

SESSION 2

Cycle de formation

RISQUES & STRATEGIES

CONTRACTUELS



SCHOUPS

Contrat de construction déséquilibré dans les
marchés publics : Prenez vous le risque ?



Contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics



André Delvaux

+32 4 342 30 50

a.delvaux@elegis.be



Renaud Simar

+32 2 240 15 20

r.simar@elegis.be



Mathieu Thomas

+32 3 260 98 60

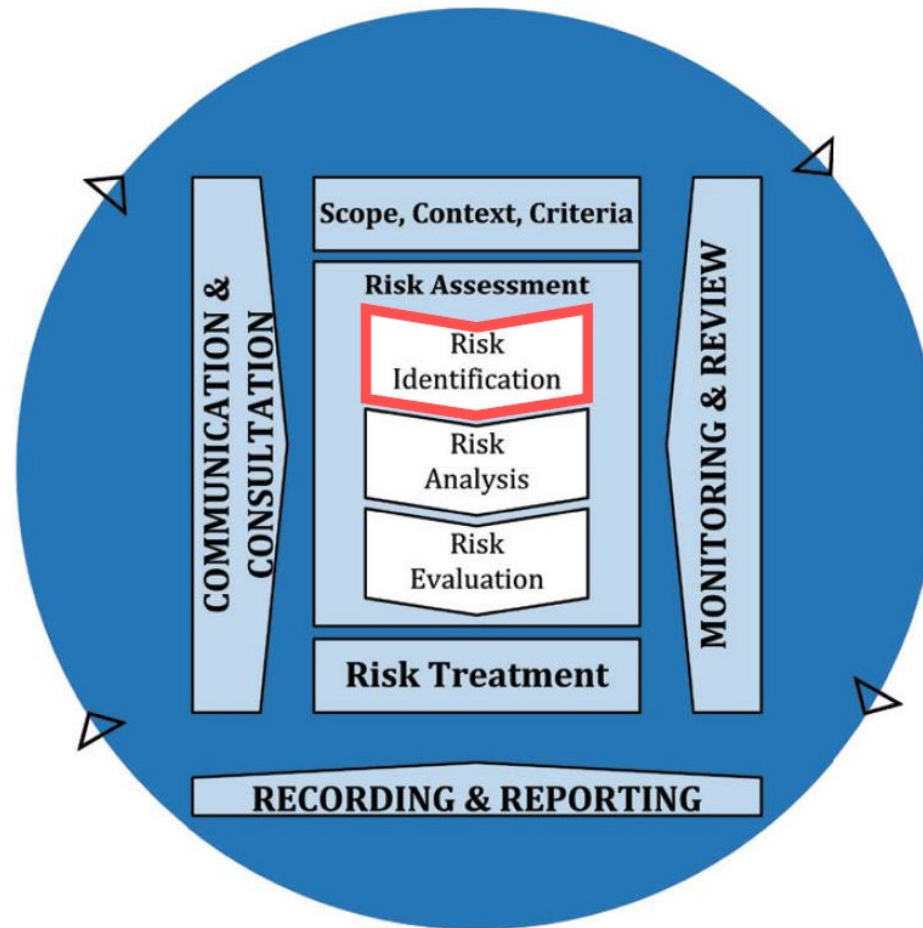
mathieu.thomas@schoups.be

Avec l'aide de Kristof Van Keer

Table des matières : Approche procédurale de l'analyse des risques

- I. Détection des risques dans les clauses contractuelles et analyse par fréquence et par taille
- II. Gestion stratégique des risques
- III. Application de la stratégie aux clauses

I. Détection des risques dans les clauses contractuelles et analyse par fréquence et par taille



Source : voir présentation Gaëtan AUVRAY, diapositive 18.

I. Détection des risques dans les clauses contractuelles et analyse par fréquence et par taille

Risques courants concernant les clauses contractuelles dans les marchés publics :

- Répartition des risques : circonstances imprévisibles (contamination du sol, câbles, travaux de terrassement) et force majeure (catastrophes naturelles, pandémies).
- Non-obtention / suspension / annulation de permis
- Défauts du bâtiment ou de l'infrastructure dans son état existant (amiante, stabilité, problèmes d'humidité)
- Plafonnement de la responsabilité
- Drainage
- Révisions et fluctuations des prix
- Obligation de résultat / de moyens
- La répartition des travaux entre les parties
- La coordination des études (contradictions entre les plans, etc.) et l'exécution des travaux (mission de pilotage/de coordination, sous-traitance, etc.)
- Accidents sur le chantier ou l'infrastructure

Contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics

- I. Détection des risques dans les clauses contractuelles et analyse par fréquence et par taille

Risk Matrix Scoring		Impact				
		Insignificant	Minor	Moderate	Major	Huge
		1	2	3	4	5
Likelihood	Almost Certain 5					
	Likely 4					
	Possible 3					
	Unlikely 2					
	Rare 1					

Source : voir présentation Gaëtan AUVRAY, diapositive 27.

