

AMÉLIORER L'ACCÈS DES PME ET TPE AUX MARCHÉS PUBLICS : MODIFICATIONS LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES



Elodie BAVAY,
Conseillère



Mathieu LAMBERT,
Conseiller expert



Marie-Laure VAN RILLAER,
Conseillère experte

I. NOUVELLES RÈGLES EN MATIÈRE DE CAUTIONNEMENT

Un arrêté royal du 4 septembre 2023 (M.B., 21.9.2023) modifie les règles relatives au cautionnement, en vue de faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

L'article 25 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (RGE) est ainsi modifié :

- ✓ **le principe demeure celui du cautionnement** ; son montant reste fixé à 5 % de la valeur du marché ;
- ✓ **néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas prévoir de cautionnement ou de fixer le montant de celui-ci à un pourcentage inférieur à 5 %.** Un tel choix ne constituant plus une dérogation aux RGE, il ne doit pas faire l'objet d'une motivation particulière. Le rapport au Roi avertit néanmoins : « *l'adjudicateur, qui passerait un marché dans un secteur sensible à la fraude, doit également faire preuve de la plus grande prudence. Dans un tel cas, en effet, il pourrait se révéler opportun d'exiger un cautionnement* » ;
- ✓ en cas d'accord-cadre conclu avec un seul adjudicataire, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur fait le choix d'un cautionnement unique (au lieu du principe selon lequel les règles relatives au cautionnement s'appliquent à chaque marché subséquent), son montant est fixé à 3 % du montant estimé de l'accord-cadre (dans ce cas-ci également, l'adjudicateur peut prévoir un pourcentage moins élevé) ;
- ✓ la série d'exceptions dans lesquelles aucun cautionnement ne peut être exigé (certains services de transport, certains services juridiques, ...), sauf disposition contraire dans les documents du marché, disparaît pu-

rement et simplement, mais le rapport au Roi insiste : « *même si ces exceptions ne sont plus reprises dans le [nouveau texte], l'adjudicateur qui se trouverait dans une de ces hypothèses doit se montrer particulièrement prudent. Le cautionnement pourrait en effet se révéler bien souvent inopportun dans un tel cas* » ;

- ✓ en revanche, l'exception liée au montant du marché est légèrement modifiée : **le pouvoir adjudicateur ne peut pas exiger de cautionnement pour les marchés publics et les accords-cadres dont le montant d'attribution est inférieur à 50 000 euros (plus de possibilité donc de prévoir le contraire dans les documents du marché).** Le rapport au Roi conseille à juste titre : « *[puisque] c'est le montant d'attribution qu'il faut prendre en compte et non la valeur estimée[,] [il] pourrait dès lors arriver en pratique que le marché soit estimé par l'adjudicateur comme étant légèrement inférieur au seuil alors qu'en réalité il s'avère être supérieur. Dans un tel cas, il est conseillé aux adjudicateurs d'utiliser une clause conditionnelle, selon laquelle un cautionnement n'est requis que si le seuil de 50.000 euros est atteint* ».

Un nouvel article 33/1 est en outre introduit, visant à obtenir des données pour permettre de monitorer le cautionnement : il impose au pouvoir adjudicateur de signaler, dans un formulaire disponible sur la plateforme e-Procurement, l'exigence d'un cautionnement, son montant ou l'absence de cautionnement. Ce formulaire est associé à l'avis d'attribution de marché ou à l'avis d'attribution de marché simplifié.

Ces nouvelles règles sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2023, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date.



Les modifications ainsi apportées aux règles relatives au cautionnement s'avèrent particulièrement éloignées de l'avant-projet d'arrêté royal qui avait été soumis à l'avis de la Commission fédérale des marchés publics. Les nouvelles règles finalement retenues ont, par comparaison, l'avantage de la simplicité et de la lisibilité, tant pour les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques. Elles sont en outre respectueuses de l'intérêt de chacune des parties, le pouvoir adjudicateur pouvant opérer un choix au cas par cas et ainsi maintenir l'exigence de cautionnement s'il l'estime nécessaire. La voix de l'UVCW et des autres représentants des pouvoirs adjudicateurs a donc été entendue.

II. NOUVELLES RÈGLES EN MATIÈRE D'AVANCES, D'OCTROI D'INDEMNISATIONS DE SOUMISSION ET D'INFORMATIONS QUANT AU CLASSEMENT DES OFFRES

Une loi du 22 décembre 2023 (M.B., 8.1.2024) modifie la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en ce qui concerne l'accès des PME.

