

LE CAUTIONNEMENT

2023
Novembre

Table des matières

| | |
|---|---|
| 1. Qu'est-ce que le cautionnement ?..... | 2 |
| 2. Le cautionnement est-il exigé pour tous les marchés publics ? | 2 |
| 3. Quel est le montant du cautionnement ?..... | 2 |
| 4. Comment est constitué un cautionnement ? | 3 |
| 4.1. Quels sont les modes de constitution du cautionnement et comment en apporter la preuve ? | 3 |
| 4.2. Dans quel délai faut-il constituer le cautionnement ? | 4 |
| 4.3. Quand l'adjudicataire doit-il apporter la preuve de la constitution du cautionnement ? | 5 |
| 5. Quelles sont les conséquences de l'absence de constitution du cautionnement ? | 5 |
| 6. Quels sont les droits du pouvoir adjudicateur sur le cautionnement ? | 5 |
| 7. Quelles sont les modalités pour obtenir la libération du cautionnement ?..... | 6 |
| 7.1. Marchés de travaux..... | 6 |
| 7.2. Marchés de fournitures | 7 |
| 7.3. Marchés de services..... | 7 |
| 7.4. Que se passe-t-il si le pouvoir adjudicateur ne libère pas le cautionnement ? | 7 |
| 8. Est-il possible de déroger aux dispositions relatives au cautionnement ? | 7 |
| 9. Reporting de cautionnement | 8 |

Réglementation pertinente :

- Article 2, 8°, article 9, §4 et articles 25 à 33 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (RGE) ;

1. Qu'est-ce que le cautionnement ?

Art. 2, 8° du RGE

Le cautionnement est une **garantie financière** donnée, par l'adjudicataire, de la **bonne exécution** du marché tant par lui-même que par ses sous-traitants éventuels. Il répond des obligations de l'adjudicataire jusqu'à complète exécution du marché.

Un cautionnement se constitue **sans réserve ni condition**.

2. Le cautionnement est-il exigé pour tous les marchés publics ?

Art. 25, §1 et §6 du RGE

Par défaut, un cautionnement de 5% du montant d'attribution du marché est exigé pour tous les marchés soumis au RGE sauf pour les marchés dont le montant d'attribution est inférieur à 50.000 euros HTVA. Dans ce cas, exiger un cautionnement est interdit.

Le pouvoir adjudicateur peut toujours prévoir dans les documents du marché qu'aucun cautionnement n'est exigé ou que le montant du cautionnement exigé est inférieur à 5% du montant d'attribution du marché.

En cas d'un marché dans un secteur sensible à la fraude, il est recommandé au pouvoir adjudicateur d'exiger un cautionnement.

3. Quel est le montant du cautionnement ?

Art. 25, 28 et 32 du RGE

En principe, le montant du cautionnement correspond à **5% du montant d'attribution** du marché. Si le souhaite, le pouvoir adjudicateur peut fixer dans les documents du marché un pourcentage inférieur à 5% sans motiver sa décision

Ce montant est adapté en fonction des caractéristiques de la commande :

- Marchés de fournitures et de services sans indication de prix total : si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'estimer le montant global du marché, le cautionnement est, en principe, fixé à 5% du montant mensuel estimé multiplié par 6 ▯ **5% x montant mensuel x 6** ;
- Marché à tranches : le montant du cautionnement est **constitué par tranches** à exécuter ;
- Accord-cadre :

SOIT le montant du cautionnement est fixé à **5% de chaque marché** passé sur base de cet accord et donc par commande

SOIT le pouvoir adjudicateur a la possibilité de prévoir un **cautionnement global** s'il y a un **seul adjudicataire**. Dans ce cas, le cautionnement est fixé à **3% du montant estimé de l'accord-cadre** sauf disposition contraire dans les documents de marché. Le pouvoir adjudicateur peut prévoir un pourcentage inférieur sans motiver sa décision.

Le cautionnement doit être reconstitué ou adapté par l'adjudicataire ou un tiers si le montant initial du marché varie en plus (augmentation) ou en moins (diminution) de plus de 20% notamment suite à :

- Des prélèvements d'office ;
- Des prestations supplémentaires ;
- Des modifications du marché à l'initiative du pouvoir adjudicateur.

Si le marché comporte une ou plusieurs **reconductions**, sauf disposition contraire dans les documents du marché, le cautionnement constitué pour le marché initial est **transféré de plein droit** au marché reconduit. Le montant du cautionnement peut éventuellement être adapté à cette occasion.

