

Sanction des ententes faussant la concurrence en droit des marchés publics

par

RENAUD SIMAR

Assistant à l'Université Saint-Louis–Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

et

MAXIME VANDERSTRAETEN

Assistant à l'Université libre de Bruxelles
et à l'Université Saint-Louis–Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Section 1.	Introduction.....	10
Section 2.	L'absence de concurrence normale dans les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs belges.....	11
Section 3.	L'absence de concurrence normale dans les marchés publics des institutions européennes.....	45
Conclusion		53

SECTION 1.

INTRODUCTION

1. Le droit belge des marchés publics procède dans une large mesure de la transposition de directives européennes, dont l'un des objectifs est l'ouverture à la concurrence la plus large possible.

Dans la jurisprudence européenne, cette ouverture à la concurrence est envisagée non pas uniquement au regard de l'intérêt communautaire en matière de libre circulation des produits et des services, mais également dans l'intérêt propre du pouvoir adjudicateur impliqué, qui disposera ainsi d'un choix élargi quant à l'offre la plus avantageuse et la mieux adaptée aux besoins de la collectivité publique concernée(1).

2. L'objectif de concurrence se réalise au travers de règles écrites – dans notre droit, la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses arrêtés d'exécution –, et de principes généraux, au premier rang desquels figurent le principe d'égalité et de non-discrimination, le principe de transparence et le principe de proportionnalité(2).

L'ensemble de ces règles implique notamment une obligation *positive*, dans le chef du pouvoir adjudicateur, de conférer une certaine publicité aux marchés publics et de les mettre en concurrence(3). Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'il peut être recouru à des procédures sans publicité, en s'adressant directement à certains opérateurs économiques voire – de manière encore plus dérogatoire au droit commun – à un seul opérateur économique(4).

La présente contribution s'intéressera plutôt aux obligations *négatives* qui pèsent sur les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques

(1) C.J.U.E., 23 décembre 2009, aff. C-305/08, point 37. Dans le même sens : T.U.E., 10 novembre 2017, T-668/15, point 102.

(2) Art. 4 de la loi du 17 juin 2016. Sur ces principes, voy. I. VAN KRUCHTEN et F. VISEUR, « Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés publics », in *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 791-849.

(3) En droit belge, le principe fondamental de concurrence, impliquant le recours de principe à une procédure avec publicité, est d'ordre public (Bruxelles, 28 décembre 2013, *J.T.*, 2014/6, p. 96 ; C.E., 7 avril 2009, n° 192.241, *SPRL Gauthier Coton* ; C.E., 29 janvier 2010, n° 200.246, *SPRL Ghysels*). À propos de la controverse relative au caractère d'ordre public de la réglementation des marchés publics, voy. F. BELLEFLAMME, « L'annulation de la décision d'attribution d'un contrat administratif et ses conséquences civiles », *A.P.T.*, 2011, p. 269 et réf. citées ; M. VANDERSTRAETEN, « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d'attribution des marchés publics », in *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP, 2016, pp. 917-942.

(4) Il s'agit notamment de l'hypothèse où l'opérateur concerné est incontournable en raison d'un monopole de fait ou de droit (voy. les conditions plus précises à l'article 42, § 1^{er}, 1^o, d, de la loi du 17 juin 2016).

de ne pas *fausser* la concurrence « saine et effective » (5). Ces obligations ne seront examinées que sous l'angle des *ententes* faussant la concurrence, à l'exclusion d'autres formes de distorsion découlant par exemple de conflits d'intérêts (6) ou de la participation préalable d'un candidat ou soumissionnaire à la préparation de la procédure de passation (7).

Cette question sera d'abord examinée dans le cadre des marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs belges des secteurs classiques et spéciaux (8) (Section 2) puis, plus succinctement, dans le cadre des contrats des institutions européennes (Section 3).

Cette analyse se conclura en constatant que l'appréciation des conséquences d'une entente en droit belge des marchés publics place tant les opérateurs économiques que les pouvoirs adjudicateurs dans une situation d'incertitude et d'inconfort, à laquelle il pourrait être partiellement remédié en s'inspirant du régime plus complet et centralisé applicable aux marchés publics des institutions européennes.

SECTION 2.

L'ABSENCE DE CONCURRENCE NORMALE DANS LES MARCHÉS PUBLICS DES POUVOIRS ADJUDICATEURS BELGES

3. L'article 5 de la loi du 17 juin 2016 fixe les contours de la matière, et sera donc examiné à titre préliminaire (§ 1).

Il conviendra ensuite de distinguer plusieurs hypothèses en fonction du moment où l'entrave à la concurrence a lieu et où elle est découverte par le pouvoir adjudicateur :

- il se peut tout d'abord qu'un opérateur économique ait violé le droit de la concurrence et souhaite, ultérieurement, participer à un marché public (§ 2) ;
- une seconde hypothèse concerne les entraves à la concurrence qui interviennent *pendant* une procédure de passation, en vue d'en influencer le résultat (§ 3) ;

(5) Cette expression est fréquemment utilisée dans la jurisprudence de la Cour de justice : voy. par ex. C.J.U.E., 11 mai 2017, aff. C-131/16, point 25 ; C.J.U.E., 24 mai 2016, aff. C-396/14, point 38.

(6) Au sens de l'article 6 de la loi du 17 juin 2016. Sur cette question, voy. I. VAN KRUCHTEN et F. VISEUR, « Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés publics », *op. cit.*, pp. 836-846.

(7) Au sens de l'article 52 de la loi du 17 juin 2016.

(8) Le secteur de la défense et de la sécurité, régi par la loi du 13 août 2011 et par l'arrêté royal du 23 janvier 2012, ne sera pas abordé.

- il faut en outre distinguer le cas d'une entrave découverte seulement *en cours d'exécution* d'un marché public (§ 4).

Deux cas particuliers seront enfin examinés : celui des sous-traitants (§ 4) et celui de l'agrégation des entrepreneurs de travaux (§ 5).

§ 1. L'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

4. Conformément à l'article 5 de la loi du 17 juin 2016, les opérateurs économiques ne peuvent poser aucun acte ni conclure aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence(9).

Cette disposition correspond, pour l'essentiel, à l'article 9 de la loi du 15 juin 2006. Elle apporte néanmoins quelques précisions intéressantes, dans la mesure où, d'une part, elle distingue les actes constitutifs d'une limitation artificielle de la concurrence selon qu'ils sont posés par l'adjudicateur ou par les opérateurs économiques et, d'autre part, elle organise les conséquences découlant du non-respect de l'interdiction.

Pour la présente contribution, nous nous intéresserons à l'interdiction faite aux opérateurs économiques. Conformément à l'article 2, 10°, de la loi, l'opérateur économique s'entend de tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, d'ouvrages, des fournitures ou des services sur le marché.

5. En synthèse, lorsque la méconnaissance de l'interdiction de fausser les conditions normales de la concurrence émane d'un opérateur économique, l'article 5 établit une distinction selon le moment où l'adjudicateur se rend compte de l'entrave.

Lorsque l'entrave est détectée avant la conclusion du marché, l'adjudicateur est tenu d'écarter les demandes de participation ou les offres introduites(10). Dans la mesure où une responsabilité peut également être imputée à l'adjudicateur dans la limitation artificielle de la concurrence, la renonciation à l'attribution ou à la conclusion du marché s'impose(11).

(9) Art. 5, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

(10) Art. 5, § 2, 1^o, de la loi du 17 juin 2016.

(11) Art. 5, § 3, 1^o, de la loi du 17 juin 2016.

Lorsque la méconnaissance de l'entrave est détectée après la conclusion du marché, il appartient à l'adjudicateur de mettre en œuvre des mesures d'office, telles que prévues par la réglementation (12).

6. D'emblée, se pose la question de la portée qu'il convient de réserver à l'article 5 de la loi du 17 juin 2016. S'agit-il uniquement de poser un principe, dont la concrétisation est assurée par l'article 69 de la loi (s'agissant des suites à réserver à une entrave à la concurrence intervenue avant la conclusion du marché), et par l'article 48 des règles générales d'exécution (en ce qui concerne les marchés en cours d'exécution) ? Ou bien s'agit-il au contraire d'une règle autonome visant des interdictions et sanctions spécifiques, à distinguer des dispositions précitées ?

La première hypothèse doit, selon nous, être privilégiée. L'article 5 de la loi du 17 juin 2016 ne procède d'aucune disposition spécifique de la directive 2014/24/EU dont elle constituerait la transposition directe. Cet article s'inscrit, au demeurant, dans le chapitre 2 de la loi du 17 juin 2016 consacré aux principes généraux, et ce à l'instar notamment de l'article 7 posant le principe du respect du droit environnemental, social et du travail, qui peut être considéré comme une disposition introductive (13).

§ 2. Hypothèse 1 : un opérateur économique s'est précédemment rendu coupable d'une entrave à la concurrence et souhaite participer à un marché public

7. Le fait pour un opérateur économique d'avoir commis une entrave à la concurrence constitue une cause d'exclusion de sa participation à des marchés publics (a). Si un opérateur économique se trouve dans une telle situation d'exclusion, il doit en principe s'en ouvrir auprès du pouvoir adjudicateur, ce dernier devant apprécier les conséquences à en tirer, notamment au regard des éventuelles mesures correctrices que l'opérateur concerné prétendrait avoir adoptées (b).

(12) Art. 5, § 2, 2°, et § 3, 2°, de la loi du 17 juin 2016.

(13) A. MECHelynck et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *MCP-000*, 2018/1, p. 27.

a) Causes d'exclusion liées aux entraves à la concurrence

i) *La sélection qualitative et les causes d'exclusion – rappels généraux*

8. Les motifs d'exclusion sont intégrés dans la section de la loi du 17 juin 2016 relative au choix des participants et à l'attribution des marchés. Ces motifs d'exclusion s'inscrivent dans le cadre de la sélection, laquelle constitue une étape du processus menant au choix de l'adjudicataire, à distinguer de l'examen de la régularité des offres et de leur comparaison au regard des critères d'attribution.

9. Ces motifs d'exclusion correspondent aux dispositions touchant au droit d'accès de l'ancienne réglementation (14). Sous l'empire de celle-ci, la sélection s'opère sur la base, d'une part, des dispositions relatives au droit d'accès et, d'autre part, des critères de sélection qualitative à proprement parler. Plus particulièrement, sont couvertes par le droit d'accès les hypothèses pour lesquelles un candidat ou un soumissionnaire est exclu en raison de situation personnelle (condamnation pénale, faillite, non-respect des obligations sociales ou fiscales, etc.). La sélection qualitative tend quant à elle à vérifier la capacité des soumissionnaires ou des candidats à réaliser le marché, au regard des critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur et portant sur la capacité professionnelle, économique et financière ou technique.

