



Les modifications en cours de marché

FORMATION GTI – 13 MAI 2025
LOÏC KERVYN

Introduction

Présentation

- Qui suis-je ?
- Qui êtes-vous ?

Table des matières

Généralités

Les deux étapes d'un marché : définitions

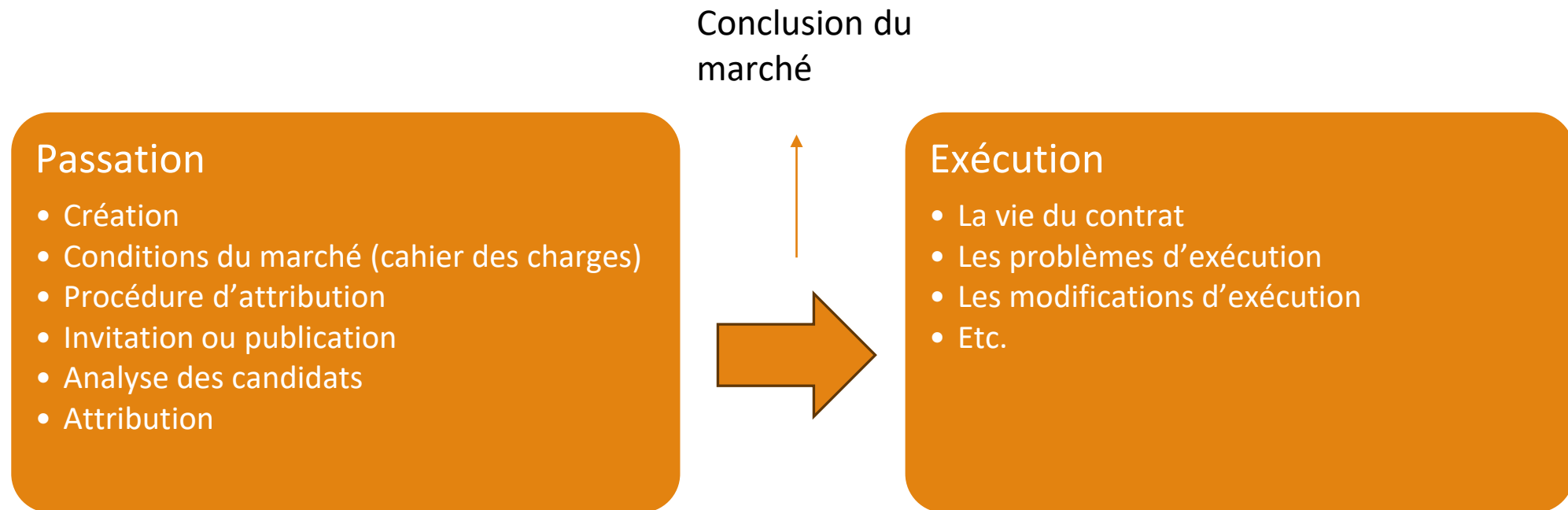
Deux grandes étapes : la passation et l'exécution

Passation : « procédure de lancement d'un marché public, qui, le cas échéant, inclut les aspects suivants : la consultation préalable du marché, la publication, la sélection, l'attribution et la conclusion du marché » (loi MP, art. 2, 37°)

Exécution : Pas de définition dans la loi

Conclusion du marché : « conclusion du marché : la naissance du lien contractuel entre l'adjudicateur et l'adjudicataire (loi MP, art. 2, 39°)

Les deux étapes d'un marché : schéma



Les deux phases d'un marché : récapitulatif

Phase	Législation applicable	Abréviation	
Phase Passation	Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques	Arrêté passation	Ensemble des phases jusqu'à la conclusion du marché
Phase Exécution	Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics	Règles général d'exécution (les « RGE »)	En aval de l'attribution

Le principe

Art. 37 RGE : « Les marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus dans la présente section. » § Section 5 RGE

Conséquence :

- *Exhaustivité* des hypothèses de modification ;
- Cadre complet

Différence avec contrats « classiques » (par ex. entre deux acteurs privés)

Plus contraignant que dans les contrats « classiques » (art. 5.69 (ancien 1134) C. Civ : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »)

L'administration peut passer deux types de contrats :

1. Contrats de l'administration : contrats de droit privé régi par le droit commun (par ex. vente, location, etc.)
2. Contrats administratifs : contrats de droit privé régi par un droit spécifique

Dans le cadre des contrats administratifs, l'administration dispose de pouvoirs exorbitant du droit commun (privilège du préalable § pas d'accord nécessaire de l'autre partie)

Ratio legis

Constat : situation paradoxale

Phase passation :

- formalisme, transparence et surveillance
- Surveillants : Tutelle et soumissionnaires déçus : Conseil d'Etat

Phase exécution :

- souvent sous le radar
- Pas de « contrepouvoir » - intérêts convergents puisqu'en exécution
 - ... il n'est pas nécessaire de remettre en concurrence ? plus rapide pour le PA
 - ... cela signifie souvent des ventes supplémentaires pour l'adjudicataire
 - intéressant financièrement
 - L'adjudicataire est seul !

