
        - 175.000 EUR avec 7,5 M EUR > MP < 15 M EUR
        - 225.00 EUR avec 15 M EUR > MP < 30 M EUR
        - 300.000 EUR avec MP > 30 M EUR
    - ✓ Plus de franchise pour l'OE
    - ✓ Dérogation possible si dument motivé mais sans démontrer le caractère indispensable

Circonstances imprévisibles en faveur de l'OE (art. 38/10)

- 2 possibilités:
  - Soit DM inclut clause de réexamen
  - Soit application d'office (sans dérogation possible) de:
    - ✓ Révision si équilibre contractuel bouleversé en faveur de l'adjudicataire suite à circonstances étrangères à l'A
    - ✓ Révision = réduction des délais
    - ✓ Autre révision ou résiliation SI préjudice très important:
      - > 2,5% montant initial (15% pour les F/S hors annexe 1)
      - Si prix = critère unique ou plus de 50% des points, très important si
        - 175.000 EUR avec 7,5 M EUR > MP < 15 M EUR
        - 225.00 EUR avec 15 M EUR > MP < 30 M EUR
        - 300.000 EUR avec MP > 30 M EUR
    - ✓ Plus de franchise pour l'OE
    - ✓ Dérogation possible si dument motivé mais sans démontrer le caractère indispensable

Suspension de l'exécution (art. 38/12)

- 2 possibilités:
  - Soit DM inclut clause de réexamen
  - Soit application d'office de:
    - ✓ Droit à suspension du délai d'exécution si
      - la suspension > 1/20e délai exéc et > 10 j. ouvr / 15 j. cal
      - Pas due à météo
      - Pendant le délai d'exéc.
- A peut prévoir une clause de réexamen pour une suspension à un moment particulier (si délai pas expiré, peut être suspendu – si délai expiré, remise d'amendes possible)
- OE prend toutes mesures de conservation
- Pas de dérogation possible

Condition d'introduction des réclamations de l'OE (art. 38/14-18 + art. 73)

- Dénoncer les faits ou circonstances dans les 30 jours de la date à laquelle l'OE aurait dû en avoir connaissance (sauf pour les ordres de l'A)
- Pour les faits et circonstances imprévisibles: décrire sommairement l'influence sur déroulement et coût du MP dans les 30 j. (même si connu de l'A)
- Obligation de transmettre justification chiffrée:
  - Avant expiration délai, si dde prolongation ou résiliation
  - Au plus tard 90 j après RP, pour révision ou D-I
  - Au plus tard 90 j après RD, pour révision ou D-I basée sur fait pendant délai garantie
- Forclusion de toute action judiciaire si délais de réclamation pas respecté
- Pas de dérogation possible

Condition d'introduction des réclamations de l'A (art. 38/14 et 38/17)

- Nouveau:
  - Délai de 30 j. pour dénoncer les faits par écrit!
  - Pour les circonstances étrangères à l'A qui favorisent l'OE: dénonciation au plus tard 90 j après RP
- Pas de dérogation possible

Section 8 - Modifications au marché

Modifications au marché – ancien régime

- Ancien art. 37: faculté de modification par PA si objet inchangé et < 15%. Modifications essentielles si motivé et ordre modificatif ou avenant.
- Ancien art. 38: cession possible du MP moyennant accord partie cédée
- Art. 52 et suivants: régime obligatoire pour les réclamations et requêtes

Modifications au marché - généralités

- Principe: pas de modification sans nouvelle procédure de marché sauf si autorisé par RGE (art. 37)
- Exception: modification possible si clause de réexamen prévue dans DM (art. 38)
  - Quelle que soit la valeur monétaire
  - Clause « claire, précise et équivoque »
  - Précise le champ d'application et la nature des modifications possibles
  - Conditions d'usage de la clause
  - Pas de modification de la nature globale du marché
- Pas de dérogation possible

Ordres modificatifs (art. 80)

- Tout ordre modificatif est écrit
  - Assimilation: ordre verbal confirmé par recommandé de l'OE et non-contesté par l'A dans les 3 jours
  - Modifications de portée mineure: mention au JT
- Ordre mentionne la prolongation de délai ou non