10. La vérification de l'absence de cause d'exclusion au regard du droit d'accès constitue une étape préalable à la vérification de l'aptitude des opérateurs économiques sur la base des critères de sélection qualitative (15). Les motifs d'exclusion sont, en effet, fondés sur des éléments en principe objectifs ne nécessitant aucune appréciation de la part des pouvoirs adjudicateurs (16), contrairement à la vérification du respect des critères de sélection qualitative et de leur niveau d'exigence minimal.

11. Cette distinction et le principe de ce mécanisme sont conservés dans la réglementation du 17 juin 2016. Il n'est toutefois plus question de « droit d'accès » mais de motifs d'exclusion, obligatoires ou facultatifs.

(14) Voy. art. 58, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que les articles 61 à 66 du même arrêté royal.

(15) Voy. A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1B, 7^e éd., Confédération Construction, 2014, p. 1171, n^o 1 ; voy. aussi A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1A, 7^e éd., Confédération Construction, 2014, p. 270, n^{os} 1 et 2.

(16) Voy. B. GORS et L. VANSNICK, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 268, n^o 47.

12. Les motifs d'exclusion obligatoires sont listés à l'article 67, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016(17). Constituent des motifs d'exclusion obligatoires la participation à une organisation criminelle, les faits de corruption, la fraude, les infractions terroristes ou liées à des activités terroristes, le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme, le travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains, ainsi que l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Pour l'application des motifs d'exclusion obligatoires, une condamnation coulée en force de chose jugée doit avoir été prononcée(18). Il n'est toutefois pas nécessaire que semblable condamnation ait été prononcée pour le motif d'exclusion visant l'occupation des ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Pour ce dernier motif, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée, le pouvoir adjudicateur est tenu d'exclure le candidat ou le soumissionnaire. À cet égard, il suffit qu'une infraction ait été constatée par une décision judiciaire ou administrative, en ce compris au moyen d'une notification écrite conformément à l'article 49/2 du Code pénal social(19).

13. L'article 67, § 1^{er}, dispose également que, pour les marchés supérieurs aux seuils de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à la vérification de la présence de motifs d'exclusion obligatoires dans le chef des membres de l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance du candidat ou du soumissionnaire, ainsi que de toute personne détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au sein de celui-ci.

14. L'exclusion s'applique pour une période de cinq ans à compter de la date de la condamnation (ou de la fin de l'infraction pour la cause d'exclusion découlant de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal).

(17) L'article 67 transpose, pour partie, les articles 57.1, 57.3 et 57.7 de la directive 2014/24/UE. Il reprend les motifs d'exclusion visés antérieurement à l'article 61, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et à l'article 20, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2016, et ce à l'exception des nouvelles causes d'exclusion obligatoires relatives à l'infraction terroriste et au travail des enfants.

(18) Voy. l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1541/001, art. 66.

(19) « Il s'agit d'une notification écrite, rédigée par l'Inspection du travail, de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, adressée aux entrepreneurs, sous-traitants et donneurs d'ordres. » (Exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 – art. 66).

Bien qu'ils fassent l'objet d'une disposition propre⁽²⁰⁾, les motifs d'exclusion relatifs aux dettes fiscales et sociales doivent également être rangés parmi les motifs d'exclusion obligatoires.

15. À côté de ces motifs d'exclusion obligatoires, l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 énumère également une série d'hypothèses *pouvant* (mais ne *devant* pas nécessairement) mener à l'exclusion du candidat ou du soumissionnaire.

16. Ces motifs d'exclusion facultatifs touchent aux manquements aux obligations en droit environnemental, social et du travail, aux hypothèses de faillite, aveu de faillite, liquidation, cessation d'activités, procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, aux cas de fautes professionnelles graves de nature à remettre en cause l'intégrité du candidat, aux actes, conventions ou ententes en vue de fausser la concurrence, au constat d'un conflit d'intérêts, à la participation préalable d'un candidat ou d'un soumissionnaire à la préparation de la procédure d'attribution, à des hypothèses de défaillances importantes ou persistantes, et à la fausse déclaration. Il s'agit d'une énumération limitative.

17. Les motifs d'exclusion facultatifs s'appliquent pour une période de trois ans, soit à compter de la date de l'événement concerné, soit, en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

18. Par ailleurs, à la différence des motifs d'exclusion obligatoires, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou du soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein, et ce sauf disposition contraire dans les documents du marché.

ii) *Examen des causes d'exclusion liées aux entraves à la concurrence et de leur champ d'application*

19. Parmi les causes d'exclusion facultatives énumérées, de manière exhaustive, à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016, certaines sont plus spécifiquement liées aux ententes entre opérateurs économiques, qui faussent la concurrence.

⁽²⁰⁾ Voy. notamment la possibilité de régularisation unique prévue à l'article 68, § 1^{er}, al. 3, de la loi, et les articles 62 et 63 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Dans les limites de la présente contribution, peuvent par exemple être retenues à ce titre les causes d'exclusion suivantes :

- la faute professionnelle grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire, qui serait démontrée par le pouvoir adjudicateur par tout moyen approprié(21) ;
- les actes, conventions ou ententes commises par le candidat ou le soumissionnaire en vue de fausser la concurrence, pour lesquels le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles(22) ;
- les défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'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 une autre sanction comparable(23).

20. Le motif d'exclusion facultatif relatif à la faute professionnelle figurait déjà à l'article 61, § 2, 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il est dorénavant précisé qu'il doit s'agir d'une faute professionnelle grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire. La Cour de justice de l'Union européenne a pu préciser ce qu'il fallait entendre par la notion de faute professionnelle grave. Est ainsi visé tout « 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 discipline prévu dans le cadre de cette profession ou par une décision juridictionnelle ayant autorité de chose jugée »(24). Cette faute grave doit, en outre, être comprise « comme se référant normalement à un comportement de l'opérateur économique en cause qui dénote une intention fautive ou une négligence d'une certaine gravité de sa part »(25).

Il s'agit dès lors d'une notion relativement large, qui ne requiert notamment pas l'existence d'une condamnation pénale, dans la mesure où « la simple inobservation, par un opérateur économique, de ses obligations

(21) Art. 69, al. 1^{er}, 3°, de la loi.

(22) Art. 69, al. 1^{er}, 4°, de la loi.

(23) Art. 69, al. 1^{er}, 7°, de la loi.

(24) C.J.U.E., 13 décembre 2012, aff. C-465/11, point 27.

(25) *Ibid.*, points 30-31.

contractuelles peut, en principe, être considérée comme une faute commise en matière professionnelle » (26).

21. Une importante jurisprudence du Conseil d'État encadre cette notion de faute professionnelle grave (27). Dans certains cas, l'hypothèse d'entente dans le cadre de cette disposition est explicitement visée (28). À notre sens, cette disposition peut donc être mobilisée dans l'hypothèse d'une entente ou de toute entrave conclue entre opérateurs économiques, que celle-ci soit commise antérieurement à la procédure d'attribution en cours (éventuellement dans le cadre d'un marché antérieur) ou dans le cadre de la mise en concurrence en cause. À l'appui de cette considération, il paraît utile de se référer à la notion de délit affectant la moralité professionnelle du candidat ou du soumissionnaire telle que visée à l'article 61, § 2, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Dans ce cadre, il a notamment été écrit que, en l'absence de précision légale, « les délits affectant la moralité professionnelle visent notamment les infractions d'entente illicite, de faux en écriture et usage de faux, de corruption de fonctionnaires ou d'utilisation de la main d'œuvre non déclarée ou en situation illégale » (29).

22. Il appartient au pouvoir adjudicateur de démontrer « par tout moyen approprié » l'existence de la faute professionnelle grave remettant en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire. Ce constat de l'existence d'une faute grave implique « une appréciation concrète et individualisée de l'attitude de l'opérateur économique concerné » (30). Il convient, en outre, que le pouvoir adjudicateur motive sa décision et ce d'autant plus « 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, que pour choisir d'exclure le candidat concerné, en conséquence de cette faute » (31).

(26) B. GORS et L. VANSNICK, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », *op. cit.*, p. 282, n° 68.

(27) C.E., 1^{er} mars 2013, n° 222.704 ; C.E., 26 août 2010, n° 209.967 ; voy. aussi B. GORS et L. VANSNICK, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », *op. cit.*, p. 283, n° 68 et la jurisprudence citée.

(28) C.E., 11 décembre 2008, n° 188.712.

(29) B. GORS et L. VANSNICK, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », *op. cit.*, p. 280, n° 65 ; Voy. aussi A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1B, 7^e éd., 2014, p. 1177, n° 10 ; Voy. aussi Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, P. THIEL et M. VASTMANS, *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 193 ; voy. aussi P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2014*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 285.

(30) A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1B, 7^e éd., 2014, p. 1178, n° 11.

(31) C.E., 1^{er} mars 2017, n° 222.704, S.A. *Coface Services Belgium*.

À notre estime, ceci implique notamment, pour le pouvoir adjudicateur, de tenir compte de toute éventuelle procédure, non encore tranchée de manière définitive, qui aurait été introduite par le soumissionnaire ou le candidat afin de contester une décision judiciaire ou administrative reconnaissant une entente dans son chef (32).

23. Les ententes sont également visées de manière spécifique à l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, de la loi du 17 juin 2016. En vertu de cette disposition, le pouvoir adjudicateur peut exclure un candidat ou un soumissionnaire lorsqu'il « dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2 ».

Il s'agit d'un nouveau motif d'exclusion facultatif introduit par la loi du 17 juin 2016 en vue de transposer la directive 2014/24/UE. Les termes de la loi sont néanmoins rédigés plus largement que l'article 57.4.d de la directive, dans la mesure où cette dernière disposition ne vise que l'hypothèse de la conclusion, par le candidat ou le soumissionnaire, d'accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence, là où l'article 69, en faisant référence à l'article 5, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, vise non seulement les conventions qui faussent les conditions normales de la concurrence, mais également d'autres actes et ententes, même s'ils n'ont pas (encore) abouti à la conclusion de conventions (33).

24. L'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 précise « qu'il faut en effet admettre que l'accomplissement d'actes qui faussent la concurrence constitue une faute professionnelle grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire » (34). Il existe dès lors une identité de cause entre les motifs d'exclusion facultatifs visés à l'article 69, alinéa 1^{er}, 3^o, touchant à la faute professionnelle grave et le motif visé à l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, touchant spécifiquement aux ententes.