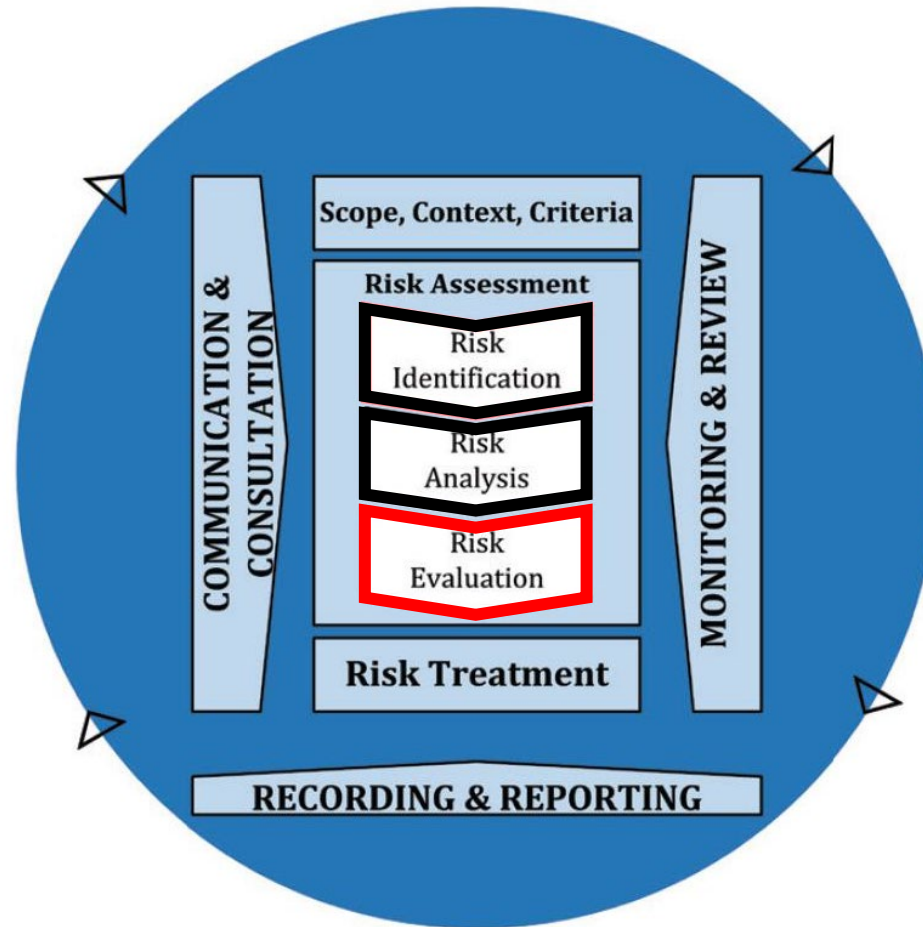
Contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics

I. Détection des risques dans les clauses contractuelles et analyse par fréquence et par taille

Risk Matrix Scoring		Impact				
		Insignificant	Minor	Moderate	Major	Huge
		1	2	3	4	5
Likelihood	Almost Certain 5					
	Likely 4			F		B
	Possible 3					
	Unlikely 2					J
	Rare 1					D

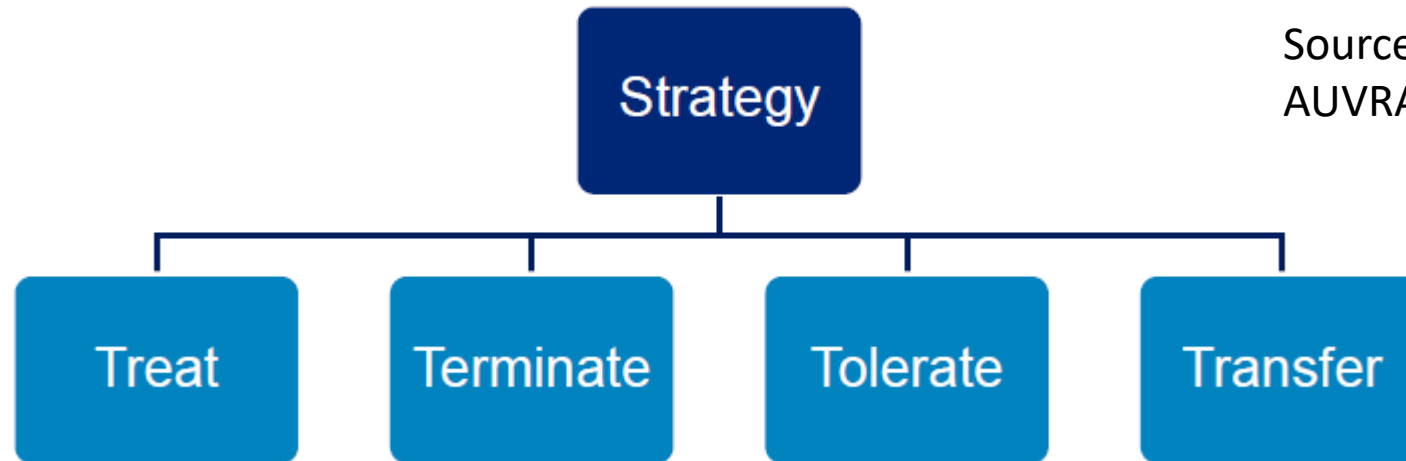
- A. Circonstances imprévisibles
- B. Permis
- C. Défauts du bâtiment
- D. Plafonnement de la responsabilité
- E. Drainage
- F. Révisions et fluctuations des prix
- G. Obligation de résultat / de moyens
- H. Répartition des travaux
- I. Coordination des études et de l'exécution des travaux
- J. Accidents

II. Gestion stratégique des risques



Source : voir présentation Gaëtan AUVRAY, diapositive 18.

II. Gestion stratégique des risques



Source : voir présentation Gaëtan AUVRAY, diapositive 37.

- A. Traitement du risque
- B. Refus d'assumer le risque
- C. Acceptation du risque avec mesures spéciales
- D. Transfert du risque

II. Gestion stratégique des risques

A. Traitement du risque : information vs. transparence

- **Quid de l'évaluation des responsabilités pendant l'exécution du marché ?**
- **L'obligation d'information du pouvoir adjudicateur** comprend l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de procéder à une étude préalable et minutieuse, dont les résultats doivent être communiqués de manière transparente aux candidats soumissionnaires.
- Le **devoir d'enquête du soumissionnaire** signifie que celui-ci doit étudier attentivement le cahier des charges à la lumière de sa propre expérience et de ses connaissances, interpréter de manière pertinente les dispositions du cahier des charges et signaler rapidement toute erreur ou omission (voir art. 80-82 AR Passation 2017).

