



Art. 161

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics

**Article 161.** *Le pouvoir adjudicateur conserve l'ensemble des documents relatifs à la passation du marché ou de la concession de travaux publics pendant au moins dix ans à partir de la date d'attribution du marché ou, le cas échéant, de la date de renonciation à passer le marché.*

*Peuvent être conservés sur des supports électroniques :*

- 1° *les écrits établis par des moyens électroniques conformes à l'article 52, § 1<sup>er</sup> ;*
- 2° *les écrits qui ne sont pas établis par des moyens électroniques conformes à l'article 52, § 1<sup>er</sup>, et qui ne sont pas revêtus d'une signature ou d'un paraphe obligatoires ;*
- 3° *les données relatives au déroulement du système d'acquisition dynamique ou de l'enchère électronique ou d'une autre procédure d'attribution menée par des moyens électroniques.*

*L'application de cet article est sans préjudice du respect d'un délai de conservation plus long exigé par l'application de règles relatives à certains types de marchés ou par d'autres dispositions particulières.*

## GENÈSE DE L'ARRÊTÉ ROYAL

Article 161 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

## DOCTRINE

–

## AUTEUR

Gauthier ERVYN

## COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

### *I. Objet de l'article 161*

**1.** L'article 161 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est une disposition réglementaire nouvelle qui impose aux pouvoirs adjudicateurs une obligation de conservation de « l'ensemble des documents relatifs à la passation » de leurs marchés publics. Il s'applique également aux concessions de travaux.





Suivant cette disposition, tout pouvoir adjudicateur est tenu de conserver le dossier complet de passation d'un marché public, pendant une durée minimale de dix ans, prenant cours à dater de l'attribution du marché ou de la renonciation à passer le marché. Un délai de conservation plus long est toutefois possible si des dispositions légales particulières le prévoient.

**2.** L'arrêté royal autorise les pouvoirs adjudicateurs à conserver la copie de bon nombre de documents sur support électronique, à l'exception des documents « papier » revêtus d'un paraphe ou d'une signature obligatoire qui sont à conserver sur support « papier ».

Ainsi, pourront être conservés sur support électronique :

- les demandes de participation et offres établies par des moyens électroniques et conformes aux conditions fixées par l'article 52, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, notamment l'apposition d'une signature électronique avancée et certifiée ;
- les écrits « papier » ou les écrits électroniques qui ne répondent pas aux conditions de l'article 52, § 1<sup>er</sup>, pour autant que ces écrits ne revêtent pas une signature ou un paraphe obligatoires ;
- les données relatives au déroulement du système d'acquisition dynamique ou de l'enchère électronique ou d'une autre procédure d'attribution menée par des moyens électroniques.

Tous les autres documents liés à la passation du marché, à savoir les documents établis sur support « papier » et qui revêtent une signature ou un paraphe obligatoires, doivent donc être conservés en version « papier ».

**3.** L'exigence de conservation imposée par l'article 161 porte sur « les documents relatifs à la passation du marché ou de la concession de travaux publics ».

Cette expression est à distinguer de la notion de « documents de marché », telle que définie par l'article 3, 21<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Les documents de marché sont, en effet, légalement définis comme « les documents applicables au marché, y inclus tous les documents complémentaires et les autres documents auxquels ils se réfèrent. Ils comprennent, le cas échéant, l'avis de marché, le cahier spécial des charges contenant les conditions particulières applicables au marché et la convention signée par les parties ».

La notion de « documents relatifs à la passation du marché » utilisée dans l'article 161 est différente de celle définie à l'article 3, 21<sup>o</sup>, de la loi précitée du 15 juin 2006, et son contenu est, à notre estime, plus large<sup>1</sup>.

Les documents relatifs à la passation du marché visent, en effet, tous les écrits généralement quelconques qui ont permis au pouvoir adjudicateur de passer le marché, c'est-à-dire l'ensemble du dossier administratif relatif au marché, en ce compris les documents

1. Notons toutefois que, dans le rapport au Roi, une confusion apparaît, puisque c'est la notion de « documents de marché » qui est utilisée.





Art. 161

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics



préparatoires, mais également les demandes de participation et les offres qui ont été introduites par tous les candidats et soumissionnaires ou, encore, la correspondance échangée avec le pouvoir adjudicateur, par exemple en matière de justification des prix anormaux.

