

LE DÉFAUT D'EXÉCUTION

2021
Janvier

Table des matières

1.	Qu'est-ce qu'un défaut d'exécution ?	2
2.	Quelle est la procédure en cas de constat d'un défaut d'exécution ?	2
2.1.	Rédiger un PV de constat de défaut d'exécution	2
2.2.	Transmettre une copie du PV de constat de défaut d'exécution	3
2.3.	Tirer les conséquences de la réaction de l'adjudicataire	3
3.	Quelles sont les sanctions en cas de défaut d'exécution ?	4
3.1.	Quels sont les types de sanctions ?	4
3.2.	Un choix discrétionnaire mais proportionné	4
3.3.	Amendes pour retard	4
3.3.1.	Qu'est-ce qu'une amende pour retard ?	4
3.3.2.	Comment se calculent les amendes pour retard ?	5
3.3.2.1.	Règles communes à tous les marchés	5
3.3.2.2.	En cas de marché public de travaux.....	5
3.3.2.3.	En cas de marché public de services et fournitures	6
3.3.3.	Les amendes pour retard peuvent-elles être remises ?	6
3.4.	Pénalités.....	7
3.4.1.	Qu'est-ce qu'une pénalité ?	7
3.4.2.	Pénalité spéciale.....	8
3.4.3.	Pénalité générale	9
3.4.4.	Des pénalités peuvent-elles être remises ?	9
3.5.	Mesures d'office	9
3.5.1.	Qu'est-ce qu'une mesure d'office ?	9
3.5.2.	Quelles sont les différents types de mesures d'office ?	9
3.5.3.	À quel moment le PA peut-il recourir aux mesures d'office ?	10
3.5.4.	Quelle est la procédure ?	10
3.5.5.	Quelles sont les règles applicables en marchés de travaux ?	11
3.5.5.1.	Obligations de l'entrepreneur	11
3.5.5.2.	Droits de l'entrepreneur.....	11
3.5.5.3.	Moyens d'action offerts au PA	11
3.5.5.4.	Obligations du PA.....	11
3.5.5.5.	Sanctions appliquées à l'entrepreneur défaillant en sus des mesures d'office	11
3.5.6.	Quelles sont les règles applicables en marchés de fournitures et de services ?	13
3.6.	Exclusion de la participation à d'autres marchés	14
3.7.	Peut-on déroger aux règles applicables en matière de défaut d'exécution	14
	Annexe 1	16

Règlementation pertinente :

- Article 2, 12° à 14° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (RGE) :
 - o Tous les types de marché : articles 44 à 51 RGE ;
 - o Marchés publics de travaux : articles 86 et 87 RGE ;
 - o Marchés publics de fournitures : articles 123 et 124 RGE ;
 - o Marchés publics de services : articles 154 et 155 RGE ;

1. Qu'est-ce qu'un défaut d'exécution ?

Art. 44 du RGE

Un défaut d'exécution est un manquement de l'adjudicataire dans l'exécution du marché. Un manquement peut être de 3 types, à savoir :

- Lorsque les prestations ne sont pas exécutées dans les conditions définies par les documents du marché ;
- À tout moment, lorsque les prestations ne sont pas poursuivies de telle manière qu'elles puissent être entièrement terminées aux dates fixées ;
- Lorsque l'adjudicataire ne suit pas les ordres écrits, valablement donnés par le pouvoir adjudicateur (PA).

2. Quelle est la procédure en cas de constat d'un défaut d'exécution ?

Concrètement, lorsque le PA constate que l'adjudicataire est en défaut d'exécution de ses obligations, il doit :

2.1. Rédiger un PV de constat de défaut d'exécution

Lorsqu'il constate un ou des manquements dans le chef de l'adjudicataire ou de ses sous-traitants, le fonctionnaire dirigeant du marché doit rédiger un PV de constat s'il veut pouvoir appliquer des sanctions (pénalités, mesures d'office, etc.).

Dans tous les cas, le PV est dressé à l'encontre de l'adjudicataire.

Par PV, il faut entendre un document dressé en vue de constater officiellement un fait, une situation, un manquement ou un délit. Attention donc à la forme !

Conseils : Le PV de constat doit :

- Être signé par le fonctionnaire dirigeant du marché ;
- Mentionner l'intitulé du marché concerné et son numéro de CSC ;
- Décrire de manière très circonstanciée les manquements reprochés ;
- Préciser en quoi ces manquements contreviennent aux conditions du marché ou aux ordres du PA ;
- Inviter l'adjudicataire à y remédier sans délais.

Afin de vous aider, un modèle de procès-verbal de constat de défaut d'exécution, ainsi qu'une lettre d'accompagnement, sont disponibles sur le portail des marchés publics.

