

Section 12. – Actions judiciaires

Article 73. § 1^{er}. *Toute action judiciaire de l'adjudicataire, fondée sur les faits ou circonstances visés aux articles 54 à 56, doit, sous peine de forclusion, avoir été précédée d'une dénonciation et d'une demande établies par écrit dans les délais prévus aux articles 50, 52 ou 53.*

§ 2. *Toute citation devant le juge à la demande de l'adjudicataire et relative à un marché est, sous peine de forclusion et sans préjudice du paragraphe 1^{er}, signifiée au pouvoir adjudicateur au plus tard trente mois à compter de la date de la notification du procès-verbal de la réception provisoire. Toutefois, lorsque la citation trouve son origine dans des faits ou des circonstances survenus pendant la période de garantie, elle doit, sous peine de forclusion, être signifiée au plus tard trente mois après l'expiration de la période de garantie. S'il n'est pas imposé d'établir un procès-verbal, le délai prend cours à compter de la réception définitive.*

§ 3. *Lorsque le différend a fait l'objet de pourparlers entre les parties, et si la décision du pouvoir adjudicateur a été notifiée moins de trois mois avant l'expiration de ces délais ou ne l'a pas encore été à l'expiration de ceux-ci, ils sont prolongés jusqu'à la fin du troisième mois qui suit celui de la notification de la décision*

GENÈSE DE L'ARRÊTÉ ROYAL

Article 73 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

AUTEUR

Gauthier ERVYN

DOCTRINE

–

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

I. Généralités

1. L'article 73 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (ci-après, « l'AR Exécution ») est l'unique disposition de la section 12, intitulée « Actions judiciaires ». Il « reprend le contenu de

l'article 18, §§ 1^{er}, 2 et 3, alinéa 2, du Cahier général des charges. Il traite des délais de forclusion des actions judiciaires »¹.

2. L'article 73 s'applique, comme l'ensemble de l'arrêté exécution et en vertu de son article 5, à tous les marchés des secteurs classiques et spéciaux.

De plus, l'article 73 régit tant les marchés publics de travaux que ceux de fournitures ou de services. En effet, la section 12 fait partie du chapitre II de l'AR Exécution, qui s'applique à tous les marchés.

Enfin, s'agissant d'une disposition de l'arrêté considérée comme essentielle par le Gouvernement², elle régit non seulement les marchés dont la valeur estimée est supérieure à 30.000 euros H.T.V.A., mais également ceux dont la valeur ne dépasse pas ce seuil³. Seuls les marchés des secteurs classiques dont la valeur estimée est inférieure à 8.500 euros H.T.V.A. et les marchés des secteurs spéciaux dont la valeur estimée est inférieure à 17.000 euros échappent à l'application de cette disposition.

3. Pour les marchés publics à l'égard desquels l'article 73 s'applique, il est toutefois permis de déroger à son application, « dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré »⁴.

Cette dérogation doit toutefois être expressément mentionnée dans le cahier spécial des charges et faire l'objet d'une motivation formelle.

« À défaut de motivation dans le cahier spécial des charges, la dérogation en question est réputée non écrite »⁵.

À noter que l'arrêté précise toutefois que cette sanction ne sera pas applicable si le pouvoir adjudicateur a signé avec l'adjudicataire une convention écrite qui intègre la dérogation⁶.

4. L'article 73 de l'AR Exécution, comme l'article 18 du cahier général des charges (CGCh.) de 1996 dont il reprend – pour partie – le contenu, énonce trois règles spécifiques.

- Le paragraphe 1^{er} de cette disposition concerne uniquement les actions fondées sur des faits ou circonstances visés aux articles 54 à 56 du nouvel arrêté. Lorsque de tels faits et circonstances sont invoqués par l'adjudicataire, aucune action judiciaire ne peut être introduite sans avoir respecté les formalités de dénonciation et de demande prévues aux articles 50, 52 ou 53 de l'AR Exécution.
- Le paragraphe 2 de l'article 73 est une disposition générale qui s'applique à toute citation de l'adjudicataire concernant l'exécution d'un marché public. Il s'applique donc « sans préjudice » des obligations déjà stipulées au paragraphe 1^{er}. Il instaure les délais maximaux dans lesquels une action judiciaire peut être introduite par l'adjudicataire d'un marché.
- Enfin, le paragraphe 3 de l'article 73 prévoit un allongement des délais lorsque des pourparlers sont intervenus entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire.

