

---

**LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS  
DES SOUMISSIONNAIRES ET  
ATTRIBUTAIRES DE MARCHÉS PUBLICS**  
GAUTHIER ERVYN

---



## RÉSUMÉ

La passation et l'exécution des marchés publics implique diverses obligations et interdictions s'imposant aux adjudicateurs ainsi qu'aux soumissionnaires, dont certaines ont été étendues par les législateurs belge et européen, non seulement aux personnes qui soumissionnent aux marchés publics, mais également à leurs dirigeants, de fait ou de droit.

Les administrateurs de société se voient donc imposer, dans le cadre de la passation des marchés publics, diverses obligations qui peuvent, à défaut de les respecter, engager leur responsabilité et aboutir à diverses sanctions particulières.

Par ailleurs, l'engagement de la responsabilité civile ou pénale des administrateurs d'une société, qui soumissionne à un marché public, peut impacter le droit de cette société à accéder aux marchés publics.

De plus, dès lors que le marché public est conclu, le comportement de l'administrateur de société peut également influencer l'exécution de ce marché.

L'article examine quelques aspects du droit des marchés publics qui peuvent soit impliquer la mise en cause de la responsabilité d'administrateurs de sociétés soumissionnaires ou attributaires de marchés publics, ou qui, au contraire, sont suscitées par le comportement fautif de tels administrateurs.

## SAMENVATTING

De plaatsing en uitvoering van overheidsopdrachten brengt verschillende verbintenissen en verboden met zich mee, opgelegd zowel aan aanbestedende overheden als aan inschrijvers, waarvan een aantal zijn uitgebreid door de Belgische en Europese wetgevers, niet alleen tot degenen die inschrijven op overheidsopdrachten, maar eveneens tot hun bestuurders, *de facto* of *de jure*.

De bestuurders van een vennootschap zien zich dus in het kader van de plaatsing van overheidsopdrachten diverse verbintenissen opgelegd die, bij miskenning ervan, hun aansprakelijkheid in het gedrang brengen en leiden tot diverse specifieke sancties.

Bovendien kan de civiele of strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders van een vennootschap welke op een overheidsopdracht inschrijft, een impact hebben op het recht van deze vennootschap om toegang te hebben tot deze overheidsopdrachten.

Bovendien kan – eens de overheidsopdracht is gesloten – het gedrag van de bestuurder van een vennootschap eveneens de uitvoering van deze opdracht beïnvloeden.

Voorliggende bijdrage bespreekt enkele aspecten van het overheidsopdrachtenrecht die ofwel de aansprakelijkheid van de bestuurders van inschrijvende

rechtspersonen met zich kunnen meebrengen of die daarentegen voortvloeien uit het foutief gedrag van deze bestuurders.



## **A. La passation et l'exécution des marchés publics : sources de responsabilités**

---

### **1.**

La passation et l'exécution des marchés publics sont désormais réglementées par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

La conclusion de tels contrats implique diverses obligations et interdictions s'imposant aux adjudicateurs ainsi qu'aux soumissionnaires, lesquelles sont déduites des principes généraux de droit de la concurrence européenne : l'égalité, la transparence et la non-discrimination.<sup>1</sup>

La portée de certaines de ces obligations et interdictions ont été étendues par les législateurs belge et européen, non seulement aux personnes morales qui soumissionnent aux marchés publics, mais également à leurs dirigeants, de fait ou de droit.

Les administrateurs de société se voient donc imposer, dans le cadre de la passation des marchés publics, diverses obligations qui peuvent, à défaut de les respecter, engager leur responsabilité et aboutir à diverses sanctions particulières.

Par ailleurs, l'engagement de la responsabilité civile ou pénale des administrateurs d'une société, qui soumissionne à un marché public, peut impacter le droit de cette société à accéder aux marchés publics.

De plus, dès lors que le marché public est conclu, le comportement de l'administrateur de société peut également influencer l'exécution de ce marché.

### **2.**

Dans le cadre de la présente analyse, nous entendons examiner quelques situations particulières du droit des marchés publics qui peuvent soit impliquer la mise en cause de la responsabilité d'administrateurs de sociétés soumissionnaires ou attributaires de marchés publics, ou qui, au contraire, sont suscitées par le comportement fautif de tels administrateurs.

Nous examinerons, tout d'abord, diverses pratiques anticoncurrentielles dont des administrateurs de société ou autres dirigeants de droit ou de fait peuvent se rendre coupables et qui sont prohibées au moment de la préparation d'un marché public (point B). Nous pointerons, ensuite, les conséquences des fautes

---

1 Ces principes sont désormais expressément consacrés à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics : « *Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.* »

commises par des administrateurs de société, sur l'accès aux marchés publics de ces dernières (point C).

Nous étudierons enfin quelques aspects particuliers liés à l'exécution des marchés publics, à savoir la substitution d'une personne physique par une personne morale (point D), le remplacement d'un administrateur à la demande du pouvoir adjudicateur (point E) et la résiliation d'un marché pour condamnation de l'administrateur de société (point F).

## **B. Les pratiques anticoncurrentielles des administrateurs dans le cadre des marchés publics**

---

1° *L'interdiction des conflits d'intérêt entre le délégué du pouvoir adjudicateur et l'administrateur du soumissionnaire*

3.

La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics interdit les conflits d'intérêt, tant pendant la période de passation du marché que pendant son exécution. Conformément à l'article 6 de la loi, il y a conflit d'intérêt lorsqu'un représentant du pouvoir adjudicateur, susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci, « *a directement ou indirectement un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la passation ou de l'exécution* ».

Cette disposition transpose l'article 24 de la Directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, un conflit d'intérêts implique le risque que le pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause et qu'une préférence soit donnée à un soumissionnaire de ce seul fait. Un tel conflit d'intérêts est donc susceptible de constituer une violation de l'article 2 de la directive 2004/18, qui consacre les principes d'égalité et de transparence.<sup>2</sup>

Le Conseil d'état a jugé, dans un arrêt de 2013<sup>3</sup>, que le fait que l'administrateur d'un soumissionnaire ait fondé l'ASBL qui attribuait le marché et en soit encore membre de son assemblée générale, sans être administrateur et sans avoir une main sur la procédure de marché, est insuffisant pour démontrer un conflit d'intérêts tel qu'interdit par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services.