Contre-exemple : n'est pas considéré comme étant un PV :

- Une annotation dans le journal des travaux ;
- Un simple courrier ou courriel adressé à l'adjudicataire et détaillant les manquements ;
- Le simple envoi d'une lettre recommandée constatant les manquements et détaillant ceux-ci en y joignant la copie du rapport technique.

Il revient au PA d'apprécier à quel moment il est opportun de rédiger un PV de constat de défaut d'exécution. Cela dépend des circonstances, de la bonne foi de l'adjudicataire, ... Mais attention sans PV dans un délai raisonnable, pas de sanction¹ !

2.2. Transmettre une copie du PV de constat de défaut d'exécution

Le PA adresse immédiatement une copie du PV à l'adjudicataire par courrier recommandé², la simple signature pour réception de celui-ci par l'adjudicataire ne suffit pas³.

Dans la lettre de transmis, le PA rappellera à l'adjudicataire qu'il dispose de 15 jours pour faire valoir ses moyens de défense.

2.3. Tirer les conséquences de la réaction de l'adjudicataire

Confronté à un PV de constat de manquement, l'adjudicataire a trois réactions possibles :

- Reconnaître le manquement constaté et **réparer ses manquements sans délai** ;

Contester le manquement et apporter des justifications. Il peut faire valoir ses **moyens de défense** par envoi recommandé⁴, adressé au PA **dans les 15 jours** suivant la date d'envoi du PV. Un délai raccourci à fixer par le PA est prévu dans les hypothèses suivantes :

- o Le PA a été informé, conformément au code pénal social, que l'adjudicataire ou un de ses sous-traitants a commis une défaillance grave au niveau du paiement du salaire auquel les travailleurs ont droit → dans cette hypothèse, le délai ne peut toutefois pas être inférieur à 5 jours ouvrables ;
- o Le PA a été informé ou a constaté que l'adjudicataire ou un de ses sous-traitants emploie un ou plusieurs citoyens illégaux de pays tiers → dans cette hypothèse, le délai ne peut toutefois être inférieur à 2 jours ouvrables.

Lorsque l'adjudicataire apporte des justifications, il appartient au PA de les apprécier.

Ne rien dire, ne rien faire. Le **silence** de l'adjudicataire est considéré, après le délai de 15 jours, comme une **reconnaissance des faits constatés**. Cette reconnaissance ne s'applique pas si l'adjudicataire conteste tous les manquements mentionnés dans le PV de constat avant la transmission de celui-ci, et si cette contestation est connue du PA⁵.

¹ A l'exception des amendes pour retard qui s'appliquent sans PV

² L'envoi recommandé peut être remplacé par un envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi

³ Anvers, 17 mai 2010, RG 2008/AR/2795

⁴ ou par envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi

⁵ Cass, 3 septembre 2009, RG 08.0212N, juridat.

3. Quelles sont les sanctions en cas de défaut d'exécution ?

3.1. Quels sont les types de sanctions ?

Les manquements constatés à charge de l'adjudicataire autorisent le PA à prendre une ou plusieurs /sanctions.

Ces sanctions sont principalement de quatre types :

- Amendes pour retard ;
- Pénalités ;
- Mesures d'office ;
- Exclusion de la participation à d'autres marchés

3.2. Un choix discrétionnaire mais proportionné

En principe, le PA choisit de façon discrétionnaire les sanctions qu'il prend à l'encontre de l'adjudicataire mais le choix devra toujours se justifier en termes de proportionnalité entre la faute et la sanction.

Ainsi, dans la pratique, le PA appliquera les pénalités pour des manquements d'importance moindre alors qu'il optera plutôt pour l'application des mesures d'office en cas de manquements graves.

Exemples de manquements graves :

- Recours à des sous-traitants qui font l'objet d'une mesure d'exclusion ;
- Avancement irrégulier des prestations de nature à compromettre le respect du délai d'exécution ;
- Refus de se conformer aux ordres émanant du pouvoir adjudicateur ;
- Abandon des prestations sans motif valable ;
- Non poursuite de l'exécution du marché en cas de faillite.

3.3. Amendes pour retard

Art.2, 13° et 46 du RGE

3.3.1. Qu'est-ce qu'une amende pour retard ?

Une amende pour retard est une indemnité forfaitaire – à savoir une somme d'argent qu'une personne doit payer à une autre personne pour réparer un dommage qu'elle lui a causé – due au pouvoir adjudicateur et à charge de l'adjudicataire pour un retard intervenu dans l'exécution du marché.

L'amende pour retard :

- Sanctionne le **non-respect des délais d'exécution** ;
- Peut se **cumuler avec les pénalités** pour sanctionner un même manquement ;
- Est due, **sans mise en demeure** ;
- Est due **par la seule expiration du délai d'exécution** ;
- Ne nécessite **pas** l'intervention d'un **procès-verbal** ;
- Est appliquée **de plein droit pour la totalité des jours de retard**.