II. Gestion stratégique des risques

A. Traitement du risque : information vs. transparence

- Exonération du PA de l'obligation d'informer : transférer l'obligation d'informer aux soumissionnaires ? La jurisprudence est divisée, mais pour la plupart stricte envers le PA :
 - **Article 1162 du Code civil** : est interprété de manière stricte au détriment de la partie qui a stipulé (souvent le PA).
 - **Article 1134 du Code civil** : rejeté car il prive le contrat de toute signification réelle.
 - De plus, ces clauses constituent souvent une déviation des **RGE (anciennement CGC)** en faisant porter l'entière responsabilité à l'entrepreneur de travaux.
 - Respect des principes de proportionnalité et de transparence
- Considération jurisprudentielle : les circonstances factuelles sont décisives

II. Gestion stratégique des risques

A. Traitement du risque : information vs. transparence

- Critères factuels issus de la jurisprudence concernant le devoir d'informer du PA vs. devoir de dénoncer du soumissionnaire :
 - le temps pour vérifier les documents du marché ;
 - l'interprétation logique ou non des documents du marché par le soumissionnaire ;
 - le caractère flagrant (ou non) de l'erreur dans les documents du marché et le nombre de soumissionnaires ayant remarqué l'erreur ;
 - si une étude spécialisée (réalisée par exemple par un bureau d'étude) constitue ou non la base des documents du marché ;
 - le degré de spécialisation et l'expérience du soumissionnaire ;
 - le degré de spécialisation et expérience du PA.

II. Gestion stratégique des risques

A. Traitement du risque : l'importance des questions-réponses pendant la phase de passation

- Demander une clarification/explication des clauses du marché pour réduire les risques
- Signaler les risques incontrôlables au pouvoir adjudicateur ou demander une analyse supplémentaire au pouvoir adjudicateur.
- Si nécessaire, prendre des mesures supplémentaires pour gérer l'apparition ou l'impact des risques, telles que des visites supplémentaires du site, des sondages, des enquêtes, etc.
- Dans les cas sensibles, les organisations professionnelles peuvent écrire aux pouvoirs adjudicateurs pour soulever des clauses illégales ou anticoncurrentielles.

II. Gestion stratégique des risques

A. Traitement du risque : obligation de dénonciation du soumissionnaire

- **Erreur / omission qui rend impossible le calcul du prix ou la comparaison des offres :**
 - Obligation de dénonciation : informer le pouvoir adjudicateur immédiatement et par écrit, au plus tard 10 jours avant la date limite de réception des offres (Art. 81 AR Passation)
 - Après la date limite d'introduction des offres, le soumissionnaire n'est plus fondé à se prévaloir (art. 82 AR Passation) :
 - Des erreurs ou omissions qui figurent dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire
 - Des vices de forme, erreurs ou omissions dans son offre
- Que se passe-t-il si des erreurs/écarts illégitimes ne sont pas signalés malgré cette obligation de notification ? Voir ci-dessous la stratégie d'acceptation des risques.

II. Gestion stratégique des risques : réserves

B. Refus du risque : réserves

- **Faire des réserves dans l'offre pour certaines clauses**
- Attention aux irrégularités !
 - Forte réserve - non-acceptation formelle de la clause : risque élevé que la réserve soit considérée comme une irrégularité substantielle
 - Réserve faible : indiquer qu'une certaine clause est "à discuter" : le risque d'irrégularité reste, mais cela peut marcher, notamment dans les procédures négociées. Il existe également un risque que le pouvoir adjudicateur ne tienne pas compte de la réserve et se contente d'attribuer le marché (discussions ultérieures sur la portée de la réserve "faible").

II. Gestion stratégique des risques

B. Refus du risque: contester les documents du marché

- **Quelle décision contester ?**
- La décision d'adopter les documents du marché:
 - C.E. 20 janvier 2011, n° 210.523, NV Besix e.a.
 - Dans le cas d'un avis; C.E. 18 janvier 2018, n° 240,476, SPRL Instele.
 - Que faire dans le cas d'un avis rectificatif ?
- La décision d'attribution dans laquelle il est fait application des documents du marché irréguliers :
 - C.E. 16 mai 2019, n° 244.523, NV Terra Engineering&Consultancy
 - Quid dans le cas d'une clause Neorec dans les documents du marché (C.E. 18 février 2020, n° 247.073, Modero ; C.E. 30 novembre 2018, n° 206.598, Deckx) ?

II. Gestion stratégique des risques

B. Refus du risque: contester les documents du marché

- **Quand contester la décision ?**
- **Suspension** : Période de recours : 15 jours à compter de la décision de non-sélection.
 - Conseil d'État : "Extrême urgence" – aucun appel possible
 - Juge civil : en référé (si le PA ≠ autorité administrative au sens des lois coordonnées sur le Conseil d'État) - recours possible.
 - Suspension de la décision : souvent **retrait** et nouvelle décision : attention à la "**victoire à la Pyrrhus**".
 - Pas de décision de suspension : le marché est conclu
- **Risque commercial ! Évaluation nécessaire**
- **Annulation** : Période de recours : 60 jours à compter de la notification (prolongée de 4 mois si aucun recours n'est introduit contre la décision de sélection)
 - Souvent non poursuivie après la procédure de suspension
 - Outil de presse stratégique

II. Gestion stratégique des risques

C. Acceptation avec des dispositions particulières

C1. Réduction des risques dans les offres

C2. Accepter le risque et le remettre en question plus tard lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

II. Gestion stratégique des risques

C. Acceptation avec des dispositions particulières

C. 1. Réduction des risques

- Tenir compte des risques dans le prix de l'offre et proposer une réduction de prix lors des négociations si les risques sont atténués.
 - La rémunération doit être proportionnelle aux risques assumés par le contractant.
 - Possible d'assurer - mais pas complet
 - Application éventuelle d'une "surcharge de risque" par le biais d'une augmentation de prix

« Il est clair, cependant, que le capital privé n'accepte pas tous les risques sans discernement - ils doivent être attribués contractuellement aux partenaires les plus aptes et les plus intéressés à les supporter, et les récompenses attendues doivent compenser les risques pris. »

Neil Kinnock, "Gestion des risques liés aux PPP pour les grands projets de transport", le Ministère espagnol des travaux publics, la Compagnie ferroviaire espagnole et la Commission européenne.

