



DIRECTION GENERALE
SECRETARIATS ET COORDINATION
SERVICE DES MARCHES PUBLICS

AVIS DE LA COMMISSION DES MARCHES PUBLICS

Concerne : Interprétation de la Commission des marchés publics concernant la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés (avances)

Suite aux réunions de la Commission des marchés publics des 22 avril 2024 et 23 septembre 2024, les membres de la Commission ont rendu l'avis ci-dessous quant à l'interprétation d'une série d'éléments de la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés, plus précisément pour ce qui regarde le régime des avances.

Interprétation 1 : adjudicateurs soumis à l'obligation de verser une avance

L'article 12/1, alinéa 3, de la loi relative aux marchés publics dispose ce qui suit en ce qui concerne l'obligation de versement d'une avance :

« L'obligation visée à l'alinéa 2 s'applique également 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. »

Pour être soumis à l'obligation de versement d'une avance, les organismes dépendant de l'Etat, des entités fédérées ou des autorités locales doivent répondre à deux conditions cumulatives, à savoir être à la fois majoritairement financés et sous contrôle.

La Cour de justice a déjà rendu des arrêts dans lesquels les termes « financées majoritairement » et « soumise au contrôle » ont été approfondis.

La notion de « financement majoritaire » implique ce qui suit :

- Un financement à concurrence de 50% + 1 EUR par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs
- Tous les revenus doivent être pris en compte, y compris les revenus résultant d'une activité commerciale
- Le financement doit être examiné sur base annuelle
- Il doit s'agir d'un transfert de revenus sans contre-prestation spécifique dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée
- Pour de plus amples informations, voir les arrêts suivants de la Cour de justice :

- Arrêt de la Cour de justice du 3 octobre 2000 C-380/98
- Arrêt de la Cour de justice du 3 février 2021 C-155/19
- Arrêt de la Cour de justice du 11 juin 2009 C-300/7

La notion de « contrôle » implique ce qui suit :

- L'on doit se demander s'il existe une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics. Le pouvoir public peut-il exercer un contrôle sur l'adjudicateur de nature à influencer les décisions de ce dernier ?
- Examen d'opportunité
- Un simple examen de légalité a posteriori ne suffit pas, le pouvoir public ne pouvant exercer d'influence sur la décision en matière de marchés publics
- Pour de plus amples informations, voir les arrêts suivants de la Cour de justice :
 - Arrêt de la Cour de justice du 12 septembre 2013 C-526/11
 - Arrêt de la Cour de justice du 1^{er} février 2001 C-237/99
 - Arrêt de la Cour de justice du 27 février 2003 C-373/00

Interprétation 2 : l'accord-cadre et la procédure négociée sans publication préalable

L'article 12/6, alinéa 2, de la loi relative aux marchés publics dispose ce qui suit :

« Pour l'application des articles 12/1 à 12/5, un accord-cadre n'est pas considéré comme un marché public, mais le marché fondé sur un accord-cadre est considéré comme un marché public. »

Premièrement, cela signifie qu'aucune avance ne doit être payée pour la totalité de l'accord-cadre, mais plutôt pour chaque marché spécifique fondé sur l'accord-cadre (dénommé ci-après « marché spécifique »).

En cas d'accord-cadre passé par procédure négociée sans publication préalable ou par procédure négociée sans mise en concurrence préalable se pose la question de savoir s'il faut octroyer systématiquement une avance pour un marché spécifique (conformément à l'article 12/1, alinéa 2, 1°, de la loi), que l'adjudicataire soit ou non une PME (pour autant que toutes les autres conditions relatives à l'octroi obligatoire d'une avance soient remplies), ou s'il faut uniquement le faire lorsque l'adjudicataire est une PME (conformément à l'article 12/1, alinéa 2, 2°, de la loi).

