

LE CAUTIONNEMENT

(Pouvoirs adjudicateurs)

2024
Mars

Table des matières

1. Qu'est-ce que le cautionnement ?	2
2. Quand le prévoir ?	2
3. Quel montant prévoir ?	3
4. Comment est constitué un cautionnement ?	4
4.1. Modes de constitution du cautionnement et moyen de preuve accepté	4
4.2. e-DEPO	5
4.3. Délai de constitution du cautionnement	5
4.4. Preuve de la constitution du cautionnement.....	5
5. Quid si le cautionnement n'est pas constitué ?	6
6. Quels sont vos droits sur le cautionnement ?	6
7. Comment libérer le cautionnement ?	7
7.1. Marchés de travaux	7
7.2. Marchés de fournitures	7
7.3. Marchés de services.....	8
7.4. Et si vous ne libérez pas le cautionnement ?	8
8. Peut-on prévoir d'autres modalités que celles de la réglementation ?	9
9. Mesurer l'impact du cautionnement.....	9

Réglementation pertinente : Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (RGE). Articles :

- [2, 8°](#) (définition)
- [9, §4](#) (dérogations)
- [25 à 33](#) (dispositions communes)
- [44](#) (défaut d'exécution et prélèvement)
- [93](#) (libération dans les marchés de travaux)
- [133](#) (libération dans les marchés de fournitures)
- [158](#) (libération dans les marchés de services)

1. Qu'est-ce que le cautionnement ?

Le cautionnement est une **garantie financière** que l'adjudicataire doit vous verser lorsque votre marché le prévoit. Il vise à s'assurer de la **bonne exécution** du marché par votre adjudicataire (ainsi que par ses sous-traitants éventuels) jusqu'à sa complète exécution du marché.

Votre adjudicataire ne peut **pas** constituer son cautionnement en vous émettant des **réserves ou des conditions**.

2. Quand le prévoir ?

Vous n'êtes **jamais obligé** d'en prévoir un et ne devez pas motiver cette décision.

Qui plus est, lorsque votre montant d'attribution est inférieur à 50.000€¹, il vous est **interdit** (sauf dérogation expresse, voir ci-dessous) de le demander, même si vous l'aviez prévu par erreur dans vos documents de marché.

Une question d'opportunité et de réflexion

Un [arrêté royal](#) récent est venu assouplir le régime qui existait jusqu'à présent afin de rendre le cautionnement moins systématique. Le but est de faciliter l'accès des PME à vos marchés publics et d'alléger votre charge administrative. En effet, le cautionnement n'est **pas toujours opportun** :

- le risque économique est parfois très faible au regard du poids administratif qu'il cause ;
- il risque de décourager un grand nombre de soumissionnaires potentiels à remettre offre étant donné l'impact sur leur trésorerie.

Cela dit, il vous revient d'analyser, marché par marché, s'il est tout de même opportun d'en prévoir un (notamment dans les marchés sensibles à la fraude).

¹ Dans le cas d'un accord-cadre, c'est le montant estimé global du marché qui doit être pris en compte pour déterminer si le seuil de 50.000€ est atteint et non le montant de chaque marché basé sur cet accord-cadre.

3. Quel montant prévoir ?

Vous pouvez toujours :

- Soit ne pas prévoir de cautionnement ;
- Soit en prévoir un. Dans tous les cas, il est prévu un **pourcentage maximal** du montant estimé du marché à titre de cautionnement. Ce dernier dépend des caractéristiques de votre marché :
 - o Accord cadre mono-attributaire avec cautionnement global : **3%**² maximum du montant estimé.
 - o Tous les autres cas : **5%** maximum du montant estimé du marché/de chaque marché passé sur base de l'accord-cadre.

