

# Conséquences des infractions environnementales sur l'accès aux marchés publics

Gauthier ERVYN

## Section 1

### L'accès des entreprises aux marchés publics

1. La loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>1</sup> autorise le Roi à limiter le droit d'accès des entreprises aux marchés publics dans diverses situations limitativement énumérées<sup>2</sup> qui jettent le discrédit sur leur honorabilité professionnelle<sup>3</sup>.

L'intérêt général que poursuivent les pouvoirs adjudicateurs dans leur action et l'origine publique des fonds qu'ils dépensent, justifient en effet que les pouvoirs adjudicateurs attribuent leurs marchés de travaux, fournitures et services aux opérateurs économiques qui leur soumettent les meilleures offres<sup>4</sup>. Le fait qu'une offre soit « la meilleure » est non seulement dû à ses qualités intrinsèques, mais doit également émaner d'un acteur économique capable, qui témoigne d'une grande « moralité professionnelle ».

Le Roi a exécuté ces principes à l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Cette disposition énumère une série d'hypothèses qui, lorsqu'elles sont rencontrées par un opérateur économique, empêchent ou peuvent empêcher ce dernier de soumissionner aux marchés publics.

Cette disposition est directement issue des directives européennes et fixe, selon la Cour de justice<sup>5</sup> « les seules limites de la faculté des États membres,

---

<sup>1</sup> Ci-après, la « loi du 15 juin 2006 ».

<sup>2</sup> Pour les marchés publics dont la valeur dépasse les seuils européens.

<sup>3</sup> C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, n° 42.

<sup>4</sup> M. DE GROOT et N. PORTUGAELS, « De toegang tot de overheidsopdrachten van inschrijvers met een strafrechtelijk incident: een *status quaestionis* en een blik in de toekomst », *T.B.P.*, 2013/1, p. 3.

<sup>5</sup> C.J.U.E., 9 février 2006, *La Cascina & Zilch*, C-226/04 et C-228/04, n° 22.

en ce sens que ceux-ci ne peuvent pas prévoir d'autres causes d'exclusion que celles y indiquées. Cette faculté des États membres est circonscrite également par les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement».

2. Ces conditions d'accès sont de deux types : obligatoires<sup>6</sup> ou facultatives<sup>7</sup>. Les premières s'imposent dans tous les marchés publics, quels qu'ils soient<sup>8</sup>. L'entrepreneur qui ne les remplit pas se verra interdire le droit de participer aux procédures de marché public et d'exécuter des marchés publics.

Les secondes ne s'appliquent que lorsque les documents de marché l'ont expressément prévu<sup>9</sup>. Le pouvoir adjudicateur peut donc faire le choix d'exclure un candidat ou soumissionnaire sur cette base, étant entendu qu'il devra motiver sa décision<sup>10</sup>. Le simple fait pour le pouvoir adjudicateur de faire renvoi dans les documents de marché à l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne suffit pas : «le pouvoir adjudicateur est tenu de choisir spécifiquement les causes d'exclusion qu'il veut spécifiquement appliquer pour son marché»<sup>11</sup>.

Le caractère facultatif des conditions d'exclusions énumérées à l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 doit toutefois être relativisé. Il n'est en réalité que «théorique»<sup>12</sup>. En effet, le rapport au Roi qui commente cette disposition exhorte les pouvoirs adjudicateurs à faire application de ces possibilités d'exclusion :

«Dans les cas énumérés dans cette disposition, même si le pouvoir adjudicateur n'est pas *a priori* obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne administration. Ce principe implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à un tel candidat ou soumissionnaire. Ce n'est qu'exceptionnellement, par exemple si une entreprise en difficulté détient un monopole pour

<sup>6</sup> Article 61, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

<sup>7</sup> Article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

<sup>8</sup> À l'exception des marchés publics passés par procédure négociée sans publicité dont le montant est inférieur à 8.500 EUR HTVA : cf. article 106, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

<sup>9</sup> Il faut toutefois noter que les causes d'exclusion facultatives ne s'appliquent pas aux procédures négociées sans publicité : article 106, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le pouvoir adjudicateur conserve toutefois la faculté de les appliquer volontairement.

<sup>10</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 671 et 672.

<sup>11</sup> Y. САВУЙ *e.a.*, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 190, la référence au Rapport au Roi relatif à l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. *A contrario*, une circulaire ministérielle du 10 février 1998, «Marchés publics : sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services», autorise toutefois le pouvoir adjudicateur à exclure un soumissionnaire même s'il n'a pas prévu dans les documents de marché la cause d'exclusion qu'il invoque.

<sup>12</sup> B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011*, Kluwer, 2014, p. 317.

la fourniture de produits destinés à compléter une installation, que le pouvoir adjudicateur pourrait justifier une décision d'admission à l'accès au marché.»

Force est de constater que, dans la pratique, l'essentiel des pouvoirs adjudicateurs impose ces conditions dans leurs documents de marché.

**3.** L'exclusion d'un soumissionnaire qui répond à l'une des situations visées à l'article 61, § 2, peut être ordonnée à tout moment pendant la procédure de passation du marché public<sup>13</sup>. Cette exclusion peut encore être décidée, même si la sélection qualitative a déjà eu lieu, en ce compris encore au moment de l'attribution du marché<sup>14</sup>.

**4.** Le fait que le soumissionnaire concerné dépose son offre en association momentanée ne permet pas de couvrir la cause d'exclusion<sup>15</sup>. Il en est de même si l'entrepreneur intervient en qualité de sous-traitant, dont le soumissionnaire fait valoir les capacités<sup>16</sup>.