25. Le motif d'exclusion relatif aux ententes s'inscrit dans le principe posé à l'article 5 de la loi interdisant et sanctionnant la conclusion, par tout opérateur économique, de conventions ou d'ententes de nature à

(32) À titre illustratif, tel serait particulièrement le cas d'une procédure introduite au fond devant le juge judiciaire contestant le recours aux mesures d'office ou d'un recours devant le Conseil d'État postulant l'annulation d'une décision d'attribution qui aurait écarté l'offre du soumissionnaire pour cause d'entente.

(33) Exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 – art. 69 ; F. VLASSEMBROUCK, I. KAMP et J. DE MEESTER, « La sélection : dernière jurisprudence et législation future », in *Chronique des marchés publics 2016-2017*, Bruxelles, EBP, 2017, p. 671.

(34) Exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 – art. 69.

fausser les conditions normales de la concurrence. Plus généralement, il s'inscrit également dans les principes généraux de transparence, d'égalité et de non-concurrence(35).

26. Toute entente ne peut cependant faire l'objet d'un écartement sur la base de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, de la loi. Cette disposition précise, en effet, que seule une entente *en vue de fausser la concurrence* peut être exclue par le pouvoir adjudicateur.

À cet égard, la Cour de justice a jugé, depuis son arrêt *Assitur*(36), qu'il serait contraire à une application efficace de droit communautaire d'exclure systématiquement les entreprises liées entre elles, sous peine de réduire considérablement la concurrence entre opérateurs économiques(37).

Dans un arrêt prononcé le 8 février 2018, la Cour de justice a confirmé cette jurisprudence. Selon la Cour, « l'exclusion automatique de candidats ou de soumissionnaires qui se trouvent dans un rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires et, partant, pour assurer l'application du principe d'égalité de traitement et le respect de l'obligation de transparence »(38). À cet égard, la Cour précise également que le respect du principe de proportionnalité « exige donc que le pouvoir adjudicateur soit tenu d'examiner et d'apprécier les faits, afin de déterminer si le rapport existant entre deux entités a exercé une influence concrète sur le contenu respectif des offres déposées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique, la constatation d'une telle influence, sous quelque forme que ce soit, étant suffisante pour que lesdites entreprises puissent être exclues de la procédure »(39).

Sur la base de cette jurisprudence, le Conseil d'État a pu considérer que « de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006, précitée, ne découle aucune interdiction absolue pour des entreprises liées de prendre part à une même procédure sans que le pouvoir adjudicateur ne doive vérifier qu'une telle

(35) A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1A, 7^e éd., Confédération Construction, 2014, p. 184, n^o 4 ; voy. aussi I. VAN KRUCHTEN et F. VISEUR, « Les principes généraux de droit administratif en droit des marchés publics », in *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 796, n^{os} 12 à 14.

(36) C.J.U.E., 19 mai 2009, aff. C-538/07, *Assitur*.

(37) A. VANDEBURIE, « Les contrats publics et (le droit de) la concurrence », in *Contrats publics*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2014, p. 180, n^o 27 ; voy. aussi E. VAN NUFFEL, « Les atteintes à la concurrence dans les marchés publics. Le droit de la concurrence est-il soluble dans le droit des marchés publics ? Ou en émulsion ? », *Entr. et dr.*, 2011, p. 225.

(38) C.J.U.E., 8 février 2018, aff. C-144/17, *Lloyd's of London*, point 35.

(39) *Ibid.*, point 38.

relation de dépendance a concrètement influencé leur comportement respectif dans cette procédure et donc pu fausser les conditions de la concurrence » (40).

Dans un arrêt du 17 mai 2018(41), la Cour de justice a précisé qu'il s'agit de vérifier que les entreprises liées ont remis des offres « autonomes et indépendantes ». Le constat que des liens entre les soumissionnaires ont eu une influence sur le contenu de leurs offres présentées dans le cadre d'une même procédure suffit en principe pour les écarter. La démonstration de l'existence d'offres qui ne sont ni autonomes, ni indépendantes peut être soutenue non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants et que les soumissionnaires liés soient en mesure d'apporter la preuve contraire. S'il s'avère que les offres ne sont pas autonomes et indépendantes, le principe d'égalité et de non-discrimination s'oppose à l'attribution du marché aux soumissionnaires ayant soumis une telle offre.

27. À la différence de la cause d'exclusion fondée sur la faute professionnelle grave nécessitant, pour être mise en œuvre, une démonstration concrète, il suffit ici que le pouvoir adjudicateur fasse état *d'éléments suffisamment plausibles* attestant d'une entente. Partant, le pouvoir adjudicateur dispose d'une latitude plus importante pour apprécier la présence du motif d'exclusion facultatif basé sur une entente. Sans que cette appréciation ne puisse, à notre sens, se contenter de pures suppositions ou spéculations, il appartient, dans ce cadre, au pouvoir adjudicateur d'établir, si pas de manière certaine, à tout le moins de façon crédible, une entente entre opérateurs économiques(42).

Dans une affaire récente, le pouvoir adjudicateur a par exemple constaté que deux sociétés appartenant au même groupe industriel, et ayant certains administrateurs en commun, avaient chacune remis une offre pour un marché de travaux (l'une pour le lot 1, l'autre pour le lot 2). Ces deux offres avaient été déposées par l'intermédiaire de la même personne physique, comprenaient le même prix global, les mêmes prix unitaires et les mêmes délais d'exécution, de sorte que l'entente est établie et que celle-ci a faussé la concurrence, dès lors que les entreprises se sont réparti

(40) C.E., 25 novembre 2014, n° 229.325, *N.V. Maes Elektro* ; C.E., 14 juillet 2009, n° 195.257, *N.V. City Advertising Benelux*. Plus récemment, voy. égal. C.E., 9 janvier 2018, n° 240.359, *Hullbridge Associated* et C.E., 9 janvier 2018, n° 240.360, *M&M Sitty*.

(41) Aff. C-531/16, *UAB*.

(42) C.E., 3 juillet 2007, n° 173.078, *S.P.R.L. J.M.S.I.* ; voy. aussi, pour une liste d'indices les plus fréquents d'entente, S. WAUTHIER, « Ententes dans les marchés publics (législation 2016) », *Mercatus*, fiches thématiques.

chacun des deux lots de manière à ne pas se faire concurrence entre elles. Le Conseil d'État a validé la décision d'exclure les deux sociétés(43).

28. Dans d'autres cas, la démonstration d'une entente peut néanmoins s'avérer plus délicate(44). Aussi, le 31 janvier 2017, l'Autorité belge de la Concurrence a publié un guide pratique, destiné aux acheteurs publics, afin de les aider dans la lutte contre le *bid rigging*, soit tous les mécanismes d'entente ou de collusion dans les marchés publics(45).

29. Une difficulté supplémentaire s'agissant de l'exclusion pour cause d'entente tient au calcul de la période de trois ans pendant laquelle ce motif d'exclusion s'applique. L'« événement concerné » à compter duquel court ce délai est-il (i) le moment où la participation au cartel a eu lieu ou a pris fin (approche objective) ou (ii) le moment où les autorités (qu'il s'agisse de celles chargées de l'enquête ou du pouvoir adjudicateur) ont constaté de manière fiable le comportement fautif ou l'ont sanctionné (approche subjective) ?

Cette question est au cœur d'une question préjudicielle actuellement pendante devant la Cour de justice (aff. C-124/17). Dans ses conclusions du 16 mai 2018, l'avocat général opère une analogie avec les motifs d'exclusion obligatoires en vue de considérer que l'existence de comportements restrictifs de la concurrence ne peut être tenue pour établie (compte tenu de la présomption d'innocence) que dans une décision, qu'elle soit judiciaire ou administrative. Dans cette hypothèse, c'est selon lui la date de la décision (par exemple de l'Autorité de la Concurrence) qui servira d'« événement concerné » pour déclencher le calcul des trois années d'exclusion.

30. Enfin, l'exclusion d'un candidat ou d'un soumissionnaire en raison d'une entente pourrait également résulter du constat d'une *défaillance importante ou persistante* dans le cadre d'un marché public antérieur ayant donné lieu à la mise en œuvre de mesures d'office, au paiement de dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable(46). Une exclusion fondée sur ce motif implique dès lors qu'une sanction ait été préalablement adoptée envers le candidat ou le soumissionnaire, en vertu

(43) C.E., 9 janvier 2018, n° 240.359, *Hullbridge Associated* ; C.E., 9 janvier 2018, n° 240.360, *M&M Sitty*.

(44) A. VANDEBURIE, « Les contrats publics et (le droit de) la concurrence », *op. cit.*, p. 180, n° 27 ; voy. aussi C.E., 3 juillet 2007, n° 173.177, *S.P.R.L. J.M.S.I.*

(45) Autorité belge de la Concurrence, « Collusion dans les marchés publics – Guide pour les acheteurs chargés des marchés publics », 31 janvier 2017, www.abc-bma.be ; voy. aussi G. RUE, « Collusion dans les marchés publics : l'autorité belge de la concurrence publie un guide pratique », *Bulletin juridique & social*, 2017, p. 583.

(46) Art. 69, al. 1^{er}, 7^o, de la loi du 17 juin 2016.

notamment de l'article 48 des règles générales d'exécution, qui est étudié plus loin dans la présente contribution, et ce sans préjudice du recours aux mesures d'office classiques au sens de l'article 47 des règles générales d'exécution (soit la résiliation unilatérale du marché, l'exécution en gestion propre ou la conclusion de marché pour compte) ou de l'application de pénalités (47) ou d'amendes pour retard (48).

Incontestablement, l'existence d'une entente dans le chef de l'adjudicataire du marché est de nature à affecter sa bonne exécution et est en toute hypothèse contraire au principe de l'exécution de bonne foi contractuelle. S'agissant de comportements constitutifs de défauts d'exécution au regard de l'article 44 des règles générales d'exécution, l'application de mesures d'office nous paraît justifiée, dès lors que la responsabilité contractuelle de l'adjudicataire est en cause (49).

iii) *Stratégie de contournement de la sanction d'exclusion ?*

31. Confronté au risque récurrent de voir son offre ou sa candidature écartée, un opérateur économique pourrait être tenté d'adopter une stratégie de contournement des causes d'exclusion en créant une nouvelle entité juridique lui permettant à nouveau de soumissionner.

Aucune disposition ne semble exclure cette stratégie *a priori*. Un opérateur peut renaître de ses cendres sous une autre forme juridique, à la suite d'une fusion, scission totale ou partielle ou d'une cession de branche d'activités.

Ainsi, ces hypothèses sont notamment envisagées et encadrées par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux (50). En outre, les soumissionnaires et candidats disposent, en

(47) Art. 45 des règles générales d'exécution.

(48) Art. 46 des règles générales d'exécution.

(49) A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 2, 7^e éd., Confédération Construction, 2016, p. 307, n° 1.