1. Cf. rapport au Roi de l'AR Exécution, commentaire de l'article 73.

2. Cf. rapport au Roi de l'AR Exécution, commentaire de l'article 5. Ce caractère fondamental était déjà reconnu à l'article 18, sous l'ère du cahier général des charges.

3. Article 5, § 3, de l'AR Exécution.

4. Article 9, § 4, alinéa 2, de l'AR Exécution.

5. Article 9, § 4, alinéa 2, de l'AR Exécution.

6. Article 9, § 4, alinéa 2, de l'AR Exécution.

II. Régime général (art. 73, §§ 2 et 3) : délais de forclusion communs aux citations introduites par l'adjudicataire du marché

5. Toute citation signifiée à la requête d'un adjudicataire de marché public à l'encontre d'un pouvoir adjudicateur doit avoir lieu au plus tard dans les trente mois de la notification du procès-verbal de réception provisoire du marché.

La forclusion visée par cette disposition s'applique à toute action judiciaire introduite par un adjudicataire, quel qu'en soit le motif¹. La Cour d'appel de Liège² a toutefois exclu l'application du délai de forclusion à un litige introduit par un adjudicataire déchargé de son marché en cours d'exécution : en effet, la Cour a considéré que la résiliation unilatérale de marché dont avait été victime l'adjudicataire était une notion totalement étrangère à celle de réception (provisoire ou définitive) des travaux, de sorte qu'il ne pouvait être considéré que le délai de forclusion avait commencé à courir³.

La citation vaut interruption de la forclusion pour les causes et objet qu'elle énonce. Une demande nouvelle ne peut être introduite en cours d'instance sur la base d'une prétendue erreur matérielle dans la facture pour décompte définitif si elle n'était pas virtuellement comprise dans la citation conformément à l'article 807 du Code judiciaire⁴.

S'agissant d'une action au stade de l'exécution du marché, elle concerne les droits subjectifs de l'adjudicataire, et les citations, dont question à l'article 73, seront portées devant le juge judiciaire⁵.

6. L'article 18 du CGCh. formant l'annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, dont l'article 73 est issu, prévoyait un autre délai, à savoir vingt-quatre mois à dater de la notification du procès-verbal de réception définitive du marché.

Il ressort du rapport au Roi que le Gouvernement a estimé, lors de l'adoption du présent article 73, que le délai unique fixé par l'article 18 du CGCh. était trop long, ne s'appliquant donc que très peu dans la pratique.

Le choix du Gouvernement de faire débiter le délai de forclusion des citations à compter de la réception provisoire des marchés et, donc, de réduire les possibilités d'action des adjudicataires contre les pouvoirs adjudicateurs, fut motivé par deux raisons⁶ :

- éviter que, par un délai de forclusion trop long, l'on instaure une disparité de fait entre les adjudicataires des marchés publics lancés par l'État, les entités fédérées et les provinces⁷, lesquelles sont protégées par la prescription quinquennale consacrée par l'article 100 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État⁸, et les adjudicataires des marchés lancés par d'autres pouvoirs adjudicateurs ;

1. Cass., 9 juin 2005, www.juridat.be ; Cass., 28 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1244.

2. Liège, 5 juin 1997, *J.L.M.B.*, 2000, p. 144.

3. Pour un autre exemple d'exclusion en matière d'action en restitution de la caution : Bruxelles, 1^{er} octobre 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 65.

4. Cass., 4 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1015.

5. P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2011*, Kuwer, p. 751.

6. Cf. rapport au Roi de l'AR Exécution, commentaire de l'article 73.

7. Pour plus de précisions à cet égard, cf. F. VLASSEMBROUCK, « Délai de prescription des actions devant le juge judiciaire fondées sur une responsabilité extracontractuelle dans le cadre des marchés publics : d'incertitudes en certitudes ? », in C. DE KONINCK *et al.* (éd.), *Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP, 2008, p. 133.

8. Arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'État.

- favoriser la gestion des encours budgétaires des pouvoirs adjudicateurs, en limitant les risques de recours.