---

2 CJUE, arrêt C-538/13 du 12 mars 2015, eVigilo, 35.

3 CE, arrêt n° 222.400 du 5 février 2013, NV ECOREM.

La Cour de justice a, quant à elle, jugé que le droit européen ne s'oppose pas « en principe à ce que l'illégalité de l'évaluation des offres des soumissionnaires soit constatée par le seul fait que l'attributaire du marché a eu des liens significatifs avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres » et que « le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier ».<sup>4</sup>

#### 4.

Un conflit d'intérêt est notamment<sup>5</sup> présumé par la loi<sup>6</sup>, dès lors que le représentant du pouvoir adjudicateur « exerce, en droit ou en fait, lui-même ou, le cas échéant, par personne interposée, un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle » de la personne morale candidate ou soumissionnaire du marché.

Le conflit d'intérêts sera également présumé lorsqu'il y a parenté, alliance ou cohabitation légale entre le représentant du pouvoir adjudicateur et l'administrateur de la personne morale soumissionnaire, ou de manière plus générale avec tout « autre personne physique qui exerce pour le compte de l'un de ceux-ci un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle ».<sup>7</sup>

L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques a intégré, en son article 51, un autre cas de présomption de conflits d'intérêt, résultant d'une situation de « tourniquet ».

Le mécanisme dit « du tourniquet » est la situation dans laquelle une personne physique qui dans un passé récent, soit comme collaborateur interne (dans un lien de subordination ou non), soit comme collaborateur externe (comme indépendant ou comme membre du personnel d'une entreprise ou d'un autre pouvoir adjudicateur), a travaillé au sein d'un pouvoir adjudicateur et qui ultérieurement, soit comme membre du personnel d'une entreprise ou d'un autre pouvoir adjudicateur (dans un lien de subordination ou non), soit comme indépendant ou via une SPRL-U, intervient dans le cadre d'un marché public passé par le pouvoir adjudicateur, pour lequel elle a travaillé dans le passé.

Cette interdiction est d'application pendant une durée de 2 ans à dater de la fin des activités de la personne concerné pour compte du pouvoir adjudicateur.

Cette interdiction existait déjà dans une Circulaire du Gouvernement fédéral du 5 mai 2014 « Marchés publics. Conflits d'intérêts. Mécanisme du tourniquet (« revolving doors ») », prise en exécution de la loi du 8 mai 2007 portant assentiment à la Convention des Nations unies contre la corruption, faite à New York le 31 octobre 2003.

4 CJUE, arrêt C-538/13 du 12 mars 2015, eVigilo, 35 et 47.

5 Le § 1<sup>er</sup> alinéa 3 de la loi du 17/06/16 précise que le Roi peut désigner d'autres situations comme relevant des conflits d'intérêts.

6 Loi du 17/06/16, art. 6, § 3, 2<sup>o</sup>.

7 Loi du 17/06/16, art. 6, § 3, 1<sup>o</sup>.

La circulaire impose aux pouvoirs adjudicateurs d'éviter de faire appel à une personne se trouvant dans pareille situation de tourniquet dans le cadre d'une procédure de passation ou de l'exécution d'un marché public du pouvoir adjudicateur pour lequel elle a travaillé dans le passé, et ce, durant une période de deux ans après avoir cessé ses précédentes activités. A défaut, il convient soit de s'assurer que la personne concernée a été écartée du suivi du dépôt de l'offre par le soumissionnaire qui l'emploie, soit si cela n'est pas possible il conviendra d'écarter l'offre ou, si le marché public a déjà été conclu, d'appliquer les mesures d'office.

## 5.

Lorsqu'un conflit d'intérêt survient, que ce soit au moment de la passation du marché ou en cours d'exécution de celui-ci, la réglementation des marchés publics impose divers comportements<sup>8</sup> :

- 1° le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique se trouvant dans une situation de conflit d'intérêt doit se récuser et en informer, par écrit et sans délai, le pouvoir adjudicateur ;
- 2° le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique susceptible de se trouver dans une situation de conflit d'intérêt, qui détient plus de 5 % des parts d'une personne morale soumissionnaire, candidate ou participante à un marché public, doit en informer le pouvoir adjudicateur.

## 6.

L'interdiction d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation ou l'exécution d'un marché public, ne s'imposera toutefois pas s'il apparaît, au regard de circonstances exceptionnelles, que cette interdiction « *empêcherait l'adjudicateur de pourvoir à ses besoins* ».<sup>9</sup>

Il doit toutefois être souligné à cet égard deux réserves.

D'une part, une telle situation ne pourra se produire que dans des cas très exceptionnels, lorsque par exemple le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucun autre fonctionnaire auquel la responsabilité de la poursuite du marché peut être confiée.<sup>10</sup> Une telle situation devra être, selon la doctrine<sup>11</sup>, dument motivée.

8 Loi du 17/06/16, art. 6, § 3, alinéa 2, et § 4.

9 Ceci constitue la seule véritable nouveauté apportée par la loi du 17/06/16, par rapport au texte du précédent article 8 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

10 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.24 : « *En effet, il n'est pas exclu qu'il existe des cas exceptionnels dans lesquels il est absolument impossible pour l'adjudicateur de poursuivre la procédure de passation, plus particulièrement, lorsque le fonctionnaire ou l'officier public concerné viendrait à se récuser et qu'après épuisement de tous les moyens internes auxquels il peut être fait appel par l'adjudicateur (par exemple une délégation à un autre fonctionnaire), aucun autre fonctionnaire ou officier public ne serait encore habilité juridiquement à poursuivre la procédure.* »

11 M. VASTMANS et V. DOR, Commentaire article par article de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, Kluwer, 2016, p.63.

