Entrée en vigueur de la possibilité temporaire supplémentaire pour les adjudicateurs d'accorder une avance pouvant aller jusqu'à vingt pour cent du montant initial du marché dans le cadre des marchés publics.

L'« Arrêté royal du 29 novembre 2022 relatif à l'octroi d'une avance dans le cadre des marchés publics en raison de la situation économique suite à la guerre en Ukraine » est entré en vigueur le 19 décembre 2022. Comme nous l'expliquions déjà dans notre newsletter du 20 novembre 2022, le gouvernement fédéral prévoit ainsi une possibilité temporaire supplémentaire pour les adjudicateurs d'accorder une avance, et ce, tant pour les marchés publics déjà en cours d'exécution que pour ceux qui doivent encore être lancés, en raison de l'augmentation significative des prix de nombreuses matières premières, produits semi-finis et finis à la suite de la guerre en Ukraine.

Le Rapport au Roi précise que cette possibilité supplémentaire pour les adjudicateurs s'impose compte tenu du cadre assez restreint du régime d'avances existant prévu à l'article 67 de l'A.R. RGE :

« Les possibilités existantes sont soumises à des conditions tellement strictes et complexes que, dans de nombreux cas, aucune avance ne peut être accordée, par exemple parce qu’aucun “investissement” n’est requis, et encore moins un investissement préalable très important. Si, exceptionnellement, une avance est accordée, celle-ci est soumise à des conditions dont le suivi et le contrôle entraînent une charge administrative pour les deux parties contractantes. En pratique, dans la grande majorité des cas, aucune avance n’est donc accordée par l’adjudicateur, ce qui n’est pas souhaitable dans les circonstances économiques exceptionnelles actuelles. »

Sur la base du nouvel arrêté royal du 29 novembre 2022, le pouvoir adjudicateur peut en principe accorder à l’adjudicataire une avance d’un maximum de vingt pour cent du montant initial du marché, TVA incluse.

Si la durée du marché est supérieure à douze mois, la référence pour le calcul du montant maximum de vingt pour cent est un montant égal à douze fois le montant initial du marché TVA incluse divisé par la durée du marché exprimée en mois. S’il s’agit d’un marché à durée indéterminée, le montant mensuel initial du marché TVA incluse multiplié par douze est pris comme référence pour le calcul du montant maximum susmentionné, à moins que le marché ait été conclu à prix global.

La réglementation s’applique, d’une part, à tous les marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité et, d’autre part, à tous les marchés publics dans les secteurs classiques et spéciaux, à l’exception de ceux qui ne sont pas soumis au principe du paiement pour service fait et accepté, à savoir les marchés de faible montant. C’est ainsi que le régime provisoire d’octroi d’une avance ne s’applique par exemple pas aux concessions qui tombent dans le champ d’application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Les marchés publics dont la durée d’exécution est inférieure à deux mois ne tombent pas eux non plus dans le champ d’application de la réglementation. La réglementation ne s’applique pas non plus aux accords-cadres, mais bien aux marchés distincts qui découlent d’un accord-cadre.

- Pour les marchés qui étaient déjà en cours d’exécution au 19 décembre 2022, cette nouvelle possibilité temporaire d’accorder une avance s’applique même en l’absence de disposition en ce sens dans les documents du marché.

À cet effet, l'adjudicataire doit introduire auprès de l'adjudicateur une demande écrite, datée et signée contenant tous les éléments nécessaires pour le paiement.

Une fois que la décision d'accorder une avance a été prise, l'adjudicateur dispose de trente jours de calendrier pour payer l'avance. En cas de non-respect, des intérêts de retard sont dus ainsi que l'indemnité forfaitaire visée à l'article 69 de l'A.R. RGE.

Le remboursement de l'avance est imputé sur les montants dus à l'adjudicataire, selon le rythme et les modalités prévus dans les documents du marché. En l'absence de mention en ce sens dans les documents du marché, le remboursement de la première moitié de l'avance est imputé sur les sommes dues à l'adjudicataire quand le montant des prestations exécutées atteint trente pour cent du montant initial du marché TVA incluse et le remboursement de la deuxième moitié de l'avance est imputé sur les sommes dues à l'adjudicataire quand le montant des prestations exécutées atteint soixante pour cent du montant initial du marché TVA incluse.

Il en va de même pour les marchés publics qui ont été publiés ou auraient dû être publiés avant le 19 décembre 2022, ainsi que pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre a été lancée avant la date susmentionnée.

- Pour les marchés qui sont/ont été publiés à partir du 19 décembre 2022, cette possibilité existe pour autant que l'adjudicateur l'ait prévu formellement dans les documents du marché.

L'adjudicateur doit indiquer dans les documents du marché qu'il fait usage de cette faculté. Si, nonobstant l'obligation susmentionnée, les documents du marché ne donnent pas de réponse à cet égard, aucune avance n'est accordée en vertu du nouvel arrêté royal.

Si l'adjudicateur indique dans les documents du marché qu'il fait effectivement usage de la faculté en question, il est tenu d'accorder l'avance dont il détermine le montant compte tenu du montant maximum de vingt pour cent. L'adjudicataire joint le cas échéant déjà à son offre tous les éléments nécessaires au versement de l'avance.

Dans ce cas, le délai de paiement de trente jours de calendrier commence à courir à partir de la conclusion du marché, à condition que l'adjudicateur dispose de tous les éléments

nécessaires pour procéder au paiement.

Le remboursement de l'avance est imputé sur les montants dus à l'adjudicataire selon le rythme et les modalités prévus dans les documents du marché.

Il en va de même pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, les invitations à introduire une demande de participation ou une offre sont lancées à partir du 19 décembre 2022.

Se pose enfin la question de savoir comment les adjudicateurs vont aborder ce régime d'avances assoupli à l'égard des différents adjudicataires. Dans ce contexte, le Rapport au Roi et le préambule du nouvel arrêté royal soulignent son importance pour la continuité du service public et pour l'ordre économique de notre pays. Le Rapport au Roi indique également de manière explicite, notamment, que :

- « Pour les marchés déjà lancés ou en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal, les autorités administratives doivent en outre motiver pourquoi elles acceptent ou rejettent la demande d'un adjudicataire d'accorder une avance »
- « Pour les marchés déjà lancés ou en cours d'exécution au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal, il est conseillé à l'adjudicateur d'analyser attentivement les demandes d'octroi d'une avance et, lorsque cela est approprié et possible, d'y donner une suite favorable, le cas échéant, sous réserve des ajustements budgétaires éventuels, mais toujours dans le respect des règles budgétaires applicables, qui ne sont pas modifiées par le présent projet. L'adjudicateur est donc invité à ne pas rejeter systématiquement et catégoriquement les demandes d'octroi d'une avance, compte tenu de la situation exceptionnelle actuelle, mais à faire preuve de compréhension.
- « Pour les marchés qui doivent encore être lancés au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal, il est également conseillé à l'adjudicateur d'analyser soigneusement s'il est approprié de prévoir le paiement d'une avance dans les documents du marché. Dans ce cas, le délai de paiement de l'avance commence à courir dès la conclusion du marché (à condition que l'adjudicateur dispose de tous les éléments nécessaires pour procéder au paiement). »

L'arrêté royal du 29 novembre 2022 cesse d'être en vigueur le 31 décembre 2023 pour les marchés publics qui ne sont pas encore publiés au moment de cette date et pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre n'a pas encore été lancée à cette date.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Anvers

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Rue de la Régence 58 boîte 8 - 1000 Bruxelles

info@schoups.be

www.schoups.com