7. L'avancement du point de départ du délai de forclusion des citations judiciaires a toutefois été diversement tempéré par le Gouvernement.

Premièrement, la durée du délai de vingt-quatre mois dans l'article 18 du CGCh. a été allongée à trente mois dans l'article 73.

Deuxièmement, le Gouvernement a abandonné le système du délai unique et est revenu à un régime de double délai tel que celui en vigueur avant 1985¹.

Ainsi, le texte prévoit désormais, ce que ne faisait pas l'article 18 du CGCh., que, si les faits ou circonstances à l'origine de la citation sont postérieurs à la réception provisoire, le délai de signification de trente mois ne commence à courir qu'à dater du terme de la période de garantie contractuelle².

Par ailleurs, comme l'article 18 du CGCh. le prévoyait déjà, lorsque le cahier spécial des charges n'impose pas de procès-verbal de réception provisoire, l'article 73 reporte le commencement du délai de forclusion à la réception définitive du marché.

La date de prise de cours du délai est celle de la notification du procès-verbal de réception provisoire. Cela n'est donc pas à confondre avec la date de réception provisoire en tant que telle. Sous l'ère d'application de l'ancien arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, divers recours furent introduits à ce sujet³.

8. L'article 73, § 3, est issu de l'article 18, § 3, alinéa 2, du CGCh.

Il ne reprend pas le texte de l'article 18, § 3, alinéa 1^{er}, du CGCh. qui n'apparaît plus dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013, les compétences en matière de marchés publics du Comité supérieur de contrôle⁴ ayant été transférées au sein d'un service dédié du ministère de la Fonction publique⁵, puis transférées vers un autre⁶, cette structure ayant été transformée en centrale de marchés dans le cadre de la réforme Copernic⁷.

Le terme « pourparlers » utilisé à l'article 18 du CGCh. doit être compris dans un sens large ; il doit s'entendre comme suit : toute participation à des réunions, toute discussion verbale, tout échange d'avis ou toute position de l'administration qui est de nature à donner à l'entrepreneur une impression raisonnable que l'administration envisage un règlement amiable de la contestation, et qui incite l'entrepreneur à différer l'intentement d'une

1. Un système de double délai était auparavant applicable en marchés publics, avant qu'il ne soit remplacé par l'arrêté ministériel du 8 octobre 1985 modifiant les articles 15 et 18 de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

2. La Cour de cassation (11 janvier 2008, www.juridat.be) estime que ce délai prolongé s'applique également lorsque les faits ou circonstances invoqués par l'adjudicataire ont lieu avant la réception provisoire du marché, mais que le pouvoir adjudicateur les rejette sur la base de faits et circonstances intervenus pendant la période de garantie.

3. Cf., notamment, Cass., arrêt n° F-19901108-18 (8760) du 8 novembre 1990, www.juridat.be.

4. Créé par l'arrêté royal du 29 juillet 1970 portant règlement organique du Comité supérieur de contrôle.

5. À savoir le Service des marchés publics et des subventions : arrêté royal du 10 juillet 1997 portant diverses dispositions relatives à la réorganisation du ministère de la Fonction publique.

6. À savoir le Bureau fédéral d'achats (BFA) : arrêté royal du 20 juillet 1999 portant intégration du Service des marchés publics et des subventions du ministère de la Fonction publique au sein du Bureau fédéral d'achats du même ministère et modifiant l'arrêté royal du 19 septembre 1994 portant création, organisation et fixation du cadre du ministère de la Fonction publique.

7. Scission du BFA le 15 mai 2002 en trois entités : la Centrale de marchés pour les services fédéraux, Conseil et politique d'achats, Réseau de concertation achats fédéraux.

procédure judiciaire pour éviter la rupture des négociations¹²,. Par contre, une demande unilatérale de l'adjudicataire, formulée dans une seule lettre adressée au pouvoir adjudicateur, ne peut être considérée comme des pourparlers, à défaut de réponse du pouvoir adjudicateur³. Les pourparlers supposent des échanges bilatéraux, et une réclamation unilatérale, même réitérée, ne constitue pas des pourparlers⁴.

9. Alors que l'article 18, § 3, alinéa 2, du CGCh. faisait expressément référence au délai général de forclusion des citations imposé par le paragraphe 2, le nouveau texte de l'article 73, § 3, n'opère pas ce lien.