La Commission des marchés publics recommande de suivre cette dernière interprétation. La disposition précitée doit donc sans doute être interprétée en ce sens qu'il faut voir à qui l'accord-cadre a été attribué. En effet, le marché spécifique est attribué selon « une procédure autre que la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable ». Si le soumissionnaire est une PME, le montant de l'avance est calculé sur la base des dispositions de l'article 12/3 de la loi relative aux marchés publics.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'identifier la procédure qui a été utilisée pour la passation de l'accord-cadre pour savoir si une avance est due et en déterminer le montant.

De surcroît, il est rappelé que si le délai d'exécution du marché fondé sur un accord-cadre est inférieur à deux mois, aucune avance n'est requise. Il en va de même si le marché fondé sur l'accord-cadre porte sur un montant inférieur à 30.000 EUR.

Interprétation 3 : une facture peut-elle être assimilée à une demande écrite de versement de l'avance et, dans l'affirmative, la TVA est-elle due ?

L'article 67, § 2, alinéa 1^{er}, de l'AR RGE prévoit ce qui suit : « *Le paiement de l'avance est subordonné à l'introduction par l'adjudicataire d'une demande écrite datée et signée à cet effet.* »

Une facture peut être considérée comme une demande écrite de paiement.

Concernant la question de savoir si la TVA est due ou non, il est renvoyé à l'article 53, § 2, 4°, du Code de la TVA. Celui-ci dispose que l'émission d'une facture est obligatoire, même avant d'avoir effectué une livraison de biens ou une prestation de services, lorsqu'une avance a été perçue. Les théories sur l'exigibilité de la TVA diffèrent selon que des biens sont livrés ou que des services sont prestés (article 17, alinéa 3, et article 22bis du Code de la TVA). Lorsque le prix est perçu en tout ou en partie avant la livraison des biens ou la prestation des services, la taxe est exigible à concurrence du montant dû. La *ratio legis* de cette disposition résulte du fait qu'elle a été introduite par l'AR visant à assurer le paiement de la TVA, ce qui constitue donc une mesure anti-fraude.

Interprétation 4 : quel est le délai pour le traitement de l'avance ?

L'AR RGE ne fixe aucun délai pour l'introduction de la demande écrite et datée de versement d'une avance.

Il est à noter que les règles de paiement figurant aux articles 95, 127 et 160 de l'AR RGE ne s'appliquent pas dans le cadre du paiement d'une avance en vertu des articles 12/1 à 12/8 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le paiement d'avances est régi, d'une part, par l'article 67 de l'AR RGE, tel que modifié par l'article 10 de la loi du 22 décembre 2023 et, d'autre part, par l'article 4, § 2, de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur. Dans ce dernier cas, l'avance doit donc être versée dans un délai de trente jours civils à partir du jour qui suit celui de la demande de versement écrite et datée, visée à l'article 67, § 2, de l'AR RGE, à moins qu'un délai de paiement plus long n'ait été convenu conformément à l'article 4, § 2, alinéa 2, de la loi précitée du 2 août 2002 (pour autant qu'il soit objectivement justifié par la nature particulière ou par certains éléments du contrat). En effet, l'article 3, alinéa 2, de la loi du 2 août 2002 stipule que cette dernière loi s'applique également aux transactions commerciales entre entreprises et pouvoirs adjudicateurs, lorsque le débiteur est un pouvoir adjudicateur, dans les cas où aucune règle de paiement particulière n'est prévue en matière de règles de vérification et de paiement, comme prévu par les règles générales d'exécution (l'article 67 de l'AR RGE ne prévoit effectivement pas de règles de vérification et de paiement particulières et ces aspects ne sont pas non plus réglés ailleurs dans l'AR RGE, du moins en ce qui concerne le paiement d'avances).

Interprétation 5 : le paiement d'avances à un groupement d'opérateurs économiques composé de PME

Si le soumissionnaire est un groupement d'opérateurs économiques composé exclusivement de PME, il est recommandé d'ajouter le nombre de travailleurs par PME ainsi que le chiffre d'affaires par PME. L'article 12/3 de la loi relative aux marchés publics prévoit que, dans les hypothèses concernées, le pourcentage de l'avance est fixé sur la base de ce nombre total de travailleurs et du chiffre d'affaires total.