(50) Plus particulièrement, l'article 15 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, autorise le transfert d'une agrégation dans les hypothèses de fusion, de scission ou de transformation d'une entreprise individuelle en une société ou de reprise d'une entreprise individuelle par une autre entreprise individuelle. Bien entendu, ce transfert d'agrégation est conditionné au respect des exigences, respectivement, en matière de fonds propres, de ratio de solvabilité, de chiffre d'affaires, de travaux exécutés et d'effectifs, par la nouvelle société à qui l'agrégation est transférée. Cette disposition procède de l'article 12 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation des entrepreneurs de travaux, confiant au Roi le soin de déterminer « dans quel cas de reprise, de fusion, de division ou de modification de la personnalité juridique, le transfert d'une agrégation accordé à une personne physique ou morale peut avoir lieu ». À cet égard, voy. M.-A. FLAMME, A. DELVAUX *et al.*,

principe, du libre choix du véhicule juridique par lequel ils déposent offre ou candidature(51).

Ce procédé est-il pour autant sans limite ? Selon certains, le pouvoir adjudicateur devrait « également avoir égard aux condamnations qui auraient été prononcées antérieurement contre l'entreprise sous une autre raison sociale » (52). L'arrêt du Conseil d'État mis en avant à l'appui de cette position ne concerne toutefois que l'hypothèse d'une société condamnée précédemment mais qui soumissionnerait sous une autre raison sociale, tout en conservant un numéro d'entreprise identique. Cette hypothèse doit, à notre sens, être distinguée des cas, plus larges, de fusion ou de scission de sociétés.

L'exclusion ne devrait à notre estime concerner que les cas où une nouvelle entité est créée uniquement en vue de contourner une cause d'exclusion et de commettre ainsi un abus de droit (53). Il en va autrement lorsque la filialisation, la scission, la fusion, etc. procède au moins en partie d'autres enjeux économiques ou opérationnels.

32. Désormais, la vérification de l'absence de motifs d'exclusion facultatifs peut être étendue au-delà de la seule personne du candidat ou du soumissionnaire. Cette extension n'a lieu que si une disposition expresse, dans les documents du marché, le prévoit(54). Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra vérifier l'existence d'une entente ou d'une faute professionnelle grave dans le chef des membres d'organes administratifs, de gestion ou de surveillance de la société candidate ou soumissionnaire.

Cette vérification ne devrait guère susciter de problème pour les membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance, dès lors qu'il est possible de les rattacher à un organe bien identifié d'une personne morale. Ceci pourrait par exemple permettre d'exclure une société candidate ou soumissionnaire lorsque son dirigeant a participé à

Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, t. 1B, 6^e éd., Confédération Construction, 1997, pp. 1747 et s.

(51) A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1B, 7^e éd., 2014, pp. 1090-1091, n° 7.

(52) B. GORS et L. VAN SNICK, « La sélection : une étape intégrée en pleine mutation », *op. cit.*, p. 282, n° 67.

(53) Comp., dans le cadre des marchés passés par les institutions européennes : T.U.E., 15 octobre 2013, T-457/10, points 54 à 56 : « Contrairement à ce qu'avance la requérante, il ne peut en être déduit qu'une faute grave en matière professionnelle, commise par la société mère d'une filiale participant à un appel d'offres, doit systématiquement être imputée à ladite filiale. En effet, [...] il convient de constater que l'article 93 du règlement financier ne vise pas les entités économiques, mais les entités juridiques ».

(54) Art. 69, al. 3, de la loi du 17 juin 2016.

une entente dans le cadre d'une autre entreprise (par exemple la société mère ou une société fusionnée ou scindée avec la société candidate ou soumissionnaire).

L'étendue de cette vérification dans le chef des personnes qui détiennent un « pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle » au sein de la société soumissionnaire ou candidate est plus difficile à apprécier⁽⁵⁵⁾. L'on peut notamment se demander si un actionnaire majoritaire ou simplement prépondérant – par exemple la société mère, éventuellement condamnée pour entente – dispose d'un pouvoir de contrôle au sens de cette disposition.

b) Document unique de marché européen (DUME), déclaration implicite sur l'honneur et appréciation par le pouvoir adjudicateur⁽⁵⁶⁾

33. Au-dessus des seuils européens, le pouvoir adjudicateur doit imposer l'utilisation par les candidats ou soumissionnaires du « document unique de marche européen » (DUME). Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire par laquelle celui-ci certifie qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et qu'il répond aux critères de sélection qualitative⁽⁵⁷⁾. Le pouvoir adjudicateur ne vérifiera en principe l'existence de causes d'exclusion que dans le chef de celui à qui il s'apprête à attribuer le marché. La vérification peut cependant avoir lieu plus tôt si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure.

Sous les seuils européens, l'on applique un régime de déclaration *implicite* sur l'honneur : le simple fait d'introduire une demande de participation ou une offre constitue une déclaration sur l'honneur que le candidat ou le soumissionnaire ne se trouve pas dans une situation d'exclusion⁽⁵⁸⁾. Le candidat ou le soumissionnaire qui se trouve dans un cas d'exclusion peut faire valoir des mesures correctrices, auquel cas la déclaration implicite sur l'honneur ne porte pas sur les éléments qui ont trait au motif d'exclusion concerné. La déclaration sur l'honneur est vérifiée dans le chef du soumissionnaire à qui on projette d'attribuer le marché.

⁽⁵⁵⁾ Voy. A. MECHÉLYNCK et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *op. cit.*, p. 31.

⁽⁵⁶⁾ Cette partie est inspirée de A. MECHÉLYNCK et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *op. cit.*, pp. 32-34.

⁽⁵⁷⁾ Art. 73 de la loi du 17 juin 2016.

⁽⁵⁸⁾ Art. 74 de la loi du 17 juin 2016 et art. 39 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

34. En particulier, chaque candidat ou soumissionnaire est par conséquent invité à déclarer sur l'honneur qu'il n'a pas procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence au cours des trois dernières années.

En pratique, un opérateur économique qui s'est rendu coupable d'une infraction au droit de la concurrence pourrait être tenté de passer celle-ci sous silence afin de ne pas attirer l'attention du pouvoir adjudicateur sur une cause d'exclusion qui serait autrement passée inaperçue.

Deux situations peuvent donc être distinguées, selon que l'opérateur privilégie ou non la transparence.

35. Première hypothèse : l'opérateur économique concerné par une infraction au droit de la concurrence fait preuve de transparence et fait état de cette infraction. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur disposera à l'évidence d'éléments « suffisamment plausibles » pour conclure à l'existence d'une infraction au droit de la concurrence de sorte que l'opérateur économique, pour ne pas être exclu, devra faire valoir des mesures correctrices.

L'opérateur économique doit spontanément, dans sa demande de participation ou son offre, indiquer qu'il a pris l'une ou l'autre des mesures suivantes(59) :

- 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 autorités chargées de l'enquête ;
- 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 préparatoires précisent 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 »(60).

(59) Art. 70, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

(60) Projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 124.

En droit de la concurrence, un opérateur économique pourrait notamment faire valoir le fait qu'il a, le cas échéant, dénoncé l'entente auprès de l'Autorité de la Concurrence, qu'il a collaboré activement avec celle-ci, que les dirigeants responsables de l'infraction ne travaillent plus au sein de l'entreprise, que des formations « *compliance* » ont été organisées à l'attention des membres du personnel, etc.

36. Le pouvoir adjudicateur sera appelé à apprécier la pertinence des mesures correctrices mises en œuvre.

Cet exercice n'est pas évident pour un pouvoir adjudicateur qui n'est pas familier du droit de la concurrence. Il emporte par ailleurs un risque de violation du principe d'égalité si un mécanisme correcteur est jugé suffisant par un pouvoir adjudicateur, et insuffisant par un autre (61). Certains auteurs, comme le professeur Arrowsmith, plaident dès lors pour l'instauration d'une autorité centrale qui serait chargée de l'appréciation de la qualité des mesures correctrices (62). En Belgique, cette appréciation pourrait par exemple être confiée à l'Autorité belge de la Concurrence.

37. S'agissant d'un motif d'exclusion facultatif, le pouvoir adjudicateur pourra également motiver les raisons pour lesquelles, au regard de la gravité du manquement et eu égard au principe de proportionnalité, il ne convient pas d'exclure le soumissionnaire (63).

À notre sens, le pouvoir adjudicateur peut utiliser cette marge d'appréciation complémentaire pour, par exemple, considérer que la participation d'un candidat en situation d'exclusion est opportune afin d'assurer une concurrence suffisante sur son marché (64).

38. Au vu de ce qui précède, il apparaît qu'adopter une approche transparente est certes tout à l'honneur de l'opérateur concerné, mais emporte des conséquences incertaines pour celui-ci. Cette approche sera vraisemblablement privilégiée lorsque l'infraction au droit de la concurrence a déjà fait l'objet d'une décision définitive d'une autorité de la concurrence et que cette décision a reçu une certaine publicité, par exemple dans la presse. Dans une telle hypothèse, il serait inutile

(61) S. VAN GARSE et S. DE MARS, « Exclusion and self-cleaning in the 2014 public sector directive », in K. WAUTERS et I. MARIQUE (dir.), *EU Directive 2014/24 on public procurement*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 134.

(62) *Ibid.*, p. 135 et les réf. citées.

(63) C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-358/12, points 29 et s. ; S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 311.

(64) À cet égard, dans certains domaines, des opérateurs économiques pourraient être à ce point incontournables qu'ils seraient « *too big to fail* ».

d'essayer de dissimuler un fait dont le pouvoir adjudicateur risque d'avoir déjà connaissance.

39. *Seconde hypothèse* : l'opérateur économique – sciemment ou non – ne fait pas état d'une violation du droit de la concurrence dont il s'est pourtant rendu coupable.

À cet égard, le fait pour l'opérateur de faire une fausse déclaration ou de cacher des informations – même de manière non intentionnelle (65) –, est en soi un motif d'exclusion facultatif (66).

Cette stratégie est d'autant plus risquée que l'opérateur économique remettra souvent offre en même temps que d'autres participants à l'entente qui, eux, pourraient privilégier l'approche transparente en énumérant dans leur offre tous les participants à l'entente.

40. En l'absence de reconnaissance par l'opérateur économique d'une situation d'exclusion, le pouvoir adjudicateur peut conclure à une violation du droit de la concurrence lorsqu'il dispose à cet égard d'« éléments suffisamment plausibles » (67), ce qui lui laisse une certaine marge d'appréciation (*cf. supra*, n° 27).

La situation la plus probable, à cet égard, est celle d'une entente déjà sanctionnée par une autorité de la concurrence, et qui a fait l'objet d'une décision publiée et connue du pouvoir adjudicateur concerné.