L'accent est mis ici sur l'amélioration des conditions de paiement via l'octroi obligatoire, dans certains cas, d'avances aux PME selon des pourcentages croissants en fonction de la taille de l'entreprise, afin de tenir compte des tensions de trésorerie engendrées par la participation à un marché public. Il devient également obligatoire d'octroyer une indemnité aux entreprises qui, à la demande de l'adjudicateur, ont intégré des travaux tels que des maquettes ou des échantillons dans leur offre. Enfin, dans certains cas, un peu plus d'information est fournie aux entreprises qui participent aux marchés publics, quant à leur classement individuel, à la suite de l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres afin de leur permettre de mieux évaluer leurs chances d'attribution du marché et de mieux organiser l'agenda de leurs activités.

Avances permises, voire obligatoires

Le principe du paiement pour services faits et acceptés demeure parmi les principes généraux, mais le versement d'avances passe d'exceptionnel à étendu, voire obligatoire. L'alinéa 2 de l'article 12 de la loi est ainsi abrogé et remplacé par un nouveau régime des avances prévu par les nouveaux articles 12/1 à 12/8.

Le versement d'une avance devient systématiquement permis, pour autant qu'il soit prévu par les documents du marché. Une seule limite : l'avance ne peut dépasser 20% du montant initial du marché (hors tranches conditionnelles et reconductions) si sa durée est égale ou inférieure à 12 mois ou, en cas de durée supérieure, 20% d'un montant égal à douze fois la valeur initiale du marché, taxes comprises, divisée par la durée du marché exprimée en mois. Dans le cas d'un marché à durée indéterminée, le montant sur lequel est calculé le pourcentage d'avance est la valeur mensuelle du marché multipliée par douze (art. 12/1, al. 1^{er}, et 12/5).

Cela étant, les « **autorités locales** » (au sens de l'article 2, 1^o, b, de la loi) (au même titre que l'Etat, les régions et les communautés), **de même que les adjudicateurs dont les activités sont financées majoritairement par celles-ci et dont la gestion est soumise au contrôle de celles-ci** (art. 12/1, al. 3)¹, **sont désormais tenus de verser une avance dans les cas ci-après :**

¹ Sont clairement visées les communes (outre les provinces). Certes, l'article 12/1 ne renvoie pas à l'article 2, 1^o, c et d, de la loi ; les organismes de droit public, les entités dotées de la personnalité juridique créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et « contrôlées » par les pouvoirs adjudicateurs « classiques » (v. art. 2, 1^o, c), de même que les associations de communes (v. art. 2, 1^o, d), ne sont donc pas directement visés. Néanmoins, rendant ces nouvelles règles également applicables aux « adjudicateurs dont les activités sont financées majoritairement par les adjudicateurs visés à l'alinéa 2 et dont la gestion est soumise au contrôle de ces derniers », sont finalement également concernés : les CPAS, les fabriques d'église, les ZP pluricomunales, les RCA, etc., de même encore que les associations de projet et, le cas échéant, les intercommunales.



1° dans tous les cas, lorsqu'ils utilisent la procédure négociée sans publication préalable sur la base de l'article 42, par. 1^{er}, al. 1^{er}, 1^o, a) (montant d'attribution) ou c) (aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte), ou 4^o, a) (produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement) : le montant de l'avance doit alors s'élever à **15%** de la valeur de référence précitée (ce pourcentage peut être augmenté par le pouvoir adjudicateur, selon ce que prévoient les documents du marché, avec un maximum de 20%) ;

2° lorsque l'adjudicataire s'avère être une PME², pour les marchés passés selon une autre procédure ; dans cette hypothèse, le montant de l'avance correspond aux pourcentages suivants, appliqués à la valeur de référence précitée :

✓ si l'adjudicataire est une **micro-entreprise**, c'est-à-dire une entreprise qui emploie moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel ne dépasse pas 2 millions d'euros : **20%** ;

✓ si l'adjudicataire est une **petite entreprise**, c'est-à-dire une entreprise qui emploie moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel ne dépasse pas 10 millions d'euros : **10%**. Les documents du marché peuvent néanmoins prévoir un pourcentage plus élevé, mais sans que ce pourcentage ne puisse dépasser 20% (sauf dans les cas visés à l'article 12/4, § 2) ;

✓ lorsque l'adjudicataire est **une moyenne entreprise**, à savoir une entreprise qui occupe moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros : **5%**. Les documents du marché peuvent néanmoins prévoir un pourcentage plus élevé, mais sans que ce pourcentage ne puisse dépasser 20% (sauf dans les cas visés à l'article 12/4, § 2) (art. 12/1, al. 2, et 12/3).