Les amendes pour retard s'imputent d'abord sur les sommes dues à l'adjudicataire, puis sur le cautionnement.

Nonobstant l'application des amendes pour retard, l'adjudicataire reste garant vis-à-vis du pouvoir adjudicateur des dommages et intérêts dont celui-ci est, le cas échéant, redevable à des tiers du fait du retard dans l'exécution du marché.

3.3.2. Comment se calculent les amendes pour retard ?

3.3.2.1. Règles communes à tous les marchés

Quel que soit le type de marché :

- La taxe sur la valeur ajoutée (TVA) n'est pas prise en considération dans la base de calcul pour l'amende de retard ;
- Le PA est tenu de négliger les amendes dont le montant est inférieur à 75€.
- Si le marché comporte plusieurs parties ou plusieurs phases ayant chacune leur délai et leur montant propres, chacune d'elles est assimilée à un marché distinct pour l'application des amendes.

Si les délais partiels sont donnés à titre indicatif, alors seul le délai final est pris en considération pour le calcul des amendes.

Si les documents du marché prévoient des délais de rigueur, l'inobservation de ceux-ci est sanctionnée par des amendes particulières prévues dans ces documents ou par des amendes calculées suivant la formule.

3.3.2.2. En cas de marché public de travaux

Art. 86 du RGE

Quel est le montant maximum ?

- **Le principe** : le montant total des amendes pour retard appliquées à un marché ne peut excéder **5% du montant initial du marché** ;
- **Le tempérament** : si le délai d'exécution constitue un critère d'attribution, le CSC peut augmenter le maximum à **10 %** et ce en fonction de l'importance relative accordée au critère d'attribution portant sur le délai d'exécution. Les documents du marché fixent alors le mode de calcul des amendes de retard. À défaut, la formule ci-dessous s'applique.

Quelle est la formule ?

La formule pour calculer les amendes de retard est la suivante⁶ :

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{N^2}$$

Dans laquelle :

R = le montant de l'amende à appliquer ;

M = le montant initial du marché ;

N = le **nombre de jours ouvrables** prévus dès l'origine pour l'exécution du marché ;

⁶ Un exemple chiffré figure en annexe 1 de la présente fiche

n = le **nombre de jours calendrier** de retard.

Attention, lorsque M ne dépasse pas 75.000 € et que, en même temps, N ne dépasse pas 150 jours ouvrables, alors la formule devient :

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{150 \times N}$$

Attention, si le délai d'exécution n'est pas fixé en jours ouvrables mais en jours calendrier dans les documents du marché, N est obtenu en multipliant ce délai par 0,7, le nombre obtenu étant arrondi à l'unité inférieure.

Limitation de l'amende en cas de retard dans un délai d'exécution partiel

Lorsque le marché est scindé en phases comprenant chacune des délais d'exécution de rigueur propres et des montants propres, M, N et n se réfèrent aux montants et délais de la phase concernée par le retard. Dans le cadre du calcul, en effet, chaque phase doit être considérée comme un marché distinct.

Le montant obtenu est alors mis en perspective avec les montants et délais du marché dans son ensemble grâce à la formule suivante :

$$R \text{ max} = \frac{M}{20} \times \frac{P}{N}$$

Cette formule fixe le montant maximum que peut atteindre cette amende de retard. Dans cette formule, contrairement aux formules de calcul de l'amende, M et N se réfèrent toujours au marché dans son ensemble.

P correspond quant à lui au délai d'exécution initial de la phase qui subit un retard.

3.3.2.3. En cas de marché public de services et fournitures

Art. 123 et 154 du RGE

Quel est le mode de calcul ?

Les amendes pour retard sont calculées à raison de **0,1 % /jour de retard**.

Quel est le montant maximum ?

Les amendes de retard sont calculées à raison de **maximum 7,5 %, de la valeur des fournitures/services** dont la livraison/l'exécution a été effectuée avec un même retard.

Si le **délai d'exécution constitue un critère d'attribution**, le CSC peut augmenter le **maximum à 10 %** et ce, en fonction de l'importance relative accordée au critère d'attribution portant sur le délai d'exécution. Le CSC fixe alors le mode de calcul des amendes pour retard. A défaut, le mode de calcul de principe susvisé est d'application.

La valeur des services/fournitures s'établit en prenant en compte comme base le montant initial du marché, compte tenu des modifications y apportées, mais abstraction faite des révisions de prix (article 38/7, §2 du RGE) et des réfections pour moins-value (article 71 RGE).