D'autre part, « dans ces cas, il sera possible d'appliquer l'article 69, alinéa 1er,5°, selon lequel le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire, lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts par d'autres mesures moins intrusives. »<sup>12</sup>

Le soumissionnaire concerné par le conflit d'intérêt devrait donc se voir appliquer une décision d'exclusion du marché. Toutefois, le pouvoir adjudicateur ne peut décider d'une telle exclusion que dans la mesure où cela est nécessaire pour garantir l'égalité de traitement et que, conformément au principe de proportionnalité, cela n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.<sup>13</sup> Une exclusion systématique du marché n'apparaît pas obligatoire si le maintien du soumissionnaire peut être justifié.<sup>14</sup>

## 7.

Outre les conséquences sur la procédure de marché public, tout conflit d'intérêts peut également entraîner des sanctions pénales.

Ainsi, l'article 245 du Code pénal punit d'emprisonnement et d'amende « toute personne exerçant une fonction publique, qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par actes simulés, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, ou qui, ayant mission d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque ».

Cette disposition vise à maintenir la confiance des citoyens dans le fonctionnement de la fonction publique et à éviter ainsi le risque de prise d'avantage personnel dans le chef des fonctionnaires.<sup>15</sup>

L'article 245 du Code pénal ne s'appliquera toutefois pas si, conformément à son alinéa 2, l'administrateur ne pouvait, en raison des circonstances, favoriser par sa position ses intérêts privés et qu'il a agi ouvertement.

## 8.

L'article 69 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques a introduit également la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'écarter une offre s'il apparaît « que l'opérateur économique a des intérêts conflictuels qui pourraient avoir une incidence négative sur l'exécution du marché ».

Suivant le rapport au Roi, ces intérêts conflictuels ne sont pas à confondre avec la notion de conflit d'intérêt. Il s'agit d'un concept plus large qui vise notamment les situations suivantes : « Les intérêts conflictuels pourraient aussi survenir dans le

12 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.24.

13 CJUE, arrêt C-213/07 du 16 décembre 2008, Michaniki.

14 CE, arrêt n° 173.479 du 12 juillet 2007, NV General Industrial Assistance Catara.

15 K. WAUTERS en B. GHEYSENS, *Overheidsopdrachten*, Mortsels, Intersentia, 2017, 78.

*cadre d'un marché de contrôle d'un chantier, lorsque le pouvoir adjudicateur propose à un architecte d'intervenir en tant que « fonctionnaire dirigeant » dans le cadre d'un marché déterminé, pour lequel cet architecte se porte candidat ou introduit une offre, et interviendrait ainsi comme adjudicataire pour le contrôle du chantier. Il en irait de même dans le cas où cette personne serait apparentée à l'adjudicataire. Il va de soi que l'adjudicataire ne peut pas se contrôler lui-même. Les intérêts conflictuels peuvent également se présenter, par exemple, lorsqu'il est demandé d'évaluer une étude ou une analyse d'impact déjà réalisée. L'adjudicataire de ladite étude/analyse d'impact se trouvera par définition dans une situation d'intérêts conflictuels. »*

2° L'interdiction des ententes entre soumissionnaires

## 9.

Il est par ailleurs interdit aux soumissionnaires (ou candidats et participants à un marché), ainsi qu'à leurs administrateurs, de poser tout acte ou de conclure entre eux toutes conventions ou ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.<sup>16</sup> « Ceci inclut les actes ou accords entre opérateurs économiques, mais également les accords avec un ou plusieurs adjudicateurs, visant à soustraire un contrat à l'application de la loi ou à fausser les conditions normales de la concurrence. »<sup>17</sup>

Cette disposition transpose l'article 18 de la Directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.<sup>18</sup>

Dès lors que le pouvoir adjudicateur constate qu'une telle entente a eu lieu, il est tenu d'écarter les demandes de participation ou offres concernées, pour autant qu'il n'ait pas encore « pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu ». <sup>19</sup>

S'il est établi qu'outre cette entente, le pouvoir adjudicateur a également voulu artificiellement limiter la concurrence pour favoriser ou défavoriser un opérateur, le pouvoir adjudicateur devra renoncer purement et simplement à l'attribution du marché.

Si au contraire, cette entente a été révélée au pouvoir adjudicateur en cours d'exécution du contrat, il doit alors prendre des mesures d'office, qui pourraient notamment<sup>20</sup> être la résiliation du marché ou la conclusion d'un marché pour compte. Ces sanctions sont précisées à l'article 49 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.<sup>21</sup>

16 Loi du 17 juin 2016, article 5.

17 M. VASTMANS et V. DOR, Commentaire article par article de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, Kluwer, 2016, p.59.

18 L'interdiction des ententes était précédemment régie par l'article 9 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

19 Cfr notamment CE, arrêt n° 240.359 du 9 janvier 2018, HULLBRIDGE ASSOCIATED.

20 L'article 5, § 2, 2° et § 3, 2° précisent effectivement que le Roi peut préciser les mesures d'office qui seront applicables à ces situations, ce qui n'a pas encore été réalisé à l'heure de la rédaction des présentes.

21 Pour plus de développements à cet égard, cfr. Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, Larcier, 2013, p.871-872.