4. Comment est constitué un cautionnement ?

Art. 26, 27 et 31 du RGE

4.1. Quels sont les modes de constitution du cautionnement et comment en apporter la preuve ?

Le pouvoir adjudicateur a l'interdiction d'imposer un mode de constitution spécifique à l'adjudicataire.

Il existe 4 modes de constitution prévus par la réglementation des marchés publics, à savoir :

- **Numéraire (en espèces)** : virement du montant au numéro de compte de la Caisse des Dépôts et Consignations¹.

Justificatif ? L'adjudicataire doit produire le récépissé de dépôt ;

- **Fonds publics** : dépôt des fonds publics à la Banque nationale à Bruxelles (BNB) ou dans l'une de ses agences en province, pour compte de la Caisse des Dépôts et des Consignations².

Justificatif ? L'adjudicataire doit produire la reconnaissance de dépôt ;

- **Cautionnement collectif** : recours à un tiers qui se constitue caution solidaire de l'adjudicataire. C'est le dépôt par un organisme agréé³ d'un acte de caution solidaire auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations⁴.

¹ La fonction de la Caisse des Dépôts et Consignations peut également être effectuée par un organisme public remplissant des fonctions similaires.

² Idem.

³ Organisme exerçant légalement le cautionnement collectif.

⁴ La fonction de la Caisse des Dépôts et Consignations peut également être effectuée par un organisme public remplissant des fonctions similaires.

Attention, la personne qui se constitue caution solidaire ne peut pas ajouter des conditions supplémentaires au cautionnement autres que celles prévues par les documents du marché.

Justificatif ? L'adjudicataire doit produire l'original de l'acte de caution solidaire visé par la Caisse de Dépôts et Consignations⁵.

Le tiers qui constitue caution solidaire est lié par toute décision judiciaire intervenant à la suite d'une contestation quelconque relative à l'existence, l'interprétation ou l'exécution du marché. La contestation doit cependant lui avoir été signifié par le pouvoir adjudicateur par un exploit d'huissier dans le délai fixé pour la comparution à l'audience.

Sur simple demande écrite, le tiers qui constitue ou garantit cautionnement peut demander au pouvoir adjudicateur de l'information de tout procès-verbal ou de toute communication relative à un défaut d'exécution.

- **Garantie accordée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurances.**

Justificatif ? L'adjudicataire doit produire l'original de l'acte d'engagement établi par l'établissement de crédit ou l'entreprise d'assurances ainsi qu'un avis de débit.

Conseil : en cas de recours à ce mode de constitution du cautionnement, il est conseillé au pouvoir adjudicateur d'inclure une clause dans les documents du marché prévoyant l'application du droit belge et les compétences des juridictions belges pour tout litige éventuel. En l'absence d'une telle clause et en cas de garantie accordée par un établissement de crédit ou un assureur émanant d'un autre état, c'est la loi du pays avec lequel le marché présente

La garantie accordée par un établissement de crédit et le cautionnement collectif sont les modes de constitution les plus couramment utilisés.

Quelque soit le mode de constitution, le justificatif du cautionnement doit reprendre les mentions suivantes :

- Indication du bénéficiaire ;
- Références au cahier spécial des charges ;
- Coordonnées de l'adjudicataire.

4.2. Dans quel délai faut-il constituer le cautionnement ?

Le cautionnement doit être constitué dans un délai de **30 jours à partir du lendemain de la conclusion du marché**. Les documents du marché peuvent cependant prévoir un délai plus long.

Ce délai est suspendu pendant la période de fermeture de l'entreprise de l'adjudicataire (jours de vacances annuelles payées et jours de repos compensatoires).

⁵ Idem.

4.3. Quand l'adjudicataire doit-il apporter la preuve de la constitution du cautionnement ?

La réglementation ne précise plus si l'adjudicataire doit produire la preuve de la constitution du cautionnement. Elle ne précise pas non plus s'il appartient au pouvoir adjudicateur d'en demander la preuve.

Conseil : il semblerait logique que l'adjudicataire doive produire d'initiative la preuve de la constitution du cautionnement mais le texte ne le précise pas. Par conséquent, nous vous conseillons en tant que pouvoir adjudicateur d'être proactif et d'en solliciter la production. En cas de non-communication de la preuve que le cautionnement a bien été constitué dans le délai de 30 jours, vous pourrez entamer directement la procédure décrite ci-après (point 5).

