



## NEWSLETTER NOVEMBRE 2023

### Contactez-nous :

Siège social | Avenue De Limburg Stirum, 1780 Wemmel | [erik@tenderexpert.be](mailto:erik@tenderexpert.be) | 32 495 62 93 32  
Bureau Bruxelles | Place de la Vieille Halle aux Blés 3 b 2 | [bjorn@tenderexpert.be](mailto:bjorn@tenderexpert.be) | +32 497 85 45 90  
Bureau Wallonie | Clos Marcel Ancion 17, 1342 Limelette | [mariealice@tenderexpert.be](mailto:mariealice@tenderexpert.be) | +32 470 82 39 36

[www.tenderexpert.be](http://www.tenderexpert.be)



## Contenu

1. Du neuf concernant le cautionnement et la facturation électronique ..... 3
2. Arrêt du Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, VI<sup>e</sup> chambre, n° 257.273 du 11 septembre 2023 : Cerbul SRL contre la Police fédérale et l'Etat belge ..... 4

### 1. Du neuf concernant le cautionnement et la facturation électronique

Un arrêté royal du 4 septembre 2023 est venu modifier les règles relatives au cautionnement contenues dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après « RGE ») et dans l'arrêté royal du 9 mars 2022 fixant les modalités relatives à l'obligation pour les opérateurs économiques en matière de facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concessions.

Concernant le cautionnement, le législateur indique que l'objectif premier est de **stimuler l'accès des petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») aux marchés publics**. En effet, les règles actuelles imposent en principe un cautionnement pour tous les marchés publics sauf dans des cas limitativement énumérés (article 25 RGE). Si un adjudicateur ne souhaite pas demander de cautionnement, il doit **motiver sa décision formellement dans son cahier des charges**. Le législateur estime que cette imposition du cautionnement constitue une entrave à la participation des PME aux marchés publics. C'est pourquoi il a été décidé de modifier les règles.

Les nouvelles règles prévoient que la constitution d'un cautionnement est, en principe, toujours exigée et sa valeur est toujours fixée à 5% du marché.

L'adjudicateur peut cependant décider de ne pas exiger de cautionnement ou prévoir un pourcentage inférieur à 5%, **sans déroger aux règles générales d'exécution**. Pour faire l'usage d'une des deux possibilités mentionnées, il convient d'insérer une disposition dans le cahier des charges, mais aucune motivation n'est exigée. Cela ne constituera donc plus une dérogation au sens de l'article 9, §4 des RGE pour laquelle la motivation doit figurer dans les documents de marché.

Les adjudicateurs sont encouragés à ne pas exiger de cautionnement car cela entraîne des conséquences financières et d'importantes charges administratives.

Dans l'ancien texte de l'article 25 RGE, une série d'exceptions au cautionnement étaient mentionnées (notamment pour plusieurs marchés de services spécifiques). **Ces exceptions n'ont pas été maintenues, sauf l'exception liée au seuil du montant du marché public** qui était de 50.000 EUR HTVA pour les secteurs classiques et de 100.000 EUR HTVA pour les secteurs spéciaux. Cette différence est supprimée et le seuil unique est de 50.000 EUR HTVA.

Ce seuil est calculé **sur base du montant d'attribution**. Le rapport au Roi conseille, d'ailleurs, d'utiliser une clause conditionnelle, selon laquelle, un cautionnement n'est requis que si le seuil est atteint.

Toujours concernant le seuil de 50.000 EUR, il est important de rappeler que ce seuil n'empêche pas l'adjudicateur de tout de même exiger un cautionnement, cela moyennant une motivation requise par l'article 9, §4 des RGE.

En cas d'accord-cadre conclu avec un seul adjudicataire, dans l'hypothèse où l'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).

Un nouvel article 33/1 a été introduit dans les RGE. Ce dernier a pour but de recueillir des données afin de monitorer le cautionnement. L'adjudicateur doit signaler, dans un formulaire

disponible sur la plateforme e-Procurement<sup>1</sup>, l'exigence d'un cautionnement et son montant ou l'absence de cautionnement lors de l'encodage d'un l'avis d'attribution de marché.

Ces nouvelles règles sont entrées en vigueur le 1er 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.

Enfin, concernant la facturation électronique, il a été décidé de décaler l'entrée en vigueur de l'obligation pour les opérateurs économiques d'envoyer leurs factures de manière

électronique, pour les marchés publics et les concessions dont la valeur estimée est inférieure à 30.000 EUR mais supérieure à 3.000 EUR. Cette mesure devait normalement entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2023. Finalement, cette obligation n'entrera en vigueur que le 1<sup>er</sup> mars 2024. Ce délai supplémentaire permettra aux opérateurs économiques de se conformer à cette obligation en mettant en place les mesures nécessaires.

Source : Rapport au Roi de l'A.R du 4 septembre 2023, *M.B.*, 21/09/2023.

## 2. Arrêt du Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, VI<sup>e</sup> chambre, n° 257.273 du 11 septembre 2023 : Cerbul SRL contre la Police fédérale et l'Etat belge

### Faits

La SRL Cerbul (société de droit italien) demande la suspension selon la procédure d'extrême urgence de la décision de la Police fédérale d'attribuer un marché public de fournitures relatif à un accord-cadre pluriannuel de fournitures en vue de l'acquisition de pantalons à la SRL Sioen Nederland.

L'offre de la SRL Cerbul n'est pas retenue suite à la cotation effectuée par la Police fédérale sur base des critères d'attribution. La SA Sioen est classée deuxième tandis que la SRL Sioen Nederland se voit attribuer le marché.

### Point de vue de la requérante

Dans sa requête, la requérante va contester la régularité de l'offre de la SRL Sioen Nederland et celle de la SA Sioen.