De tels comportements peuvent être sanctionnés pénalement en application de l'article 314 du Code pénal qui stipule : « *Les personnes qui, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions, par violences ou par menaces, par dons ou promesses ou par tout autre moyen frauduleux, seront punies d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cent euros à trois mille euros.* »

La Cour de cassation a récemment jugé que cette disposition ne s'applique pas dans les procédures négociées :

*« Les paragraphes 2 et 3 de cet article énoncent les cas où les marchés publics peuvent, respectivement sans règles de publicité lors du lancement de la procédure ou moyennant celles-ci, être traités par une procédure négociée entre l'adjudicateur et plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. Les marchés publics par procédure négociée ne se caractérisent donc pas par les mesures de publicité qui les entourent ou non ou par la concurrence éventuelle entre candidats. Ils se définissent par la négociation des conditions du marché entre l'adjudicateur et un ou plusieurs de ces entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service que cet adjudicateur a préalablement choisis en dehors d'un appel d'offres public préalable qui aurait été adressé à tout candidat potentiel. Dès lors que la concurrence requise par l'article 314 du Code pénal doit jouer entre personnes qui se sont manifestées ensuite d'un appel public, l'infraction d'entrave ou de trouble de la liberté des enchères et des soumissions ne concerne que l'attribution des marchés publics selon les procédures ouvertes ou restreintes. Elle est, par contre, étrangère aux marchés publics conclus par procédure négociée, quelle que soit la concurrence instaurée entre les candidats pressentis par l'adjudicateur, la possibilité de surenchère et les mesures de publicité qui entourent la conclusion du contrat. »<sup>22</sup>*

Cette incrimination pénale pourrait éventuellement être mise à charge de l'administrateur ou du dirigeant de la personne morale soumissionnaire d'un marché public, s'il apparaît que c'est lui qui a soit commis la faute sciemment et volontairement, soit la faute la plus grave, en application de l'article 5 du Code pénal. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que l'article 314 du Code pénal « *ne limite pas le champ d'application de celle-ci aux soumissionnaires. Son application s'étend à quiconque entrave ou trouble la liberté des enchères ou des soumissions d'une des manières énoncées à l'article 314 du Code pénal.* »<sup>23</sup>

## 10.

Lorsque le pouvoir adjudicateur est étranger aux comportements d'ententes entre soumissionnaires, il peut toutefois décider de ne pas imposer de mesures d'office, moyennant décision dûment motivée.<sup>24</sup>

22 Cass. 9 mars 2016, RG P.16.0103.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

23 Cass. 22 mai 2012, RG P.11.1723.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

24 Loi du 17/06/16, art. 5, § 2, 2°.

### 3° La participation d'un soumissionnaire à la préparation d'un marché

#### 11.

La responsabilité d'un soumissionnaire et de ses administrateurs peut également être engagée lorsqu'il a participé à la préparation d'un marché ou donné son avis dans ce cadre et qu'il en tire un avantage anticoncurrentiel.

En tant que tel, la participation à la préparation d'un marché n'est pas interdite : l'article 51 de la loi du 17 juin 2016 en prévoit même le cadre puisque elle autorise les contacts entre un pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques dans le cadre de la prospection du marché. La prospection du marché par le pouvoir adjudicateur est licite en vue de préparer les documents de marché utiles.

Dans certains cas, la participation d'un opérateur à la préparation d'un marché peut être plus large, par exemple, lorsque cet opérateur est chargé, notamment par marché public, d'études préparatoires au lancement du marché.

Suivant cette disposition, « *ce n'est pas tant le fait d'avoir rendu un avis, et donc d'avoir eu un contact avec le pouvoir adjudicateur qui importe, que le fait d'avoir pu, lors de ces échanges, obtenir des informations privilégiées dont les autres opérateurs économiques ne disposent pas* ». <sup>25</sup>

L'article 52 de la loi du 17 juin 2016 impose que le pouvoir adjudicateur prenne, en temps utile, c'est-à-dire à un moment où la participation préalable du candidat ou du soumissionnaire n'a pas encore pu avoir d'incidence sur la concurrence au sein du marché <sup>26</sup>, les mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de participants, candidats ou soumissionnaires qui ont été mêlés à la préparation du marché public.

Ces mesures impliquent notamment de donner aux autres soumissionnaires les mêmes informations utiles que celles obtenues par le soumissionnaire ayant participé à la préparation du marché et à octroyer à chacun le temps nécessaire pour le dépôt de son offre.

Les travaux parlementaires stipulent à cet égard que « *Ce qui doit être considéré comme une information utile diffèrera sans aucun doute d'un marché à l'autre. C'est donc au cas par cas que le pouvoir adjudicateur devra juger de quelle façon elle peut garantir l'égalité des candidats/soumissionnaires de la meilleure façon, le cas échéant en tenant compte de l'information qui doit impérativement être transmise afin de respecter ce principe* ». <sup>27</sup>

25 M. VASTMANS et V. DOR, Commentaire article par article de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, Kluwer, 2016, p.283.

26 M. VASTMANS et V. DOR, Commentaire article par article de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, Kluwer, 2016, p.283-284.

27 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.99.

Cette disposition transpose l'article 41 de la Directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.<sup>28</sup>

## 12.

Dans certains cas, lorsque n'apparaissent pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement, le soumissionnaire concerné pourra être exclu du marché. Ceci est confirmé par l'article 69, alinéa 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup> de la loi du 17 juin 2016.

Avant de prendre une telle décision, le pouvoir adjudicateur devra toutefois interroger le soumissionnaire par écrit et lui permettre, moyennant un délai minimal de 12 jours, « *de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence* ». Le Conseil d'état s'était déjà prononcé en ce sens sous l'ère de la précédente législation.<sup>29</sup>

Cette justification peut être demandée par des moyens électroniques. Le recommandé n'est pas obligatoire.<sup>30</sup>

Les travaux parlementaires rappellent que l'exclusion d'un soumissionnaire ne peut constituer qu'une mesure ultime, s'il ne peut être remédié au problème par d'autres mesures moins intrusives.

*« Il en résulte que le pouvoir adjudicateur devra faire preuve d'une certaine prudence et qu'il devra tenir compte de l'information donnée par l'opérateur économique, même s'il l'a reçue tardivement (après le délai d'au moins douze jours mais avant la prise de décision au niveau de l'exclusion). »<sup>31</sup>*

Si le soumissionnaire concerné ne transmet aucune réponse à la demande de justification, le pouvoir adjudicateur n'a d'autre choix que de l'écarter.<sup>32</sup>

Le pouvoir adjudicateur devra en tout état de cause motiver sa décision de retenir ou non le soumissionnaire concerné.<sup>33</sup>

## 13.

Pour les marchés dont la valeur dépasse les seuils de publicité européenne, il conviendra que le pouvoir adjudicateur conserve les écrits attestant des mesures prises, dans un dossier administratif du marché.<sup>34</sup>

28 Cette matière était précédemment régie par l'article 64 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

29 CE, arrêt n°222.634 du 26 février 2013, SA AEG BELGIUM.

30 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.100.