Ratio legis (suite)

« Far-West de l'exécution » :

- volonté de cadrer
- Bonne gestion des deniers publics

Position ambivalente :

- D'un côté :
 - la législation encourage les PA à prévoir tout (y compris l'imprévisible) ;
 - principe du forfait (loi MP art. 9) : “Les marchés publics sont passés à forfait, sans qu'il ne puisse être apporté dans le cadre de leur exécution des modifications considérées comme substantielles, hormis les exceptions fixées par le Roi et conformément aux conditions fixées par Lui”
 - Les modifications en cours de marché : régime d'exception
 - C'est l'adjudicataire qui supporte le risque lié aux éventuelles difficultés d'exécution du marché
 - coquille vide ? (exceptions omniprésentes)
- De l'autre : le législateur reconnaît qu'il peut se produire des événements qui doivent pouvoir permettre une modification du marché (par ex. évolution du besoin)

ratio legis (conclusion)

« Conclusion : le législateur tente de concilier des principes contradictoires :

- Mise en concurrence (au-delà de considérations financières, état de droit ? égalité de traitement, transparence, pas de favoritisme)
- Souplesse dans un contexte dynamique
 - ➔ Incompatibilité des rythmes de la société moderne avec ceux des marchés publics?

Typologie

Type	Caractéristique	Exemple
Hypothèses règlementées	Cinq hypothèses de modifications unilatérales prévues par le législateur au bénéfice du pouvoir adjudicateur	Règle <i>de minimis</i> (art. 38/4 RGE)
Clauses de réexamen	Clauses ? Doivent figurer noir sur blanc dans le cahier des charges (sauf exception) ? Une « clause » est une phrase ou un ensemble de phrases contenues dans le texte d'un acte juridique	Clause de révision des prix (art. 38/7)

Marchés de faible montant : Quid?

- La plupart de la législation MP n'est généralement **pas applicable** (RGE art. 5, al. 2) ;
- Néanmoins, pour vos marchés de faible montant, vous **pouvez** rendre des dispositions des RGE qui ne le seraient pas obligatoirement (RGE art. 6, § 5)

Marchés de faible montant : Trois possibilités

1. Rendre toutes les RGE applicables

Réglementation en vigueur

1. Le Titre 1, à l'exception des articles 12 et 14 et le Titre 2, chapitre 1er et chapitre 7 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
2. Les articles 4§3, 6, 7 et 124 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
3. Les dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, rendues applicables, en application de l'article 6, §5;
4. L'Arrêté royal du 2 août 1990, portant le règlement général de la comptabilité communale.
5. La Nouvelle Loi Communale ;