Sauf quelques rares exceptions (art. 12/4, § 2), l'application de ces nouvelles règles ne peut jamais conduire à l'octroi d'une avance supérieure à 225 000 euros (art. 12/1, al. 5)

Ne sont néanmoins pas visés par l'obligation d'accorder une avance, dans les conditions précitées, les marchés suivants :

² La PME est définie comme l'entreprise qui occupe moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros (art. 163, § 3, al. 2).

1° les marchés publics portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci ;

2° le crédit-bail, la location ou la location-vente ;

3° les marchés publics de services d'assurance ;

4° les marchés publics conclus sur la base d'un abonnement ou les marchés publics dont le paiement est effectué sur la base d'une consommation périodique ;

5° les marchés publics dont le délai d'exécution est plus court que deux mois (art. 12/1, al. 4).

Pour certains marchés publics particuliers (en réalité ceux pour lesquels il était précédemment permis d'accorder une avance, par ex. les marchés de fournitures ou de services qui, selon les usages, sont conclus sur la base d'un abonnement ou pour lesquels un paiement préalable est requis), le montant de l'avance peut dépasser le seuil de 20% précité, et le plafond de 225 000 euros, selon les conditions fixées par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché (art. 12/4, § 2).

Un accord-cadre n'est, comme tel, pas visé par les règles qui précèdent ; en revanche, chaque marché subséquent, passé en vertu d'un accord-cadre, sera soumis à ces règles (art. 12/6, al. 2).

L'application de ces nouvelles règles doit faire l'objet, par chaque pouvoir adjudicateur, d'une publicité a posteriori. Ainsi, un nouveau formulaire doit être complété sur la plateforme e-Procurement, à la suite de l'avis d'attribution (simplifié) (art. 12/7).

A noter que l'obligation pour l'adjudicataire de signer sa demande en vue d'obtenir le paiement de l'avance est supprimée (A.R. établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, art. 67, § 2, al. 1^{er}). Le commentaire des articles du projet de loi précise néanmoins : « *Dans les cas dans lesquels une avance est accordée [...], les opérateurs économiques devront toujours faire la demande pour le paiement de l'avance, mais ils ne devront plus signer leur demande* »³. Par ailleurs, la règle de l'alinéa 2 demeure : « *Le paiement des avances peut être suspendu s'il est constaté que l'adjudicataire ne respecte pas ses obligations contractuelles ou s'il contrevient aux dispositions de l'article 7 de la loi [...]* ».

L'avance accordée est imputée sur les montants dus à l'adjudicataire, selon le rythme et les modalités prévus dans les documents du marché. A défaut, la première moitié de l'avance est imputée sur les sommes dues à l'adjudicataire quand le montant des prestations exécutées atteint 30% du montant TVAC initial du marché et la seconde moitié de l'avance est imputée sur les sommes dues à l'adjudicataire quand le montant des prestations exécutées atteint 60% du montant TVAC initial du marché (art. 12/8).

De la même manière que l'article 12 précédemment, les articles 12/1 à 12/8 ne sont pas applicables aux marchés de faible montant (art. 92). Le pouvoir adjudicateur demeure donc libre d'octroyer ou non des avances, dans les conditions qu'il détermine, sans être tenu à ces nouvelles règles.

Indemnité de soumission

Sauf dans les cas où il utilise la procédure ouverte ou la procédure négociée directe avec publication préalable, l'adjudicateur doit prévoir le paiement d'une indemnité aux soumissionnaires, à l'exception du futur adjudicataire, à chaque fois qu'il exige que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins ou de toute autre conception graphique dans les domaines des arts plastiques, des arts musicaux, des arts cinématographiques ou des arts du spectacle.

Toutefois, l'adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché de n'octroyer aucune indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite aux soumissionnaires qui ont présenté une offre substantiellement irrégulière ou inacceptable.