31 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.100.

32 M. VASTMANS et V. DOR, Commentaire article par article de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, Kluwer, 2016, p.284.

33 CE, arrêt no 224.479 du 19 août 2013, SCRL L'ESCAUT ARCHITECTURES & SARL TAKTYK.

34 Loi du 17/06/16, art. 52, § 1<sup>er</sup>, al.1<sup>er</sup>.

A contrario, pour les marchés publics dont la valeur ne dépasse pas les seuils de publicité européenne, le Roi peut prévoir des dérogations aux règles précisées ci-avant.<sup>35</sup>

#### 4° La corruption passive et active (art. 246 et 247 Code pénal)

### 14.

Parmi les pratiques anticoncurrentielles qui sont pénalement réprimées, figurent la corruption active et la corruption passive.

Celles-ci sont érigées en infractions par les articles 246 et 247 du Code pénal.

La Cour de cassation a notamment été saisie dans les années '90 de poursuites pénales relatives à l'attribution de marchés publics impliquant la corruption active et passive d'autorités wallonnes. Elle a, à cette occasion, précisé ce qui suit :

*« Attendu que la corruption suppose un pacte illicite, arrêté et certain, entre deux parties, la première offrant ou promettant à l'autre un avantage, la seconde, fonctionnaire ou officier public agréant les offres ou acceptant les avantages pour accomplir un acte de sa fonction ; que l'initiative vienne du corrompu lui-même n'y déroge pas ;*

*Attendu que les deux formes de corruption, active ou passive, sont distinctes et indépendantes l'une de l'autre, de sorte que l'acte du corrupteur n'est pas un acte de participation à l'acte de celui qui s'est laissé corrompre ; que, par contre, le corrupteur et le corrompu peuvent avoir des coauteurs ou des complices ;*

*Attendu qu'il ressort des considérations concernant la prévention A.1 que Guy Coëme, dans l'exercice de sa charge de secrétaire d'Etat à la Région wallonne, a agréé les offres de Camille Javeau et de Nicole Vosswinkel de faire payer par l'Inusop des notes d'honoraires de Jeanine Cornet et le prix d'une enquête prélectorale, offres qui l'ont déterminé à accepter de falsifier le prix de la convention IS/C011 du 30 mars 1981 portant sur une étude de l'Environnement en Wallonie ; que Guy Coëme a agréé ces offres pour commettre un acte injuste, l'acte de signer une convention qu'il savait fausse ;*

*Que le fonctionnaire ou l'officier public qui a agréé des offres pour commettre un crime ou un délit se rend coupable de la corruption passive prévue aux articles 247 et 248 du Code pénal ;*

*Attendu qu'il ressort pareillement des considérations concernant la prévention A.6 qu'il est établi que Guy Coëme, dans l'exercice de sa charge de président de l'Exécutif de la Région wallonne a, de la même façon agréé les offres de Camille Javeau de faire supporter par l'Inusop certaines notes d'honoraires de Jeanine Cornet et les compléments de salaires de Nadine Morren, offres qui l'ont déterminé à accepter de falsifier le prix de la convention IN/C140, portant sur une étude « Image de la Région wallonne » ; qu'en signant cette convention qu'il savait fausse, il s'est derechef rendu coupable de l'infraction prévue aux articles 247 et 248 du Code pénal ;*

35 Loi du 17/06/16, art. 52, § 3.

*Attendu que, contrairement à ce que soutient Guy Coëme, l'absence d'indices relevée au profit du ministre Guy Spitaels est sans incidence sur sa propre culpabilité ;*

*Attendu que Camille Javeau, Nicole Vosswinkel et Jean-Louis Mazy sont poursuivis du chef de corruption active ; qu'il ressort des considérations concernant la prévention A.1, que les deux premiers prévenus ont obtenu par offres ou promesses la passation de la convention IS/C011 dont le prix avait été falsifié ; qu'il ressort encore des considérations relatives à la prévention A.6, que le premier prévenu a obtenu, dans les mêmes conditions, avec la participation de Jean-Louis Mazy, la signature de la convention IN/C140 dont le prix avait également été falsifié ; »<sup>36</sup>*

Dans l'affaire AGUSTA, laquelle a également fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation<sup>37</sup>, celle-ci a confirmé que le favoritisme à l'égard d'un soumissionnaire d'un marché public peut constituer l'acte injuste de la corruption de fonctionnaires.

## C. Les fautes commises par les administrateurs et l'accès aux marchés

### 1° L'exclusion obligatoire des marchés dans certains cas de condamnation pénale de l'administrateur

#### 15.

L'article 67 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énumère les causes d'exclusion obligatoires des marchés publics.

Lorsqu'un soumissionnaire a été condamné, par une décision judiciaire ayant force de chose jugée<sup>38</sup>, pour une des infractions particulièrement graves détaillées au § 1<sup>er</sup> de cet article et à l'article 61 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017, il doit obligatoirement – sauf exceptions limitées<sup>39</sup> – être exclu du marché public par l'adjudicateur. L'objectif de cette disposition, laquelle est issue des directives européennes, est d'exclure les soumissionnaires en cas de « *constatation objective de faits ou de comportements propres à l'entrepreneur concerné, de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière à mener à bien les travaux couverts par le marché public auquel il soumissionne* »<sup>40</sup>

36 Cass. (ch. réun.) RG A.94.0002.F, 5 avril 1996 (Coëme / A.S.B.L. INUSOP), [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

37 Cass. (ch. réun.) RG A.94.0001.F, 23 décembre 1998 (Procureur général à la Cour de cassation / Coëme), [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

38 Cette exigence n'est pas requise lorsque la condamnation a trait à du travail au noir de ressortissants illégaux (art. 67, § 1<sup>er</sup>, al.3).