Marchés de faible montant : Trois possibilités

2. Rendre les RGE partiellement applicables

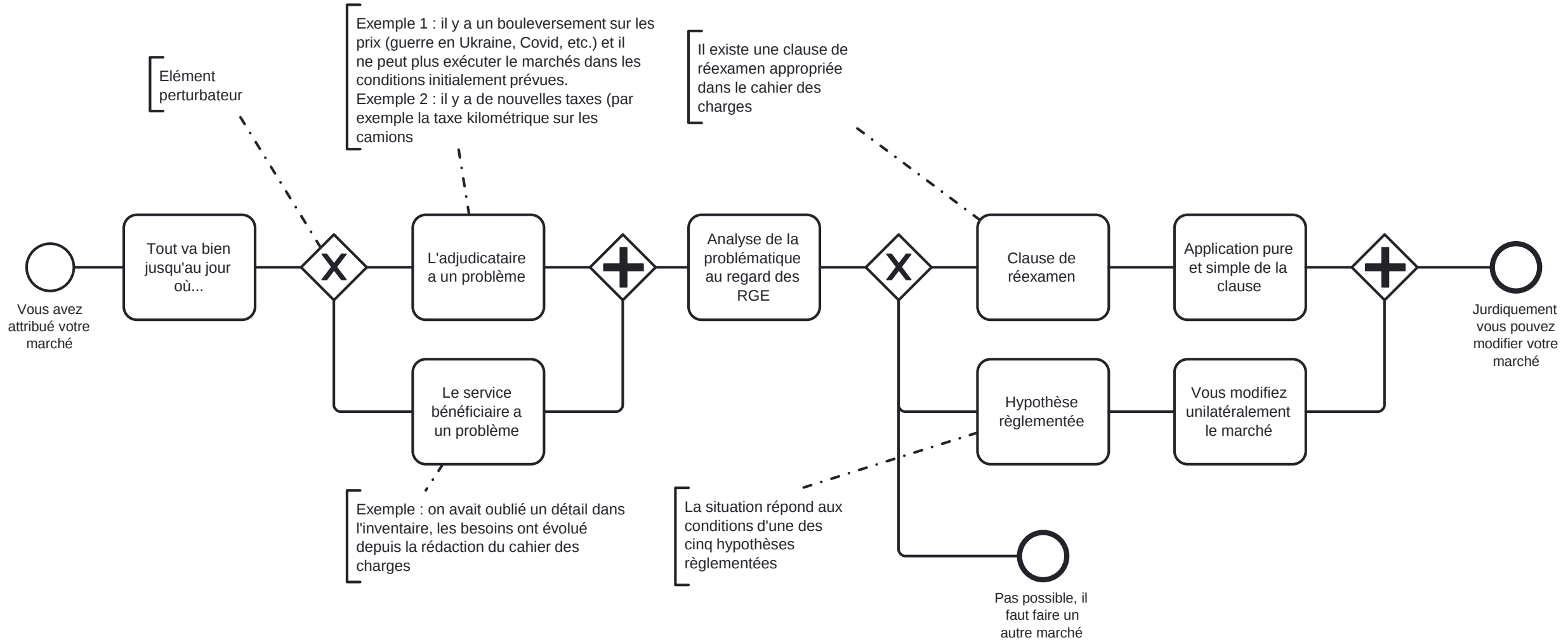
Réglementation en vigueur

1. Le Titre 1, à l'exception des articles 12 et 14 et le Titre 2, chapitre 1er et chapitre 7 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
2. Les articles 4§3, 6, 7 et 124 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
3. Certains dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, rendues explicitement applicables dans le présent document, en application de l'article 6, §5;
4. L'Arrêté royal du 2 août 1990, portant le règlement général de la comptabilité communale.
5. La Nouvelle Loi Communale ;

Troisième possibilité : le cas le plus fréquent

- Vous n'avez **pas** rendu obligatoire les RGE
- Il se peut que vous soyez tenus par les conditions générales de vente de votre cocontractant (par ex. pour la révision des prix)
- Les principes généraux s'appliquent quand même, notamment le principe du forfait
- Donc pas de modification « considérées comme substantielles »
 - On reparlera après du concept de modification substantielle
 - Un exemple : achat de smartphones

Traiter un élément perturbateur



Modifications en cours de marché : diagramme (suite)

Il n'y a pas forcément une façon unique de traiter un élément perturbateur.

Parfois, il faut « faire son shopping » dans la section 5 et trouver l'article le plus approprié.

Attention à ne pas se focaliser sur l'aspect juridique.

Modifications en cours de marché : diagramme (suite)



Les marchés à bordereau de prix

Le fait de commander plus ou moins que prévu constitue-t-il une modification au marché?

De façon générale : **non** ⇒ dès le début le caractère présumé des quantités est annoncé

Le fait de mettre en oeuvre “un peu plus” ou “un peu moins” ne constitue pas une modification.

MAIS il ne faut pas exagérer non plus :

1. En marché de travaux ⇒ art. 81 RGE (> triple ou < moitié)
2. En marché de F/S ⇒ pas d'art. spécifique mais
 - a. exécution de bonne foi des conventions (5.73 C. Civ)
 - b. imprévision (5.74 C. Civ)

Conclusion :

1. Le fait de mettre en oeuvre (≠ modifier) des QP ne constitue pas une modification au marché
2. Comme n'importe quel élément du cahier des charges, la quantité peut être modifiée

Illustrations

Deux situations:

1. Les marchés « one-shot » (pas de section « durée ») par ex. « achat d'ordinateurs portables » → à l'inventaire il y a 50 ordinateurs portable mais le besoin change (+ ou -)
Ça dépend quand le besoin change :
 1. Vous êtes encore passation → vous **précisez** la quantité à livrer réellement (pas une modification au marché) ;
 2. Vous avez attribué votre marché, mais encore dans la durée de validité de l'offre
 3. L'offre n'est plus valable → L'adjudicataire pourrait refuser de vous livrer les ordinateurs au même prix
1. Les accords-cadres, les marchés stock, ou les marchés dont l'exécution s'effectue dans le temps
 1. Les quantités sont mises en oeuvre petit à petit

Exemple : les marchés imbriqués

- Le CPAS de Bruxelles a attribué un accord-cadre dit « reloc » pour la remise en état des appartements du CPAS.
- Le marché n'est pas attribué sur une remise en état spécifique mais on s'associe avec un opérateur éco qui sera notre partenaire pendant toute la durée du marché et qui s'occupera de toutes les remises en état
- Chaque remise en état d'un appartement constitue un marché subséquent
- Je dois remettre en peinture un appartement. Après mesurage, j'attribue mon marché subséquent sur base de 40 m².
- Après décompte, je me rends compte qu'on a dû repeindre en réalité 50 m²

Exemple : les marchés imbriqués

- Question: Est-ce que cela constitue une modification au marché dans la mesure où les m² étaient libellés en QP?
 - Difficulté d'interprétation et débat.
 - Pour moi: OUI, il s'agit d'une modification au marché. Pourquoi ?
 - Parce que l'AC précisait qu'il s'agit de QP mais ici on n'est plus dans l'AC, on est dans un MS! Et (à moins que le CCH prévoit quelque chose d'autre), un MS est un marché « one-shot ».
 - IDÉE: Prévoir une clause de réexamen *sui generis* (on en reparle plus loin) qui précise: que le PA pourra, dans le cadre des MS subséquents à l'AC, effectuer des commandes dans l'inventaire, aux prix en vigueur, même après l'attribution des MS. Ceci nous permet de ne pas être limités par les pourcentages (par ex. 50% pour l'art. 38/1)
- ⇒ À chaque fois, il faut se poser la question : “suis-je en train de modifier l'AC ou le MS ?”

Dans l'AC on parle de commandes abstraites futures potentielles (en QP). Dans les MS, on parle de commandes concrètes mesurées et précises.

L'estimation du marché

Prendre en compte la durée et la valeur totale du marché, les options exigées ou autorisées, les lots, les répétitions, les tranches fermes ou conditionnelles du marché, les reconductions, **les clauses de réexamen**, les marchés répétitifs, les primes ou paiement que le pouvoir adjudicateur prévoit. (Articles 6 et 7 de l'Arrêté royal Passation)

Donc, il faut prendre en compte dans votre marché vos clauses de réexamen ☐ pas facile puisque par définition il y a un élément d'incertitude.

- ☐ Surtout important quand on est pas très loin d'un seuil
- ☐ Pas les 5 hypothèses réglementées
 - Conséquence dans le cas de marchés juste en dessous d'un seuil

L'estimation du marché – L'impact des clauses sur l'estimation du marché

Clause	Exemple	Mode de calcul pour l'estimation
38 (clause <i>sui generis</i>)	Mon marché prévoyait une clause permettant d'ajouter des locaux à nettoyer en cours de marché	Estimer la probabilité pour que les ajouts se produisent et multiplier cette probabilité par la valeur de l'ajout
38/7 (révisions des prix)	Je suis dans un contexte d'inflation importante, je sais que le prix des prestations va augmenter dans les prochaines années	Prévoir une augmentation de X% chaque année
38/9 (évènement imprévisible)	???	???

Analyse

Introduction

Les clauses de réexamen doivent* figurer noir sur blanc dans vos cahier des charges

Les hypothèses règlementées s'appliquent nonobstant, on ne peut pas y déroger

➔ pas besoin de les faire figurer dans vos cahiers des charges

1 – Les cinq hypothèses règlementées

Caractère unilatéral?

Contrats administratifs VS contrats de l'administration ☐ souci de l'intérêt général

La loi de la mutabilité (loi du changement) des services publics justifie que l'on fasse une exception à l'article 1103 du Code civil qui prévoit que « Le contrat valablement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait. ».

En Droit administratif, l'administration n'a pas besoin du consentement de la personne concernée pour modifier ses droits et ses obligations.

En Droit privé, celui qui souhaite faire valoir ses droits à l'encontre d'une personne doit nécessairement faire appel à un juge pour obtenir un titre exécutoire.