**5.** Parmi les conditions d'accès facultatives figurent notamment deux interdictions qui pourraient limiter le droit d'accès aux marchés des entreprises qui ont commis des infractions environnementales.

Ainsi, peut être exclu de l'accès au marché à quelque stade que ce soit de la procédure le candidat ou le soumissionnaire :

«3° qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;

4° qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave».

Ces deux dispositions étaient déjà contenues dans le précédent arrêté royal relatif à la passation des marchés publics, datant du 8 janvier 1996<sup>17</sup>. Elles sont fidèlement reproduites du texte des directives européennes en matière de marchés publics<sup>18</sup>.

**6.** La nouvelle directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE, réforme, en son article 57.4, les conditions d'exclusions facultatives.

---

<sup>13</sup> Article 20 de la loi du 15 juin 2006.

<sup>14</sup> Article 58, § 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

<sup>15</sup> Article 66 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

<sup>16</sup> Article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

<sup>17</sup> Articles 17, 43 et 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services aux concessions de travaux publics.

<sup>18</sup> Cf. notamment la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services; ainsi que l'article 24 des anciennes directives n° 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Cette réforme devra être transposée dans l'ordre juridique belge à dater du 1<sup>er</sup> avril 2016.

Cette directive a fusionné les notions de délit affectant la moralité professionnelle et de faute grave professionnelle, au sein d'une nouvelle cause d'exclusion unique :

« le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ».

7. Les conséquences d'une interdiction de participer aux marchés publics sont particulièrement graves pour une entreprise. Les marchés publics représentent pour les opérateurs économiques une source majeure de revenus, vu la multiplicité des entités publiques et privées soumises à cette réglementation. Être privé de ces opportunités peut rapidement conduire une entreprise à des difficultés financières importantes, voire mettre en péril sa survie.

Au vu de l'importance croissante des obligations légales en matière environnementale, il apparaît utile de s'interroger sur les conséquences, en termes d'accès aux marchés publics, de la commission d'une infraction environnementale par une entreprise.

L'objet de la présente contribution sera donc de vérifier dans quelle mesure une entreprise qui s'est rendue coupable d'une infraction environnementale peut se voir limitée dans son droit d'accès aux marchés publics.

## Section 2

### **Le délit affectant la moralité professionnelle et la faute grave professionnelle**

#### **§ 1. Application aux infractions environnementales**

8. La notion de délit affectant la « moralité professionnelle » n'est pas définie par la réglementation belge des marchés publics. Aucune définition non plus n'est contenue dans les travaux parlementaires de la loi ou les rapports au Roi des arrêtés royaux.

En France, la réglementation est quant à elle plus claire, puisque la notion de « délit affectant la moralité professionnelle d'un entrepreneur vise trois types d'infractions en matière sociale ». Le droit français ne s'étend donc pas aux délits environnementaux<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR, « Les causes d'exclusion », in *Marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 279, n° 65; voy. également A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 7<sup>e</sup> éd., C.N.C., 2014, p. 1177 et note 31.

9. La directive européenne n° 2004/18/CE contient des indications plus intéressantes<sup>20</sup>. Ainsi, il est précisé, dans son considérant 43, ce qui suit :

« Si le droit national contient des dispositions à cet effet, *le non-respect de la législation environnementale* ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave. »

La nouvelle directive n° 2014/24/UE confirme cette approche dans son préambule :

« Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales [...] »<sup>21</sup>

Selon le législateur européen, dont dérive le droit des marchés publics, la commission d'une infraction environnementale par une entreprise peut donc constituer un délit affectant sa moralité professionnelle ou une faute grave, lui interdisant l'accès aux marchés publics.

Le Conseil d'État l'a notamment confirmé dans un arrêt du 15 juillet 2013<sup>22</sup> dans un litige relatif à des infractions à la réglementation wallonne en matière d'environnement<sup>23</sup>.

De même, le Conseil d'État a également admis que divers manquements commis par un soumissionnaire dans l'exécution d'un précédent marché, dont des violations de la réglementation environnementale<sup>24</sup>, puissent être considé-

<sup>20</sup> Dans son considérant 34, la directive précise également que le non-respect des « lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail [...] peut être considéré comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique pouvant entraîner l'exclusion de cet opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public ». La violation du traitement égalitaire des travailleurs est également pointée en exemple par le considérant 73, *in fine*.

<sup>21</sup> Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE, considérant n° 101.

<sup>22</sup> C.E., 15 juillet 2013, *s.a. Recyclage Mosan*, n° 224.368.

<sup>23</sup> En l'occurrence, les trois préventions mises à charge du soumissionnaire étaient les suivantes :

- « avoir géré des déchets en mettant en danger la santé humaine et en nuisant à l'environnement, article 6bis du Décret de la RW du 27.06.1996 » ;
- « avoir enfoui des ordures ménagères, des résidus d'incinération, des éléments contenant des métaux lourds, des débris pierreux, des déchets d'asbeste-ciment et des déchets végétaux et avoir procédé à des incinérations en plein air, en violation de l'article 7 du décret de la RW du 27.06.1996 » ;
- « ne pas avoir respecté le permis d'environnement, article 11 du décret du 27.06.1996 relatif aux déchets et l'article 10 du décret du 11.03.1999 relatif au permis d'environnement ».