II. Gestion stratégique des risques

C. Acceptation avec des dispositions particulières

C. 1. Réduction des risques

- **Risque de majorations dans les offres**
 - Dans les procédures d'attribution dont le prix est le seul critère d'attribution : un désavantage concurrentiel
 - Il est souvent préférable, d'un point de vue juridique, de soumissionner avec une réduction de prix plutôt que de ne pas soumissionner. → exigence d'"intérêt" en vue d'une recours ultérieure ou dans le cas où le pouvoir adjudicateur passe de la procédure à la procédure négociée après l'arrêt de la procédure d'adjudication en raison d'offres inacceptables, etc
 - Attention aux risques d'exclusion en raison de prix anormalement élevés : Le soumissionnaire peut citer des éléments dans la justification du prix (par exemple, les risques, la complexité, la taille du projet d'infrastructure, etc.)
- Voir les méthodes possibles de calcul des risques dans la conférence de Gaëtan AUVRAY, à partir de la diapositive 30.

Monte Carlo analysis

Risk	Probability	Optimistic Cost Impact	Most likely Cost Impact	Pessimistic Cost Impact
Risk 1	15%	€ 50 000	€ 75 000	€ 150 000
Risk 2	50%	€ 0	€ 150 000	€ 600 000
Risk 3	25%	€ 5 000	€ 55 000	€ 60 000
Risk 4	75%	€ 35 000	€ 50 000	€ 150 000
Risk 5	75%	€ 25 000	€ 30 000	€ 35 000
Risk 6	30%	€ 0	€ 10 000	€ 50 000

II. Gestion stratégique des risques

C. Acceptation avec des dispositions particulières

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché.

- A Dérogations illégales RGE
 - B Clauses d'ordre public/Clauses nulles
 - C Principe de proportionnalité
 - D Principe de transparence
 - E Règles d'interprétation du Code civil
 - F Abus de droit
- Inconvénient : souvent une incertitude juridique ; évaluation de la légitimité des dérogations. Souvent, il n'y a pas de solution pour une répartition inadéquate des risques.

II. Gestion stratégique des risques

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché.

A. Dérogations illégales AR RGE

- Distribution des risques dans l'AR RGE ?

- **Principe:** AR RGE négocié au sein de la Commission des marchés publics composée de représentants des secteurs publics et privé



- AR RGE = équilibre fragile entre les droits et obligation des PA – Adjudicateur qui s'écarte significativement du droit commun des contrats



Conséquence : les dérogations à l'AR RGE sont limitées par l'art. 9 AR RGE afin de préserver cet équilibre

Un contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics

Modifications RGE 2017

Si les articles sont d'application au marché (voir Chapitre 1 RGE)	Modifications interdites	Modifications sous conditions			
		Justification admissible		Nécessité d'exigences particulières du marché	Liste des modifications en tête du cahier des charges
			+ motivation expresse dans le cahier des charges , sauf convention signée par les parties		
	x				
Tous les marchés, sauf ceux portant à la fois sur le financement, la conception et l'exécution des travaux, ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci	x				
Tous les marchés		x	x	x	x
Tous les marchés		x	x		x
Tous les marchés		x			x

Un contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics

Modifications RGE 2017

Chapitre 1er	
1	Transposition
2	Definitions
3	Taxe sur la valeur ajoutée
4	Fixation des délais
5	Champ d'application
6	
7	
8	
9	Dérogations et clause abusives

Chapitre 2	Dispositions communes aux marchés de travaux, de fournitures et de services
Section 1ère	Cadre général
10	Utilisation des moyens électroniques
11	Fonctionnaire dirigeant
12	Sous-traitants
12/1	
12/2	
12/3	
12/4	
13	
14	
15	
16	Main d'oeuvre
17	Marchés distincts
18	Confidentialité
Section 2	Droits intellectuels
19	Utilisation des résultats
20	Méthodes et savoir-faire
21	Enregistrements
22	Sous-licence d'exploitation
23	Assistance mutuelle et garantie ²⁴

Modifications RGE 2017

Section 3	Garanties financières
24	Assurances
25	Cautionnement : étendue et montant
26	Cautionnement : nature du cautionnement
27	Cautionnement : constitution du cautionnement et justification de cette constitution
28	Cautionnement : adaptation du cautionnement
29	Cautionnement : défaut de cautionnement
30	Cautionnement : droits de de l'adjudicateur sur le cautionnement
31	Cautionnement : cautionnement constitué par des tiers
32	Cautionnement : transfert du cautionnement
33	Cautionnement : libération du cautionnement
Section 4	Documents du marché
34	Conformité de l'exécution
35	Plans, documents et objets établis par le pouvoir adjudicateur
36	Plans de détail et d'exécution établis par l'adjudicataire

Un contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics

Section 6	Contrôle et surveillance du marché
39	Etendue du contrôle et de la surveillance
41	Modes de réception technique
42	Réception technique préalable
43	Réception technique a posteriori
Section 7	Moyens d'action de l'adjudicateur
44	Défaut d'exécution et sanctions
45	Pénalités
46	Amendes pour retard
46/1	
47	Mesures d'office
48	Autres sanctions
49	
50	Remise des amendes pour retard et des pénalités
51	
Section 10	Fin du marché
61	Résiliation
62	
62/1	
63	
64	Réceptions et garanties
65	
Section 11	Conditions générales de paiement
66	
67	Avances
68	Paieement en cas d'opposition au paiement ou de saisie-arrêt
69	Intérêts pour retard dans les paiements et indemnisation pour frais de recouvrement
70	Interruption ou ralentissement de l'exécution par l'adjudicataire
71	Réfaction pour moins-value
72	Compensation
Section 12	Actions judiciaires
73	

Modifications RGE 2017

Un contrat de construction déséquilibré dans les marchés publics

Chapitre 3	Dispositions propres aux marchés de travaux
Section 1ère	Dispositions communes à tous les marchés de travaux
74	Autorisations
75	Direction et contrôle
76	Délais d'exécution
77	Mise à disposition de terrains et de locaux
78	Conditions relatives au personnel
78/1	
79	Organisation du chantier
80	Modifications au marché
81	Jeu des quantités présumées
82	Moyens de contrôle
83	Journal des travaux
84	Responsabilité de l'entrepreneur
85	Moyens d'action: soupçon de fraude et de malfaçons
86	Moyens d'action: amendes pour retard
87	Moyens d'action : mesures d'office
88	Moyens d'action: retenues pour salaires, charges sociales et impôts dus
90	Découvertes en cours de travaux
91	Réceptions et garantie
92	
93	Libération du cautionnement
94	Prix du marché en cas de retard d'exécution
95	Paiements

Modifications RGE 2017

II. Gestion stratégique des risques

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché.