Modifications non substantielles (art. 38/5 et 6)

« Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la modification, quelle qu'en soit la valeur, est à considérer comme non substantielle. »

Pas de limite monétaire mais doit être « non substantielle » ? Qu'est-ce que c'est ?

Pas de réponse de la loi, qui nous dit par contre ce qu'elle entend par une modification « substantielle »:

« Rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ »

Modifications non substantielles (art. 38/5 et 6)

La loi donne des exemples :

« Est à considérer comme substantielle la modification qui remplit **au moins** une des conditions suivantes:

1. « la modification introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché » ;
2. « la modification modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial » ;
3. « la modification élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre » ;
4. « lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3 »

Modifications non substantielles (art. 38/5 et 6)

Copier coller de la jurisprudence Pressetext

Liste illustrative de ce qu'on entend par « modification substantielle » ? Si vous avez 4 « non » c'est bon signe mais...

5. ... tout autre modification qui rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ

Conclusion personnelle :

- ➔ Insécurité juridique liée à des potentielles difficultés d'interprétation ? Interprétation stricte, préférer les autres articles quand c'est possible
- ➔ Modifications non financières : par ex. modifications mineures dans les exigences techniques, modalités d'exécution d'un marché, modalités de libération du cautionnement, modification de la formule de révision ?

Les travaux, fournitures ou services complémentaires (art. 38/1)

Cas typiques : Oublis du PA, opportunités, erreurs de mesurage

Deux conditions **cumulatives** : le changement de cocontractant...

1. « est **impossible** pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité des services complémentaires avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial »
2. « présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur »

➔ « Impossible » ? Contradiction dans les termes entre les deux conditions ?

< 50 % du montant du marché indexé faisable plusieurs fois.

➔ Publicité dans le cas des modifs de marchés dont la valeur est supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne



Pas pour contourner la réglementation

Evènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (art. 38/2)

Cas typique: Surprises

Trois conditions **cumulatives** :

1. « la modification est rendu nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir » ;
2. « la modification ne change pas la nature globale du marché ou de l'accord-cadre » ;
3. < 50 % du montant du marché indexé faisable plusieurs fois.

➔ Publicité dans le cas des modifs de marchés dont la valeur est supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne



Pas pour contourner la réglementation

Suite

« Adjudicateur diligent »

Rapport au Roi: « Les circonstances imprévisibles sont celles qui ne pouvaient pas être prévues, malgré une préparation minutieuse du marché initial, compte tenu des moyens disponibles, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de la passation du marché et la valeur prévisible de celui-ci »

➔ Proportionnalité des moyens

➔ Par ex. Excavations dans le cadre d'un marché de travaux.

Remplacement de l'adjudicataire en cas de restructuration de société (art. 38/3, 2°)

Remplacement de l'adjudicataire initial sans nouveau marché :

Soit :

1. En application d'une clause de réexamen ? voir plus loin
2. « à la suite d'une succession universelle ou partielle de l'adjudicataire initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres **modifications substantielles** du marché et ne vise pas à contourner les dispositions en matière de marchés publics »

La règle « De minimis » (art. 38/4)

« Une modification peut être apportée sans nouvelle procédure de passation, lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes :

1° le seuil fixé pour la publicité européenne (c'est-à-dire, en règle générale, 5.382.000 € HTVA € pour les travaux et 215.000 € pour les fournitures et les services)

2° dix pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et quinze pour cent de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur visée à l'alinéa 1er, est déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives. »

➔ Toutefois, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché, ou de l'accord-cadre

➔ Montant de référence actualisé sur base de l'indexation

« valeur cumulée nette des modifications successives » ?

La règle « De minimis » (art. 38/4)

Deux interprétations :

- Compensation des « plus » et des « moins »
- Valeur absolue (interprétation du Service Public Wallonie)

La règle « De minimis » (art. 38/4)

Vous avez attribué un marché de mobilier pour 100.000 € HTVA

Situation	Montant	Méthode compensation		Méthode SPW	
		%	Cumul	%	Cumul
Ajout de blocs tiroirs	3.000 €	3%	3%	3%	3%
Suppression des lampes de bureau	- 5.000 €	- 5 %	- 2 %	5 %	8 %
Ajout de tables de réunion	10.000 €	10 %	8 %	10 %	18 %

La règle « De minimis » (art. 38/4)

Selon le SPW « opérer une compensation des modifications positives et négatives pourrait paradoxalement mener à récompenser le pouvoir adjudicateur le plus imprévoyant et ouvrirait la porte à de (trop) nombreuses modifications qui pourraient avoir pour conséquence de modifier la nature globale du marché. Ce qui est interdit dans le cadre de la règle de minimis. »

➔ Pratique des « réserves de pourcentage »

➔ Lecture très prudente. La « compensation des + et des – » est conforme à la législation.