<sup>24</sup> C.E., 17 mars 2014, *Nv Audebo*, n° 226.775 : il s'agissait en l'occurrence dans cette affaire de dépôts de déchets clandestins.

rés comme une faute grave au sens de l'article 61, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

## § 2. L'exclusion pour délit affectant la moralité professionnelle

### A. Les conditions d'application

10. Les conditions d'application de l'exclusion pour délit affectant la moralité professionnelle d'un soumissionnaire sont multiples. Nous les examinons ci-après.

#### 1. L'existence d'un délit

11. Le délit visé à l'alinéa 3 de l'article 61, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est une infraction, c'est-à-dire la violation d'une disposition légale sanctionnée pénalement par le législateur.

Le Code pénal belge, en son article 1<sup>er</sup>, distingue trois types d'infractions, le délit n'étant que l'une d'entre elles :

«L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime.  
L'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit.  
L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une contravention.»

Doit-on dès lors considérer que les soumissionnaires ayant commis des infractions de moindre importance, à savoir les contraventions, pourraient échapper à cette mesure d'exclusion ?

Il nous semble que la réponse doit être négative dans la mesure où la notion de délit reprise dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est directement issue du texte des directives européennes et qu'il apparaît peu probable que le législateur européen ait, à dessein, voulu introduire une distinction en fonction du degré de gravité des infractions.

#### 2. Un délit affectant la moralité professionnelle

12. Par ailleurs, pour que le délit concerné puisse interdire à l'entreprise coupable l'accès aux marchés publics, il convient encore que ce délit affecte sa moralité professionnelle.

Comme le souligne certains auteurs, «il est surprenant de voir apparaître dans une directive européenne un concept aussi subjectif et difficilement susceptible d'être appréhendé de manière uniforme par le droit des différents États membres que celui de "moralité professionnelle"»<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 1177.

La doctrine enseigne que ces mots impliquent que le délit doit « toucher à l'exercice de la profession du candidat ou du soumissionnaire »<sup>26</sup>. Pour que le délit pénal commis puisse justifier une exclusion, il convient que celui-ci fasse naître une présomption raisonnable dans le chef du pouvoir adjudicateur, d'une augmentation du risque de mauvaise exécution du marché, en cas de recours à l'entreprise concernée<sup>27</sup>.

Si l'infraction est commise par un soumissionnaire à des fins étrangères à ses activités professionnelles, par exemple dans le cadre de ses activités privées, cette infraction n'affectera pas nécessairement la moralité professionnelle de ce soumissionnaire.

Enfin, comme le stipule le préambule de la directive n° 2004/18/CE et la doctrine, une condamnation pénale pour infraction environnementale peut constituer un délit affectant la moralité professionnelle<sup>28</sup>.

### **3. Une condamnation prononcée par une décision judiciaire passée en force de chose jugée**

**13.** S'il ressort de la réglementation qu'une infraction environnementale peut constituer un délit au sens de l'article 61, § 2, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il faut toutefois souligner que cette infraction ne pourra être retenue à charge du soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur que dans l'hypothèse où elle a fait l'objet d'une condamnation pénale émise par une décision coulée en force de chose jugée. Cette condamnation peut émaner d'une juridiction belge, mais également de tribunaux étrangers<sup>29</sup>.

Le fait qu'un pouvoir adjudicateur a connaissance du fait qu'un soumissionnaire a commis une infraction ne suffit pas pour l'exclure sur base de l'article 61, § 2, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

De même, la condamnation pénale d'un soumissionnaire, qui peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire devant une instance juridictionnelle

<sup>26</sup> S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR, « Les causes d'exclusion », *op. cit.*, p. 280, n° 65.

<sup>27</sup> M. DE GROOT et N. PORTUGAELS, « De toegang tot de overheidsopdrachten van inschrijvers met een strafrechtelijk incident: een status quaestionis en een blik in de toekomst », *T.B.P.*, 2013/1, p. 9.

<sup>28</sup> P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2015, p. 308; N. FRANÇOIS, « La place des considérations d'ordre non strictement économique dans l'attribution des marchés publics », *C.P.D.K.*, 2009, afl. 4, p. 646.

<sup>29</sup> B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011*, *op. cit.*, p. 313, n° 345; M. DE GROOT et N. PORTUGAELS, « De toegang tot de overheidsopdrachten van inschrijvers met een strafrechtelijk incident: een status quaestionis en een blik in de toekomst », *op. cit.*, p. 7.

supérieure au moment de la décision d'attribution du marché, ne permet pas d'exclure ce dernier du marché<sup>30 31</sup>.

Le soumissionnaire, pénalement poursuivi, qui bénéficie d'une suspension du prononcé de la condamnation ou d'une extinction des poursuites avec transaction pénale<sup>32</sup>, ne peut pas non plus être considéré comme ayant été condamné<sup>33</sup>.

Enfin, le soumissionnaire, qui se voit reprocher une faute dans le cadre d'une procédure judiciaire non pénale, ne peut être exclu sur base de l'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011<sup>34</sup>.

En matière environnementale, de nombreuses infractions peuvent être sanctionnées par des peines administratives<sup>35</sup>. Ces peines ne peuvent, à notre estime, être considérées comme des « condamnations judiciaires » et justifier une exclusion sur base de l'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elles pourront, par contre, sans difficulté, être invoquées comme preuve d'une faute grave, permettant l'exclusion du soumissionnaire sur base de l'article 61, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Seul le soumissionnaire qui a été pénalement condamné par une décision qui ne peut plus faire l'objet de recours ordinaire, peut être exclu du marché sur pied de l'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le fait que ce soumissionnaire ait éventuellement modifié sa dénomination sociale depuis sa condamnation n'a pas d'influence sur son exclusion : ce changement de nom ne modifie pas sa personnalité juridique<sup>36</sup>.