3.3.3. Les amendes pour retard peuvent-elles être remises ?

Art. 50 du RGE

L'adjudicataire obtient la remise d'amendes appliquées pour retard d'exécution dans deux cas :

- **Totalement ou partiellement**, lorsqu'il prouve, **dans le respect des conditions fixées à l'article 38/15 RGE**, que le retard est dû en tout ou en partie, soit à un fait du PA, soit à des circonstances imprévisibles, survenues avant l'expiration des délais contractuels et portés à la connaissance du PA le plus rapidement possible, et au plus tard dans les 30 jours. Dans ce cas, les amendes restituées sont de **plein droit productives d'intérêts**, à partir de la date à laquelle le paiement y afférent aurait dû intervenir ;
- **Partiellement**, lorsqu'il y a **disproportion** entre le montant des amendes appliquées et l'importance minimale des prestations en retard. Cette disproportion est considérée comme établie si la valeur des prestations non achevées n'atteint pas 5 % du montant total du marché, pour autant toutefois que les prestations exécutées soient susceptibles d'utilisation normale et que l'adjudicataire ait mis tout en oeuvre pour terminer ses prestations en retard dans les meilleurs délais.

Sous peine de déchéance, toute demande de remise d'amendes est introduite par écrit au plus tard **90 jours** à compter :

- Du paiement unique ou du paiement déclaré fait pour solde en cas de marchés de travaux ;
- Du paiement de la facture sur laquelle les amendes ont été retenues en cas de marchés de fournitures et de services.

3.4. Pénalités

Art. 2, 12° et 45 du RGE

3.4.1. Qu'est-ce qu'une pénalité ?

Une pénalité est une sanction financière applicable à l'adjudicataire pour tout défaut d'exécution, à savoir en cas de non-respect d'une disposition légale ou réglementaire ou à une prescription des documents du marché.

Une pénalité n'est applicable que lorsqu'aucune justification n'a été admise ou fournie dans les 15 jours suivants l'envoi du PV de manquement.

Il y a deux cas de figures possibles :

- SOIT les documents du marché peuvent prévoir l'application d'une **pénalité spéciale** pour tout défaut d'exécution ;
- SOIT tout défaut d'exécution pour lequel une pénalité spéciale n'est pas prévue donne lieu à une **pénalité générale**.

Chacune de ces pénalités peut-être :

- Une **pénalité unique** s'applique **une fois par infraction** ;
- Une **pénalité journalière** s'applique **jusqu'au jour où le défaut d'exécution a disparu**.

Une pénalité journalière doit idéalement être envisagée lorsqu'il convient de faire cesser rapidement le manquement. Dans le cadre de certains marchés de travaux routiers par exemple, l'entrave à la circulation peut même faire l'objet d'une pénalité horaire.

Une pénalité est appliquée **à compter du troisième jour** suivant la date du dépôt de la lettre recommandée ou de l'envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de

l'envoi, jusqu'au jour où le défaut d'exécution a disparu par le fait de l'adjudicataire ou du pouvoir adjudicateur qui lui-même y a mis fin.

3.4.2. Pénalité spéciale

Le CSC peut prévoir l'application d'une pénalité spéciale pour tout défaut d'exécution et elle doit être **proportionnelle à la gravité du manquement**.

Attention : il convient de bien réfléchir avant d'introduire une pénalité spéciale dans son CSC. Ainsi, la Cour des comptes⁷ a considéré, à propos de l'utilité des pénalités spéciales, qu'il ne sert à rien d'imposer une obligation de résultat et des pénalités lourdes en cas de non-respect de cette obligation si elle est de facto inapplicable. Ceci aura pour effet de réduire considérablement la concurrence, puisque bon nombre de soumissionnaires potentiels s'abstiendront de remettre offre, alors que par ailleurs, le PA hésitera à appliquer les pénalités à l'adjudicataire défaillant.

Exemples :

- En marché public de fournitures de produits d'entretien :

« L'adjudicataire est sanctionné d'une pénalité spéciale de 50 € pour toute livraison d'un article qui ne correspond pas aux spécifications de sa fiche telle que remise lors de son offre ».

- En marché public de services informatiques :

« Une pénalité spéciale est appliquée en cas de non-respect des délais d'intervention. Le calcul pour le temps de prise en charge d'un incident en fonction du degré de priorité est le suivant : 250 € par heure entamée de dépassement du délai contractuel ».

- En marché de travaux :

Manquement à l'interdiction de loger des travailleurs sur chantier	Pénalité spéciale journalière de 400 €	Par travailleur concerné	Jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu
Manquement aux obligations imposées par le code sur le bien-être au travail	Pénalité spéciale journalière de 400 €	Par type d'infraction constatée et par travailleur concerné	Jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu
Manquement à l'exigence selon laquelle la personne qui représente l'adjudicataire dans ses contacts avec le pouvoir adjudicateur ou avec l'inspection sociale doit s'exprimer dans la langue du marché	Pénalité spéciale unique de 400 €	Par infraction constatée	

⁷ 157ième cahier d'observations, 2000-2001

3.4.3. Pénalité générale

Tout défaut d'exécution pour lequel aucune pénalité spéciale n'est prévue donne lieu à une pénalité générale :

- Soit **unique** d'un montant de **0,07 % du montant initial** HTVA du marché avec un **minimum de 40€ et un maximum de 400 €**,
- Soit **journalière** d'un montant de **0,02 % du montant initial** HTVA du marché avec un **minimum de 20 € et un maximum de 200 €** au cas où il importe de faire disparaître immédiatement l'objet du défaut d'exécution.