Article très pratique car la motivation requise est extrêmement légère.

Les clauses de réexamen

Les clauses de réexamen - introduction

Doivent figurer noir sur blanc dans le cahier des charges (sauf exception)

Caractéristiques communes fixées par l'art. 38 : **clarté, précision, univocité**

La clause doit préciser le champ d'application et la nature des éventuelles modifications et les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage

Interdiction de modifier la nature globale du marché ou de l'accord-cadre

Doivent être prise en compte dans l'estimation

« Les clauses de réexamen indiquent le **champ d'application** et la **nature des modifications** possibles ainsi que **les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage**. Elles ne permettent pas de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. ».

1. Champ d'application : à quelle situation s'applique la clause ?
2. Nature des modifications : qu'est-ce que ça peut engendrer comme modification ?
3. Conditions d'usage

Clauses de réexamen libres (art. 38 RGE)

Vous pouvez rédiger vous-même des clauses de réexamen claire, précise et univoque.

Pas de limite financière.

Ex. : marché de déchets. Ajout/suppression d'un site en cours de marché.

Ex. : Exemple vu précédemment où on autorisait le recours à l'inventaire dans un marché subséquent à un accord-cadre

Redondance potentielle avec d'autres mécanismes

Clauses de réexamen obligatoires ou quasi obligatoires

Certaines clauses de réexamen doivent obligatoirement* figurer dans vos cahiers de charges

Mais, dans certains cas, on peut y déroger (au début des cahiers de charges) – art. 9 RGE

Libellé	Article	Dérogation possible
Révision des prix (travaux)	38/7, §1 ^{er}	Oui : faire mention de la dérogation au début du CCH. Pas besoin de faire figurer la motivation in extenso.
Impositions ayant une incidence sur le montant du marché	38/8	Non*
Circonstances imprévisibles au détriment de l'adjudicataire	38/9	Non (on peut déroger aux premiers paragraphes mais pas à la clause de repli : « Si les documents du marché ne contiennent pas [cette clause de réexamen], les règles prévues [...] sont réputées être applicables de plein droit »)
Équilibre contractuel bouleversé en faveur de l'adjudicataire	38/10	
Carences, lenteurs ou faits quelconques imputés à l'adjudicateur ou l'adjudicataire	38/11	Non*
Suspensions ordonnées par l'adjudicateur et incidents durant la procédure	38/12, §1 ^{er}	

* Sauf dans « les marchés portant à la fois sur le financement, la conception et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci. » (RGE, art. 9, §4, al. 3).

Clause de réexamen **obligatoire** : la Révisions des prix dans les marchés de travaux et certains marchés de services (38/7, §1)

La clause la plus connue

Obligatoire dans les marchés de travaux et certains marchés de services (l'annexe 1 du RGE (étude de sol, défrichage, abattage d'arbres, élagage, curage des égouts, etc.)

Obligatoire sauf dérogation explicite au début du cahier des charges (art. 9 RGE, §4) : « Il peut par contre être dérogé aux articles 38/7, 38/9, §§ 1er à 3 et 38/10, §§ 1er à 3 dans des cas dûment motivés mais sans que le caractère indispensable de cette dérogation ne doive être démontré. »

« Une révision des prix n'est pas obligatoire pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 120.000 euros et lorsque le délai d'exécution initial est inférieur à cent-vingt jours ouvrables ou cent-quatre-vingts jours de calendrier. »

➔ Clause de réexamen réellement obligatoire (pas de clause de repli)

Peut-être invoqué par les deux parties !

Mieux de préciser certains éléments dans la clause : clarté dans la formulation (par ex. déclencheur, délai pour l'applicabilité, régularité, cliquet, etc.)

Rappel c'est une clause de réexamen donc : clarté + précision + univocité et champ d'application + nature des modification + conditions

Dans les deux sens !

Défaillance de la formule de révision des prix

➔ Quid si on s'aperçoit que la formule ne fonctionne pas bien?

Faculté de l'adapter ? (Potentiellement en « modifications non substantielles » ? Selon le SPF BOSA)

Contexte de volatilité des prix ?