#### 4. La personne condamnée

**14.** De plus, l'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, stipule que c'est le soumissionnaire qui « a fait l'objet » de la condamnation qui peut être exclu.

<sup>30</sup> Cf. à cet égard, C.J.U.E., 9 février 2006, *La Cascina & Zilch*, C-226/04 et C-228/04, n<sup>o</sup> 38 : « les effets de l'introduction d'un recours administratif ou judiciaire sont intimement liés à l'exercice et à la sauvegarde des droits fondamentaux concernant la protection judiciaire, dont l'ordre juridique communautaire assure également le respect. Une réglementation nationale qui ignorerait totalement les effets de l'introduction d'un recours administratif ou judiciaire sur la possibilité de participer à une procédure de passation de marché risquerait de violer les droits fondamentaux des intéressés ».

<sup>31</sup> Voy. également, Y. CABUY, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 193.

<sup>32</sup> Par exemple, en cas d'application de l'article D.151, § 2, du Code wallon de l'environnement.

<sup>33</sup> B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011*, *op. cit.*, p. 313, n<sup>o</sup> 345.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 319, qui cite un arrêt du Conseil d'État relatif à une condamnation dans le cadre d'une action en cessation.

<sup>35</sup> Par exemple, en cas d'application de l'article D.151, § 2, du Code wallon de l'environnement.

<sup>36</sup> C.E., 26 août 2010, *Nv Think Media Outdoor*, n<sup>o</sup> 206.967.



Un arrêt du Conseil d'État, rendu le 8 mai 2012<sup>37</sup>, a considéré que l'absence de délit ne devait pas seulement être vérifiée dans le chef de la personne morale soumissionnaire à un marché mais également dans celui de ses dirigeants. Cet arrêt a toutefois été rendu sur pied des anciennes dispositions en matière de marché public, à savoir l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Outre que, depuis lors, la responsabilité pénale des personnes morales a été instaurée en droit belge, il ne nous semble pas qu'une telle extension puisse être encore soutenue aujourd'hui, sous l'égide de l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

En effet, cette disposition indique clairement que peut être exclu *le candidat ou le soumissionnaire qui a fait l'objet* d'une condamnation, précision qui n'existait pas dans l'arrêté royal de 1996 sur base duquel l'arrêt précité du Conseil d'État a été rendu.

Il nous semble donc que, comme le pensent certains auteurs<sup>38</sup> et contrairement à d'autres<sup>39</sup>, il ne peut être considéré que le texte de cet arrêté royal permettrait, dans sa rédaction actuelle, d'étendre l'interdiction d'accès à des cas où la condamnation litigieuse a été prononcée à l'encontre de dirigeants, personnes juridiques tierces à l'entreprise.

La jurisprudence de la Cour de justice européenne rappelle d'ailleurs à cet égard que ces causes d'exclusions sont « fondées sur la constatation objective de faits ou de comportements *propres à l'entrepreneur concerné*, de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ». Il ne nous apparaît pas que l'on puisse considérer que la condamnation visée à l'article 61, § 2, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 puisse constituer un « fait ou comportement propre à l'entrepreneur concerné », si celle-ci concerne en réalité un dirigeant ou un administrateur de l'entreprise et non l'entreprise elle-même. À cet égard, on peut relever un arrêt intéressant du Tribunal de première instance des Communautés européennes<sup>40</sup> qui considère que les documents prouvant que le soumissionnaire ne se trouve pas dans une situation d'exclusion ne peut porter que sur le soumissionnaire lui-même et pas sur une personne morale distincte, telle que sa société mère.

<sup>37</sup> C.E., 8 mai 2012, *Nv CLG*, n° 219.262.

<sup>38</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 669 et 670; B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011*, *op. cit.*, p. 314 et les références citées.

<sup>39</sup> S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR, « Les causes d'exclusion », *op. cit.*, p. 281.

<sup>40</sup> T.P.I.C.E., 15 mars 2012, *Evropaiki Dynamiki c. Commission*, T236/09, pt 70. L'enseignement de cet arrêt nous paraît pouvoir être appliqué aux causes d'exclusions ici étudiées même si l'arrêt porte, quant à lui, sur des causes d'exclusions analogues prévues dans le Règlement n° 1605/2002 du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.

Il nous semble que cette interprétation est plus conforme au principe de liberté de prestation de services, qui fonde les traités européens sur base desquels les directives des marchés publics ont été adoptées. L'un des objectifs de la réglementation des marchés publics est d'assurer une concurrence maximale<sup>41</sup> et donc de permettre l'ouverture de ces contrats au plus grand nombre d'entreprises intéressées. Dans ces circonstances, les causes d'interdiction d'accès à ces marchés constituent une exception à ce principe et doivent être interprétées restrictivement : les éventuels jugements pénaux dont les dirigeants d'une personne morale ont fait l'objet, ne peuvent être considérés comme étant à charge de l'entreprise qu'il dirige.

La nature délictuelle du fait incriminé nous amène également à une appréciation stricte de son champ d'application. Il ne paraît pas admissible de considérer qu'une personne juridique soit sanctionnée pour une infraction dont elle n'est pas déclarée responsable et qu'un tiers a commise.