Les pénalités peuvent concerner les manquements en général ou concerner spécifiquement des retards d'exécution. Dans ce cas, les pénalités peuvent se cumuler avec des amendes pour retard.

3.4.4. Des pénalités peuvent-elles être remises ?

Art. 51 du RGE

L'adjudicataire obtient la **remise partielle** des pénalités lorsque :

- Il y a disproportion entre le montant des pénalités appliquées et l'importance du défaut d'exécution et ;
- L'adjudicataire a mis tout en œuvre pour remédier au défaut d'exécution dans les meilleurs délais.

Sous peine de déchéance, toute demande de remise des pénalités est introduite par écrit au plus tard **90 jours** à compter :

- Du paiement unique ou du paiement déclaré fait pour solde en cas de marchés de travaux ;
- Du paiement de la facture sur laquelle les amendes ont été retenues en cas de marchés de fournitures et de services.

3.5. Mesures d'office

Art. 2, 14° et 47 du RGE

3.5.1. Qu'est-ce qu'une mesure d'office ?

Une mesure d'office est une **sanction** applicable à l'adjudicataire – sans obligation d'introduction préalable d'une action judiciaire – en cas de **manquement grave** dans l'exécution d'un marché.

3.5.2. Quelles sont les différents types de mesures d'office ?

Ces mesures d'office sont :

- La **résiliation unilatérale** du marché. Dans ce cas, la totalité du cautionnement ou, à défaut de constitution, un montant équivalent, est acquise de plein droit au PA à titre de dommages et intérêts forfaitaires. Cette mesure exclut l'application de toute amende du chef de retard d'exécution pour la partie résiliée⁸ ;
- **L'exécution en gestion propre** de tout ou partie du marché non exécuté ;

⁸ Civ. Bruxelles, n°2011/9855/A, 5 mars 2013, MCP (2014) (sommaire), liv. 3, p. 368.

- La conclusion d'un ou de plusieurs **marchés pour compte** avec un ou plusieurs tiers pour tout ou partie du marché restant à exécuter.

Toutefois, les amendes et pénalités qui sont appliquées lors de l'exécution d'un marché pour compte sont à charge du nouvel adjudicataire.

Lors de la conclusion d'un marché pour compte, un exemplaire des documents du marché à conclure est envoyé au préalable à l'adjudicataire défaillant par envoi recommandé⁹.

Lorsque le prix du marché pour compte dépasse le prix du marché initial, l'adjudicataire défaillant en supporte le coût supplémentaire. Dans le cas inverse, la différence est acquise au PA.

3.5.3. À quel moment le PA peut-il recourir aux mesures d'office ?

Le PA peut recourir aux mesures d'office :

- Lorsque, à l'expiration du délai de 15 jours pour faire valoir ses moyens de défense, l'adjudicataire est resté **inactif** ;
- Lorsque l'adjudicataire a présenté des **moyens non justifiés** après l'expiration du délai de 15 jours ;
- Avant l'expiration du délai de 15 jours, lorsqu'au préalable, l'adjudicataire a expressément **reconnu les manquements** constatés.

Par contre, les mesures d'office qui sont mises en œuvre avant le délai de 15 jours pour l'adjudicataire se justifier sont irrégulières, et ce même si l'adjudicataire reste en défaut de répondre au PV de constat de manquement¹⁰.

3.5.4. Quelle est la procédure ?

Ces mesures, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant.

La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par envoi recommandé, ou par envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi, ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant.

A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visée par la mesure d'office.

Lorsqu'il est fait usage d'une mesure d'office, le PA doit inviter l'adjudicataire à dresser un état des lieux contradictoire, à défaut de quoi la mesure d'office n'est régulièrement mise en œuvre¹¹.

⁹ ou par envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi.

¹⁰ Mons, 22 novembre 2017

¹¹ Mons 22 novembre 2017

3.5.5. Quelles sont les règles applicables en marchés de travaux ?

Art. 87 du RGE

3.5.5.1. Obligations de l'entrepreneur

Lorsque les travaux sont déjà entamés, l'entrepreneur défaillant a deux obligations :

- Il est tenu d'**arrêter ses travaux** à partir du jour qui lui est indiqué. Tous travaux effectués par lui postérieurement à cette date restent **gratuitement acquis au pouvoir adjudicateur**.
- Il est tenu d'**évacuer du chantier**, dans les délais les plus courts, le matériel ainsi que les matériaux que le PA n'entend pas conserver à sa disposition.