Prix des modifications (art. 80)

- Modifications aux prix unitaires de l'offre OU prix unitaires à convenir
- Faculté de réviser les PU pour:
  - Travaux suppl. > 3 x quantité métré
  - Ou travaux suppl. > 10% prix MP et > 2.000 EUR
  - Ancien prix reste applicable aux quantités présumées dans métré
  - Travaux supprimé > 20% quantité métré
- Demande de révision dans les 30 j. de l'ordre modificatif par recommandé postal ou électronique
- Si désaccord, A arrête d'office les prix, tous droits saufs de l'OE
- Si ordres modificatifs génère réduction prix global, indemnité forfaitaire = 10% moyennant déclaration de créance

Modifications non substantielles (art. 38/5)

- Pas de nouveau marché si modification non-substantielle
- Quelque soit la valeur
- Substantiel = rend le MP différent par nature du MP initial

  Substantiel si remplit 1 des conditions suivantes:

  - Si modif incluse dans MP: autres candidats, plus de participants, classement différent offres,
  - Modifie équilibre économique du MP en faveur de l'OE de manière imprévue
  - Elargit considérablement le champ d'application du MP
  - Remplacement de l'OE (hors restructuration)
- Pas de dérogation possible

De minimis (art. 38/4)

- Pas de nouveau marché si modification « de minimis » :
  - < 5.225.000 EUR
  - et < 15% valeur MP (si plusieurs modifications, valeur cumulée)
  - Et pas de changement de la nature globale du MP
- Pas de dérogation possible

Travaux complémentaires (art. 38/1 et 38/19)

- Pas de nouveau marché si travaux complémentaires:
  - nécessaires, ne figurant pas dans les DM
  - Changement d'OE impossible (économiquement ou techniquement) ET présente inconvénient majeur ou une augmentation substantielle des coûts
  - Maximum 50% valeur initiale indexée MP par modification (NOUVEAU: donc même si plusieurs successives)
- Nouveau: publication d'un avis pour les MP européens
- Pas de dérogation possible

Evènement imprévisible pour l'A (art. 38/2 et 38/19)

- Pas de nouveau marché si « évènement imprévisible » par un A diligent:
  - Circonstances qu'un A diligent ne pouvait pas prévoir
  - Pas de changement de la nature globale du marché
  - Maximum 50% valeur initiale indexée MP par modification (NOUVEAU: donc même si plusieurs successives)
- NOUVEAU: publication d'un avis pour les MP européens
- Pas de dérogation possible

Remplacement de l'OE(art. 38/3)

- Pas de nouveau marché si remplacement de l'OE:
  - Soit en application d'une clause de réexamen dans les DM
  - Soit suite à restructuration OE, pour autant que nouvel OE remplit les conditions de SQ et pas d'autre modification essentielle du MP + accord A
- Pas de dérogation possible

Section 9 - Moyens d’action de l’A

Défaut d'exécution (art. 44 + 87)

- Défaut d'exécution:
  - Prestations pas exécutées conformément aux DM
  - Prestations pas poursuivies de telle manière qu'elles seront finies aux dates fixées
  - OE ne suit pas les ordres écrits de l'A
- Tout défaut d'exécution est constaté par un procès-verbal dont 1 copie est immédiatement envoyée par recommandé postal ou électronique (même avant commencement exécution)
- Obligation de régularisation de l'OE
- Délai de 15 j. pour moyens de défense. Silence = reconnaissance des faits
- NOUVEAU: délai peut être réduit par DM à min 5 j. (non-paiement salaires) ou min 2 j. (travailleurs illégaux)
- Tout manquement constaté par PV permet sanctions

Pénalités (art. 45)

- Applicables si PV de manquement et pas de justification (admissible ou fournie)
- Pénalités générales (du RGE)
  - Pénalité unique: 0,07 % montant HTVA (nouveau) MP (min = 40 EUR et max = 400 EUR)
  - Pénalité journalière:
    - Si nécessité de faire disparaître immédiatement le manquement
    - 0,02 %/j. montant HTVA (nouveau) MP (min = 20 EUR et max = 200 EUR)
    - Dû àpd 3e jour après dépôt recommandé du PV manquement jusqu'à la fin du manquement
- Pénalités spéciales (des DM)
  - A peut prévoir des pénalités spéciales pour tout manquement, dans les DM
  - Doit correspondre à la réparation d'un préjudice réel – est réductible par le juge