A. Dérogations illégales RGE

- Des sanctions ?
 - Si la motivation des dérogations aux articles 10, 12, 13, 18, 25 à 30, 38/9 §§ 1 à 3, 38/10 §§ 1 à 3, 44 à 61, 66, 68, 70 à 73, 78, 79 à 81, 84, 86, 96, 121, 123, 151 et 154 RGE manque, la dérogation sera considérée comme non écrite, à moins qu'il n'y ait un accord signé par les parties.
- Quid en cas de violation d'autres articles ? Aucune sanction explicite prévue et aucune jurisprudence récente RGE 2017. La jurisprudence sur C.G.CH. 1996 est stricte et applique la même sanction dans d'autres cas également : voir entre autres Cass. 26 avril 1990, *T. Aann.* 1992, 95-99 ; voir aussi Cass. 20 mars 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1020 ; Kh. Bruxelles, 18e chambre, 24 mai 1991, concernant NV Abay-T.S./N.M.B.S., *T. Aann.* 1992, 103.

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

A. Dérogations illégales RGE

- Contrôle supplémentaire avec clauses de révision - Conditions art. 38 RGE :

*« Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation de marché, lorsque, quelle que soit sa valeur monétaire, elle a été prévue dans les documents du marché initial sous la forme d'une clause de réexamen **claire, précise et univoque** »*

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

B. Clauses d'ordre public / clauses nulles

- Les motifs de nullité du code civil s'appliquent en tant que droit supplétif.
 - Articles 1108 à 1133 du code civil (consentement, capacité, objet spécifique et cause admissible et figure du préjudice qualifié) :
 - En pratique, uniquement reconnu pour les contrats nuls et non pour les clauses nulles.
- violation de l'ordre public (ex.: clauses méconnaissant la séparation d'ordre public des missions de conception et d'exécution)
- clauses violant le principe de concurrence et d'égalité (par exemple, application du droit des marchés publics)
 - clauses et/ou vidant d'objet l'obligation d'information
 - clauses violant le principe du « forfait » : mode de fixation du prix et non clause d'exonération des obligations du donneur d'ordre.

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

C. Principe de proportionnalité - RGE art.9, § 4

- Article 4 de la loi sur les marchés publics de 2016 : principes européens, y compris **NOUVEAU** le principe de proportionnalité : également lorsque le marché public < les seuils européens (CJUE 7 décembre 2000, n° C-324/98, 'Telaustria', arrêts 59-62).
- Le principe de proportionnalité s'applique à toutes les phases d'un marché public - tant pendant la procédure d'attribution que pendant l'exécution du contrat.
 - Donc également lors de la rédaction des documents contractuels : test de proportionnalité lors de l'attribution des risques au contractant ?

- Le principe de proportionnalité peut changer la donne

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

C. Principe de proportionnalité

- Cf. Pays-Bas : Guide de la proportionnalité (contraignant pour les PA néerlandais, les écarts doivent être motivés), article 3.9,A :

"Attribuer le risque à la partie qui peut le mieux le contrôler ou l'influencer [...] Il est disproportionné d'attribuer à un soumissionnaire un risque qui n'est pas ou peu prévisible et ne se produit que dans des cas exceptionnels, ainsi qu'un risque dont les effets potentiels peuvent ou vont compromettre la pérennité du prestataire, plutôt qu'un risque raisonnablement prévisible aux effets mineurs ou insignifiants".

- <https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/gids-proportionaliteit>
- Évaluation des risques nécessaire - le pouvoir adjudicateur doit s'en assurer :
 - Quelle est la probabilité que le risque se produise, et
 - Quelles seront les conséquences de la réalisation de ce risque ?

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

C. Principe de proportionnalité

- Le Guide de la proportionnalité est l'élaboration du principe de proportionnalité dans la loi néerlandaise sur les marchés publics, qui, comme la loi belge sur les marchés publics de 2016, est une transposition de la Directive 2014/24/UE.
 - Donner la même interprétation à la proportionnalité en Belgique...

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

C. Principe de proportionnalité

- Validité juridique du cahier des charges : évaluation *in concreto* :
- L'évaluation des risques par PA peut, si nécessaire, être effectuée en établissant une "matrice de répartition des risques".
- Ainsi, le cahier des charges n'est pas « proportionné » car :
 - (Certains) risques ne sont pas ou peu prévisibles (cf. "ainsi que les risques imprévus").
 - Les conséquences de la survenance des risques sur la capacité de paiement du soumissionnaire sont considérables - en fonction de la durée et de la taille du projet.
 - Cf. la jurisprudence néerlandaise : une enquête préalable sur la capacité financière et économique d'un soumissionnaire n'est pas suffisante pour rendre " proportionnelle " une répartition disproportionnée des risques (Cour d'appel de La Haye 14 février 2017, n° C/09/513319, considérant 29).

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

D. Principe de transparence

- Validité juridique d'une disposition des documents contractuels ?
 - Le principe de transparence exige que le soumissionnaire présente une offre sur la base des documents contractuels, sans être confronté ultérieurement à des surprises.
 - Par des clauses du cahier spécial des charges , le PA tente de rendre l'imprévisible prévisible, ce qui porte également atteinte à la libre concurrence dans les appels d'offres.
 - Une telle façon de procéder est contraire au principe de transparence, principe directeur du droit des marchés publics et consacré par (entre autres) la section 4 de la loi sur les marchés publics de 2016.
- Voir à cet effet l'obligation d'information par rapport au principe de transparence.

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

E. Règles d'interprétation du Code civil

- Exceptions : les règles du Code civil s'appliquent aux marchés publics
 - Les règles d'interprétation des articles 1156 - 1164 du Code civil s'appliquent en raison de la nécessité de clauses claires exprimant l'intention des parties contractantes.
 - Art. 1162 C.Civ. « *En cas de doute, le contrat doit être interprété contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui s'est engagé* ».