3.5.5.2. Droits de l'entrepreneur

- Il est **autorisé à suivre les opérations réalisées pour son compte**, sans qu'il ne puisse cependant entraver l'exécution des ordres du PA.
- Il a le droit d'être convoqué aux **opérations de constatation** des travaux et de relevé de matériel/matériaux.
- Il a également le droit d'être informé des lieux et dates de **réception de l'ouvrage** effectué pour compte par lettre recommandée ou par un écrit dont il accuse réception.

3.5.5.3. Moyens d'action offerts au PA

Le PA peut :

- Procéder à toute construction ou démolition ou prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire pour la sauvegarde ou la bonne exécution des travaux.
- Sauf en cas de résiliation du marché, employer, moyennant rétribution, le matériel et les matériaux de l'entrepreneur dont il lui fait parvenir le relevé, pour continuer ou faire continuer le marché.

3.5.5.4. Obligations du PA

Après que l'entrepreneur ait été convoqué, il est procédé à **la constatation de l'état des travaux et au relevé du matériel et des matériaux approvisionnés sur chantier**.

3.5.5.5. Sanctions appliquées à l'entrepreneur défaillant en sus des mesures d'office

Hors hypothèse de la résiliation du marché, sont à charge de l'entrepreneur défaillant :

- Les amendes pour retard ;
- Les pénalités ;
- Le coût supplémentaire des travaux ;
- Les frais de conclusion du marché pour compte ;
- Des sanctions complémentaires pendant ou après le délai de garantie.

Amendes pour retard

En cas d'application de l'exécution en gestion propre ou du marché pour compte, les **amendes pour retard** sont fixées au maximum prévu.

Coût supplémentaire des travaux

Outre le montant des pénalités, des amendes pour retard et des frais de démolition, le **coût supplémentaire des travaux** que le nouveau mode d'exécution peut entraîner est à charge de l'entrepreneur défaillant.

Le coût supplémentaire des travaux est la différence positive entre d'une part, le prix de l'exécution d'office des travaux, majoré, s'il y a lieu, de la TVA et, d'autre part, le prix, majoré, s'il y a lieu, de la TVA qu'aurait coûté l'exécution par l'entrepreneur défaillant. Si cette différence est négative, elle est acquise au PA.

N'interviennent pas dans le calcul du coût supplémentaire des travaux mis à charge de l'entrepreneur défaillant :

- Les travaux en plus ou en moins ordonnés par le PA après la notification de la décision de passer aux mesures d'office ;
- Les révisions des prix ;
- Les nouveaux prix unitaires convenus avec l'entrepreneur chargé de l'exécution du marché pour compte.

Frais de conclusion du marché pour compte

L'entrepreneur défaillant supporte également **les frais de conclusion du marché ou des marchés pour compte**. Quelle que soit la procédure de passation de ce ou de ces marchés, ces frais sont évalués à un 1% du montant initial de ce ou de ces marchés, sans qu'ils puissent dépasser 15.000 euros.

Sanctions complémentaires pendant le délai de garantie

Lorsque, pendant le délai de garantie, l'entrepreneur ne remplit pas ses obligations, le PA peut, après mise en demeure par PV de manquement, **exécuter ou faire exécuter les travaux de réparation et de réfection** aux frais de l'entrepreneur défaillant.

Sanctions complémentaires après le délai de garantie

Il en est de même lorsqu'au terme du délai de garantie, l'entrepreneur ne remplit pas ses obligations relatives à la **responsabilité décennale**.

Bon à savoir : lorsque la défaillance de l'entrepreneur est constatée **avant la délivrance de l'ordre de commencer les travaux**, l'absence d'un tel ordre ne fait pas obstacle à l'application des **mesures d'office**.

Bon à savoir : quid en cas de suspension de la procédure relative aux mesures d'office ?

Il ne peut être reproché au PA d'avoir suspendu la procédure entamée relative aux mesures d'office pour examiner la cause exacte des défauts rencontrés. Cette suspension ne peut avoir pour effet de priver d'effet toutes les constatations antérieures, qui ont été réalisées par **PV contradictoires**. Les discussions intervenues pendant la suspension desdites mesures n'empêchent pas la reprise de la procédure relative aux mesures d'office sur la base de ce qui avait déjà été constaté et demandé. A supposer même que l'administration ait manqué aux règles strictes prévues relatives aux formalités d'établissement et de communication du PV de constat, ce manquement ne peut lui être reproché, s'il n'a, en l'espèce, porté aucune atteinte aux droits de la défense de l'entrepreneur.