Il est également possible qu'une autorité de la concurrence ait annoncé l'ouverture d'une enquête à l'encontre de tel ou tel opérateur économique, sans néanmoins avoir déjà conclu cette enquête. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur pourrait s'adresser à l'autorité de la concurrence en question pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires (68).

L'expression d'« éléments suffisamment plausibles » semble laisser entendre que le pouvoir adjudicateur pourrait exclure un candidat dès avant une condamnation par l'autorité administrative ou judiciaire compétente. Néanmoins, il paraît *a priori* invraisemblable qu'un pouvoir adjudicateur *préjuge* d'une violation du droit de la concurrence en se substituant aux

(65) C.J.U.E., 4 mai 2017, aff. C-387/14. La Cour note cependant que la négligence de l'opérateur économique doit être d'une certaine gravité, c'est-à-dire être de nature à avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public.

(66) Art. 69, 8°, de la loi du 17 juin 2016.

(67) Art. 69, 4°, de la loi du 17 juin 2016.

(68) L'article 59 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 permet au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il a des doutes sur la situation personnelle de candidats ou de soumissionnaires malgré les informations dont il dispose, de s'adresser aux autorités compétentes belges ou étrangères pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires à ce propos.

acteurs spécialisés qui se prononceront quant à eux sur la culpabilité au regard d'un dossier complet et en tenant compte des arguments de l'intéressé.

Une alternative reviendrait à établir une procédure légale d'appréciation *préliminaire* des infractions au droit de la concurrence. Cette procédure devrait notamment organiser les modalités d'exercice des droits de la défense par l'opérateur économique concerné, ainsi que les modalités de réparation du préjudice de ce dernier dans l'hypothèse où l'opérateur exclu à titre préliminaire serait, *in fine*, blanchi par l'autorité administrative ou judiciaire compétente. Nous verrons *infra* qu'une telle procédure existe en droit des marchés publics des institutions européennes (3).

41. Si le pouvoir adjudicateur décide d'exclure le candidat ou soumissionnaire concerné par une cause d'exclusion, ce soumissionnaire disposera d'un droit de recours devant l'instance compétente (le Conseil d'État ou le juge judiciaire, en fonction de la qualité d'autorité administrative ou non du pouvoir adjudicateur)(69).

Le juge saisi sera donc appelé à apprécier – le plus souvent en référé – si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les mesures correctrices vantées par l'opérateur économique étaient insuffisantes et que son exclusion est conforme au principe de proportionnalité.

Inversement, si les mesures correctrices sont jugées suffisantes, le pouvoir adjudicateur devra s'en justifier dans la décision motivée de sélection ou d'attribution, de sorte que les autres candidats ou soumissionnaires en prendront en principe connaissance et pourront également saisir le juge compétent. Le pouvoir adjudicateur pourrait néanmoins être conduit à omettre certains renseignements jugés confidentiels(70).

Si les mesures correctrices sont considérées comme suffisantes par un pouvoir adjudicateur, cette décision n'engage pas d'autres pouvoirs adjudicateurs, qui devront donc se livrer au même exercice à l'occasion de chaque marché(71).

(69) Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

(70) Art. 10, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

(71) Projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1541/001, pp. 124-125.

§ 3. Hypothèse 2 : l'entrave a lieu dans le cadre de la remise d'offres pour un marché public

42. Pratiquement, les ententes entre opérateurs économiques à l'occasion de la remise d'offres peuvent se manifester sous diverses formes. Nous retiendrons notamment, sans que cette liste puisse être exhaustive, *l'offre de couverture* ou *de complaisance*, visant à donner l'apparence d'une véritable concurrence, *la suppression d'offres* ou *la rotation des offres* (les opérateurs économiques conviennent de remporter à tour de rôle les marchés) et *la répartition des marchés*, notamment par zone géographique. Il s'agit, en résumé, de « tous procédés mettant en péril l'indépendance des offres, la fixation autonome des prix en fonction des coûts de production propres à chaque soumissionnaire » (72). Ces mécanismes impliquent, en outre, un accord préalable entre les opérateurs économiques concernés, en vue de la mise en œuvre de l'entente.

43. Certaines situations ou structures de commande sont de nature à favoriser la conclusion d'ententes entre opérateurs économiques. L'on peut notamment citer les exemples suivants :

- les procédures de remise en concurrence en vue de l'attribution de contrats relevant d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques (73). Dans ce cas, des comportements anti-concurrentiels peuvent, en effet, être favorisés, d'une part, par le caractère fermé de l'accord-cadre – de sorte que les participants à l'accord-cadre se connaissent – et, d'autre part, par l'estimation de la valeur totale de l'accord-cadre que les adjudicataires seraient tentés de se partager. Ce risque peut être réduit, voire prévenu, en réservant, dans les documents du marché, la faculté de *panachage* désormais accordée aux pouvoirs adjudicateurs (74) : dans ce cas, en fonction des circonstances objectives à décrire dans les documents du marché, un contrat peut être attribué soit à l'issue d'une remise en concurrence, soit sans remise en concurrence ;

(72) Voy. A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1A, 7^e éd., Confédération Construction, 2014, p. 204, n° 20 ; Voy. aussi S. WAUTHIER, « Ententes dans les marchés publics (législation 2016) », *Mercatus*, fiches thématiques.

(73) Art. 45, § 5, 3°, de la loi du 17 juin 2016.

(74) Art. 45, § 5, 2°, de la loi du 17 juin 2016.

- l'allotissement – notamment géographique – est également de nature à favoriser un partage préalable du marché entre opérateurs économiques⁽⁷⁵⁾ ;
- la fixation d'une visite des lieux obligatoire commune à l'ensemble des candidats ou des soumissionnaires permet également aux opérateurs économiques de s'entendre avant de remettre offre. Si une visite des lieux est véritablement nécessaire, il est recommandé de l'organiser sur rendez-vous pour chacun des candidats ou soumissionnaires.

44. Ces accords, mécanismes et comportements sont sanctionnés dans le cadre de la réglementation des marchés publics.

Ainsi, l'offre ou la candidature déposée par un opérateur économique, constitutive d'une entrave ou d'une entente faussant la concurrence, pourra se voir écartée sur la base de l'un des motifs d'exclusion facultatifs énumérés à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016, et ce également en vertu des principes posés par l'article 5 de cette même loi (*cf. supra*).

En outre, une entente conclue entre opérateurs économiques au bénéfice d'un soumissionnaire et de nature à lui donner un avantage discriminatoire ou à entraîner une distorsion de concurrence serait affectée d'une irrégularité substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017⁽⁷⁶⁾.

Dans ce cas – et contrairement à l'application du motif d'exclusion facultatif de l'article 69 de la loi –, le pouvoir adjudicateur *doit* déclarer l'offre nulle. Le candidat ou soumissionnaire concerné ne dispose pas de la faculté de faire valoir des mesures correctrices.

Cette absence de marge d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur est conforme à la jurisprudence européenne, selon laquelle des offres concertées doivent être écartées, en application du principe d'égalité et de non-discrimination⁽⁷⁷⁾. Cette interprétation est également conforme à la lettre de l'article 5, § 2, de la loi du 17 juin 2016, qui prévoit « l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'un tel acte, convention ou entente » (sans marge de manœuvre pour le pouvoir adjudicateur).

(75) C.E., 9 janvier 2018, n° 240.359, *Hullbridge Associated* et C.E., 9 janvier 2018, n° 240.360, *M&M Sitty*.

(76) Art. 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(77) C.J.U.E., 17 mai 2018, aff. C-531/16, *UAB*.

45. Enfin, le législateur a entendu punir pénalement divers comportements revenant à fausser l'égalité entre soumissionnaires(78). Sont notamment sanctionnés le délit d'ingérence(79), la corruption publique(80) ou encore le trafic d'influence(81).

Parmi ces comportements annihilant l'égalité entre soumissionnaires, mention doit être faite du délit d'entente. L'article 314 du Code pénal, qui incrimine notamment l'entente, dispose que « 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 ».

L'objectif poursuivi par le législateur est de s'assurer que les marchés soient passés à leur juste prix, en respectant les principes de concurrence, de transparence et d'égalité, traits saillants de la législation en matière de marchés publics(82).

Les champs d'application *ratione personae* et *ratione materiae* ne peuvent être entendus de manière restrictive, dès lors que le législateur s'exprime en des termes généraux tels que « les personnes »(83) et « tout autre moyen frauduleux »(84).

Le délit d'entrave est une infraction de résultat, à savoir « une infraction caractérisée par la réalisation d'un résultat déterminé prohibé par la loi »(85). En tant que telle, la tentative d'entente n'est pas sanctionnée, à moins de constituer en elle-même une infraction autonome(86).

(78) Pour une étude approfondie de ces diverses sanctions pénales, voy. B. DE COCQUÉAU, « Influencer ou fausser les marchés publics, un risque pénal sous-estimé ? », *Jurimpratique*, 2010/1, pp. 33 à 73.

(79) Aussi appelé « prise illégale d'intérêt » et visé par l'article 245 C. pén.

(80) Art. 246 et 247 C. pén.

(81) Art. 247, § 4, C. pén.

(82) A. MASSET, « 7 - Le droit pénal des marchés publics », in *Le droit des marchés publics. À l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 393.

(83) F. KUTY, « Le délit d'entrave ou de trouble à la liberté des enchères et des soumissions (art. 314 C. pén.) », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 884 et 885.

(84) Pour une liste des moyens frauduleux, voy. Fr. KUTY, « Le délit d'entrave ou de trouble à la liberté des enchères et des soumissions (art. 314 C. pén.) », *op. cit.*, pp. 893 à 895.

(85) Fr. KUTY, « Le délit d'entrave ou de trouble à la liberté des enchères et des soumissions (art. 314 C. pén.) », *op. cit.*, p. 881.

(86) A. MASSET, « 7 - Le droit pénal des marchés publics », *op. cit.*, p. 394.

L'importance de ces dispositions pénales ne doit pas être sous-estimée. En effet, une condamnation pénale sur pied de l'un des articles précités est de nature à nourrir la démonstration suivant laquelle le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité⁽⁸⁷⁾.

§ 4. Hypothèse 3 : une entrave à la concurrence est découverte en cours d'exécution du marché

46. L'article 49 des règles générales d'exécution énumère les sanctions qui peuvent être imposées par un pouvoir adjudicateur en cours de contrat lorsqu'il apparaît que l'adjudicataire s'est rendu coupable d'une entente.

Le pouvoir adjudicateur peut ainsi appliquer une mesure d'office (a) et exclure l'entreprise concernée de ses marchés pour une durée de trois ans (b). Il peut également proposer une sanction en application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux (c).