39 Cfr art. 67, § 1<sup>er</sup>, al. 4 (« Par dérogation à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur peut à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général, autoriser une dérogation à l'exclusion obligatoire. ») et § 2, al. 3 (« sauf lorsqu'ils attestent qu'ils ont pris, conformément à l'article 70, les mesures correctrices suffisantes pour démontrer leur fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion applicable. »).

40 CJUE, arrêt du 16 décembre 2008, C-213/07, point 42.

Les alinéas 5 et 6 du § 1<sup>er</sup> de cet article étendent l'interdiction de condamnation pénale grave aux administrateurs et autres organes des personnes morales qui soumissionnent aux marchés publics :

*« L'obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un **membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein**. Au cas où il s'agit d'une infraction visée à l'alinéa 3 et en l'absence du jugement définitif précité, la même obligation d'exclusion est d'application, lorsque la personne concernée est désignée dans une décision administrative ou judiciaire, comme étant une personne dans le chef de laquelle une infraction a été constatée en matière d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, et qui est membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.*

*Par dérogation à l'alinéa 5, les pouvoirs adjudicateurs ne sont toutefois **pas obligés**, pour les marchés dont le **montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne**, de vérifier l'absence de motifs d'exclusion visée au présent article dans le chef des personnes visées à l'alinéa susmentionné. »*

L'absence de condamnation pénale grave doit donc être également vérifiée par l'adjudicateur dans le chef des dirigeants de droit et de fait de la personne morale qui soumissionne.

## 16.

L'extension de la vérification des causes d'exclusion obligatoires aux dirigeants des soumissionnaires ne s'impose toutefois pas nécessairement pour les marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils de publicité européenne.<sup>41</sup> Au cours des travaux parlementaires, il a été précisé que cette dérogation sous les seuils constituait un assouplissement de la mesure, au regard de la charge administrative importante générée.<sup>42</sup>

Toutefois, si la vérification préalable ne s'impose pas, tout pouvoir adjudicateur qui viendrait à être informé de l'existence d'une condamnation visée par l'article 67 dans le chef d'un dirigeant d'un soumissionnaire, devra exclure ce dernier du marché<sup>43</sup>, à moins qu'il ne s'agisse d'un marché public de faible valeur.<sup>44</sup> La vérification peut également être réalisée au moment du choix de l'offre présentée, même en dehors des conditions prescrites pour ce faire par l'article 66 § 2 de la loi du 17 juin 2016.

41 Pour rappel, en l'état actuel, il s'agit de 5.548.000 d'euros pour les travaux ainsi que (135.000 et) 221.000 euros pour les fournitures et services dans les secteurs classiques (Arrêté ministériel du 21 décembre 2017 adaptant les seuils de publicité européens dans plusieurs arrêtés royaux exécutant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité).

42 P. FLAMEY en C. DE KONONCK, *Overheidsopdrachten*, APR 2017, 669-670.

43 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.116.

44 Article 92 de la loi du 17 juin 2006.

**17.**

Si dans les petites structures sociétales, le nombre de dirigeants peut être limité, une telle obligation devrait s'avérer difficile à mettre en œuvre chez les soumissionnaires qui sont composés de plusieurs personnes morales de taille importante, au sein desquelles figurent de nombreuses personnes qui assument les fonctions de « **membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein** ».

En effet, si en application des articles 66 § 2 et 73, les soumissionnaires et les entités auxquelles ils font appel peuvent se limiter à la transmission d'une déclaration sur l'honneur, désormais qualifiée de « Document unique de marché européen » dont l'adjudicateur pourra se contenter dans un premier temps, l'adjudicateur reste tenu de vérifier, chez l'attributaire pressenti du marché, l'absence de ces causes d'exclusion en lui demandant l'ensemble des justificatifs ad hoc.

Il y aura donc une « charge administrative importante »<sup>45</sup> qui est imposée pour la vérification du respect des conditions d'accès tant par la ou des personne(s) morale(s) dont l'offre est pressentie pour l'attribution du marché, que par leurs dirigeants de droit et de fait.

Cette charge administrative étendue pèsera d'ailleurs de facto également sur les soumissionnaires des marchés publics, puisque ces derniers seront contraints, s'ils veulent éviter tout risque de refus d'accès aux marchés publics, de s'assurer que leurs dirigeants n'ont pas été condamnés pour des faits visés à l'article 67 § 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juin 2016.

**18.**

Les administrateurs de société risquent donc, s'ils ont engagé leur responsabilité pénale du chef d'infractions graves, d'empêcher la personne morale dont ils sont les organes d'accéder à des marchés publics, à tout le moins européens, pendant une période de 5 ans.

Il sera toutefois possible pour ces personnes morales, en application de l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, de démontrer à l'adjudicateur qu'elles ont pris des mesures correctrices pertinentes (qualifiées de « self cleaning measures »). Ces mesures doivent être prises d'initiative par les soumissionnaires, dans le cadre du dépôt de leur offre.<sup>46</sup>

Ces mesures pourraient notamment impliquer la révocation des administrateurs condamnés puisque le texte précise qu'« *A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autori-*

45 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.116.