Certains auteurs considèrent, toutefois qu'eu égard à la possibilité pour les États membres de préciser la directive dans le droit interne<sup>42</sup> et le fait que le législateur belge n'a pas usé de cette faculté dans la réglementation belge, la directive donnerait le pouvoir à l'adjudicateur de préciser expressément dans les documents de marchés s'il entend englober dans le cadre de cette clause d'exclusion les condamnations dont ont fait l'objet des tiers à l'entreprise. À défaut de ce faire, seules les condamnations mises à charge du soumissionnaire pourront justifier une exclusion<sup>43</sup>. Cette exigence ne serait toutefois pas requise à l'égard des dirigeants des soumissionnaires<sup>44</sup>.

**15.** Il est utile de noter à cet égard que la nouvelle directive européenne des marchés publics<sup>45</sup>, qui doit être transposée dans l'ordre juridique belge pour le 1<sup>er</sup> avril 2016 au plus tard, a été expressément complétée sur ce point mais uniquement en ce qui concerne les condamnations faisant l'objet des exclusions obligatoires, et précise désormais :

« L'obligation d'exclure un opérateur économique s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe

<sup>41</sup> Article 5 de la loi du 15 juin 2006.

<sup>42</sup> Article 45.2, *in fine*, de la directive n° 2004/18/CE : « Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe. »

<sup>43</sup> B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, op. cit.*, pp. 314 à 315 et 319; M. DE GROOT et N. PORTUGAELS, « De toegang tot de overheidsopdrachten van inschrijvers met een strafrechtelijk incident: een *status quaestionis* in een blik in de toekomst », *op. cit.*, p. 12.

<sup>44</sup> M.-A. FLAMME, « Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics », *C.N.C.*, 1997, p. 662.

<sup>45</sup> Article 57.1, *in fine*, de la directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE.

administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.»

À notre estime, cette nouveauté dans le texte de la directive renforce l'interprétation selon laquelle, sous l'ère des directives actuelles, l'extension de la responsabilité pénale du soumissionnaire à ses dirigeants n'est pas admissible<sup>46</sup>.

De plus, cette nouveauté ne figure que pour les causes d'exclusions obligatoires et pas pour les causes d'exclusion facultatives, régies à l'article 57.4 de la directive n° 24/2014/CE. Certes, les causes d'exclusion facultatives ont été modifiées et ne font plus référence aux condamnations des soumissionnaires pour délit affectant leur moralité professionnelle, mais il reste la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique qui « a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ». La directive aurait pu également préciser que la faute professionnelle grave reprochée à un soumissionnaire s'étend à celle qui a été commise par l'un de ses dirigeants mais elle ne le fait pas. Il est vrai que la notion de « faute » est un concept juridique plus souple que la condamnation pénale, et que l'on pourrait considérer qu'en conservant en son sein un dirigeant qui a commis une faute professionnelle grave, par exemple en matière d'environnement, le soumissionnaire commet lui-même une faute grave.

## B. La preuve de la cause d'exclusion

**16.** Il appartient au pouvoir adjudicateur de démontrer l'existence de la cause d'exclusion dans le chef du soumissionnaire.

Le pouvoir adjudicateur sera donc tenu de motiver sa décision à suffisance de droit à cet égard.

L'article 61, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que la preuve de l'existence ou non d'une condamnation repose sur la production d'un extrait du casier judiciaire ou, pour les sociétés étrangères, d'un document officiel équivalent. Il s'agira de la seule « justification recevable des candidats et des soumissionnaires »<sup>47</sup>.

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois se limiter, dans un premier temps, à exiger une déclaration sur l'honneur, étant entendu que la vérification effec-

<sup>46</sup> Il faut toutefois noter que la directive n° 2004/18/CE contient toutefois déjà en son article 45.1 la mention suivante en ce qui concerne les causes d'exclusion obligatoire: « Suivant la législation nationale de l'État membre où les candidats ou soumissionnaires sont établis, ces demandes porteront sur les personnes morales et/ou sur les personnes physiques, y compris, le cas échéant, les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle du candidat ou du soumissionnaire. »

<sup>47</sup> Y. CABUY, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 191.

tive du casier judiciaire interviendra plus tard, uniquement à l'égard des candidats sélectionnés ou de l'attributaire pressenti pour le marché.

### C. Le délai d'application

**17.** L'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, ne précise pas le délai pendant lequel une condamnation pénale peut justifier une exclusion.

Faute de délai, l'exclusion peut apparaître comme s'appliquant de manière définitive, lorsqu'un soumissionnaire a été condamné. Cette affirmation doit toutefois être relativisée.

**18.** D'une part, s'agissant d'une condition basée sur l'existence d'une condamnation pénale, le Code d'instruction criminelle prévoit des modalités d'effacement des condamnations prononcées<sup>48</sup>.

Cet effacement des condamnations sera soit automatique après trois ans pour les condamnations les moins graves<sup>49</sup>, soit, pour les peines les plus sévères, il sera acquis au terme d'une demande de réhabilitation<sup>50</sup> après un temps d'épreuve dont la durée varie de trois à dix ans.

L'effacement et la réhabilitation ont pour effet de faire « cesser, pour l'avenir, dans la personne du condamné, tous les effets de la condamnation [...] notamment [...] elle empêche que cette décision [...] soit mentionnée dans les extraits du casier judiciaire »<sup>51</sup>.

Dès lors que le mode de la preuve relative à cette cause d'exclusion repose sur la délivrance d'un extrait du casier judiciaire, la réhabilitation et l'effacement de la condamnation permettront au soumissionnaire condamné de recouvrer ses droits d'accès aux marchés publics.

**19.** D'autre part, la doctrine<sup>52</sup> considère que la durée de l'exclusion peut être fixée souverainement par le pouvoir adjudicateur mais en proportion avec la gravité de l'infraction commise par le soumissionnaire. La directive n° 2014/24/UE confirme cette approche dans son préambule<sup>53</sup>:

« Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un

<sup>48</sup> B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>49</sup> Article 619 du Code d'instruction criminelle.