Les clauses de réexamen quasi-obligatoires

Quasi-obligatoire → clause de repli

Dans les fait, les cahiers de charges reprennent souvent les clauses de réexamen telles quelles

« s'approprier » les clauses → Les « modalités »

Dans chacune de ces clauses « Les documents du marché prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de ... »

Les adapter à votre organisation et votre situation

« Les clauses de réexamen indiquent le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. ».

→ Pour les clauses quasi-obligatoires cela signifie que vous devez les cadrer en précisant les modalités de leur application

→ clause de réexamen donc : clarté + précision + univocité et champ d'application + nature des modification + conditions

Les clauses quasi obligatoires : conditions d'introduction

Conditions d'introduction :

1. (uniquement pour l'adjudicataire – art. 38/15) Prévenir son partenaire : « faire connaître de manière succincte à l'adjudicateur l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché »
 1. dans les 30 jours de la survenance des faits ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance,
 2. Pas recevable si « cette demande est basée sur des faits ou circonstances dont l'adjudicateur n'a pas été saisi par l'adjudicataire en temps utile et dont il n'a pu en conséquence contrôler la réalité, ni apprécier l'incidence sur le marché afin de prendre les mesures éventuellement exigées par la situation »
2. Dénoncer les faits (30 jours à partir des faits ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance) – art. 38/14
3. Transmettre par écrit la justification chiffrée dans certains délais (art. 38/16)

Vérification des pièces comptables autorisées (art. 38/18)

Les impositions ayant une incidence sur le montant du marché (38/8)

Deux conditions

1. « la modification est entrée en vigueur après le dixième jour précédant la date ultime fixée pour la réception des offres » ;

➔ Doit être une modification récente

1. « soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un indice, ces impositions ne sont pas incorporées dans la formule de révision prévue dans les documents du marché en application de l'article 38/7 » ;

Par ex. redevance kilométrique (OBU)

Les circonstances imprévisibles au détriment de l'adjudicataire (art. 38/9)

Comment prévoir l'imprévisible ?

Le législateur impose aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir une clause de réexamen « fixant les modalités de la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire par des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger

« L'adjudicataire ne peut invoquer l'application de cette clause de réexamen que s'il démontre que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son l'offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires. »

➔ L'adjudicataire peut invoquer la défaillance d'un sous-traitant si situation analogue

Les circonstances imprévisibles au détriment de l'adjudicataire (art. 38/9)

Conditions par rapport à l'étendue du préjudice (§3), en fonction du type de marché :

1. Pour les marchés de travaux (et certains marchés de service) :
 1. 2,5 % du marché
 2. Si le marché est passé sur la base du seul prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif aux prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution, le seuil du préjudice très important est en toute hypothèse atteint à partir de certains montants (175.000, 225.000 ou 300.000 € en fonction de la valeur du marché)
2. Pour les marchés de fournitures et services : 15 %
 1. Peut amener les adjudicataires à essayer de « gonfler » leur préjudice afin de dépasser ce seuil.
 2. Conditions d'introduction strictes : voir plus loin.

Les phénomènes progressifs et continus

Il faut respecter certains délais entre l'évènement et l'introduction de la demande (30 jours de leur survenance des faits ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance)

MAIS ! Théorie des « phénomènes progressifs et continus »

➔ « lorsque certains faits ou circonstances perturbant l'exécution du marché se caractérisent par leur continuité ou par leur révélation progressive dans le temps, l'adjudicataire a la faculté de les dénoncer aussi longtemps qu'ils perdurent » P. Thiel

Selon la jurisprudence, l'obligation de dénonciation est ainsi valablement respectée lorsque la perturbation ne se révèle que progressivement « quant à sa gravité et son effet préjudiciable ».

Les circonstances imprévisibles en faveur de l'adjudicataire (art. 38/10)

Disposition miroir

Les carences, lenteurs ou faits quelconques imputés à l'adjudicateur ou l'adjudicataire (art. 38/11)

Il s'agit de l'hypothèse où, par le fait d'une des deux parties – « carences, lenteurs, ou faits quelconques » – l'autre partie subi « un retard ou un préjudice ».

→ pas de montant minimal du préjudice

La différence principale entre les « circonstances imprévisibles » des articles 38/9 et 10 et les « faits de l'adjudicateur et de l'adjudicataire » réside dans l'évènement générateur de l'hypothèse : dans le premier cas, il s'agit d'une circonstance extérieure (par ex. une crise sanitaire), alors que dans le deuxième cas, il est question d'un « fait » d'une des parties.