Il ne nous semble toutefois pas qu'il pourrait désormais être soutenu que « les délais » mentionnés au paragraphe 3 visent tant les délais de forclusion des citations du paragraphe 2 que les délais de forclusion des demandes et dénonciations visées au paragraphe 1^{er}.⁵

En effet, d'une part, l'utilisation du pluriel dans l'article 73 peut s'expliquer par le fait que le paragraphe 2 rétablit un double délai de forclusion des citations, alors que l'article 18, § 2, du CGCh. consacrait un délai unique. En utilisant le pluriel, le Gouvernement n'entend donc pas nécessairement viser également les délais du paragraphe 1^{er}.

D'autre part, comment des pourparlers pourraient intervenir entre un pouvoir adjudicateur et un adjudicataire avant même que ce dernier n'ait dénoncé un incident d'exécution ? De même, serait-il envisageable d'engager des pourparlers avant même que l'adjudicataire ait formé une réclamation ou requête en bonne et due forme ? Logiquement, l'existence de pourparlers ne devrait apparaître qu'après ces dénonciations et demandes.

Enfin, comme le rappelle le rapport au Roi, l'objet de l'article 73 est de fixer les délais de forclusion des actions judiciaires. Les délais des demandes et dénonciations visées au paragraphe 1^{er} sont établis et régis par d'autres dispositions de l'arrêté. Si l'existence de pourparlers devait impacter ces délais, il aurait été logique de le préciser dans les dispositions de l'arrêté qui gouvernent ces délais, et non à l'article 73.

10. En application de l'article 73, § 3, dès lors que le différend fait l'objet de pourparlers entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur, les délais de forclusion de la citation à introduire par l'adjudicataire sont prolongés jusqu'à la fin du troisième mois qui suit celui de la notification de la décision du pouvoir adjudicateur mettant un terme à la négociation.

Le délai de trente mois fixé par le paragraphe 2 pourrait donc, au maximum, être porté à trente-trois mois.

L'adjudicataire a toutefois la liberté de tenter de démontrer que le pouvoir adjudicateur a consenti à une prorogation de délai, fondée sur d'autres motifs que des pourparlers⁶.

1. Bruxelles, 18 septembre 1996, www.juridat.be.

2. Cf. également Mons, 5 mars 2007, www.juridat.be : « le terme "pourparlers" [...] doit toutefois impliquer qu'entre l'entrepreneur et l'administration, se nouent une négociation, une discussion ou des échanges de nature à donner à l'entrepreneur une impression raisonnable que l'administration envisage un règlement amiable de la contestation, et qui incite l'entrepreneur à différer l'intentement d'une procédure judiciaire pour éviter la rupture des négociations ».

3. Cass., 9 juin 2005, www.juridat.be.

4. Mons, 5 mars 2007, www.juridat.be.

5. Et ce, d'autant plus vu l'utilisation du pluriel par l'article 73, § 3, alors que l'article 18, § 3, CGCh. était rédigé au singulier.

6. M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. II, 6^e éd., 2009, p. 508 et les exemples cités.

11. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation¹, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à invoquer la forclusion de la citation de l'adjudicataire. Il appartient toutefois à l'adjudicataire d'en apporter la preuve.

Le délai de forclusion instauré par l'article 73 n'est, en effet, pas d'ordre public².

III. Régime particulier (art. 73, § 1^{er}) : actions judiciaires basées sur des faits ou circonstances visés aux articles 54 à 56

12. Lorsqu'une action judiciaire est fondée sur un incident d'exécution visé aux articles 54, 55 ou 56 de l'arrêté, le paragraphe 1^{er} de l'article 73 impose, en surplus du délai de forclusion général fixé au paragraphe 2, que cette action soit précédée d'une dénonciation et d'une demande établies par écrit dans les conditions et délais prévus aux articles 50, 52 ou 53.

Les articles 54, 55 et 56 identifient trois types d'incidents d'exécution du marché³. Il s'agit :

- des « manquements du pouvoir adjudicateur », à savoir les carences, lenteurs ou faits quelconques imputables au pouvoir adjudicateur et qui occasionnent un retard ou un préjudice à l'adjudicataire (art. 54⁴) ;
- de certaines⁵ suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur dans le délai d'exécution contractuel (art. 55)⁶ ;
- des « circonstances imprévisibles » au sens de l'article 56⁷.