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

E. Règles d'interprétation du Code civil

- Atténuation de la clause de pénalité excessive de 1231 du Code civil :

§(1) Le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la sanction consistant dans le paiement d'une certaine somme d'argent, si cette somme dépasse manifestement le montant que les parties ont pu établir pour réparer le dommage causé par l'inexécution du contrat. En cas de révision, le tribunal ne peut pas condamner le débiteur à payer une somme d'argent inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de la clause pénale.

§ (2) La peine peut être réduite par le tribunal si l'obligation principale a été exécutée en partie.

§ 3. toute clause qui contrevient aux dispositions du présent article est réputée non écrite.

- L'atténuation n'est possible par le juge que lorsque la sanction dépasse clairement le dommage potentiel (et donc pas le dommage réel)
- Voir Tribunal d'entreprise Bruxelles, 10 avril 2020, A/2016/00023, p. 34 (dans le cas de pénalités imposées par Infrabel en raison de travaux d'impact sur les retards et annulations de trains) :

Deze laatste bepaling is een strafbeding in de zin van artikel 1231 §1, eerste lid B.W. Derhalve kan de rechter het beding matigen indien het kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen bij de gunning van de opdracht konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. Om na te gaan of het schadebeding de potentiële schade overstijgt, dient er abstractie te worden gemaakt van de werkelijke schade die zich voordoet bij een concrete wanprestatie.

C2. Accepter le risque et le remettre en question par la suite lors de l'attribution ou de l'exécution du marché

F. Abus de droit

- Contrôle du dommage effectif encore possible sur la base du principe de proportionnalité et de l'interdiction de l'abus de droit.
- Voir Tribunal d'entreprise Bruxelles, 10 avril 2020, A/2016/00023, p. 36 et suivantes :

In tegenstelling tot een toetsing onder artikel 1231 §1 B.W. is er bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel geen sprake van een vergelijking tussen de sanctie en de potentiële schade, maar dienen de concrete omstandigheden, inclusief de werkelijke schade, te worden onderzocht. Dit volgt uit het gegeven dat het evenredigheidsbeginsel oplegt dat er geen kennelijk onredelijke wanverhouding mag bestaan tussen de opgelegde maatregelen en "de feiten".

II. Gestion stratégique des risques

D. Transférer les risques à :

- Assureurs
- Sous-traitants / Fournisseurs
- Équipe de conception
- Équipe de maintenance
- Exploitant
- Constructeur délégué
- Autres tiers

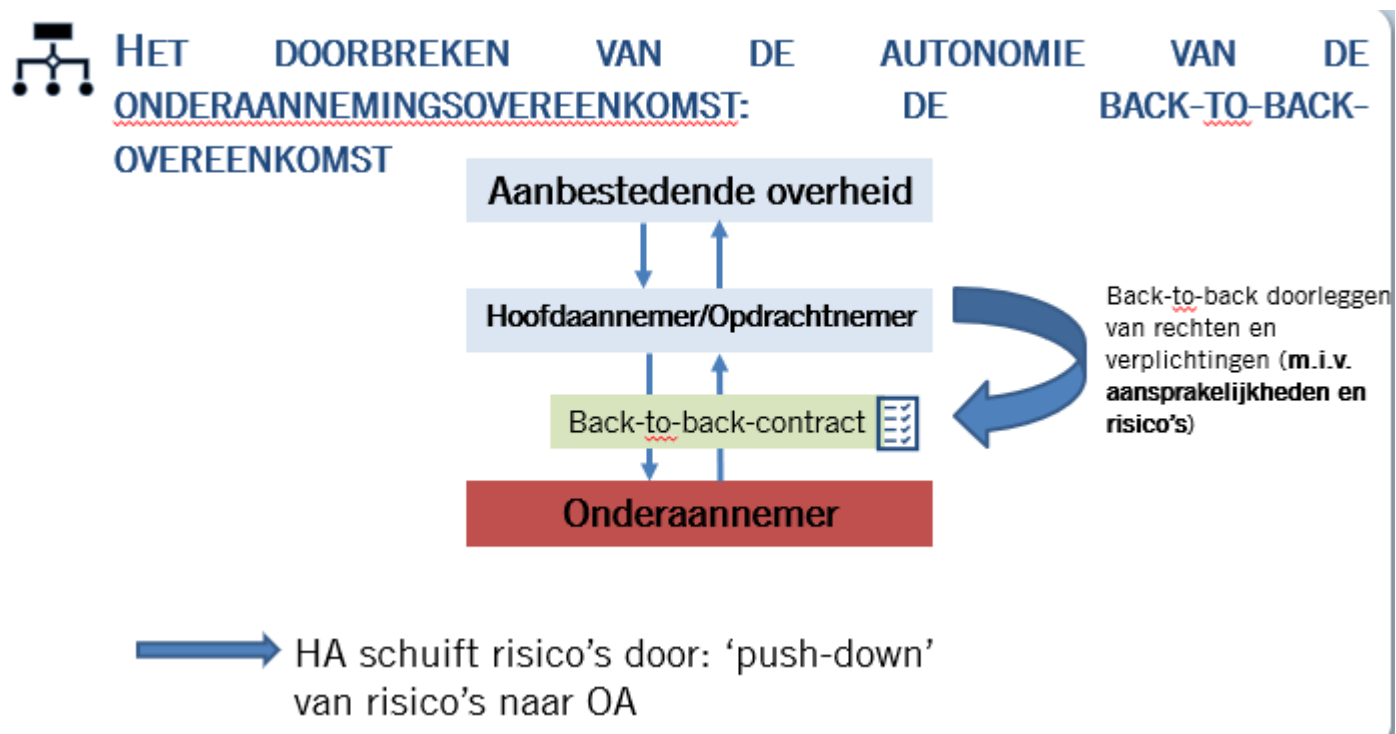
II. Gestion stratégique des risques

D. Transfert des risques aux sous-traitants :

- Principe : la sous-traitance est autorisée
- Attention : Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que certaines tâches critiques soient exécutées directement par le soumissionnaire ou par l'un des soumissionnaires combinés dans le cas des marchés de travaux et de services (et des opérations de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures) (art. 63, al. 2, Dir. 2014/24/UE et art. 78, al. 2 loi 17 Juin 2016).