Le montant de l'indemnité est déterminé par l'adjudicateur dans les documents du marché, le législateur ayant choisi de laisser le soin à chaque adjudicateur de déterminer le montant adéquat. Il doit également indiquer la date ultime à laquelle l'indemnité sera payée, sachant que cette date ne peut être postérieure au trentième jour suivant la date de la conclusion du marché et doit être comprise dans un délai de 6 mois à partir du jour de la décision d'attribution ou de non-attribution du marché.

Dans ce cas-ci également, l'application de ces nouvelles règles doit faire l'objet, par chaque pouvoir adjudicateur, d'une publicité a posteriori. Ainsi, un nouveau formulaire doit être complété sur la plateforme e-Procurement, à la suite de l'avis d'attribution (simplifié) (art. 12/9).

Le commentaire des articles du projet de loi précise : « *Si un dessin de nature technique est exigé, il faut également prévoir une indemnité de soumission* ». Il ajoute néanmoins : « *Le simple fait que la méthode d'exécution (le concept) doive être décrite dans l'offre (par exemple, un concept permettant l'élaboration d'une solution TIC) ne suffit pas pour rendre une indemnité de soumission obligatoire (pour autant qu'il ne faille pas aussi présenter un échantillon, une maquette, un prototype, un dessin ou un projet dans le domaine d'un des arts précités)* »⁴. L'exemple choisi – l'élaboration d'une solution TIC – crée ainsi une ambiguïté : est-ce en lien avec les domaines artistiques concernés ?

³ Doc. parl., Ch., 2022-2023, n° 55-3609/001, p. 29.

⁴ Doc. parl., Ch., 2022-2023, n° 55-3609/001, pp. 21-22.

Cependant, le commentaire des articles lève partiellement celle-ci, en précisant plus loin : « non seulement les échantillons, les maquettes ou les prototypes doivent donner lieu à une indemnité de soumission, mais aussi toute autre conception graphique ou tout autre projet dans les domaines des arts plastiques, des arts musicaux »⁵. Les domaines artistiques ainsi visés ne concerneraient que les conceptions graphiques et autres projets à joindre à l'offre, alors que les échantillons, les maquettes ou les prototypes concernent tous les domaines d'activités.

Communication du classement individuel à l'ouverture des offres

L'article 13 de la loi, relatif à la confidentialité, est modifié afin d'obliger l'adjudicataire de communiquer simultanément, à chacun des soumissionnaires, via la plateforme e-Procurement, sa place individuelle et provisoire dans le classement, à l'occasion ou immédiatement après l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres, pour les seuls marchés dont la valeur estimée est inférieure au seuil fixé pour la publicité européenne et qui sont passés par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est exclusivement déterminée sur la base du prix.

Des exceptions pourraient néanmoins être prévues par arrêté royal, lorsque sont concernés des secteurs identifiés comme présentant un risque accru d'ententes faussant la concurrence.