Premièrement, elle estime qu'en présence de deux sociétés liées, comme l'étaient la SA Sioen et la SRL Sioen Nederland, il appartient au pouvoir adjudicateur de vérifier si leur lien de dépendance a affecté le contenu de leur offre respective. Le requérant indique qu'il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur aurait examiné l'incidence de ce constat sur la régularité des offres. Elle considère que **le pouvoir adjudicateur aurait au moins dû faire apparaître dans la décision d'attribution qu'elle avait procédé à l'examen des offres de ces sociétés liées et indiquer la raison pour laquelle elle n'avait pas écarté les offres déposées.** Ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Deuxièmement, la requérante avance l'argument selon lequel des sociétés liées ne peuvent présenter des offres coordonnées ou concertées, « *non autonomes ni indépendantes* » susceptibles de leur procurer des avantages

---

<sup>1</sup> En cliquant si « oui » à la question « fournir des données sur la participation des PME lors de l'encodage de l'espace de publication relative à l'attribution.

injustifiés au regard des autres soumissionnaires.

La SRL Cerbul estime qu'il existe suffisamment d'indices objectifs et concordants démontrant que la SRL Sioen Nederland et la SA Sioen sont des sociétés liées, entre lesquelles existe un lien de dépendance. Elle relève à ce titre que l'une et l'autre font partie du même groupement, que la SA Sioen est la seule actionnaire de la SRL Sioen Nederland et qu'elles ont les mêmes administrateurs siégeant au sein du conseil d'administration. **Selon elle, ces éléments auraient dû conduire le pouvoir adjudicateur à examiner et à évaluer les faits afin de déterminer si ce lien de dépendance a concrètement affecté le contenu respectif des offres soumises, ce qu'elle n'a pas fait.**

#### Point de vue du pouvoir adjudicateur

La Police fédérale, représentée par l'Etat belge, fait valoir que la SA Sioen et la SRL Sioen Nederland sont des entités juridiques distinctes et des soumissionnaires distincts qui ont tout à fait le droit de remettre chacune une offre qui leur est propre.

Le pouvoir adjudicateur souligne que la réglementation des marchés publics ne contient pas de règle particulière à cet égard et que la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne établit, au contraire, qu'une exclusion automatique des offres de sociétés liées, dans le cadre des marchés publics, conduirait à une réduction significative de la concurrence.

Il ajoute que, selon cette jurisprudence, il ne découle pas du caractère lié de deux sociétés une présomption de leur influence mutuelle sur leurs offres respectives, à défaut de quoi pareil raisonnement, et l'exclusion automatique qui en découlerait, seraient contraires au principe de proportionnalité.

Elle relève qu'un pouvoir adjudicateur doit tout au plus s'assurer que, dans les faits, les offres concernées ont été élaborées et présentées de manière indépendante et sans influence desdites sociétés liées.

Le pouvoir adjudicateur affirme qu'il ressort, d'ailleurs, du dossier administratif, qu'il a bien constaté que la SA Sioen et la SRL Sioen Nederland étaient des sociétés liées, et qu'il leur a laissé l'opportunité d'expliquer leur lien et, le cas échéant, de démontrer que chacune de ces sociétés avaient bénéficié d'une indépendance suffisante dans la réalisation de leur offre, sans interférence ou influence de la part de l'autre société.

En déclarant dans sa décision motivée d'attribution que les offres de la SA Sioen et la SRL Sioen Nederland étaient régulières, le pouvoir adjudicateur prouve qu'il a effectué un contrôle nécessaire de la régularité des offres, notamment quant au critère de l'unité de l'offre.

#### Décision du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat considère que le moyen unique de la requête en suspension est sérieux.

Sans se prononcer sur la régularité même des offres des sociétés Sioen SA et Sioen Nederland BV, il va estimer que :

D'une part, **il ne ressort pas de la motivation de la décision d'attribution attaquée que le pouvoir adjudicateur aurait procédé au contrôle effectif de la régularité des offres** des sociétés Sioen Nederland SRL et Sioen SA au regard de l'existence d'indices permettant de considérer les offres comme autonomes et indépendants, ni les raisons qui l'aurait amené à considérer ces offres régulières. **La motivation n'est, partant, pas adéquate** en ce qu'elle ne permet pas de comprendre les raisons ayant amené le pouvoir adjudicateur à considérer ces offres régulières.

D'autre part, **il ne ressort pas du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur se serait exprimé formellement sur la régularité des offres** de Sioen SA et Sioen Nederland SRL à l'issue des échanges de courriels avec la personne de contact de ces sociétés.

Le Conseil d'Etat suspend alors la décision motivée d'attribution du marché public de

fournitures relatif à un accord-cadre pluriannuel de fournitures en vue de l'acquisition de pantalons à la SRL Sioen Nederland.

Source : Conseil d'Etat, Section du contentieux administratif, VI<sup>e</sup> chambre, arrêt n° 257.273 du 11 septembre 2023.

**VOUS AVEZ DES QUESTIONS ?**

**NOS EXPERTS ONT CERTAINEMENT LES RÉPONSES ! N'HÉSITEZ PAS À NOUS CONTACTER :**

Eloïse Meert

*Expert*

[eloise.meert@tenderexpert.be](mailto:eloise.meert@tenderexpert.be)

0470 19 81 49

**Avis juridique important – Disclaimer**

Bien ce bulletin d'information a été réalisé avec la plus grande minutie, la présence d'erreurs et d'imperfections ne peut être garantie et aucune responsabilité ne peut en découler. L'utilisateur de ce bulletin reconnaît et accepte, par la simple utilisation de son contenu, le refus de responsabilité susmentionné.