<sup>50</sup> Articles 621 et suivants du Code d'instruction criminelle.

<sup>51</sup> Articles 620 et 634 du Code d'instruction criminelle.

<sup>52</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, *op. cit.*, p. 671.

<sup>53</sup> Directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE, considérant n° 101, *in fine*.

opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.»<sup>54</sup>

C'est la date de la condamnation pénale qui doit être prise en compte pour calculer le délai. Le Conseil d'État a notamment considéré qu'une condamnation prononcée deux ans avant l'attribution d'un marché n'est pas disproportionnée pour exclure le soumissionnaire<sup>55</sup>. Dans une autre affaire, a été validée la décision d'un pouvoir adjudicateur décidant que des condamnations pénales remontant à cinq et sept ans, sans récidive depuis lors, pouvaient être considérées comme suffisamment anciennes pour justifier l'absence d'exclusion<sup>56</sup>.

### § 3. La faute grave professionnelle

#### A. Les conditions d'application

**20.** La faute grave en matière professionnelle est définie par la jurisprudence comme suit : « comportement fautif qui a une incidence sur la crédibilité professionnelle de l'opérateur en cause et non pas seulement les violations des normes de déontologie au sens strict de la profession à laquelle appartient cet opérateur, qui seraient constatées par l'organe de la discipline prévu dans le cadre de cette profession ou par une décision juridictionnelle ayant autorité de chose jugée »<sup>57</sup>.

Il s'agit donc d'une « faute susceptible d'ébranler la confiance du pouvoir adjudicateur, faute qu'un professionnel normalement responsable et soucieux de la bonne exécution ne commettrait pas (abandon de travaux sans raison justifiée, vices dans des travaux ou fournitures) »<sup>58</sup>.

Il n'est donc pas requis que la faute commise soit pénalement sanctionnée ni que cette faute ait été constatée par un jugement ayant force de chose jugée<sup>59</sup>. En effet, suivant la jurisprudence du Conseil d'État, « contrairement au 3° du même article, le 4° ne requiert pas qu'il s'agisse d'une faute établie définitivement par une décision juridictionnelle coulée en force de chose jugée »<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Pour un exemple de condamnations à répétition ayant abouti à exclusion : C.E., 27 janvier 2011, *Voyages Raoul*, n° 210.753.

<sup>55</sup> C.E., 8 mai 2012, *Nv CLG*, n° 219.262.

<sup>56</sup> C.E., 24 octobre 2014, *s.a. Dherthe*, n° 228.931.

<sup>57</sup> C.J.U.E., 13 décembre 2012, *Forposta et ABC Direct Contact*, C-465/11, pt 27.

<sup>58</sup> Y. CABUY, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>59</sup> C.E., 28 août 2008, *Nv DSV*, n° 185.933.

<sup>60</sup> C.E., 15 juillet 2013, *s.a. Recyclage Mosan*, n° 224.368.

La faute grave professionnelle peut donc être imputée à une entreprise et justifier son exclusion quand bien même celle-ci ne ferait que l'objet d'une instruction judiciaire<sup>61</sup>, ou un jugement de condamnation non définitif<sup>62</sup>, ou encore qu'elle aurait été constatée dans un rapport d'expertise judiciaire<sup>63</sup>.

Certains auteurs s'étonnent d'ailleurs de la pertinence de cette situation, constatant qu'un comportement infractionnel qui n'est pas exclusif, sur base de l'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, puisse l'être sur la base de l'article 61, § 2, 4<sup>o</sup><sup>64</sup>.

**21.** Par contre, cette faute professionnelle ne peut consister dans la simple inexécution d'une obligation contractuelle, mais doit revêtir un caractère de gravité.

Au sens de la jurisprudence européenne, une faute grave est « un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part. Ainsi, toute exécution incorrecte, imprécise ou défailante d'un contrat ou d'une partie de ce dernier peut éventuellement démontrer une compétence professionnelle limitée de l'opérateur économique en cause, mais n'équivaut pas automatiquement à une faute grave. En outre, la constatation de l'existence d'une faute grave nécessite, en principe, que soit effectuée une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné »<sup>65</sup>.

L'intention fautive qui est requise ne peut pas se déduire de la seule matérialité de la faute<sup>66</sup>.

Pour pouvoir exclure un soumissionnaire sur base de cette disposition, il appartient donc au pouvoir adjudicateur de motiver adéquatement sa décision et de détailler les justifications qui attestent de l'existence d'une faute grave dans le chef de l'entreprise concernée et de la nécessité de l'exclure. Il convient donc de procéder à une appréciation concrète et individualisée de la situation<sup>67</sup>.

**22.** Le fait qu'un soumissionnaire a commis des fautes graves dans l'exécution d'un marché pourrait-il autoriser le pouvoir adjudicateur à lui refuser l'accès au marché sur cette base ?

<sup>61</sup> C.E., 11 décembre 2008, *Nv Etablissementen Van Wesemael*, n° 188.712.

<sup>62</sup> A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., pp. 1179 et 1180.

<sup>63</sup> C.E., 18 janvier 2012, s.a. *Philippe Rousseaux*, n° 217.306.

<sup>64</sup> M. DE GROOT et N. PORTUGAELS, « De toegang tot de overheidsopdrachten van inschrijvers met een strafrechtelijk incident: een *status quaestionis* en een blik in de toekomst », op. cit., p. 7.