Dans tous les cas, l'adjudicataire doit préalablement être entendu en ses moyens de défense (d) et la mesure prise par le pouvoir adjudicateur doit être communiquée à l'Autorité belge de la Concurrence (e).

Enfin, la résiliation « sans faute » de l'article 62 des règles générales d'exécution sera examinée (f).

a) Mesures d'office

47. Les mesures d'office sont les sanctions qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer en cas de défaut d'exécution du marché.

Ces mesures sont⁽⁸⁸⁾ :

- la résiliation unilatérale du marché. Néanmoins, par dérogation au droit commun, en cas de résiliation unilatérale fondée sur une violation par l'adjudicataire de l'article 5, alinéa 2, de la loi, le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la totalité du cautionnement à titre de dommages et intérêts, de manière à éviter une réparation excessive du dommage subi par le pouvoir adjudicateur, en contravention avec les articles 3 et 4 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions

⁽⁸⁷⁾ Art. 69, 3^e, de la loi du 17 juin 2016.

⁽⁸⁸⁾ Art. 47, § 2, des règles générales d'exécution.

en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne⁽⁸⁹⁾ ;

- l'exécution « en gestion propre » (auparavant appelée « en régie ») de tout ou partie du marché par le pouvoir adjudicateur ;
- la conclusion d'un ou de plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers pour tout ou partie du marché restant à exécuter.

48. Conformément au principe de proportionnalité, l'application d'une mesure d'office ne doit être retenue qu'en cas de manquement suffisamment grave de l'adjudicataire à ses obligations⁽⁹⁰⁾.

S'agissant des ententes, il nous semble que le pouvoir adjudicateur devrait réserver une telle sanction aux cas où l'infraction au droit de la concurrence est particulièrement sérieuse et présente un lien suffisamment établi avec le contrat concerné, emportant une perte de confiance et une impossibilité, en pratique, de poursuivre la relation contractuelle.

En outre, bien qu'un droit pour l'adjudicataire de se prévaloir de mesures correctrices ne soit pas expressément prévu – contrairement aux hypothèses d'exclusion pour trois ans et de résiliation « sans faute » (*cf. infra*) –, les principes de proportionnalité et d'égalité plaident à notre avis en faveur de l'aménagement d'un tel droit.

Enfin, l'adoption de mesures d'office sera sans intérêt lorsque le marché affecté de l'entente a déjà été entièrement exécuté, ce qui sera souvent le cas vu les délais d'instruction de telles infractions au droit de la concurrence.

49. Les anciennes règles générales d'exécution prévoyaient une mesure consistant en une pénalité égale à trois fois le montant dont le prix du marché a été grevé pour procurer à des tiers un gain ou un avantage quelconque.

Cette mesure a été abandonnée en raison de son incompatibilité avec la directive 2014/104/UE précitée : une pénalité égale à trois fois le préjudice subi constitue en effet, par nature, une réparation excessive⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68337.

⁽⁹⁰⁾ L. MONTILLIER et A. VANDEBURIE, « Marchés publics et droit social : intersections et influences », *R.D.S.*, 2014, p. 514.

⁽⁹¹⁾ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68336.

En outre, la jurisprudence a conclu que cette pénalité s'apparente à une sanction pénale qui, en vertu du principe *non bis in idem*, ne peut être imposée à l'égard d'une entreprise qui a déjà été condamnée pour des faits identiques – par exemple par une autorité de la concurrence (92).

b) Exclusion pour une durée de trois ans

50. Le pouvoir adjudicateur peut également exclure l'adjudicataire de la participation à ses marchés pour une période de trois ans. L'article 48 des règles générales d'exécution permet en effet une telle exclusion lorsque l'adjudicataire a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ou qu'il s'est rendu coupable d'une entente faussant la concurrence.

L'intéressé peut se prévaloir de mesures correctrices (93).

51. Le pouvoir adjudicateur devrait être attentif au respect du principe d'égalité dans l'application de cette sanction d'exclusion. S'il décide d'exclure un opérateur économique, il devrait sans doute (94) appliquer cette sanction de manière égale pour tous les participants à l'entente. Dans certains cas, ceci pourrait avoir pour effet de priver le pouvoir adjudicateur d'une grande partie, voire de la totalité des opérateurs actifs sur un marché considéré.

52. L'exclusion vaut pour trois ans, ce délai devant être calculé selon l'article 69, alinéa 2, de la loi (95), c'est-à-dire « à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction ».

S'agissant de l'entente, la controverse exposée ci-dessus quant au départ du délai (*supra*, n° 29) vaut également pour l'exclusion pour trois ans en vertu des règles générales d'exécution.

53. Sous l'empire des anciennes règles générales d'exécution, il appartenait au pouvoir adjudicateur de fixer la période d'exclusion. L'exclusion

(92) Comm. Bruxelles nl., Bruxelles, 24 avril 2015, *R.C.B.*, 2015/3, p. 212. Cette décision concerne une action en dommages et intérêts introduite par l'État belge et la Région flamande à l'encontre des membres du cartel dit des « ascensoristes ». Cette décision est frappée d'appel.

(93) Art. 48, al. 1^{er}, des règles générales d'exécution. La problématique de droit transitoire exposée ci-dessous au point 61 à l'égard de l'article 62 des règles générales d'exécution se pose également en ce qui concerne l'article 48.

(94) La réserve est justifiée par le principe « pas d'égalité dans l'illégalité » selon lequel un justiciable faisant l'objet d'une sanction ne peut, pour y échapper, invoquer une discrimination par rapport aux autres justiciables qui ont commis la même infraction sans être sanctionnés.

(95) Art. 48, al. 4, des règles générales d'exécution.

pour une durée fixe de trois ans tend désormais à s'inscrire dans le fil de la durée d'exclusion applicable aux motifs d'exclusion facultatifs au sens de l'article 69, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016⁽⁹⁶⁾.

Dès lors que le délai d'exclusion se confond avec celui qui est de toute façon applicable en vertu de l'article 69 de la loi, la décision prise sur la base de l'article 48 des règles générales d'exécution a seulement pour conséquence de rendre *obligatoire* – pour les marchés publics du pouvoir adjudicateur concerné – l'exclusion de l'opérateur économique ainsi « *blacklisté* ». En l'absence de décision fondée sur l'article 48 des règles générales d'exécution, rien n'empêche un pouvoir adjudicateur d'exercer ou non, marché par marché, la faculté d'exclusion offerte par l'article 69 de la loi.

54. L'exclusion pour trois ans vaut uniquement pour les marchés publics du pouvoir adjudicateur qui prononce cette sanction. Néanmoins, comme rappelé ci-dessus (n° 30), l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 prévoit une cause d'exclusion facultative lorsqu'un candidat ou soumissionnaire a gravement manqué à ses obligations dans le cadre d'un marché antérieur, si cette défaillance a fait l'objet de mesures d'office, de dommages et intérêts ou d'une « autre sanction comparable ». L'exclusion pour trois ans constitue une telle « sanction comparable »⁽⁹⁷⁾.

Si l'exclusion par un pouvoir adjudicateur (pour trois ans) peut donc théoriquement faire « boule de neige », c'est évidemment à condition que la sanction prononcée soit connue des autres pouvoirs adjudicateurs. Or, à ce jour, il n'existe à notre connaissance aucun portail national ou régional sur lequel ces décisions seraient répertoriées et accessibles.

En toute hypothèse, s'agissant précisément des ententes, l'on ne perçoit pas la plus-value de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 par rapport au motif d'exclusion plus général de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4° (« éléments suffisamment plausibles » pour conclure à une entente faussant la concurrence), si ce n'est en termes probatoires : le simple fait qu'un autre pouvoir adjudicateur ait décelé une entente constitue en soi de tels éléments suffisamment plausibles.

(96) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier établissant les règles générales d'exécution, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68336.

(97) Art. 48, al. 5, des règles générales d'exécution. Le fait qu'une défaillance ait été constatée par un procès-verbal établi par un pouvoir adjudicateur ne suffit pas : il faut qu'une sanction ait effectivement été appliquée (projet de loi relatif aux marchés publics, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 122).

55. L'exclusion pour trois ans s'applique sans préjudice des sanctions visées par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux(98).

c) Proposition de sanction fondée sur la loi du 20 mars 1991 sur l'agrégation d'entrepreneurs de travaux

56. Il est renvoyé au point 70 *infra*.

d) Moyens de défense de l'adjudicataire

57. Quelle que soit la sanction envisagée, le pouvoir adjudicateur devra établir un procès-verbal de manquement dont une copie sera transmise immédiatement à l'adjudicataire. Ce dernier peut faire valoir ses moyens de défense auprès du pouvoir adjudicateur au plus tard dans les quinze jours suivant la date de l'envoi du procès-verbal (99).

Dans ses observations, l'adjudicataire pourra notamment faire valoir des mesures correctrices et d'autres circonstances de nature à convaincre le pouvoir adjudicateur qu'une sanction n'est pas souhaitable, voire enfreindrait le principe de proportionnalité.

e) Information de l'Autorité belge de la Concurrence

58. Lorsque le pouvoir adjudicateur prend une mesure fondée sur l'article 49 des règles générales d'exécution (à savoir une mesure d'office, une proposition de sanction en matière d'agrégation ou une décision d'exclusion pour trois ans), il en informe sans tarder l'auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence(100).

La communication mentionne une description du marché concerné, une copie des pièces principales et une référence à l'article 49.

L'auditeur général peut par ailleurs aussi être informé en cas de simple soupçon, avant donc l'éventuelle adoption d'une sanction (101).

(98) Art. 48, al. 5, des règles générales d'exécution.

(99) Art. 49*juncto* et art. 44, § 2, des règles générales d'exécution.

(100) Art. 49, al. 2, des règles générales d'exécution.

(101) Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68337.

f) Résiliation du contrat « sans faute »

59. L'article 62, alinéa 1^{er}, 1^o, des règles générales d'exécution autorise le pouvoir adjudicateur à résilier un contrat lorsque l'adjudicataire se trouve dans une situation d'exclusion.

L'on vise ici deux cas :

- d'une part, l'hypothèse où un opérateur économique ne se trouvait pas en situation d'exclusion au moment de la passation du marché, mais se retrouve dans une telle situation après la conclusion du contrat. Cette hypothèse pourrait notamment s'appliquer au motif d'exclusion lié aux entraves à la concurrence ;
- d'autre part, l'hypothèse où un opérateur économique se trouvait en situation d'exclusion *obligatoire* au moment de la passation du marché et aurait donc dû être exclu à ce stade(102). Le motif d'exclusion relatif aux ententes faussant la concurrence présente un caractère facultatif. L'on en déduit qu'un pouvoir adjudicateur qui n'aurait pas pu constater une infraction au droit de la concurrence lors de la procédure de passation – par exemple parce que l'opérateur économique concerné n'aurait pas divulgué cette information – n'aurait plus la possibilité, s'il découvrait cet élément ultérieurement, de se prévaloir de l'article 62 des règles générales d'exécution en vue de résilier le contrat(103). L'on peut se demander si cette limitation ne constitue pas un incitant, dans le chef de l'opérateur économique, à ne pas faire preuve de transparence lors de la passation du marché (*cf. supra*, n° 38).