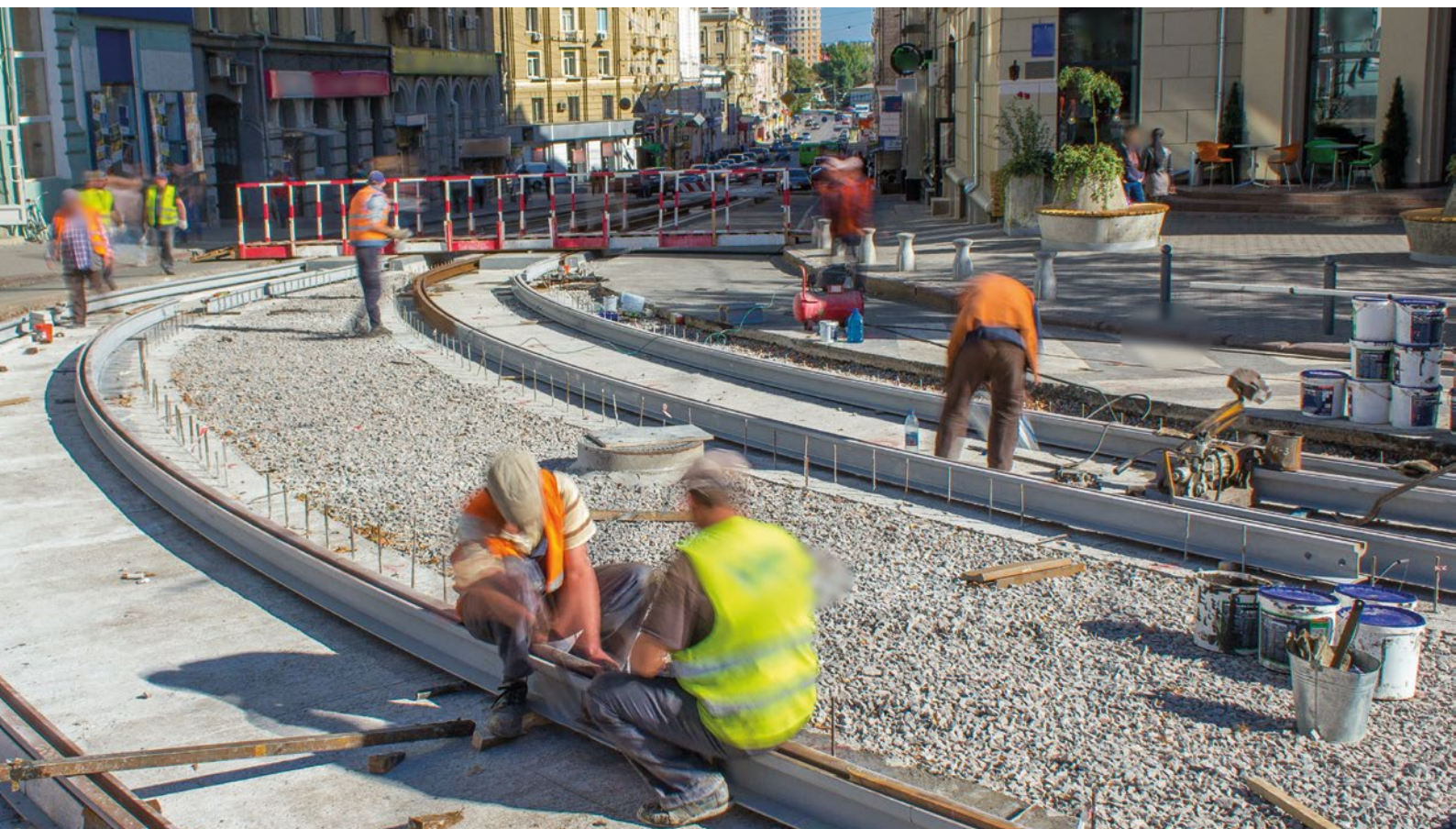
Comme l'indique le commentaire des articles, « une telle procédure, offrant une transparence plus rapide quant à la place individuelle du soumissionnaire dans le classement provisoire, peut faciliter l'établissement d'un planning pour les opérateurs économiques, vu que le soumissionnaire est en mesure d'évaluer ses chances individuelles de se voir attribuer le marché »⁶.

Il avertit cependant les pouvoirs adjudicateurs : « Afin de maintenir le risque d'ententes faussant la concurrence acceptable, seul le classement individuel est communiqué par l'adjudicateur (juste après l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres). La notification concernée a dès lors une portée limitée. L'adjudicateur ne peut en aucun cas communiquer les noms et la place des autres soumissionnaires, vu qu'il en résulterait un risque accru d'ententes faussant la concurrence. Seule la place individuelle dans le classement précité est communiquée dans les cas susmentionnés. Il s'agit de la place dans le classement provisoire à un moment où, par exemple, la régularité des offres n'a pas encore été examinée. L'adjudicateur qui communique malgré tout le nom des autres soumissionnaires et, s'il échec, leur place dans le classement précité commet une infraction à l'article [13], § 1^{er}, alinéa 1^{er}, première phrase, de la loi ».

De même, le commentaire des articles émet ce rappel essentiel aux opérateurs économiques : « Il importe de souligner que la place qui est éventuellement communiquée par l'adjudicateur est provisoire et donc encore très incertaine. Aussi les soumissionnaires ne doivent-ils pas trop s'y fier. Ils doivent, en effet, être conscients que le classement provisoire peut encore être modifié. La notification ne confère aucun droit au soumissionnaire concerné et est, en d'autres termes, envoyée sous ré-

⁵ Ibid., p. 22.

⁶ Ibid., p. 26.



serve de la vérification des offres, notamment en ce qui concerne la régularité des offres, la vérification des prix et la problématique des prix anormaux »⁷.