<sup>65</sup> C.J.U.E., 13 décembre 2012, *Forposta et ABC Direct Contact*, C-465/11, pt 30.

<sup>66</sup> C.E., 2 septembre 2013, *Euro DB*, n° 224.538.

<sup>67</sup> A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 1178.

Le contenu de l'article 61, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est large et ne l'exclut pas.

Le Conseil d'État l'a admis dans divers arrêts<sup>68</sup>.

Elle est désormais expressément prévue par la nouvelle directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n° 2004/18/CE<sup>69</sup>.

**23.** Cette disposition constitue ainsi une sanction complémentaire et indépendante<sup>70</sup> de celle qui est déjà prévue, dans le cadre de l'exécution du marché par l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 : « l'adjudicataire en défaut d'exécution peut être exclu par le pouvoir adjudicateur de ses marchés pour une durée déterminée. L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée. »

La comparaison de ces deux textes présente toutefois quelques différences puisque l'article 48 précité nécessite, pour son application, qu'un procès-verbal de manquement ait été notifié au cours du marché précédent, que le soumissionnaire soit préalablement « entendu en ses moyens de défense » et que la décision motivée notifiée au soumissionnaire précise<sup>71</sup> la durée maximale de son exclusion<sup>72</sup>.

Ces mécanismes de protection n'existent pas dans le cadre de l'article 61, § 2, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 13 n'exige toutefois pas expressément que la faute commise soit grave, mais on voit difficilement comment le défaut d'exécution ne devrait pas l'être pour qu'une telle sanction soit admissible, vu son caractère extrême.

Le Conseil d'État a en tout état de cause déjà jugé<sup>73</sup> que le non-respect des conditions prescrites par l'article 20, § 8, du Cahier général des charges<sup>74</sup> n'invalident pas l'application de la sanction d'exclusion visée à l'article 17, § 2, 4<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> Cf. notamment, C.E., 15 juillet 2008, *Nv Carlo Van Steenkiste-Mylle*, n° 185.410.

<sup>69</sup> Article 57.4, g).

<sup>70</sup> A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 1179.

<sup>71</sup> Le fait que la durée soit précisée dans la notification ressort du Rapport au Roi relatif à cette disposition.

<sup>72</sup> Article 48, § 2, de l'A.R. du 14 janvier 2013.

<sup>73</sup> C.E., 15 juillet 2008, *Nv Carlo Van Steenkiste-Mylle*, n° 185.410.

<sup>74</sup> Aujourd'hui transposé dans l'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

<sup>75</sup> Disposition analogue pour les secteurs spéciaux, à l'actuel article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, applicable aux secteurs classiques.

## B. La preuve de la cause d'exclusion

24. En ce qui concerne l'exclusion pour faute grave, l'article 61, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 offre bien plus de souplesse au pouvoir adjudicateur puisque si ce dernier conserve la charge de la preuve, il peut recourir à « tout moyen dont le pouvoir adjudicateur peut justifier ».

En ce qui concerne cette cause d'exclusion, la jurisprudence du Conseil d'État se contente de requérir que le pouvoir adjudicateur établisse « de manière plausible et sérieuse qu'il a commis une faute professionnelle grave »<sup>76</sup>.

Le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt de 2013<sup>77</sup>, que l'existence d'infractions environnementales constatées « de manière plausible » par le pouvoir adjudicateur, en ce compris dans un jugement frappé d'appel ou dans un dossier d'instruction qui n'a pas encore fait l'objet de jugement<sup>78</sup>, peut suffire à invoquer l'exclusion pour faute grave. Au contraire, dans une autre affaire plus ancienne, le Conseil d'État a jugé que la preuve d'une faute grave n'est pas rapportée lorsque cette faute fait l'objet d'une procédure judiciaire qui n'a pas encore abouti à une décision définitive<sup>79</sup>.

La souplesse dont bénéficie le pouvoir adjudicateur dans l'appréciation de l'existence d'une faute grave s'accompagne toutefois d'un devoir de motivation plus précis de sa décision :

« Une décision d'exclusion d'un candidat, prise en vertu de cette disposition, doit, pour être formellement et adéquatement motivée, permettre de comprendre quels éléments concrets ont été retenus par l'autorité tant pour considérer qu'une faute grave est imputable à ce candidat que pour exercer la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de l'exclure. Cette exigence de motivation est d'autant plus importante que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant pour qualifier les faits dont il a connaissance au regard de la notion de "faute grave", au sens de la disposition précitée, que pour choisir d'exclure le candidat concerné, en conséquence de cette faute. En outre, la constatation de l'existence d'une "faute grave" impose au pouvoir adjudicateur d'effectuer une appréciation concrète et individualisée de l'attitude du candidat, appréciation dont les termes doivent apparaître à la lecture de la décision d'exclusion. »<sup>80 81</sup>

<sup>76</sup> C.E., 15 juillet 2013, *s.a. Recyclage Mosan*, n° 224.368.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer, 2015, p. 310.

<sup>79</sup> C.E., 27 novembre 2008, *Nv Zeebrugse Visveiling*, n° 188.262.

<sup>80</sup> C.E., 1<sup>er</sup> mars 2013, *s.a. Coface Services Belgium*, n° 222.704.

<sup>81</sup> Pour des cas où la motivation de la faute grave a été considérée comme insuffisante, voy. C.E., 24 octobre 2013, *Gillion Construct*, n° 225.234; C.E., 28 avril 2015, *s.p.r.l. Marcel Theis*, n° 231.019.