Amendes pour retard (art. 46 + 86)

- Dues sans PV ou mise en demeure
- Si MP avec plusieurs parties ou phases, amendes sur chaque délai calculée séparément
- Calcul du montant de l'amende :
  - Formule mathématique imposée par l'art. 86 §1er RGE
  - Possibilité d'une autre formule si délai d'exécution = critère d'attribution
  - Possibilité de fixer une formule pour les délais partiels « de rigueur » (ou à défaut, formule à l'art. 86 §4 RGE)
  - Montant maximum ne peut pas dépasser 5% MP (ou 10% si délais = critère attribution)
  - Pas de réclamation des amendes < 75 EUR
- Indépendant des pénalités ou des d-i dus à des 1/3
- NOUVEAU: % du montant HTVA du MP

Remise des amendes pour retard et pénalités (art. 50)

- Remise des amendes de retard
  - Remise partielle ou totale si retard dû en tout ou partie à un fait de l'A ou circ imprévisibles survenus avant fin délai exéc (dénoncés dans les délais visés à l'art. 38/15) ;
  - Remise partielle si disproportion entre amendes et l'importance minime des prestations en retard. Etabli si prestations < 5% du MP et si utilisation normale ouvrage et OE a tout mis en œuvre pour réduire le retard
  - Demande de remise introduite par écrit dans les 90 j. du paiement des amendes
- Remise des pénalités
  - Remise partielle si disproportion entre pénalités et l'importance minime des manquements et si OE a tout mis en œuvre pour remédier au défaut
  - Demande de remise introduite par écrit dans les 90 j. du paiement des pénalités

Mesures d'office (art. 47 + 84)

- Si silence de l'OE après PV de manquement ou si justifications non-admises, l'A peut appliquer des mesures d'office:
  - Après le 15e jour (ou avant si reconnu par OE)
  - Résiliation unilatérale du MP avec prélèvement du cautionnement à titre de sanction forfaitaire (exclut pénalités et retard sur partie résiliée) (pas de dommage forfaitaire si entente)
  - Ou exécution en gestion propre par l'A aux frais de l'OE
  - Ou marché pour compte avec 1 ou plusieurs tiers aux frais de l'OE

Mesures d'office (art. 47 + 84)

- Décision de passer aux mesures d'office est annoncée par recommandé postal ou électronique ou contre récepissé
- Interdiction d'intervenir de l'OE et si pas gratuit.
- Etat des lieux
- Envoi à l'OE des DM du nouveau MP
- OE supporte les surcouts
- OE peut suivre les travaux
- Envoi à l'OE des lieux et dates de réception
- Amende pour retard au maximum (5 ou 10%)
- Frais de conclusion du marché pour compte: 1% nouveau marché et max 15.000 EUR

Retenues pour salaires, charges sociales et impôts (art. 88)

- Retenues sur paiement en cas de non-paiement par l'OE des salaires, charges sociales et impôts
- Paiement à qui de droit

Autres sanctions (art. 48-49 + 85)

- Exclusion des marchés futurs
  - Si manquement important ou continu d'une dispo essentielle ou entente entre OE/A
  - Audition préalable de l'OE
  - Notification d'une décision motivée
  - Exclusion pendant 3 ans à dater fin « infraction »

- Exclusion mais sans préjudice d'invoquer des mesures correctrices pour participer quand même à de futurs marchés
- Sanctions spécifiques en cas d'entente constatée en cours d'exécution
- Possibilité d'ordonner la démolition – reconstruction en cas de soupçon de fraude, aux frais de l'OE si fraude confirmée

Section 10 - Réception du MP

Réception technique préalable (art. 41 – 42 + 82)