II. Gestion stratégique des risques

D. Transférer les risques aux sous-traitants :



II. Gestion stratégique des risques

D. Transférer les risques aux sous-traitants :

- Le moment de la conclusion du contrat est important pour la position de négociation et la gestion des risques.



Pendant la phase d'attribution (soumise à la condition suspensive de l'attribution adjudicataire) ou pendant la phase d'exécution (espoir de meilleures conditions / risque de détérioration de la situation du marché) ?

II. Gestion stratégique des risques

B. Transfert des risques aux sous-traitants :

Un accord back-to-back clair :

- La législation sur les marchés publics peut être rendue applicable aux accords back-to-back (y compris tous les droits et obligations, y compris les risques).
- Dans un tel accord back-to-back, le droit des marchés publics constitue le cadre juridique implicite.

Attention : Rendre les dispositions du contrat principal applicables au contrat de sous-traitance entraîne des obligations pour l'entrepreneur principal/le sous-traitant.

- Considérations critiques sur une partie de la jurisprudence concernant la transparence pure et simple de l'ensemble de l'accord adjudicataire dans l'accord sous-traitant

II. Gestion stratégique des risques

D. Transfert des risques aux sous-traitants :

- Problème de l'application de l'ensemble des obligations de la convention *adjudicateur* à la convention *sous-traitant* : pas toujours "sur mesure".

Voir, par exemple, Anvers 20 avril 2010, *Entr. et Dr.* 2012, 92-110 :

"contrairement aux dispositions purement techniques du cahier général des charges, la disposition du contrat de sous-traitance selon laquelle "les travaux seront exécutés conformément aux termes et conditions du cahier général des charges et du contrat principal" ne peut se référer qu'aux dispositions réellement compatibles avec l'objet même du contrat de sous-traitance".

II. Gestion stratégique des risques

D. Transférer les risques aux sous-traitants :

- La transparence joue ici un rôle crucial - conditions :
 - Le sous-traitant doit avoir une connaissance complète et effective des conditions de l'*adjudicateur* qui lui sont applicables.
 - Risque qu'une formule de style simple ne soit pas suffisante - recommandé pour les éléments techniques uniquement
 - Le sous-traitant doit accepter ces conditions : il doit s'engager clairement à inclure les dispositions juridiques (non techniques) (par exemple, les amendes en cas de retard, les obligations de notification, les délais de réponse, les conditions d'achèvement, etc.)
 - Le sous-traitant doit en être informé en temps utile.
- En ce qui concerne la transparence : de nombreux accords de sous-traitance prévoient des clauses de transparence thématiques par domaine

II. Gestion stratégique des risques

D. Transfert des risques aux sous-traitants

En dehors d'un contrat « back to back », les RGE et les éventuelles dérogations aux RGE dans les documents contractuels ne sont en principe pas applicables au sous-traitant, à l'exception d'un certain nombre de dispositions obligatoires telles que :

- Droit de révision des prix du sous-traitant (art. 14 RGE)
- Conditions de paiement (art. 15 RGE)
- Dispositions relatives à la confidentialité (art. 18 §3 RGE)

II. Gestion stratégique des risques

D. Transfert des risques aux sous-traitants

Etant donné que le droit commun de la construction diffère considérablement des RGE, il est nécessaire d'harmoniser le contrat *adjudicateur* et le contrat *sous-traitant*. Voir notamment :

- Garanties et assurances (Art. 24-33 RGE) ;
- Délais pour la fourniture des dessins détaillés et des dessins d'exécution (art. 36) ;
- Conclusion, conditions de soumission et conséquences juridiques des modifications et des réclamations (art. 37-38 RGE) ;
- Opposabilité des contrôles et des métrés (art. 39-43 RGE) ;
- Mise en demeure, pénalités, amendes, mesures d'office et résiliation des contrats, autres sanctions (art. 44-51 RGE) ;
- Règles d'achèvement et de responsabilité (art. 64-65 RGE) ;
- Conditions de paiement (Art. 66-72 RGE) ;
- Droits légaux et délais de prescription (art. 73 RGE) ;
- Modifications de marché et du jeu des quantités présumées (Art. 80-81 RGE) ;
- Contestation des notes sur les travaux (Art. 83 RGE) ;
- Point de départ et étendue de la responsabilité décennale (art. 64 et 84 RGE)

II. Gestion stratégique des risques

D. Transférer les risques aux sous-traitants

- La répercussion des risques du Code de droit économique sur les sous-traitants (voir la prochaine conférence).
- Restrictions du Code civil (règles d'interprétation et atténuation des peines) et ordre public/nullités

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 1:

*“L'acceptation de la mission constitue **une obligation de résultat "sans réclamation"**. Si - à titre d'exemple - les quantités réelles diffèrent des quantités indiquées dans les différents métrés, si, après l'acceptation de la commande, des erreurs, des incohérences ou des omissions sont découvertes dans les annexes au présent cahier des charges/les études des bureaux d'études, si, au cours de l'exécution de la commande, l'entrepreneur découvre des contaminations du sol, des massifs souterrains, des restes de caves ou d'autres objets ou matériaux, cela ne donnera **jamais lieu à une adaptation du prix contractuel convenu, à une prolongation du délai ou à toute autre compensation.***

*La présente clause de "non-réclamation" s'applique à **toutes les parties du contrat**. Compte tenu du **caractère forfaitaire** de cette mission, c'est le contractant qui supporte **intégralement ce risque.***

*L'Entrepreneur reconnaît explicitement que **tous les risques liés à l'exécution des Travaux, y compris les risques imprévus**, sont entièrement à sa charge et, en tant que tels, **sont déjà inclus dans le prix du Contrat**, à moins que le présent cahier des charges n'en dispose autrement ou que ces risques soient apparus ou soient causés par **la faute de l'administration**. L'entrepreneur confirme qu'il est familier avec l'ensemble du site et avec la mission. **Il s'est ainsi assuré qu'il pourra exécuter les travaux au prix contractuel convenu sans pouvoir invoquer ultérieurement contre l'administration un quelconque motif d'augmentation de prix.**”*

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 2:

Les dispositions de l'article 52-53 (RGE 2013) ont été modifiées afin d'exprimer plus clairement ce qui peut être considéré comme prévisible au moment de la soumission de l'offre et d'encourager autant que possible l'entrepreneur à tenir compte des risques connus et identifiables dans la planification, la tarification et l'organisation.