Les nouvelles règles relatives à l'indemnité de soumission sont entrées en vigueur le 1^{er} février 2024 pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date.

Les nouvelles règles relatives aux avances ainsi qu'à la publicité a posteriori relative à l'indemnité de soumission sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2024 pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date. **Une telle entrée en vigueur rétroactive, outre son illégalité flagrante** (les conditions établies par la Cour constitutionnelle ne sont bien sûr pas remplies), **pourrait s'avérer impraticable : comment des marchés publiés (ou dont l'invitation à remettre offre a été envoyée) du 1^{er} au 7 janvier 2024 (certes peu nombreux, peut-on espérer) auraient-ils pu intégrer des avances dans les hypothèses où celles-ci s'avèrent obligatoires ?**

L'obligation de communiquer la place individuelle dans le classement, dès la génération du PV d'ouverture des offres, entre en vigueur le 1^{er} juin 2024 pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date.

Qu'en penser ?

L'UVCW, au même titre que ses membres, soutient l'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs locaux y sont depuis toujours attentifs, souhaitant privilégier – légalement ! – le tissu économique local.

Mais alors que les quelques mois d'utilisation désormais obligatoire de la plateforme e-Procurement pour la passation des marchés par procédure négociée sans publication préalable sous les seuils européens révèlent les difficultés des PME et TPE à s'adapter à ce fonctionnement, les pouvoirs adjudicateurs locaux ayant « perdu en route » bon nombre d'entre elles, cette nouvelle loi censée faciliter l'accès des PME aux marchés publics laisse perplexes.

Car **si l'intention est louable** et les outils a priori efficaces – on l'espère en tout cas –, sur le principe à tout le moins, les modalités de mise en œuvre créent une véritable usine à gaz. Certes, on a voulu ménager les intérêts de chacune des parties, mais **on peut légitimement s'interroger sur l'applicabilité de ces nouvelles règles au quotidien, tant par les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques**. Sans prétendre à l'exhaustivité :

- ✓ les règles relatives aux avances s'appliquent notamment en tenant compte de la durée du marché. Mais que vise-t-on précisément ? Quelle différence par rapport au délai d'exécution ?
- ✓ Quid de l'application des règles relatives aux avances, liées au nombre de travailleurs au sein de l'entreprise adjudicataire ? Comment ce nombre va-t-il être déterminé ? Où le pouvoir adjudicateur va-t-il trouver une information sûre ? Comment, le cas échéant, l'adjudicataire va-t-il lui prouver ce nombre ?
- ✓ Quid des marchés publics conclus sur la base d'un abonnement ? Ils sont cités à la fois parmi les exceptions à l'obligation d'accorder des avances (art. 12/1, al. 4, 4^o) et parmi ceux auxquels la limite de 20% ne s'applique pas (art. 12/4, § 2, al. 1^{er}, 3^o). Certes, les deux règles ne sont pas incompatibles : l'avance n'est pas obligatoire ; mais si on l'applique, elle peut même dépasser 20%. Mais est-ce cohérent ?
- ✓ Les nouvelles règles relatives, d'une part, aux avances (obligatoires dans certains cas) et, d'autre part, à l'indemnité de soumission, entrent respectivement en vigueur le 1^{er} janvier et le 1^{er} février : comment les pouvoirs adjudicateurs vont-ils pouvoir fixer en si peu de temps les montants des avances et des indemnités pour les marchés en passe d'être lancés ? (Ne parlons même pas, dans le premier cas, des marchés déjà lancés – v. ci-dessus au sujet de la rétroactivité de la loi.) D'autant plus que pour certains, les documents de marché ont déjà été adoptés par l'organe compétent et, parfois, déjà soumis au pouvoir subsidiant. Dans le cas des indemnités de soumission, c'est aussi un nouvel exercice pour les pouvoirs adjudicateurs : quel est le montant adéquat d'une telle indemnité ? Les travaux parlementaires évoquent le cas de la France où l'on applique 80% de l'estimation des prestations à fournir pour remettre offre... mais comment estime-t-on ce coût ?

Voyez aussi le Réseau Marchés publics & PPP pour les premières discussions sur la mise en œuvre de ces nouvelles règles :

<https://www.uvcw.be/reseaux/reseau-marches-publics/home>

⁷ Ibid., pp. 26-27.