→ Ex. On tarde à commander dans une situation de volatilité des prix

Peut donner lieu à :

1. la révision des dispositions contractuelles, en ce compris la prolongation ou la réduction des délais d'exécution ;
2. des dommages et intérêts
3. la résiliation du marché

Plus conflictuel que le 38/9 ? Plus facile de mettre le préjudice sur des faits externes que sur l'action de l'autre partie

Les indemnités suite aux suspensions ordonnées par l'adjudicateur et incidents durant la procédure (art. 38/12, §1er)

Applicable pour tous les marchés mais surtout pertinentes dans les marchés de travaux

Attention ! Ici on ne parle pas de « modalités ».

l'adjudicataire a droit à des dommages et intérêts pour les suspensions ordonnées par l'adjudicateur dans les conditions cumulatives suivantes :

1. la suspension dépasse au total un vingtième du délai d'exécution et au moins dix jours ouvrables ou quinze jours de calendrier, selon que le délai d'exécution est exprimé en jours ouvrables ou en jours de calendrier;
2. la suspension n'est pas due à des conditions météorologiques défavorables ou à d'autres circonstances auxquelles l'adjudicateur est resté étranger et qui, à la discrétion de l'adjudicateur, constituent un obstacle à continuer l'exécution du marché à ce moment ;
3. la suspension a lieu endéans le délai d'exécution du marché.

🔍 L'adjudicateur peut se réserver le droit de suspendre le marché durant une période donnée (voir plus loin)

Les clauses quasi obligatoires : conditions d'introduction

Art.	Action	Délai	Sanction	S'applique à 38/...				
				8	9	10	11	12
38/14	Dénoncer les faits	Par écrit dans les 30 jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance			x	x	x	
38/15	(en plus, pour l'adjudicataire) Décrire succinctement l'impact sur le déroulement et l'impact financier		Déchéance		x	x	x	
38/16	Transmettre une justification chiffrée	En fonction du type de demande, les délais varient (voir AR)		x	x		x	x
38/17	Demande de révision du marché par l'adjudicateur	90 jours à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de la réception provisoire du marché				x		

Les clauses quasi obligatoires

Les discussions sur l'application d'une clause de réexamen ne peuvent pas être un prétexte pour ralentir !

« L'adjudicataire ne peut se prévaloir des discussions en cours concernant l'application d'une des clauses de réexamen telles que visées aux articles 38/9 à 38/12 pour ralentir le rythme d'exécution, interrompre l'exécution du marché ou ne pas reprendre celle-ci, selon le cas. » (art. 38/13)

Les clauses quasi obligatoires : concrètement

I.1.1 Modalités des clauses visées aux articles 38/8 à 38/12, § 1^{er}

Les clauses de réexamen visés aux articles 38/8 à 38/12, § 1^{er} sont d'application selon les conditions prévues par l'arrêté. Les modalités suivantes, spécifiques à ce marché, sont également d'application :

Clause	Article	Modalités liées au champ d'application	Modalités liées à la nature des modifications	Modalités liées aux conditions d'usage
Impositions ayant une incidence sur le montant du marché	38/8	Néant	Néant	Néant
Équilibre contractuel du marché bouleversé au détriment de l'adjudicataire	38/9	Néant	La révision peut consister également en une indemnité forfaitaire. Celle-ci ne pourra toutefois pas être supérieure à 50 % du préjudice subi.	Néant
Équilibre contractuel du marché bouleversé en faveur de l'adjudicataire	38/10	Néant	Néant	Néant
Faits de l'adjudicateur et de l'adjudicataire	38/11	Néant	Néant	Néant

Les clauses facultatives

1. Le remplacement de l'adjudicataire (38/3, 1°) : vous pouvez prévoir le remplacement de l'adjudicataire par un autre
➔ Par ex. « le suivant en ordre utile » (cascade ?)
2. La révision des prix dans les marchés de fournitures et de services (art. 38/7, §2)
➔ Jamais obligatoire mais très fortement recommandée !
3. Suspensions ordonnées par l'adjudicataire et incidents durant la procédure (art. 38/12, §2)
➔ « L'adjudicateur peut prévoir une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, dans laquelle il se réserve le droit de suspendre l'exécution du marché pendant une période donnée, notamment parce qu'il estime que le marché ne peut pas être exécuté sans inconvénient à ce moment-là. »