### C. Le délai d'application

25. L'article 61, § 2, 4<sup>o</sup>, ne précise pas le délai pendant lequel une faute grave antérieure peut justifier une exclusion. La doctrine<sup>82</sup> considère, comme pour le délit affectant la moralité professionnelle, que la durée de l'exclusion peut être fixée souverainement par le pouvoir adjudicateur, mais en proportion avec la gravité de la faute commise par le soumissionnaire.

#### Section 3

### Vers une harmonisation des exclusions en matière de faute professionnelle ?

26. La nouvelle directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive n<sup>o</sup> 2004/18/CE, qui devra être transposée dans la réglementation des États membres à dater du 1<sup>er</sup> avril 2016, rationalise les causes d'exclusions facultatives qui peuvent être imposées aux soumissionnaires de marchés publics.

Ainsi, l'article 54, 4, c), prescrit désormais que « [I]es pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : [...] c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ».

Le législateur européen a donc fusionné les deux causes d'exclusion facultatives formées du délit affectant la moralité professionnelle et de la faute grave professionnelle, pour ne retenir que la dernière de celles-ci. Ce faisant, il élimine donc l'apparente incohérence du système dualiste précédent, relevée par certains auteurs<sup>83</sup>.

La notion de faute grave professionnelle a clairement une portée plus large. Elle ne requiert ni condamnation pénale ni décision judiciaire ayant force de chose jugée ni commission d'un délit.

La directive offre donc plus de flexibilité au pouvoir adjudicateur, en ce compris dans les modalités de preuve de l'existence de la faute grave qui peut être rapportée par tous les moyens appropriés.

<sup>82</sup> B. LOMBAERT *e.a.*, *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal du 15 juillet 2011*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>83</sup> M. DE GROOT et N. PORTUGAELS, « De toegang tot de overheidsopdrachten van inschrijvers met een strafrechtelijk incident: een status quaestionis en een blik in de toekomst », *op. cit.*, p. 7.

27. Le préambule de la directive n° 2014/24/UE donne, par ailleurs, diverses informations complémentaires intéressantes :

« 101. Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné.

Compte tenu du fait qu'ils seront responsables des conséquences d'une éventuelle décision erronée de leur part, les pouvoirs adjudicateurs devraient également avoir la faculté de considérer qu'il y a eu faute professionnelle grave lorsque, avant qu'une décision finale et contraignante quant à l'existence de motifs d'exclusion obligatoires ne soit prise, ils peuvent démontrer, par tout moyen approprié, que l'opérateur économique a manqué à ses obligations, y compris ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale, sauf disposition contraire du droit national. Ils devraient également pouvoir exclure des candidats ou des soumissionnaires lorsque des défaillances importantes dans l'exécution d'obligations essentielles ont été constatées lors de l'exécution de marchés publics antérieurs, par exemple un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues, ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique. La législation nationale devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions.

Lorsqu'ils appliquent des motifs facultatifs d'exclusion, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité. Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un opérateur économique que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un opérateur économique, ce qui pourrait justifier son exclusion.

102. Il convient cependant de laisser aux opérateurs économiques la possibilité de prendre des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces mesures offrent des garanties

suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation de marché. Cependant, il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas. Ils devraient, en particulier, être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé.»

28. En particulier, l'on retiendra :

- que la violation par un soumissionnaire de ses obligations environnementales est expressément assimilée à une faute professionnelle grave, qui peut remettre en cause sa capacité à exécuter un marché public ;
- que l'exclusion d'un soumissionnaire par un pouvoir adjudicateur doit être proportionnelle à la gravité des manquements reprochés ;
- que les pouvoirs adjudicateurs sont responsables des décisions d'exclusion qu'ils prennent<sup>84</sup> ;
- que la loi devrait prévoir une durée maximale pour ces exclusions<sup>85</sup> ;
- que la loi devrait autoriser les opérateurs économiques à prendre des mesures de remédiation aux conséquences des fautes qu'ils ont commises, de sorte à pouvoir éviter des exclusions futures, sachant qu'une procédure de contrôle du soumissionnaire serait organisée à cet égard.

Il appartiendra au législateur belge d'intégrer, dans le cadre de la réforme de la législation belge en matière de marchés publics, ces précisions nouvelles.

#### Section 4

### **Le respect de l'environnement : une « valeur » à défendre au sein de l'entreprise**

29. Le respect des obligations légales qui s'imposent aux professionnels en matière d'environnement constitue un préalable nécessaire à la participation des entreprises aux marchés publics.

Pour qu'un opérateur économique puisse soumissionner à un marché public, il doit démontrer n'avoir commis aucune infraction ou faute en matière environnementale.

<sup>84</sup> Cette affirmation est indiquée pour les causes d'exclusion obligatoires, mais on ne voit pas ce qui empêcherait de la tenir également valable pour les causes d'exclusions facultatives.

<sup>85</sup> Cette affirmation est indiquée pour les causes d'exclusion obligatoires, mais on ne voit pas ce qui empêcherait de la tenir également valable pour les causes d'exclusions facultatives.

De tels manquements sont en effet, et ce d'autant plus avec la future directive européenne n° 2014/24/CE, assimilés à des fautes qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs, qui l'estiment opportun, d'exclure les entreprises concernées des procédures de marché.

**30.** Les conséquences d'une exclusion peuvent être particulièrement graves pour les entreprises, certainement celles dont les activités sont essentiellement dirigées vers les pouvoirs publics et les autres entités soumises à la réglementation des marchés publics.

Au vu de la multiplicité des obligations légales en matière environnementale, la plus grande vigilance est donc conseillée aux entreprises.