**4.** Le rapport au Roi ne fournit que peu d'explications sur l'adoption de cette nouvelle obligation à charge des pouvoirs adjudicateurs, puisqu'il se contente de signaler que « [c]et article est une disposition nouvelle fixant le délai minimum de conservation des documents du marché ou de la concession. Il est sans préjudice du respect d'un délai de conservation plus long qui s'appliquerait pour certains marchés, par exemple dans le cadre de la responsabilité décennale pour les marchés de travaux, ou qui résulter[ait] d'une autre réglementation ».

Le préambule du rapport au Roi<sup>1</sup> confirme toutefois que l'obligation de conservation mise à charge des pouvoirs adjudicateurs est d'application pour tous les types de marchés<sup>2</sup> et quelle que soit la procédure de passation choisie. Pour les procédures de marchés électroniques (système d'acquisition dynamique, enchères électroniques...), la conservation des données sur support informatique est, suivant l'alinéa 2, 3<sup>o</sup>, de l'article 161, la règle.

## *II. Justification de cette nouvelle obligation*

**5.** Toute procédure de marché public engendre la naissance de droits et obligations dans le chef du pouvoir adjudicateur et dans le chef du ou des soumissionnaires.

Au niveau de la passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de traiter les demandes de participation des candidats et les offres des soumissionnaires de manière égalitaire, non discriminatoire et transparente<sup>3</sup>, conformément à la législation en vigueur ainsi qu'aux règles fixées par les documents de marché.

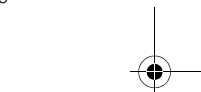
Les pouvoirs adjudicateurs engagent leur responsabilité en cas de méconnaissance de ces règles, et les candidats et soumissionnaires irrégulièrement évincés d'un marché peuvent les attraire devant les tribunaux.

Ensuite, lorsque l'attribution du marché est décidée, un contrat de travaux, de fournitures ou de services est conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire<sup>4</sup>.

La conclusion et l'exécution de ce contrat font également naître des droits et obligations entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. La violation de ces droits ou obligations, dans le chef de l'une ou l'autre partie au contrat, engendre des responsabilités qui pourront donner lieu à des actions judiciaires.

**6.** L'obligation nouvelle de conservation mise à charge des pouvoirs adjudicateurs est manifestement issue du souci du Gouvernement fédéral de garantir que les documents qui

1. Arrêté royal du 15 juillet 2011, préambule du rapport au Roi.  
2. Relevant du secteur classique (art. 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011).  
3. Article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après, « loi du 15 juin 2006 »).  
4. Article 3, 1<sup>o</sup> et 17<sup>o</sup>, de la loi du 15 juin 2006.



Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics

Art. 161

ont servi à la passation des marchés publics restent à disposition des parties et des tribunaux dans l'hypothèse d'un litige.

Le rapport au Roi instaure un lien clair entre l'obligation nouvelle de conservation des documents et la responsabilité décennale en matière de travaux, ce qui confirme cette hypothèse.

Que les pouvoirs adjudicateurs soient demandeurs ou défendeurs en justice, l'obligation de conservation qui leur est imposée par l'article 161 permettra de s'assurer qu'ils soient en mesure de contribuer efficacement à la charge de la preuve, comme le prévoient les articles 871 et 877 du Code judiciaire.

### *III. Délais d'intentement des procédures administratives et judiciaires en marché public*

7. Dès lors que la justification de cette nouvelle obligation de conservation est liée à la nécessité de disposer des informations nécessaires dans le cadre d'éventuels litiges, il est intéressant d'analyser l'article 161 au regard des divers recours ouverts en matière de marchés publics.

#### a) Contestation des décisions prises lors de la passation<sup>1</sup> d'un marché

##### *Avant la conclusion du marché public*

**8.** Les décisions prises par un pouvoir adjudicateur au stade de la passation d'un marché public sont susceptibles de recours de nature administrative ou judiciaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, le Conseil d'État est compétent<sup>2</sup>. Les tribunaux judiciaires sont compétents dans les autres cas<sup>3</sup>.

Le recours ouvert contre les décisions prises par le pouvoir adjudicateur avant la conclusion du contrat sont (i) la suspension<sup>4</sup> et/ou (ii) l'annulation<sup>5</sup>.