Particularités :

- Marchés de fournitures et de services sans indication de prix total : si vous n'êtes pas en mesure d'estimer le montant global du marché, le cautionnement est, en principe, fixé à 5% du montant mensuel estimé du marché multiplié par 6 → **5% x montant mensuel x 6**. Vous pouvez prévoir d'autres modalités dans vos documents de marché ;
- Marché à tranches : le montant du cautionnement est **constitué par tranches** à exécuter;
- Lors de l'exécution du marché, si le montant initial du marché varie³ d'au moins 20% :
 - o à la hausse : l'adjudicataire doit reconstituer le cautionnement à la hausse ;
 - o à la baisse : vous devez adapter le cautionnement (c'est-à-dire en libérer une partie).
- Si le marché comporte une ou plusieurs reconductions (sauf si vous l'avez prévu autrement dans les documents du marché), le cautionnement constitué pour le marché initial est **transféré de plein droit** au marché reconduit. Si c'est justifié et à la demande d'une des parties, le montant du cautionnement peut éventuellement être adapté à cette occasion.

² Ce pourcentage plus bas est justifié par le fait que dans cette situation, l'opérateur économique n'a aucune certitude quant au montant qui « sera réellement commandé dans le cadre de l'accord-cadre (sauf à prévoir des quantités minimales dans les documents du marché). Il ne sait dès lors pas ce que l'accord-cadre lui rapportera au final. Un cautionnement pourrait, si un pourcentage de 5 % était choisi, conduire à un prélèvement trop élevé par rapport à ce qui sera réellement commandé » ([CE, examen du texte, AR du 4/09/23](#))

³ En cas de prélèvements d'office, de prestations supplémentaires ou de modifications du marché à votre initiative. [Article 28](#) RGE

4. Comment est constitué un cautionnement ?

4.1. Modes de constitution du cautionnement et moyen de preuve accepté⁴

Vous ne pouvez pas imposer un mode de constitution spécifique à l'adjudicataire. Il a le choix entre 4 modes de constitution (prévus par la réglementation), à savoir :

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

Justificatif ? L'adjudicataire doit vous communiquer le récépissé de dépôt ;

- **Fonds publics** : obligation d'un dépôt à la Banque nationale à Bruxelles (BNB) ou dans l'une de ses agences en province, pour compte de la CDC.

Justificatif ? L'adjudicataire doit vous communiquer la reconnaissance de dépôt ;

- **Cautionnement collectif** : l'adjudicataire recourt à un tiers (une société commerciale, une fédération d'entreprises, etc.) qui se constitue « caution solidaire » pour lui. Cet organisme agréé⁵ dépose un acte de caution solidaire auprès de la CDC.

Attention, cet organisme ne peut pas prévoir des conditions autres que celles prévues par les documents du marché.

Justificatif ? L'adjudicataire doit vous communiquer l'original de l'acte de caution solidaire de la CDC.

L'organisme est lié par toute décision judiciaire qui interviendrait à l'égard de l'adjudicataire suite à une contestation de votre part dans le cadre de ce marché. Vous devez cependant lui avoir signifié cette décision par un exploit d'huissier dans le délai fixé pour la comparution à l'audience.

Sur simple demande écrite, il peut vous demander d'être informé de tout procès-verbal ou de toute communication relative à un défaut d'exécution de l'adjudicataire.

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

Justificatif ? L'adjudicataire doit vous communiquer l'original de l'acte d'engagement établi ainsi qu'un avis de débit.

Conseil : Prévoyez dans vos documents du marché l'application du droit belge et les compétences des juridictions belges pour tout litige éventuel.
En effet, en l'absence d'une telle clause et en cas de garantie accordée par un organisme émanant d'un autre état, la loi de ce pays pourrait être applicable...

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

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

⁵ Organisme exerçant légalement le cautionnement collectif (SCICC, Fideris, etc.).

Quel que soit le mode de constitution, le justificatif du cautionnement qui vous est communiqué doit reprendre les **mentions** suivantes :

- Indication que vous en êtes le bénéficiaire ;
- Références au cahier spécial des charges ;
- Coordonnées de l'adjudicataire.

4.2. e-DEPO

Depuis février 2022, la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) a ouvert un service en ligne : [e-DEPO](#). Si l'adjudicataire choisit la CDC pour la constitution de son cautionnement, les obligations suivantes sont d'application :

- Les opérateurs économiques (**personnes morales belges**) sont soumis à l'utilisation de e-DEPO pour la constitution d'un cautionnement dans le cadre d'un marché public.
- Les opérateurs économiques (**personnes morales étrangères** et les **personnes physiques**) sont dispensés de cette obligation (bien que pour ces dernières, elles sont fortement incitées à y recourir). Ils pourront alors initier la constitution d'un cautionnement en envoyant un mail à info.cdcck@minfin.fed.be. Celle-ci sera réalisée via la plateforme par un agent e-DEPO.