46 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.124.

tés chargées de l'enquête **et pris des mesures concrètes** de nature technique et organisationnelle et **en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction** pénale ou une nouvelle faute. »

Les travaux parlementaires précisent à cet égard qu' « 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. »<sup>47</sup>

Les « self cleaning measures » ne s'appliquent toutefois pas lorsque l'interdiction de participer à des marchés publics a été ordonnée par une décision judiciaire. Dans ce cas, l'interdiction judiciaire prononcée reste en vigueur pendant la durée imposée.<sup>48</sup> Toutefois, les cas dans lesquels la loi prévoit une interdiction d'exercer une activité professionnelle à titre de sanction et qui pourrait être appliquée dans le cadre des marchés publics sont très limités, de sorte que ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'une telle interdiction pourrait être imposée qui empêcherait l'application de « self cleaning measures ».<sup>49</sup>

Une autre possibilité de dérogation est également prévue à l'article 67 § 1<sup>er</sup>, alinéa 4 de la loi, « à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général », lorsque l'attribution d'un marché est indispensable.<sup>50</sup>

## 19.

Dans un arrêt assez ancien<sup>51</sup>, le Conseil d'état a par ailleurs estimé que les poursuites pénales mises à charge de l'administrateur d'un soumissionnaire pour corruption de fonctionnaires et faux en écritures constitue un motif suffisamment grave pour justifier qu'un tel soumissionnaire ne soit pas admis à participer à une adjudication restreinte.

2° L'exclusion facultative des marchés en cas de fautes professionnelles graves de l'administrateur

## 20.

La commission de fautes professionnelles graves ou d'autres comportements y assimilés, par l'administrateur d'une personne morale qui soumissionnaire à un

47 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.124.

48 Art. 70, alinéa 5.

49 P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten*, APR 2017, 632.

50 Projet de loi relative aux marchés publics, Doc. Parl., Chambre, 2015-2016, n°54-1541/001, p.116-117 : « L'autre dérogation à l'exclusion obligatoire, à savoir la non-exclusion en raison d'exigences impératives d'intérêt général, figurait déjà à l'article 20, § 1er, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006. Il s'agit de cas exceptionnels où l'attribution d'un marché est indispensable. Tel pourrait être, par exemple, le cas d'un vaccin ou d'un matériel de secours nécessaire de toute urgence qui ne peut être acheté qu'auprès d'un opérateur économique auquel s'appliquerait autrement un des motifs d'exclusion obligatoires. »

51 C.E., arrêt n° 36.463, 19 février 1991, Entr. et dr. 1991, 112.



marché public, peut également, en vertu de l'article 69 de la loi du 17 juin 2016, aboutir à l'exclusion de ce soumissionnaire.

Selon le dernier alinéa de cette disposition, lequel constitue une nouveauté dans la réglementation, le pouvoir adjudicateur pourra vérifier le respect de ces obligations à l'égard « *des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein* ».

Cette vérification n'est pas obligatoire, sauf si le pouvoir adjudicateur l'a expressément prévu dans les documents de marché.

Dans ce cas, les administrateurs et autres dirigeants de droit ou de fait, des soumissionnaires « personnes morales » devront démontrer :

- ne pas avoir manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail ;
- ne pas être en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, ou dans toute situation ;
- ne pas avoir commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;
- ne pas avoir commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence ;
- ne pas avoir participé à un conflit d'intérêts ou provoqué une distorsion de concurrence auquel il ne peut être remédié par d'autres mesures moins intrusives ;
- ne pas avoir été responsable de défaillances importantes ou persistantes dans le cadre d'un marché public antérieur, ayant mené à un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;
- avoir fourni des informations exactes relativement aux conditions d'accès au marché ou aux exigences de sélection qualitative ;
- avoir tenté d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

## 21.

Cette possibilité d'étendre le respect des conditions d'accès facultatives aux dirigeants des soumissionnaires n'était pas expressément prévue sous l'ère de

la précédente réglementation, à savoir par l'article 61 § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et par l'article 17, § 2, 3° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Un débat doctrinal et jurisprudentiel existait à cet égard sur la possibilité d'étendre les conditions d'exclusions facultatives aux administrateurs et dirigeants des soumissionnaires.<sup>52</sup>

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes avait, dans un arrêt de 2012<sup>53</sup>, considéré que les documents prouvant que le soumissionnaire ne se trouve pas dans une situation d'exclusion ne peuvent porter que sur le soumissionnaire lui-même et pas sur une personne morale distincte, telle que sa société mère.

Le Conseil d'état<sup>54, 55</sup> avait, quant à lui, estimé que le prescrit légal de l'article 17, § 2, 3° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 était suffisamment large pour considérer qu'il n'était pas interdit à un pouvoir adjudicateur de refuser l'accès d'un soumissionnaire à un marché, dès lors que l'un de ses administrateur avait été pénalement condamné, moins de 2 ans auparavant, pour des infractions en matière de transport de déchets. L'arrêt du Conseil d'état était également fondé sur le fait que l'administrateur concerné était le signataire de l'offre et, par ailleurs, que l'infraction concernait des prestations faisant l'objet du marché. Dans cet arrêt, le Conseil d'état a, par ailleurs estimé qu'il n'y avait pas lieu d'interroger le soumissionnaire avant de lui refuser l'accès au marché, dès lors que ce refus ne semble pas une mesure qui, comme le suppose le principe général du droit d'être entendu, implique la privation d'un avantage octroyé antérieurement ou constitue une sanction, mais ne consiste que dans l'absence d'octroi d'un avantage demandé.

Le Conseil d'état a également jugé que les infractions de roulage à répétition d'un gérant d'une société de transport affecte la moralité professionnelle de sa société et permettait de l'exclure d'un marché public, sur base de l'article 61 § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011<sup>56</sup> :

*« Considérant qu'il ressort de l'extrait du casier judiciaire du gérant de la requérante, figurant dans le dossier administratif, qu'entre 2008 et 2010, il a subi trois condamnations de police et trois condamnations correctionnelles, notamment en raison de défauts de contrôle technique et d'assurance de véhicules ainsi que d'excès de vitesse ; que si la requérante soutient que son gérant ne conduit pas les cars assurant le transport scolaire, ce fait n'est pas confirmé par son offre ;*

52 G. ERVYN, Conséquences des infractions environnementales sur l'accès aux marchés publics, in M.-C. FLAMENT et J. VANDEN EYNDE (dir.), Les infractions environnementales, Limal, Anthemis, 2015, pp. 162-164.

53 TPICE, arrêt n°T236/09 du 15 mars 2012, Evropaiki Dynamiki / Commission, 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.

54 Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, Larcier, 2013, p.193.