Trop souvent, et certainement en période de crise, les entrepreneurs sont incités à soumettre des prix qui ne laissent aucune marge, pour ensuite créer les marges nécessaires en cours d'exécution du contrat sur la base de réclamations de toutes sortes. Il s'agit d'une pratique répréhensible qui fausse la concurrence. Il faut attendre des entrepreneurs qu'ils s'efforcent d'identifier les risques connus et identifiables et de les tarifier ou de les couvrir, plutôt que de les utiliser pour obtenir une compensation/révision du prix.

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 1 et 2 : quelles stratégies possibles ?
 - Gérer le risque :
 - Poser des questions sur la portée et le caractère approprié de la clause = cela vaut certainement la peine d'y réfléchir.
 - Demander éventuellement des recherches supplémentaires au pouvoir adjudicateur ou les entreprendre vous-même afin de limiter les risques souterrains, par exemple.
 - Refuser le risque :
 - Contester cette clause par un recours suspensif dans un délai de 15 jours calendaires (préférable compte tenu de l'effet suspensif) et/ou un recours en annulation dans un délai de 60 jours calendaires : pas très commercial et peu d'exemples réussis mais possibles par exemple en raison de la violation des art. 9 et 39/9 RGE 2017 (ancien art. 52 et 53 RGE 2013), de la violation du principe de proportionnalité et de transparence.
 - Réserve pour cette clause : risque de rejet de l'offre, sauf si le cahier des charges prévoit des suggestions à cet égard ou si des négociations sont possibles, ce qui pourrait aboutir à un compromis entre la réduction du prix et la maîtrise du risque.

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 1 et 2 : quelles stratégies possibles ?
 - Accepter le risque avec des dispositions particulières :
 - Réduction des risques : risque de désavantage concurrentiel en matière de prix mais autoprotection. Très intéressant dans les procédures négociées.
 - Contestation de la clause lors de l'exécution : résultat possible mais incertain (débat sur l'obligation de transparence par rapport à l'obligation d'information, débat sur la justification d'un écart par rapport à RGE 2017).
 - Transférer le risque à des tiers :
 - Assurer le risque : difficile pour une telle clause
 - Essayer de transférer contractuellement le risque aux sous-traitants : non négligeable mais pas non plus concluant à 100%.

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 3:

Compte tenu de l'importance économique de l'écluse, ce contrat peut être suspendu pour une période indéterminée ou définitivement arrêté si des phénomènes imprévus (tassement, déformation de la structure, etc.) ou des problèmes surviennent pendant le processus de séchage (échec du séchage du silo, etc.). Ceci s'applique également en cas de calamité avec la porte 4, où la mise en service de la porte 3 est nécessaire pour maintenir la continuité de l'écluse. L'entrepreneur n'a alors droit à aucune compensation et seuls les frais réels encourus sont payés.

L'entrepreneur ne peut prétendre à une indemnisation ou à une prolongation du délai, ni déposer une plainte en raison des difficultés ou des dommages qui lui sont causés par la circulation, le non-respect (de l'heure de début) des arrêts demandés, la navigation, le non-respect des limites de vitesse imposées par les bateliers, les travaux effectués par d'autres entrepreneurs ou maîtres d'ouvrage, les fluctuations du niveau de l'eau, la présence de câbles, de fils ou d'autres corps étrangers (y compris les restes humains) ou de matériaux qu'il doit enlever pour exécuter les travaux.

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 3: Quelles stratégies possibles ?
 - Gestion du risque :
 - Poser des questions sur la portée et le caractère approprié de la clause = cela vaut certainement la peine d'y réfléchir. Par exemple, quelle est la portée du paiement d'une compensation pour les coûts encourus par rapport à l'absence de compensation ? Quelles activités annexes sont prévues ? Quelles sont les fluctuations de l'eau ? Quelle est la fréquence du trafic ?
 - Demander éventuellement des recherches complémentaires à l'adjudicateur ou les entreprendre soi-même, par exemple pour estimer les risques techniques = une étude approfondie du mode de réalisation est nécessaire pour limiter les risques de tassements, de déformations et de problèmes d'étanchéité, ou du moins pour en estimer les conséquences. Il est également possible de mener d'autres recherches en interne sur le trafic réel et la fréquence du trafic maritime dans l'écluse.
 - Refuser le risque :
 - Contester cette clause par un recours en suspension dans un délai de 15 jours calendaires (préférable en raison de l'effet suspensif) et/ou un recours en annulation dans un délai de 60 jours calendaires : peu commercial, peu d'exemples réussis mais possible (principe de transparence et de proportionnalité, dérogation illégale RGE 2017).
 - Réserve pour cette clause : risque de rejet de l'offre sauf si le cahier des charges permet de faire des suggestions sur ce point ou si des négociations sont possibles, ce qui permettrait de trouver un compromis entre la réduction du prix et la gestion du risque.

III. Application des stratégies sur des clauses

- Exemple 3: Quelles stratégies possibles ?
 - Accepter le risque avec des dispositions particulières :
 - Réduction des risques : risque de désavantage concurrentiel en matière de prix mais autoprotection. Très intéressant dans les procédures négociées.
 - Contestation de la clause lors de l'exécution : résultat possible mais incertain (débat sur l'obligation de transparence par rapport à l'obligation d'information, débat sur la justification d'un écart par rapport à RGE 2017).
 - Transférer le risque à des tiers :
 - Assurer le risque : difficile pour une telle clause (peut-être assurer les dommages à la propriété existante via la police TRC ?)
 - Essayer de transférer contractuellement le risque aux sous-traitants : non négligeable mais pas non plus concluant à 100%.

QUESTIONS ?