Ces incidents peuvent justifier la réclamation de diverses contreparties à charge du pouvoir adjudicateur : remise d'amendes de retard, révision du marché incluant notamment la prolongation des délais d'exécution, dommages et intérêts, résiliation du marché.

13. Si un adjudicataire souhaite introduire une action judiciaire à la suite de tels incidents d'exécution du marché, cette action ne pourra être mise en œuvre que si elle a été précédée, d'une part, d'une dénonciation et, d'autre part, d'une demande, établies dans les conditions prévues aux articles 50, 52 ou 53⁸.

Avant toute action judiciaire, les modalités suivantes doivent avoir été réalisées.

- Envoi d'une *dénonciation* écrite⁹ au pouvoir adjudicateur :
 - indiquant les faits ou circonstances qui perturbent le marché¹⁰, et signalant sommairement l'influence qu'ils pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché¹¹ ;
 - au plus tôt et, en tout état de cause, dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire aurait normalement dû en avoir connaissance¹² ;

1. Cass., 9 juin 2005, www.juridat.be ; Cass., 18 novembre 2004, www.juridat.be.

2. Mons (8^e ch.), 22 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 544.

3. Pour plus de détails, il est renvoyé au commentaire de ces articles.

4. Cf. article 16, § 1^{er}, CGCh. annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

5. Cf. les conditions fixées par l'article 55.

6. Ancien article 15, § 5, alinéa 2, CGCh. annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

7. Cf. article 16, § 2, CGCh. annexé à l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

8. Pour plus de détails, il est renvoyé au commentaire de ces articles.

9. Hormis le caractère écrit de la dénonciation, sa forme peut être multiple : courrier recommandé, mention dans un procès-verbal de chantier (Cass., 21 septembre 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 151).

10. Cf., toutefois, l'exception contenue à l'article 52, alinéa 3, pour les ordres écrits du pouvoir adjudicateur.

11. Article 52.

12. La Cour de cassation (Cass., 25 mars 2011, C.10.0088.N, www.juridat.be) considère que le délai de forclusion de trente jours ne concerne que l'envoi de la dénonciation détaillant les faits qui perturbent le marché, et non la description sommaire de l'influence que ceux-ci ont ou pourraient avoir sur la marche et le coût de l'entreprise. (cf. aussi Cass., 21 septembre 2007, R.G. C.05.0590.F, *Pas.*, 2007, n° 425).

- Introduction d'une demande écrite (réclamation ou requête) :
- dûment justifiée et chiffrée ;
 - avant l'expiration des délais contractuels d'exécution, lorsque l'adjudicataire sollicite leur prolongation ou la résiliation du marché¹ ;
 - au plus tard nonante jours après la notification du procès-verbal de réception provisoire du marché², lorsque l'adjudicataire souhaite une révision du marché ou des dommages et intérêts ;
 - au plus tard nonante jours à compter du paiement de la facture de solde pour les marchés de travaux ou de la facture sur laquelle ont été retenues les amendes pour les marchés de fournitures et de services, lorsque l'adjudicataire réclame la remise des amendes pour retard³.

En cas d'irrespect de ces modalités, l'adjudicataire est forclos à agir judiciairement contre le pouvoir adjudicateur. Son action sera donc déclarée irrecevable.

14. Il est à noter que le paragraphe 1^{er} de l'article 73 utilise, comme le faisait l'article 18 du CGCh. avant lui, le vocable de « action judiciaire », notion qui est à distinguer de la « citation » visée au paragraphe 2.

Les exigences posées par le paragraphe 1^{er} s'appliquent donc à toute demande en justice, qu'elle soit introductive d'instance ou incidente⁴. À notre avis, l'adjudicataire ne pourra donc pas introduire une demande reconventionnelle fondée sur les faits et circonstances visés aux articles 54 à 56 sans avoir procédé aux dénonciations et demandes dans les délais fixés par les articles 50, 52 ou 53.

1. Article 53, 1^o.

2. Ou après l'expiration de la période de garantie si les faits et circonstances trouvent leur origine pendant cette période (art. 53, 3^o).

3. Article 50, § 3.

4. Article 12 C. jud.