55 CE, arrêts n° 219.262 du 8 mai 2012 et n° 228.813 du 21 octobre 2014, NV CLG.

56 CE, arrêt n°210.753 du 27 janvier 2011, VOYAGES RAOUL.

*qu'elle n'y a pas mentionné que le marché public serait exécuté par d'autres personnes et n'y a joint qu'un extrait du casier judiciaire concernant son gérant ; que la partie adverse a donc pu valablement considérer qu'il serait l'exécutant du marché public pour lequel la requérante soumissionnait ; qu'en outre, indépendamment de l'identité des personnes conduisant les cars, la partie adverse a pu légalement considérer que les condamnations du gérant de la requérante, en raison de défauts de contrôle technique et d'assurance de véhicules, affectaient sa moralité professionnelle nécessaire à garantir la sécurité des élèves lors des transports scolaires ; qu'une telle appréciation de la partie adverse, fondée sur la nécessité de garantir la sécurité des enfants lors de transports scolaires, n'apparaît manifestement pas disproportionnée ; »*

Une décision similaire a été pris par le Conseil d'état<sup>57</sup> en ce qui concerne la condition posée par l'article 4, § 1er, 4/, a), de la loi du 20 mars 1991 relative à l'agrégation des entrepreneurs, lequel prévoit que, pour obtenir une agrégation, un entrepreneur de travaux ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant force de chose jugée pour un délit affectant par sa nature la moralité professionnelle de l'entrepreneur.

## **D. La substitution du soumissionnaire par une société et la responsabilité solidaire**

---

22.

L'article 72 de la loi relative aux marchés publics confirme un autre mécanisme de responsabilité des administrateurs de personnes morales. Ce mécanisme existait déjà dans la loi du 15 juin 2006, à l'article 20 § 2.

Ainsi, si un administrateur soumissionne personnellement à un marché public et qu'il décide ensuite de faire poursuivre l'exécution de ce contrat par sa société, cette substitution impliquera, en application de l'article 56 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017, la responsabilité solidaire de l'administrateur pour les éventuelles fautes subséquentes commises par la société.

## **E. Le remplacement de l'administrateur en cours de marché**

---

23.

Lorsqu'il apparaît qu'en cours d'exécution du marché public, l'administrateur d'un soumissionnaire compromet la bonne exécution du marché par son incapacité, sa mauvaise volonté ou son inconduite notoire, il peut être écarté du marché à la demande du pouvoir adjudicateur.

---

57 CE, arrêté n°127.038 du 13 janvier 2004, SPRL BAETEMANS.

C'est ce que prévoit l'article 16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Cette disposition peut être rapprochée de l'article 75 § 2 du même arrêté, lequel stipule en marché publics de travaux que :

*« § 2. L'entrepreneur assure lui-même la conduite et la surveillance des travaux ou désigne un délégué à cette fin.  
L'étendue du mandat de ce délégué est spécifiée dans un écrit que l'entrepreneur remet à l'adjudicateur, qui en accuse la réception.  
L'adjudicateur a en tout temps le droit d'exiger le remplacement du délégué. »*

#### 24.

Le soumissionnaire est par ailleurs susceptible de faire l'objet d'un procès-verbal constatant le défaut d'exécution, en cas de faute de son administrateur compromettant l'exécution du marché.

Les fautes de l'administrateur d'un soumissionnaire qui impactent la bonne exécution d'un marché public peuvent donc générer l'imposition des sanctions et mesures d'office, telles que prévues par les articles 44 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.<sup>58</sup>

### **F. La résiliation du marché pour condamnation de l'administrateur**

#### 25.

L'article 62,5° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif à l'exécution des marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur est autorisé à résilier un marché public lorsque le soumissionnaire a été condamné :

*« à une peine privative de liberté d'un mois ou plus, non conditionnelle, pour participation à l'une des infractions énumérées ci-après ou, le cas échéant, à la tentative de ces infractions :*

- a) crimes ou délits contre la sûreté de l'Etat ;*
- b) crimes ou délits contre la foi publique ;*
- c) coalition de fonctionnaires ;*
- d) concussion et détournements commis par des fonctionnaires ;*
- e) corruption de fonctionnaires ;*
- f) entraves apportées à l'exécution des travaux publics ;*
- g) crimes et délits des fournisseurs ;*
- h) crimes et délits contre les propriétés. »*

Dans un arrêt du 8 janvier 2007, la Cour d'appel d'Anvers<sup>59</sup> a notamment jugé qu'une infraction commise par une société anonyme, qui était imputée péna-

58 Pour des développements à cet égard, cfr Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, Larcier, 2013, p.857 et suivantes.

59 NjW 2007, liv. 167, 655, note VANDENDRIESSCHE, F.

lement à la personne qui détenait le pouvoir de fait dans cette société, justifiait que le marché public puisse être résilié au motif de cette condamnation pénale.

La doctrine confirme cette possibilité.<sup>60</sup>

## G. Conclusions

---

### 26.

Il ressort de la présente analyse que lorsque des personnes morales soumissionnent à des marchés publics ou exécutent ces derniers, le comportement de leurs administrateurs et autres dirigeants de droit ou de fait n'est pas sans conséquence.

D'une part, la réglementation des marchés publics contient une série de prescriptions obligatoires qui s'imposent aux soumissionnaires et à leurs dirigeants. Le non-respect de ces obligations génère, outre la responsabilité civile et pénale des administrateurs concernés, des conséquences sur la passation ou l'exécution du marché public.

D'autre part, le fait que la responsabilité de l'administrateur d'un soumissionnaire ait été engagée peut avoir des conséquences néfastes sur l'accès de ce soumissionnaire aux marchés publics ou peut entraver son exécution, si elle est en cours.

L'existence de personnalités juridiques distinctes, dans le chef du soumissionnaire et de son administrateur, ne suffira généralement pas à éviter ces écueils.

Un administrateur prévenu en vaut deux !

---

60 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP*, Kluwer 2017, p.993.