En pratique, cela signifie, par ricochet, que vous devrez vérifier la constitution du cautionnement et le libérer via cette même application et donc y être [inscrit et avoir les rôles](#) nécessaires ;

Tous les supports d'aide sont disponibles [ici](#).

4.3. Délai de constitution du cautionnement

Le cautionnement doit être constitué dans un délai de **30 jours à partir du lendemain du jour ou vous avez conclu le marché**. Vous pouvez cependant prévoir un délai plus long dans vos documents de marché.

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).

4.4. Preuve de la constitution du cautionnement

La réglementation ne précise plus si l'adjudicataire doit vous communiquer la preuve de la constitution du cautionnement ni s'il vous appartient de la demander.

Conseil : il semblerait logique que l'adjudicataire doive produire d'initiative la preuve de la constitution du cautionnement. Puisque le texte ne le précise pas, nous vous conseillons d'être proactif et de la solliciter. 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 au point suivant.

5. Quid si le cautionnement n'est pas constitué ?

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

- Etape 1 : mettez l'adjudicataire **en demeure** par un envoi recommandé⁶. Cette mise en demeure vaut procès-verbal de constat de manquement ;
- Etape 2 : l'adjudicataire dispose alors d'un **déla** de **15 jours** prenant cours à la date de votre envoi pour faire le nécessaire.
- Etape 3 : si le cautionnement n'est toujours pas constitué après ce délai, vous pouvez :
 - 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).

Cas particulier : si le montant du cautionnement n'est plus intégralement constitué et que l'adjudicataire reste en défaut de combler le déficit, vous pouvez opérer une retenue égale au montant de celui-ci sur les paiements à lui faire afin de l'affecter à la reconstitution du cautionnement.

6. Quels sont vos droits sur le cautionnement ?

Vous pouvez prélever, sur le montant du cautionnement, toute somme qui vous est due notamment si l'adjudicataire se retrouve en **défa**ut d'**exécution**. Votre prélèvement ne peut se faire que pour autant qu'il n'y ait plus de sommes dues à l'adjudicataire. En d'autres termes, votre prélèvement s'effectue en priorité sur les sommes encore dues à l'adjudicataire et ensuite seulement sur le cautionnement.

Exemples de défauts d'exécution :

- *Si vous payez trop à votre adjudicataire qui refuse de vous rembourser et que vous ne lui devez plus aucune somme, vous pouvez prélever d'office sur le cautionnement.*
- *Si votre adjudicataire est en situation de retard, qu'il n'a pas répondu à votre PV de manquement et que des pénalités/amendes vous sont donc régulièrement dues, vous devez en priorité prélever ces montants sur les paiements que vous lui devez encore pour ses prestations.*

Si vous voulez prélever sur le cautionnement suite à un défaut d'exécution⁷, vous devez établir factuellement les manquements dans un procès-verbal (PV)⁸ et l'envoyer à l'adjudicataire. Sur cette base, il doit réparer ses manquements sans délai mais peut faire valoir ses moyens de défense dans un délai de 15 jours suivant la date d'envoi du PV.

S'il n'a pas fait valoir ses moyens dans ce délai, son silence est considéré comme une reconnaissance des faits constatés. Vous pouvez alors prélever d'office tout ou partie du

⁶ Ou un [envoi électronique assurant de manière équivalente](#) la date exacte de l'envoi

⁷ Autre que l'absence de constitution du cautionnement évidemment...

⁸ Un modèle de document est disponible [ici](#) sous le menu déroulant « Autres »

cautionnement. L'organisme auprès duquel le cautionnement a été constitué ne pourra pas exiger l'accord préalable de l'adjudicataire.

Cas particuliers

Plus loin dans le régime des sanctions applicables, si vous recourrez à la résiliation unilatérale du marché aux torts de l'adjudicataire⁹(une des mesures d'office), le cautionnement sera saisi de plein droit et vous sera restitué (ce qui exclut toute amende de retard pour la partie résiliée¹⁰).