La suspension doit être introduite, si le Conseil d'État est compétent, selon la procédure d'extrême urgence et, si les tribunaux judiciaires sont compétents, devant le président du tribunal de première instance statuant en référé.

1. Décision relative à la sélection qualitative, à l'attribution ou la non-attribution du marché, retrait d'une décision d'attribution, etc.
2. Article 24, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après, « loi du 17 juin 2013 »).
3. Article 24, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi du 17 juin 2013.
4. Article 15 de la loi du 17 juin 2013.
5. Article 14 de la loi du 17 juin 2013.



Art. 161

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics



*Après la conclusion du marché public*

**9.** Lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà notifié à l'adjudicataire élu la conclusion du marché, le contrat est né.

La procédure de suspension n'est plus ouverte dans ce cas.

Il existe toutefois diverses possibilités de recours :

- le recours en annulation ;
- la procédure de déclaration d'absence d'effets<sup>1,2</sup> ;
- l'action en dommages et intérêts<sup>3</sup> ;
- la demande de sanctions de substitution<sup>4,5</sup>.

Le Conseil d'État est compétent pour les recours en annulation introduits contre les décisions d'autorités administratives.

Lorsque la demande de nullité est dirigée contre un pouvoir adjudicateur qui n'est pas une autorité, les tribunaux judiciaires sont compétents.

Par ailleurs, les tribunaux judiciaires sont toujours compétents pour les déclarations d'absence d'effets, les actions en dommages et intérêts et les demandes de sanctions de substitution<sup>6</sup>.

**10.** Une possibilité d'action qui n'est pas spécialement prévue par la loi sur les marchés publics est l'action en cessation d'actes contraires aux pratiques commerciales, fondée sur la loi du 6 avril 2010 concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur<sup>7</sup>.

Cette action peut être intentée jusqu'à un an après la fin des actes dont la cessation est demandée<sup>8</sup>.

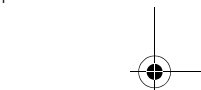
*Délai de recours*

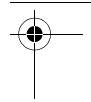
**11.** L'article 23 de la loi du 17 juin 2013 prescrit des délais de recours assez brefs.

Que l'instance de recours soit le Conseil d'État ou le tribunal judiciaire, les recours en suspension et en annulation doivent être respectivement intentés dans les quinze jours et les soixante jours de la notification de l'acte attaqué<sup>9</sup>.

---

1. Article 17 de la loi du 17 juin 2013.  
2. Ce recours n'est pas ouvert pour une partie des marchés n'atteignant pas les seuils de publicité européenne : article 33 de la loi du 17 juin 2013.  
3. Article 16 de la loi du 17 juin 2013.  
4. Article 22 de la loi du 17 juin 2013.  
5. Ce recours n'est pas ouvert pour une partie des marchés n'atteignant pas les seuils de publicité européenne : article 33 de la loi du 17 juin 2013.  
6. Article 24, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013.  
7. Cf., notamment, Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 21 avril 2010, *Entr. et dr.*, 2011, pp. 136 à 143, note F. MOÏSES et R. SIMAR, pp. 143 à 150 ; Liège (7<sup>e</sup> ch.), 17 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 202.  
8. Article 117 de la loi du 6 avril 2006 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.  
9. Article 23, §§ 2 et 3, de la loi du 17 juin 2013.





Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics

Art. 161

La demande de déclaration d'absence d'effets doit être intentée dans les trente jours de la publication de l'avis de marché passé ou de la notification de la décision, avec un maximum de six mois à dater de la conclusion du contrat<sup>1</sup>.

Le recours relatif à des sanctions de substitution visées à l'article 65/22 est introduit dans un délai de six mois<sup>2</sup>.

Enfin, la demande de dommages et intérêts peut être introduite dans les cinq ans de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte attaqué<sup>3</sup>. Ce délai correspond au délai de prescription quinquennale des actions en responsabilité extracontractuelle, fixé par l'article 2262bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil.

Notons, toutefois, à cet égard que l'article 2244 du Code civil a été modifié et que, depuis 2008, le recours en annulation d'un acte administratif devant le Conseil d'État interrompt la prescription de l'action en réparation du dommage causé par l'acte administratif annulé.