60. Dans les deux cas, l'adjudicataire peut faire obstacle à la résiliation en se prévalant de mesures correctrices. Ces mesures correctrices peuvent même, le cas échéant, être prises endéans le délai de quinze jours dont l'adjudicataire dispose afin de faire valoir ses moyens de défense(104).

(102) Art. 62, al. 2, des règles générales d'exécution.

(103) Certes, la faculté de résiliation de l'article 62 des règles générales d'exécution existe cependant « sans préjudice de l'application d'une mesure d'office ». De telles mesures, visées à l'article 47 des règles générales d'exécution, ne sont néanmoins disponibles que lorsque l'adjudicataire est en « défaut d'exécution du marché », c'est-à-dire, essentiellement, lorsque les prestations ne sont pas exécutées dans les conditions définies par les documents du marché ou que l'adjudicataire ne suit pas les ordres valablement donnés par le pouvoir adjudicateur. *A priori*, l'on ne voit pas en quoi une violation du droit de la concurrence antérieure à la passation du marché pourrait constituer un tel défaut d'exécution, sauf pour le pouvoir adjudicateur à l'avoir expressément précisé dans son cahier des charges.

(104) Art. 62, al. 2, des règles générales d'exécution.

61. Une disposition similaire à l'article 62 existait déjà sous l'ancienne version des règles générales d'exécution, avant leur amendement par l'arrêté royal du 22 juin 2017 (105). Cette disposition ne prévoyait cependant pas de droit, pour l'adjudicataire, de faire valoir des mesures correctrices (le mécanisme des mesures correctrices n'ayant été mis en place qu'à la faveur de la réforme issue de la loi du 17 juin 2016).

La question se pose de savoir si l'adjudicataire d'un marché passé sous l'empire de l'ancienne loi et des anciennes règles générales d'exécution, qui se trouverait dans une situation d'exclusion après l'entrée en vigueur, le 30 juin 2017, des nouvelles règles générales d'exécution, pourrait se prévaloir de mesures correctrices en vue d'éviter la résiliation du contrat.

La réponse à cette question semble *a priori* négative. Sauf exceptions (106), les nouvelles règles générales d'exécution – et donc la nouvelle possibilité d'invoquer des mesures correctrices – ne s'appliquent en effet qu'aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir du 30 juin 2017 ainsi qu'aux marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre a été lancée à partir de cette date (107). En outre, la directive 2014/24/UE n'envisage pas l'hypothèse d'une résiliation liée à un motif d'exclusion facultatif (108), de sorte que l'effet direct de cette directive à partir du 18 avril 2016 n'est d'aucun secours à l'adjudicataire.

Il n'en demeure pas moins que la résiliation du contrat n'est qu'une faculté, dont l'exercice est subordonné au respect du principe de proportionnalité. Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur devrait à notre avis tenir compte des mesures correctrices vantées par l'adjudicataire, même si le contrat est encore soumis à l'ancienne version des règles générales d'exécution.

(105) Arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68311.

(106) Art. 161 et 161/1 des règles générales d'exécution, tels qu'insérés par l'arrêté royal du 15 avril 2018 modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, *M.B.*, 15 avril 2018, p. 34172.

(107) Voy. le commentaire des art. 13 et 14 dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 avril 2018.

(108) L'art. 73 de la directive se contente d'imposer aux États membres de prévoir une possibilité de résiliation lorsque le contractant se trouvait, lors de l'attribution du marché, dans une situation d'exclusion obligatoire.

62. La faculté de résiliation de l'article 62 est « sans préjudice de l'application d'une mesure d'office », et donc de la résiliation fondée sur l'article 47 des règles générales d'exécution.

Il semble que la résiliation de l'article 62 soit conçue comme une résiliation « sans faute », en ce sens que le pouvoir adjudicateur n'a pas à établir de lien entre la cause de résiliation et l'exécution du contrat concerné : l'article 62 présume que les situations qu'il énumère, et en particulier le fait d'être dans une situation d'exclusion, empêchent la poursuite de l'exécution du marché, sauf pour l'adjudicataire à démontrer sa fiabilité au moyen de mesures correctrices.

§ 5. Les sous-traitants

63. Les modifications réglementaires intervenues en 2017⁽¹⁰⁹⁾ visent notamment à accroître la transparence dans la chaîne de sous-traitance. Ainsi, le nouvel article 12/1 des règles générales d'exécution contraint l'adjudicataire à communiquer au pouvoir adjudicateur des informations relatives aux sous-traitants, dans les secteurs sensibles à la fraude. Dans les autres secteurs, le pouvoir adjudicateur peut, d'initiative, demander ces informations.

64. L'article 12/2 des règles générales d'exécution permet au pouvoir adjudicateur de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Cette vérification est même obligatoire dans le cas d'un marché dans un secteur sensible à la fraude dont la valeur estimée excède les seuils européens.

Cette vérification, obligatoire ou facultative, est une nouveauté issue de la transposition de l'article 71.6.b) de la directive 2014/24/UE.

En conséquence, les développements consacrés au motif d'exclusion facultatif lié aux ententes sont transposables aux sous-traitants, selon les modalités décrites aux points suivants.

65. L'article 13 des règles générales d'exécution, tel qu'applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, interdisait à l'adjudicataire

(109) Arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 juin 2017, p. 68311.

de confier tout ou partie du marché à une entreprise se trouvant dans une situation d'exclusion – que celle-ci soit facultative ou obligatoire. Parmi les causes d'exclusion facultatives, figurait la faute professionnelle grave.

L'article 13 de l'arrêté royal a toutefois été modifié par la suppression de l'interdiction absolue de recourir à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative. L'exclusion est donc devenue facultative, comme le confirme le Rapport au Roi : « Il n'y a pas d'obligation d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, qui doit toutefois être nuancé à la lumière, notamment, du principe de bonne gouvernance. Ce pouvoir d'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur a pour effet qu'il n'est pas absolument interdit à l'adjudicataire de confier son marché à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative. Autrement dit : la suppression de l'interdiction absolue de recourir à un sous-traitant se trouvant dans une situation d'exclusion facultative est contrebalancée par la vérification et, dans les secteurs sensibles à la fraude, par la vérification obligatoire par le pouvoir adjudicateur » (110).

66. Lorsque la vérification du pouvoir adjudicateur démontre qu'un ou plusieurs sous-traitants sont dans une situation d'exclusion (par exemple relative aux ententes prohibées), le pouvoir adjudicateur a le choix de demander à l'adjudicataire de remplacer le (ou les) sous-traitant(s) concerné(s). Dans ce choix, le Rapport au Roi précise que « les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une attention particulière au principe de proportionnalité ». Cela implique que « des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un sous-traitant que dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, des cas répétés d'irrégularités mineures peuvent susciter des doutes quant à la fiabilité d'un sous-traitant, ce qui pourrait justifier son exclusion » (111).

67. En vue de protéger les droits de la défense, si le pouvoir adjudicateur choisit d'exclure un sous-traitant, il rédige un procès-verbal, dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par envoi recommandé ou par envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi. L'adjudicataire dispose alors d'un délai de quinze jours pour remplacer le sous-traitant concerné et en apporter la preuve au pouvoir adjudicateur. Dans ce délai, le sous-traitant peut apporter la

(110) Rapport au Roi de l'arrêté royal du 22 juin 2017, art. 14.

(111) Rapport au Roi de l'arrêté royal du 22 juin 2017, art. 13.

preuve de mesures correctrices, sauf si un DUME devait être fourni, auquel cas les mesures correctrices auraient dû y figurer.

68. Sans préjudice de l'application de mesures d'office, tout manquement à l'obligation de remplacement donne lieu à l'application d'une pénalité journalière d'un montant de 0,2 % du montant initial du marché.

69. Selon des modalités similaires, le pouvoir adjudicateur peut également vérifier l'absence de motif d'exclusion lié aux ententes, plus loin dans la chaîne de sous-traitance.

§ 6. L'agrément d'entrepreneurs de travaux

70. Parmi les sanctions applicables à l'adjudicataire d'un marché qui aurait méconnu l'interdiction de toute entente faussant les conditions normales de la concurrence, l'article 49 des règles générales d'exécution réserve la possibilité d'une sanction en application de l'article 19 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

71. Cette disposition autorise le Gouvernement régional, après avoir reçu l'avis de la Commission d'agrément, à ordonner le déclassement ou la suspension d'une (ou de plusieurs) agrément(s) d'un entrepreneur, dès lors qu'un non-respect de l'interdiction d'entente lui est reproché et qu'une plainte est déposée à ce sujet auprès de la Commission, par le pouvoir adjudicateur concerné(112). Il s'agit de sanctions administratives, adoptées parallèlement aux sanctions propres aux marchés concernés, à l'initiative d'une plainte portée par le pouvoir adjudicateur auprès de la Commission d'agrément. Plus particulièrement, « le déclassement réduit l'importance financière des marchés ainsi que le volume des travaux simultanément en cours, que l'entreprise sanctionnée est admise à exécuter. Ses effets sont définitifs, en ce sens que, pour recouvrer ses agréments antérieurs, l'entreprise déclassée doit introduire une demande de promotion que la Commission et le Ministre peuvent évidemment rejeter s'ils estiment que la sanction doit encore être maintenue. La suspension n'entraîne pas la perte des agréments précédemment accordés, mais bien l'impossibilité de s'en prévaloir pour obtenir un marché. Elle est en principe de durée temporaire. Durant la période de suspension, aucun marché ne

(112) Art. 19, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément de l'entrepreneur de travaux ; la référence faite à cette disposition, à l'ancien article 7 de la loi du 24 décembre 1993 visant l'interdiction des ententes, doit être logiquement lue comme une référence à l'article 5 de la loi du 17 juin 2016.

peut être attribué à l'entreprise sanctionnée, lorsque les travaux en cause exigent l'agrément qui a été suspendue. À l'issue de la période de suspension, l'entreprise est automatiquement réintégrée dans ses agréments antérieures »(113).

72. Au-delà des sanctions de déclassement ou de suspension d'agrément, le retrait d'une (ou de plusieurs) agrément(s) d'un entrepreneur peut également être ordonné(114).