Attention, la résiliation unilatérale ne peut pas se cumuler avec la résolution judiciaire. En effet, vous ne pouvez 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 octroyés suite à une résolution judiciaire¹¹.

7. Comment libérer le cautionnement ?

La **demande de l'adjudicataire** que vous réceptionnez ses prestations **ou** votre **réception d'initiative vaut demande de libération**. Il ne doit **pas** formellement introduire une **demande séparée**.

7.1. Marchés de travaux

Dans les marchés de travaux, vous effectuez souvent deux réceptions. Dans ce cas :

- Votre acceptation de la **réception provisoire** vous amène à **libérer la première moitié** du cautionnement ;
- Votre acceptation de la **réception définitive** vous amène à **libérer la seconde moitié** du cautionnement.

Pour les marchés où une seule réception est prévue le cautionnement se libère en une fois dans son entièreté.

Vous pouvez retenir sur ces sommes les montants qui vous sont encore dus par l'adjudicataire.

7.2. Marchés de fournitures

En principe, vous libérez le cautionnement **en une fois après la réception provisoire de l'ensemble des fournitures**.

Vous êtes libres de prévoir d'autres modalités de libération dans vos documents du marché.

⁹ 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 vous les avez jugés non justifiés.

¹⁰ Civ. Bruxelles, n°2011/9855/A, 5 mars 2013, MCP (2014) (sommaire), liv. 3, p. 368.

¹¹ Mons (21e ch.), n°2016/RG/477, 22 novembre 2017, Entr. et dr., 2018, liv. 4, p. 389, note BATAILLE G.

7.3. Marchés de services

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

Vous êtes libres de prévoir d'autres modalités de libération dans vos documents du marché.

7.4. Et si vous ne libérez pas le cautionnement ?

Vous disposez d'un **délai de 15 jours** après votre acceptation de la réception pour procéder à la/aux libération(s) du cautionnement.

Si vous ne faites 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**¹² ;
- 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 maintien du cautionnement.

¹² Consultez le taux d'intérêt [ici](#).

8. Peut-on prévoir d'autres modalités que celles de la réglementation ?

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

- **La dérogation à une disposition** : dans cette hypothèse, une disposition réglementaire est obligatoire mais vous pouvez y déroger parce que la réglementation, en l'espèce l'article 9 du RGE, vous y autorise (moyennant cependant le respect de certaines conditions) ;
- **La disposition contractuelle contraire** : dans ce cas-ci, une disposition réglementaire est facultative. Elle comprend généralement la mention suivante : « sauf disposition contraire dans les documents du marché ». Vous avez donc la liberté de prévoir une disposition contractuelle contraire dans les documents du marché.

A titre d'exemple, si vous décidez de ne pas prévoir de cautionnement, c'est une disposition contraire, tandis que si vous décidez de prévoir un cautionnement supérieur à 5%, il s'agit d'une **dérogation** et vous devez respecter les **conditions suivantes** :

- La dérogation doit être **indispensable au regard des exigences particulières du marché** ;
- La dérogation doit faire l'objet d'une **motivation formelle** qui doit être **reprise dans le cahier spécial des charges** quand elle 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 Vos droits sur le cautionnement.

Si votre cahier spécial des charges ne mentionne **pas la motivation** de la dérogation, **elle est réputée non écrite** et n'est donc pas applicable au marché (sauf en cas de convention ultérieure conclue entre vous et votre adjudicataire).

Les dérogations suivantes ne doivent **pas obligatoirement être mentionnées** dans votre cahier des charges :

- Le cautionnement constitué par des tiers ;
- Le transfert et la libération du cautionnement.

En toutes hypothèses, la liste des dispositions relatives au cautionnement auxquelles votre marché déroge doit être reprise **au début** du cahier spécial des charges.

9. Mesurer l'impact du cautionnement

Vu l'impact que peut avoir le cautionnement sur la participation des entreprises aux marchés publics, la réglementation prévoit désormais un **mécanisme de monitoring** afin de pouvoir **mesurer les impacts de sa mise en œuvre**.

Concrètement, pour chacun de vos marchés passés via e-Procurement, **vous devez indiquer dans l'avis d'attribution** si un cautionnement est prévu ou non ainsi que son montant.