Par conséquent, dans la mesure où les procédures d'annulation devant le Conseil d'État peuvent durer plusieurs années, il n'est pas impossible qu'une action en dommages et intérêts devant les tribunaux judiciaires soit introduite près de dix ans après la conclusion du marché.

La Cour de cassation a, par ailleurs, jugé<sup>4</sup> que le rejet d'une requête en annulation par le Conseil d'État n'empêche pas le soumissionnaire, qui se prétend évincé à tort d'un marché public, d'introduire une demande de dommages et intérêts auprès des tribunaux judiciaires. Selon la Cour de cassation, l'appréciation de la faute relève de la compétence des tribunaux, et le tribunal peut constater la lésion d'un droit issu d'une décision administrative illégale, même si le Conseil d'État n'a pas accueilli favorablement la requête en annulation introduite contre cet acte.

**12.** Vu le caractère interruptif des recours en annulation au Conseil d'État, l'obligation de conservation des documents relatifs au marché ainsi que des offres de tous les soumissionnaires apparaît justifiée.

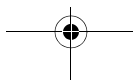
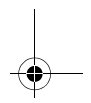
#### b) Contestations en cours d'exécution du marché

**13.** Lorsque le marché public a été attribué et le contrat conclu avec un adjudicataire, des actions en responsabilité peuvent encore être dirigées entre parties.

Dès lors que ces recours concernent la protection des droits subjectifs nés d'une relation contractuelle, seuls les tribunaux judiciaires sont compétents.

**14.** Les délais de recours diffèrent selon que le demandeur est l'adjudicataire ou le pouvoir adjudicateur.

1. Article 23, § 5, de la loi du 17 juin 2013.  
2. Article 23, § 6, de la loi du 17 juin 2013.  
3. Article 23, § 4, de la loi du 17 juin 2013.  
4. Cass., 9 janvier 2007, *Pas.*, 1997, I, p. 45.



En ce qui concerne les actions introduites par l'adjudicataire, l'article 73 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013<sup>1</sup> prescrit que toute action judiciaire relative à un marché doit être introduite au plus tard dans les trente mois de la notification du procès-verbal de réception provisoire<sup>2</sup> des travaux, fournitures et services contractuels. Une prolongation de trois mois, à dater de la notification de la décision du pouvoir adjudicateur, est possible en cas de négociations avérées entre les parties<sup>3</sup>.

À défaut de ce faire, l'adjudicataire est forclos à agir. Ce délai de forclusion constitue une dérogation importante aux délais de prescription consacrés par le Code civil (ou les lois coordonnées sur la comptabilité de l'État), laquelle est interprétée restrictivement<sup>4</sup>.

Ce délai de forclusion n'est pas susceptible d'interruption ou de suspension<sup>5</sup>.

**15.** Par contre, lorsque le pouvoir adjudicateur introduit une action judiciaire à l'encontre de l'adjudicataire, il est soumis aux délais de prescription du droit commun, à savoir la prescription de dix ans consacrée par l'article 2262bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (actions relatives à des droits personnels contractuels).

Dans certaines hypothèses particulières, le délai de prescription peut être différent, tel qu'en matière de marchés publics de travaux, où il existe une prescription décennale prenant cours à dater de la réception provisoire, prévue par les articles 1792 et 2270 du Code civil. L'article 84 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013<sup>6</sup> fait courir cette responsabilité décennale à dater de la réception provisoire des travaux.

Comme le confirme le rapport au Roi, dans l'hypothèse de délais de prescription spécifiques plus longs que le délai prévu par l'article 161 ici commenté, l'obligation de conservation perdure.

**16.** La prescription des actions est susceptible d'être suspendue ou interrompue.

Diverses causes de suspension et d'interruption sont prévues par la loi<sup>7</sup>. En cas d'interruption, par exemple lors de la reconnaissance d'une obligation par son débiteur (art. 2248 C. civ.), un nouveau délai de prescription court.

Un allongement des délais de prescription est donc possible dans de nombreux cas.