Interprétation 6 : la preuve du statut de PME de l'entreprise

Afin que l'adjudicateur puisse connaître le statut de PME de l'entreprise, il peut demander aux soumissionnaires de mentionner la taille de leur entreprise (micro, petite, moyenne, grande).

L'adjudicateur peut procéder à la vérification du statut de PME après que le marché a été conclu et au plus tard au moment de l'introduction de la demande de versement d'une avance. Les adjudicateurs peuvent trouver des informations sur le nombre de travailleurs de l'entreprise sur les sites internet suivants :

- Le site de la Banque-Carrefour des Entreprises (public search) : <https://kbopub.economie.fgov.be/kbopub/zoeknummerform.html?lang=fr>

Une fois arrivé sur la page de l'entreprise concernée, l'adjudicateur peut consulter le « répertoire des employeurs » (s'il y en a un). Celui-ci se trouve en bas de la page sous « liens externes ». Il est également possible d'y accéder directement par ce site :

<https://employer-identification-consult.socialsecurity.be/>

Ensuite, il faut regarder sous « Codes statistiques », « Importance ». Le chiffre mentionné indique le nombre de travailleurs de l'entreprise.

- Le dernier bilan annuel de l'entreprise peut être consulté via le lien suivant : <https://consult.cbso.nbb.be/>

Pour ce qui concerne la passation, l'article 73, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi relative aux marchés publics prévoit par ailleurs ce qui suit : « *les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un Etat membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.* »

Selon cet article, aucune preuve ne doit être demandée à l'adjudicataire. Il n'en va autrement que si les sites précités ne permettent pas de déterminer le nombre de travailleurs. A noter que le nombre de personnes occupées peut certes varier, mais il s'agit de situations plutôt rares dans la vie d'une entreprise (licenciement collectif, ...). La plupart du temps, le nombre de personnes occupées reste assez stable.

Les conditions dans lesquelles une entreprise peut être considérée comme une PME doivent être vérifiées après la conclusion du marché et au plus tard lorsque la demande de paiement de l'avance est introduite.

Interprétation 7 : quid si, dans le cas d'un marché public dont le délai d'exécution est plus court que deux mois, ce délai d'exécution est prolongé ?

Pour ce qui concerne l'exception relative aux « marchés publics dont le délai d'exécution est plus court que deux mois », il faut prendre en compte le délai initial du marché, et non les prolongations. Il semble logique de se référer au moment où le marché est conclu pour vérifier si le délai est dépassé ou pas.

Interprétation 8 : quid des marchés publics dont le paiement est effectué sur la base d'une consommation périodique ?

Les marchés dont le paiement est effectué sur la base d'une consommation périodique peuvent être définis comme des marchés publics dont les prestations sont fournies de manière régulière et récurrente selon une périodicité fixée à l'avance et dont le paiement est basé sur la consommation effective ou la prestation effectivement exécutée au cours d'une période de référence donnée.

La ratio legis de cette disposition est que « l'avance n'est pas nécessaire dans les marchés dont l'adjudicateur souhaite parfois justement reporter le moment du financement sur une période relativement courte et convenue avec l'adjudicataire ».

S'il s'agit d'un accord-cadre, l'article 12/6, alinéa 2, de la loi s'applique. Il est recommandé que l'adjudicateur indique clairement dans les documents du marché si le marché aboutit à un accord-cadre ou à un marché avec paiement sur la base d'une consommation périodique. Cette distinction est expliquée plus en détail dans l'exemple ci-dessous.

Exemple : nettoyage de vitres : si la fréquence des passages du prestataire et des paiements correspondants est prévue d'emblée dans les documents du marché, il s'agira d'un marché impliquant une "consommation périodique", non d'un accord-cadre. Si, au contraire, cette fréquence n'est pas prévue initialement dans les conditions du marché, le pouvoir adjudicateur se réservant la possibilité de faire ponctuellement appel au prestataire en fonction de ses besoins, il s'agira d'un accord-cadre.

Il convient néanmoins de préciser que les accords-cadres peuvent aussi mener à des marchés spécifiques qui sont des marchés de consommation périodique.