5. Quelles sont les conséquences de l'absence de constitution du cautionnement ?

Art. 29 du RGE

À défaut pour l'adjudicataire d'avoir constitué le cautionnement ou d'en avoir apporté la preuve dans le délai de 30 jours, il sera procédé comme suit :

- Etape 1 : l'adjudicataire sera **mis en demeure** par le pouvoir adjudicateur par un envoi recommandé ou électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi. Cette mise en demeure vaut procès-verbal de constat de manquement ;
- Etape 2 : l'adjudicataire dispose alors d'un nouveau **délai de 15 jours** prenant cours à la date d'envoi pour faire le nécessaire.
- Etape 3 : si le cautionnement n'est toujours pas constitué après ce délai, le pouvoir adjudicateur peut :
 - o SOIT **constituer le cautionnement d'office** par prélèvement sur les sommes dues à l'adjudicataire ET appliquer une **pénalité fixée à 2%** du montant initial du marché ;
 - o SOIT **appliquer une des mesures d'office**, à savoir généralement la résiliation du marché aux torts de l'adjudicataire (ce qui exclut l'application de pénalités ou d'amendes pour retard).

Lorsque le cautionnement a cessé d'être intégralement constitué et que l'adjudicataire reste en défaut de combler le déficit, le pouvoir adjudicateur peut opérer une retenue égale au montant de celui-ci sur les paiements à faire et l'affecter à la reconstitution du cautionnement.

6. Quels sont les droits du pouvoir adjudicateur sur le cautionnement ?

Art. 30 du RGE

Le pouvoir adjudicateur peut prélever toute somme qui lui est due sur le cautionnement, notamment si l'adjudicataire se retrouve en défaut d'exécution, mais pour autant qu'il n'y ait plus de sommes dues à l'adjudicataire sur les paiements à venir. En d'autres termes, le prélèvement s'effectue en priorité sur les sommes encore dues à l'adjudicataire et ensuite seulement sur le cautionnement.

Exemple : le pouvoir adjudicateur peut effectuer un prélèvement d'office sur le cautionnement dans l'hypothèse où il paye trop à un entrepreneur qui refuse de lui rembourser et qu'il n'y a plus de somme due.

Pour prélever sur le cautionnement suite à un défaut d'exécution autre que l'absence de constitution du cautionnement, la procédure pour constater ce défaut doit avoir été respectée⁶.

Quelle est cette procédure ? Un procès-verbal constatant les manquements doit être envoyé à l'adjudicataire. L'adjudicataire doit réparer ses manquements sans délai mais ce dernier peut faire valoir ses moyens de défense dans un délai de 15 jours suivant la date d'envoi dudit procès-verbal. Si l'adjudicataire n'a pas fait valoir ses moyens de défense en deans ce délai, son silence est considéré comme une reconnaissance des faits constatés. Le pouvoir adjudicateur peut alors prélever d'office tout ou partie du cautionnement sans que l'organisme auprès duquel le cautionnement a été constitué ne puisse exiger l'accord préalable de l'adjudicataire.

Si le pouvoir adjudicateur recourt à la résiliation unilatérale du marché aux torts de l'adjudicataire⁷, qui est une mesure d'office, dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur est indemnisé forfaitairement de plein droit par la saisie de la totalité du cautionnement, ce qui exclut toute amende de retard pour la partie résiliée⁸.

Attention, la résiliation unilatérale par le pouvoir adjudicateur en tant que mesure d'office ne peut pas se cumuler avec la résolution judiciaire. En effet, le pouvoir adjudicateur ne peut pas à la fois être indemnisé par la saisie de la totalité du cautionnement suite à la résiliation unilatérale ET par des dommages et intérêts qui lui seraient octroyés suite à une résolution judiciaire⁹.

7. Quelles sont les modalités pour obtenir la libération du cautionnement ?

Art. 33 du RGE

En principe, la **demande de réception vaut demande de libération** et l'adjudicataire ne doit pas formellement introduire une demande séparée de libération du cautionnement.

7.1. Marchés de travaux

Art. 93 du RGE

Dans les marchés de travaux, il y a souvent deux réceptions, à savoir la réception provisoire et la réception définitive. Dans ce cas :

- La demande de **réception provisoire** entraîne la **libération de la première moitié** du cautionnement ;
- La demande de **réception définitive** entraîne la **libération de la seconde moitié** du cautionnement.

Les deux libérations ont lieu sous déduction faite des sommes éventuellement dues par l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur.

⁶ Art. 44 du RGE

⁷ Recours à une mesure d'office soit parce que l'adjudicataire n'a pas réparé son manquement soit parce qu'il n'a pas présenté ses moyens de défense soit encore parce qu'il a présenté ses moyens de défense mais que le pouvoir adjudicateur les a jugés non justifiés.

⁸ Civ. Bruxelles, n°2011/9855/A, 5 mars 2013, MCP (2014) (sommaire), liv. 3, p. 368.