3.5.6. Quelles sont les règles applicables en marchés de fournitures et de services ?

Art. 124 et 155

A. Règles communes aux fournitures et aux services

Ce qui est à charge du fournisseur/prestataire défaillant :

- Le coût supplémentaire
- Les amendes pour retard
- Les frais de conclusion en cas de marché pour compte

Lorsqu'il est recouru aux mesures d'office sous forme d'exécution en gestion propre ou de marché pour compte, **le coût supplémentaire** se calcule sur les seules fournitures/les seuls services restant à livrer/prester par le fournisseur défaillant/prestataire défaillant et effectivement exécuté(e)s en gestion propre ou commandé(e)s à un nouveau fournisseur/prestataire, sans que ne soient prises en considération les révisions des prix ou les réfections, qui auraient pu affecter les prix du fournisseur/prestataire défaillant ou du nouveau fournisseur/prestataire. Les prix à prendre en considération pour le calcul du coût supplémentaire sont majorés s'il y a lieu de la TVA.

Les amendes pour retard continuent à courir à charge du fournisseur/prestataire défaillant, jusqu'à la date de livraison ou de production des fournitures/services et, au plus tard, en cas de marché pour compte, jusqu'à l'expiration du délai fixé pour l'exécution d'office.

Le fournisseur/prestataire défaillant supporte également **les frais de conclusion du ou des marchés pour compte**. Quelle que soit la procédure de passation du marché, ces frais sont fixés à un 1% du montant initial de ce marché, sans qu'ils puissent dépasser 15.000 euros.

Réceptions et épreuves en matière de marchés pour compte

Les fournitures achetées/les services prestés faisant l'objet du marché pour compte sont **réceptionné(e)s selon les modalités prévues pour le marché initial**.

Les fournitures/services similaires commandé(e)s pour compte ou exécuté(e)s en gestion propre, sont soumises aux **épreuves déterminées par le PA**.

Le fournisseur/prestataire défaillant est dûment avisé du lieu et de la date auxquels il est procédé **aux épreuves** visées à l'alinéa précédent. Il peut y assister ou s'y faire représenter, à moins que le nouveau fournisseur/prestataire s'y oppose lorsque ces épreuves doivent s'effectuer dans ses propres installations. Dans ce cas, le fournisseur/prestataire défaillant peut exiger que lui soit communiqué le résultat des **épreuves et des réceptions**.

B. Spécificités en matière de fournitures

Si le marché a pour objet des fournitures qui ne sont pas ou ne sont plus dans le commerce ou si le fournisseur défaillant est seul en mesure de les livrer et lorsque le PA est dans l'impossibilité de se procurer des fournitures identiques, après une mise en demeure par lettre recommandée, il peut les **remplacer par des fournitures similaires**.

Lors de la mise en demeure, le PA **spécifie** les fournitures similaires qu'il se propose de commander.

3.6. Exclusion de la participation à d'autres marchés

Art. 48 du RGE et art. 69, al. 2 de la Loi

L'adjudicataire défaillant peut être exclu par le pouvoir adjudicateur de la participation à ses marchés dans les cas suivants :

- L'adjudicataire a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ;

OU

- L'adjudicataire a posé un acte ou conclu une convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

ATTENTION, pour l'application de cette sanction, il est précisé que les défaillances doivent avoir donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable. Deux conditions doivent donc être réunies pour appliquer l'exclusion¹² :

- La rédaction d'un PV de manquement ;
- L'application de l'une des sanctions précitées.

L'adjudicataire défaillant est **entendu préalablement** afin de faire valoir ses moyens de défense.

Le PA notifie ensuite la **décision motivée** d'exclusion à l'adjudicataire défaillant. Dans cette décision, il doit faire référence à l'article 48 du RGE.

La période d'exclusion est de **3 ans** à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

C'est au travers des motifs d'exclusion facultatifs lors de la participation à des futurs marchés que l'adjudicataire pourra être exclu pour ce motif par le PA.

Ceci implique dès lors la nécessité pour le PA de tenir une base de données répertoriant les adjudicataires coupables de défaillances lors de ses marchés antérieurs.

Pour les entrepreneurs, l'exclusion s'applique sans préjudice des sanctions visées par l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

3.7. Peut-on déroger aux règles applicables en matière de défaut d'exécution

Art. 9 §4 du RGE

Oui. Les dérogations aux règles applicables en matière de défaut d'exécution doivent faire l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges. A défaut de mention de cette motivation, la dérogation est réputée non écrite, sauf si elle résulte d'une convention signée par les parties.

Outils liés :

PV de constat de défaut d'exécution et lettre d'accompagnement

Attention, les outils sont disponibles dans la rubrique « Outils » du Portail des marchés publics : <https://marchespublics.wallonie.be>.