- PA peut y renoncer si matériaux contrôlés par un autre organisme
- RT préalable à la demande de l'adjudicataire:
  - Produits refusés sont remplacés et enlevés du chantier dans les 15 j. (à défaut, enlevé d'office aux frais OE)
  - Produits réceptionnés peuvent encore être refusés jusqu'à la RD
  - Délai d'acceptation/refus: 30 j. (60 j. si labo) ou délai + court prévu par DM
  - Si délai dépassé, prolongation du délai d'exécution (pas de D-I)
  - Droit de chaque partie à un contre-essai, aux frais du « perdant » (avec éventuelle prolongation du délai si justifié pour OE)

Réception technique a posteriori (art. 41 - 43)

- PA peut y renoncer si matériaux contrôlés par un autre organisme
- DM précise:
  - Prestations soumises à RT a posteriori
  - Portée de la RT a posteriori
- Produits refusés sont remplacés
  - Délai d'acceptation/refus: 30 j. (60 j. si labo) ou délai + court prévu par DM
- Cautionnement spécifique ou retenue

Réception provisoire (art. 64 – 65 + 73 + 91 - 93)

- Réception provisoire: constat de l'achèvement des travaux
- A dispose des travaux
- Prise de possession ne vaut pas RP (prise de possession peut être partielle)
- PV de réception accordant ou refusant la RP dans les 15 j. (sauf intempéries) : soit de la date prévue, soit recommandé postal ou électronique de l' OE
- Convocation de l'OE pour la RP par recommandé au moins 7 j. à l'avance
- Délai de garantie = 1 an sauf autrement prévu par DM
- Si refus de RP, ouvrage peut être démoli, éventuellement aux frais de l'OE
- Constat d'avarie:
  - P-V daté et signé par l'A
  - Envoi recommandé à l'OE avant la fin du délai de garantie, dans les 30 j. du constat
  - Sinon pas de responsabilité de l'OE
  - Responsabilité exclue si cas fortuit / force majeure / emploi anormal des produits livrés, sauf si malfaçon

Réception provisoire (art. 64 – 65 + 73 + 91 - 93)

- Ouvre la période de garantie contractuelle. OE responsable pendant toute la période sauf des dommages non-imputables
- Ouvre la période de garantie décennale
- Pendant la période de garantie: remplacement des éléments défectueux par l'OE à ses frais
- A défaut de remplacement, remplacement aux frais de l'OE
- Nouveau délai de garantie sur les produits remplacés. Délai prolongé si non-utilisation ouvrage pendant avarie
- Libération de la caution pour moitié (sous déduction sommes dues)
- Toute action en justice de l'OE doit être intentée dans les 30 mois RP (+ 3 mois de pourparlers)

Réception définitive (art. 64 + 73 + 91 - 93)

- Réception définitive: achèvement complet des travaux
- Fin de la période de garantie
- Réception Accord-cadre = dernière réception MP conclu
- PV de RD dans les 15 jours de la fin de garantie. Si refus, OE doit réparer et nouveau PV dans les 15 j. du recommandé postal ou électronique
- Convocation de l'OE pour la RP par recommandé au moins 7 j. à l'avance
- Libération du solde de la caution (sous déduction des sommes dues)
- Toute action en justice de l'OE fondée sur un problème pendant la période de garantie doit être intentée dans les 30 mois RD (+ 3 mois de pourparlers)

Section 11 - Résiliation du marché

Résiliation du marché(art. 61-63)

- Faculté de résiliation
  - en cas de décès de l'OE
  - si motifs d'exclusion:
    - Pv de manquement
    - Droit de l'OE de justifier de mesures correctrices
    - Droit de régulariser les dettes sociales ou fiscales une fois pendant le MP
  - si internement, mise sous adm provisoire ou tutelle
  - si modifications substantielle du marché justifiant nouveau MP
  - Pas de dérogation possible
- Résiliation cumulable à des mesures d'office
- Si Accord-cadre, MP peut décider de résilier l'accord-cadre mais laisser se poursuivre les MP conclus
- Si résiliation, liquidation du MP « en l'état »

Merci pour votre attention!

Pour toute information complémentaire, n'hésitez pas à me contacter:

Gauthier ERVYN
Avocat