- 
1. Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après, « arrêté royal du 14 janvier 2013 »).
  2. L'article 18 CGCh. du 26 septembre 1996 s'applique encore aux marchés publics publiés ou lancés avant le 1<sup>er</sup> juillet 2013 : il contient des dispositions similaires avec, toutefois, un délai différent de vingt-quatre mois à dater de la réception définitive.
  3. Article 73, § 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (cf. aussi art. 18, § 3, alinéa 2, du CGCh. du 26 septembre 1996).
  4. M.-A. FLAMME *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics (tome 2)*, 6<sup>e</sup> éd., 1996-1999, C.N.C., p. 506.
  5. M. DEVROEY, *De uitvoering van overheidsopdrachten van werken, Commentaar op de AAV, Konstructieve publikaties*, 2011, p. 263.
  6. Établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.
  7. Citation en justice, exploit d'huissier, saisie, etc.

**17.** L'obligation de conservation des documents de marché ainsi que de l'offre de l'adjudicataire, pendant une durée de dix ans à dater de la passation du marché, est manifestement justifiée au regard des délais de recours détaillés ci-avant.

Il n'est pas rare que des actions judiciaires soient introduites par les pouvoirs adjudicateurs ou les adjudicataires plusieurs années après la conclusion du contrat.

L'obligation de conserver les documents de marché dix ans au moins est donc légitime.

#### *IV. En pratique*

**18.** L'article 161 est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013<sup>1</sup> et s'applique à toutes les procédures de marché qui ont fait l'objet d'un avis de marché<sup>2</sup> à partir de cette date. Pour les marchés passés suivant la procédure de dialogue compétitif, cette disposition est déjà applicable depuis le 28 septembre 2011.

L'article 161 va contraindre les pouvoirs adjudicateurs à prendre toutes les mesures pratiques qui s'imposent pour conserver pendant dix ans au moins l'ensemble de tous les documents relatifs aux marchés publics qu'ils ont passés.

Vu le nombre de documents de marché et d'offres qui peuvent être établis dans les procédures de marchés publics ainsi que leur ampleur, cette obligation de conservation aura des répercussions matérielles et financières non négligeables pour les pouvoirs publics.

L'essentiel de l'archivage sera manifestement à réaliser sous format « papier », tant que les modes de passation électronique de marchés ne se sont pas généralisés. La possibilité d'un archivage électronique est, en effet, relativement limitée, puisqu'elle est exclue pour les documents revêtus d'une signature ou d'un paraphe obligatoires.

Or nombre de documents essentiels du marché – telles les offres<sup>3</sup> – seront, sauf dans les procédures de passation électronique, des documents signés ou paraphés, qui ne pourront donc pas être sauvegardés électroniquement.

#### *V. Sanction en cas de non-respect*

**19.** L'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne prévoit pas expressément de sanction en cas de violation par un pouvoir adjudicateur de l'obligation d'archivage qui lui est imposée.

En vertu de l'article 1315 du Code civil, « [c]elui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver ». Suivant la doctrine<sup>4</sup>, l'article 1315 du Code civil règle moins l'ordre dans

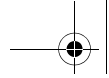
1. Arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution.

2. Pour les procédures qui n'impliquent pas de publication préalable, l'article 161 s'applique à tous les marchés dans lesquels l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à dater du 1<sup>er</sup> juillet 2013.

3. Article 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

4. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Larcier, 1991, p. 43.





Art. 161

Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation des marchés publics

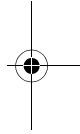
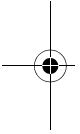
lequel les parties au procès doivent fournir la preuve des faits qu'elles avancent (charge de la preuve) que l'imputation du risque du défaut de preuve.

Avant l'entrée en vigueur de l'article 161, l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de déposer, dans le cadre d'un litige, des documents relatifs à la passation de marché, n'impliquait pas nécessairement une faute dans son chef donnant droit à des dommages et intérêts.

**20.** En application de l'article 161 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur est désormais légalement obligé de tenir à disposition du tribunal et des parties une copie des documents relatifs à la passation de marché.

Cette obligation s'impose au pouvoir adjudicateur, qu'il supporte ou non la charge de la preuve dans le cadre du procès.

La non-conservation de ces documents constituera donc nécessairement la violation fautive par le pouvoir adjudicateur d'une obligation légale, entraînant la possibilité pour les parties au litige de lui réclamer des dommages et intérêts sur pied de l'article 1382 du Code civil<sup>1</sup>.



---

1. Un parallèle peut être instauré à cet égard avec l'article 882 C. jud. qui stipule, en matière de production de documents dans le cadre d'un procès, que « [l]a partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie, selon la décision du juge, peuvent être condamnés à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra ».