¹² P. THIEL, Mémento marchés publics et PPP – tome 1 : commentaire – 2020, p. 970

Annexe 1

Exemple chiffré de l'application des formules de calcul des amendes de retard aux marchés de travaux

Formules de calcul de l'amende de retard

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{N^2}$$

Dans laquelle :

R = le montant de l'amende à appliquer ;

M = le montant initial du marché ;

N = le nombre de jours **ouvrables** prévus dès l'origine pour l'exécution du marché ;

n = le nombre de jours **calendrier** de retard.

S'il n'est pas précisé, on obtient le nombre de jours ouvrables en multipliant les jours calendrier par 0.7. Si le résultat obtenu contient des décimales, il est arrondi à l'unité inférieure.

Attention ! Lorsque M ne dépasse pas 75.000 euros ET que N ne dépasse pas 150 jours ouvrables, la formule devient :

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{150 \times N}$$

Limitation de l'amende en cas de retard dans un délai d'exécution partiel

Lorsque le marché est scindé en phases comprenant chacune des délais d'exécution de rigueur propres et des montants propres, M, N et n se réfèrent aux montants et délais de la phase concernée par le retard car **chaque phase doit ici être considérée comme un marché distinct**.

Le montant obtenu est alors mis en perspective avec les montants et délais du marché dans son ensemble grâce à la formule suivante :

$$R \text{ max} = \frac{M}{20} \times \frac{P}{N}$$

Cette formule fixe le montant maximum que peut atteindre cette amende de retard pour chaque délai partiel de P jours ouvrables. P correspond donc, en jours ouvrables, au délai d'exécution initial de la phase qui subit un retard.

Dans cette formule, contrairement aux formules de calcul de l'amende, M et N se référeront toujours au marché dans son ensemble.

Cas pratique

Des travaux ont été attribués à l'entrepreneur X pour un montant total de 150.000 euros

Le marché est divisé en 2 phases assorties chacune de son propre montant et de son propre délai d'exécution. Les délais d'exécution sont de rigueur.

	Montant (M)	Délai d'exécution contractuel initial		Délai d'exécution réel	Retard
		Jours calendrier	Jours ouvrables (N)	Jours calendrier	Jours calendrier (n)

Phase 1	25.000	50	35 (50 x 0.7 = 35)	85	35
Phase 2	125.000	100	70 (100 x 0.7 = 70)	114	14
Total	150.000	150	105	199	49

L'entrepreneur dépasse le délai d'exécution de la phase 1 de 35 jours calendrier et celui de la phase 2 de 14 jours calendrier.

Phase 1

Calcul de l'amende pour retard d'exécution de la phase 1.

M (phase 1) 25.000

n (phase 1) 35

N (phase 1) 35

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{150 \times N} \quad 0,45 \times \frac{25.000 \times 35^2}{150 \times 35} = \underline{\underline{2.625 \text{ euros}}}$$

Cette amende pour retard respecte-t-elle le plafond fixé par la réglementation ?

M (total) 150.000

P (phase 1) 35

N (total) 105

$$R \text{ max} = \frac{M}{20} \times \frac{P}{N} \quad \frac{150.000}{20} \times \frac{35}{105} = \underline{\underline{2.500 \text{ euros}}}$$

Pour rappel, P (phase 1) correspond au délai d'exécution initial de la phase 1, c'est-à-dire à N (phase 1).

Pour ce marché, l'amende maximale susceptible d'être réclamée pour un retard d'exécution en phase 1 est de 2.500 euros. L'amende calculée pour un retard d'exécution de 35 jours calendrier en phase 1 s'élevant à 2.625 euros, elle dépasse le plafond et doit être réduite en conséquence : seuls 2.500 euros pourront être réclamés.

Phase 2

Calcul de l'amende pour retard d'exécution de la phase 2.

M (phase 2) 125.000

n (phase 2) 14

N (phase 2) 70

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{N^2} \quad 0,45 \times \frac{125.000 \times 14^2}{70^2} = \underline{\underline{2.250 \text{ euros}}}$$

Cette amende pour retard respecte-t-elle le plafond fixé par la réglementation ?

M (total) 150.000

P (phase 2) 70

N (total) 105

$$R \text{ max} = \frac{M}{20} \times \frac{P}{N} = \frac{150.000}{20} \times \frac{70}{105} = \mathbf{5.000 \text{ euros}}$$

Pour rappel, P (phase 2) correspond au délai d'exécution initial de la phase 2, c'est-à-dire à N (phase 2).

Pour ce marché, l'amende maximale susceptible d'être réclamée pour un retard d'exécution en phase 2 est de 5.000 euros. L'amende calculée pour un retard d'exécution de 14 jours calendrier en phase 2 s'élevant à 2.250 euros, elle ne dépasse pas le montant maximal autorisé et peut être réclamée intégralement.