⁹ Mons (21^e ch.), n°2016/RG/477, 22 novembre 2017, Entr. et dr., 2018, liv. 4, p. 389, note BATAILLE G.

Pour les marchés où **une seule réception** est prévue¹⁰, le cautionnement se libère **en une fois dans son entièreté** à l'occasion de la demande de réception.

7.2. Marchés de fournitures

Art. 133 du RGE

En principe, la libération du cautionnement s'opère **en une fois après la réception provisoire de l'ensemble des fournitures**.

D'autres modalités de libération peuvent cependant être prévues dans les documents du marché.

7.3. Marchés de services

Art. 158 du RGE

Le plus souvent, une seule réception définitive est prévue dans les marchés de services, le cautionnement est donc libéré **en une fois après la réception de l'ensemble des services**.

Le pouvoir adjudicateur peut cependant déterminer d'autres modalités pour la libération du cautionnement pour autant que ce soit mentionné dans les documents du marché.

7.4. Que se passe-t-il si le pouvoir adjudicateur ne libère pas le cautionnement ?

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un **délai de 15 jours** à compter du lendemain de la demande par l'adjudicataire de procéder à la réception pour procéder aux libérations du cautionnement. Si le pouvoir adjudicateur ne fait pas le nécessaire endéans ce délai, l'adjudicataire a droit :

- En cas de cautionnement en numéraire ou en fonds publics : au paiement d'un **intérêt de retard**¹¹ ;
- En cas de cautionnement collectif ou d'une garantie accordée par un établissement de crédit ou par une entreprise d'assurances : au paiement des **frais** exposés pour le maintiendu cautionnement.

8. Est-il possible de déroger aux dispositions relatives au cautionnement ?

Art. 9, §4 du RGE

Attention, il convient de ne pas confondre les deux concepts suivants :

- **La dérogation à une disposition** : dans cette hypothèse, une disposition est obligatoire selon la réglementation mais le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'y déroger parce que la réglementation, en l'espèce l'article 9 du RGE, l'y autorise moyennant cependant le respect de certaines conditions ;
- **La disposition contractuelle contraire** : dans ce cas-ci, une disposition est facultative selon la réglementation et elle comprend généralement la mention suivante : « sauf disposition

¹⁰ Ce cas de figure se présente rarement dans les marchés de travaux mais plutôt dans les marchés de services

¹¹ Taux d'intérêt de 8% de juillet à décembre 2019. Vous trouverez le taux d'intérêt applicable à l'adresse : <https://www.publicprocurement.be/fr/marches-publics/reglementation/interets-de-retard>.

contraire dans les documents du marché ». Le pouvoir adjudicateur a donc la liberté de prévoir une disposition contractuelle contraire dans les documents du marché.

Les dispositions relatives au cautionnement sont obligatoires. Cependant, la réglementation prévoit la possibilité d'y déroger moyennant le respect des conditions suivantes¹² :

- La dérogation doit faire l'objet d'une **motivation** ;
- La dérogation doit être **indispensable au regard des exigences particulières du marché** ;
- La motivation formelle de la dérogation doit être **reprise dans le cahier spécial des charges** quand la dérogation concerne :
 - o L'étendue et le montant du cautionnement ;
 - o La nature du cautionnement ;
 - o La constitution du cautionnement et la justification de cette constitution ;
 - o L'adaptation du cautionnement ;
 - o Le défaut du cautionnement ;
 - o Les droits de l'adjudicateur sur le cautionnement.

Si le cahier spécial des charges ne mentionne **pas la motivation** de la dérogation dans les cas exposés ci-avant, la **dérogation est réputée non écrite** et n'est donc pas applicable au marché, sauf en cas de convention signée par les parties.

La motivation des dérogations aux dispositions relatives au cautionnement constitué par des tiers, au transfert du cautionnement et à la libération du cautionnement ne doit, quant à elle, pas être mentionnée dans le cahier spécial des charges.

En toutes hypothèses, la liste des dispositions relatives au cautionnement auxquelles le marché public déroge doit être reprise en en-tête du cahier spécial des charges.

9. Reporting de cautionnement

Art. 33/1 RGE

L'adjudicateur **doit** signaler, dans un **formulaire** disponible sur la plateforme e-Procurement, l'exigence d'un cautionnement et son montant ou l'absence de cautionnement. Ce formulaire est associé, selon le cas, à l'avis d'attribution de marché ou à l'avis d'attribution de marché simplifié.

¹² Ces conditions ne sont pas applicables aux 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. Pour ces marchés, la liste des dérogations reprise dans le cahier spécial des charges sans motivation formelle suffit.