73. La loi du 20 mars 1991 ne prévoit pas expressément la possibilité, pour l'entrepreneur, de faire valoir des mesures correctrices en vue d'éviter la sanction envisagée. Il nous paraît toutefois que, dans la mesure où l'entrepreneur doit préalablement être entendu par la Commission d'agrément afin de faire valoir ses moyens de défense, il pourrait utilement énumérer les mesures correctrices qu'il a adoptées(115). Partant, la non-prise en compte de mesures correctrices pourrait contrevenir au principe de proportionnalité (*cf. supra*, n° 48).

§ 7. Les secteurs spéciaux

74. Les marchés publics dans les secteurs spéciaux – actuellement l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux – font l'objet de dispositions spécifiques au sein du titre 3 de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux(116).

Ce régime s'applique à toutes les « entités adjudicatrices »(117), c'est-à-dire les « pouvoirs adjudicateurs »(118) exerçant des activités dans les

(113) M.-A. FLAMME, A. DELVAUX *et al.*, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, t. 1B, 6^e éd., 1997, p. 1656, n° 1.

(114) Art. 19, § 3, de la loi du 20 mars 1991.

(115) Art. 19, § 4, de la loi du 20 mars 1991 ; à cet égard, il convient de noter que la possibilité d'être entendu préalablement à ces moyens de défense n'est prévue que pour les sanctions de déclassement ou de suspension d'agrément. L'absence d'une telle possibilité pour la sanction de retrait, plus sévère, nous paraît problématique au regard notamment des principes de proportionnalité et de la règle *audi alteram partem*.

(116) Pour une comparaison succincte, en matière de marchés publics, du régime des secteurs classiques et de celui des secteurs spéciaux, voy. M. VANDERSTRAETEN, « Les secteurs spéciaux le sont-ils encore ? », in *Chronique des marchés publics 2016-2017*, Bruxelles, EBP, 2017, pp. 499-515.

(117) Art. 93 *juncto* 2, 4°, de la loi du 17 juin 2016.

(118) Au sens également utilisé dans les secteurs classiques : l'État, les régions, les communautés, les autorités locales, les organismes de droit public et les associations de pouvoirs adjudicateurs (art. 2, 1°, de la loi du 17 juin 2016).

secteurs spéciaux, les « entreprises publiques »(119) et les personnes (de droit privé) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs(120).

Les particularités suivantes doivent être relevées.

75. Dans les secteurs classiques, la sélection qualitative doit s'opérer sur la base des motifs d'exclusion et des critères de sélection prévus par la loi(121).

Dans les secteurs spéciaux, il est uniquement prévu que « l'entité adjudicatrice peut établir des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des soumissionnaires ou candidats »(122). Or, ces règles et critères objectifs peuvent, mais ne doivent pas nécessairement correspondre aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection envisagés par la loi dans les secteurs spéciaux(123).

En particulier, ce n'est que lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur qu'elle doit inclure les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs du titre 2 de la loi(124).

Les autres entités adjudicatrices peuvent donc ne pas rendre applicable – par exemple – le motif d'exclusion relatif aux ententes faussant la concurrence.

Néanmoins, l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 demeure à notre sens applicable, de sorte qu'un pouvoir adjudicateur doit toujours écarter les demandes de participation et les offres introduites *à la suite* d'une entente (cf. *supra*, n° 44).

76. Une autre particularité concerne les règles générales d'exécution qui – sous réserve de certaines dispositions – ne sont pas applicables aux marchés passés soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soit par des entreprises publiques pour les marchés n'ayant pas trait à leurs tâches de services public(125).

(119) C'est-à-dire toute entreprise exerçant une activité dans les secteurs spéciaux et sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent (art. 2, 2°, de la loi du 17 juin 2016).

(120) C'est-à-dire des droits accordés par l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité dans les secteurs spéciaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité (art. 2, 3°, de la loi du 17 juin 2016).

(121) Art. 66, § 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016.

(122) Art. 149 de la loi du 17 juin 2016.

(123) Art. 151 de la loi du 17 juin 2016.

(124) Art. 151, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016.

(125) Art. 6, § 1^{er}, 7°, des règles générales d'exécution.

L'article 48 des règles générales d'exécution (exclusion pour une durée de trois ans) et l'article 49 (énumérant les sanctions possibles d'une entente) ne sont pas du tout applicables à ces entités et ne concernent donc que les pouvoirs adjudicateurs (des secteurs classiques et spéciaux).

L'article 62 des règles générales d'exécution (résiliation en raison d'une cause d'exclusion) est quant à lui applicable à toutes les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux⁽¹²⁶⁾. Quoique les textes ne le précisent pas, il nous semble logique que cette faculté de résiliation ne puisse pas être mobilisée dans le cadre d'un contrat pour la passation duquel l'entité adjudicatrice n'a pas appliqué le motif d'exclusion concerné (comme elle en a le droit – *cf. supra*, n° 75).

SECTION 3.

L'ABSENCE DE CONCURRENCE NORMALE DANS LES MARCHÉS PUBLICS DES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

77. Après avoir brièvement rappelé le cadre juridique général dans lequel s'insèrent les marchés publics des institutions européennes (§ 1), nous relèverons l'existence d'une cause d'exclusion relative à la commission d'une faute professionnelle grave, par exemple une entente (§ 2). Cette faute doit en principe être prouvée sur la base d'un jugement définitif ou d'une décision administrative définitive, mais le règlement financier met également en place une procédure originale de « qualification juridique préliminaire » (§ 3). La sanction d'exclusion n'est pas automatique, notamment lorsque l'opérateur économique se prévaut de mesures correctrices (§ 4). Lorsqu'elle est prononcée, l'exclusion a une portée générale, en ce sens qu'elle s'impose à tous les pouvoirs adjudicateurs européens (§ 5). Une sanction financière et d'autres mesures dissuasives peuvent en outre être infligées (§ 6). Enfin, une résiliation du contrat peut aussi être envisagée (§ 7).

(126) Art. 6, § 2, al. 2, des règles générales d'exécution.

§ 1. Cadre juridique

78. Les directives européennes adoptées dans le domaine des marchés publics s'adressent aux États membres en vue de s'appliquer aux contrats des pouvoirs adjudicateurs nationaux.

Ces directives ne régissent en revanche pas les marchés publics des institutions et agences de l'Union européenne.

Ces institutions européennes sont soumises aux dispositions du règlement financier (127) et de ses règles d'application (128).

Le règlement financier et ses règles d'application aménagent, en ce qui concerne les marchés publics, un régime fort similaire à celui découlant des directives européennes. Certaines particularités doivent néanmoins être relevées, notamment en ce qui concerne l'appréciation des causes d'exclusion.

§ 2. Cause d'exclusion liée à la commission d'une faute professionnelle grave

79. Conformément à l'article 106, § 1^{er}, c), du règlement financier, le pouvoir adjudicateur exclut un opérateur économique de la participation aux procédures de passation de marchés publics lorsque ce dernier a commis une faute professionnelle grave.

Selon cette même disposition, est présumée constituer une faute professionnelle grave la conclusion d'un accord avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

80. Une autre cause d'exclusion éventuellement pertinente en ce qui concerne les ententes est celle du « grave manquement à des obligations essentielles dans l'exécution d'un marché financé par le budget » de l'Union européenne, « ce qui a conduit à la résiliation anticipée du marché ou à l'application de dommages-intérêts forfaitaires ou d'autres pénalités contractuelles ou ce qui a été découvert à la suite de contrôles, d'audits

(127) Règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil. Une présentation synoptique du règlement financier et de ses règles d'application est disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/budget/library/biblio/documents/regulations/financial_regulation_2012_fr.pdf.

(128) Règlement délégué (UE) n° 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union.

ou d'enquêtes effectués par un ordonnateur, l'OLAF [Office européen de lutte antifraude] ou la Cour des comptes » (art. 106, § 1^{er}, e), du règlement financier).

Cette disposition peut être comparée à l'article 69, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi du 17 juin 2016 qui prévoit une cause d'exclusion facultative lorsque des défaillances importantes ou persistantes ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle d'un marché antérieur, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable. Comme on l'a vu, une sanction comparable peut consister en l'exclusion par un pouvoir adjudicateur de ses marchés pour une période de trois ans en application de l'article 48 des règles générales d'exécution. Cette sanction d'exclusion peut notamment être prononcée lorsque l'adjudicataire s'est rendu coupable d'une entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

81. Au moment où il soumet sa demande de participation ou son offre, l'opérateur économique déclare qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et, le cas échéant, qu'il a pris des mesures correctrices(129). Aux fins de cette déclaration, le pouvoir adjudicateur accepte le DUME (qui n'est néanmoins pas obligatoire) ou, à défaut, une déclaration sur l'honneur(130). Seul le soumissionnaire retenu fournit, avant la signature du contrat, les preuves documentaires confirmant la déclaration sur l'honneur(131).

§ 3. Preuve de la faute professionnelle grave

82. Une décision d'exclusion ne peut en principe se fonder que sur un « jugement définitif ou une décision administrative définitive »(132). Ceci tranche *a priori* avec la formulation des directives et de la loi belge, qui renvoient, en ce qui concerne les ententes faussant la concurrence, à l'existence de « simples éléments suffisamment plausibles ».

(129) Art. 106, § 10, du règlement financier.

(130) Art. 141, § 1^{er}, des règles d'application.

(131) Art. 141, §§ 2 et 3, des règles d'application.

(132) Art. 105bis et 106, § 1^{er}, c), du règlement financier.

83. Néanmoins, en l'absence de jugement définitif ou de décision administrative définitive, le pouvoir adjudicateur exclut un opérateur économique sur la base d'une « qualification juridique préliminaire » (133).

Cette qualification préliminaire ne préjuge pas de l'évaluation de la conduite de l'opérateur économique concerné par les autorités compétentes. Par conséquent, après la notification du jugement définitif ou de la décision administrative définitive, le pouvoir adjudicateur réexamine sans tarder sa décision d'exclure l'opérateur économique et/ou de lui imposer une sanction financière.

Lorsque le jugement définitif ou la décision administrative définitive considère que l'opérateur économique n'est pas coupable de la conduite qui a fait l'objet d'une qualification juridique préliminaire, et sur la base de laquelle il a été exclu, le pouvoir adjudicateur met fin sans tarder à cette exclusion et/ou rembourse sans tarder, s'il y a lieu, la sanction financière qui aurait été infligée.

84. La décision d'exclusion adoptée sur la base d'une qualification juridique préliminaire ne peut être prise qu'après avoir obtenu la recommandation de l'instance visée à l'article 108 du règlement financier (134).

Cette instance est composée d'un président de haut niveau indépendant, de deux représentants de la Commission et d'un représentant du pouvoir adjudicateur demandeur (135).

La procédure devant l'instance peut être résumée comme suit (136) :

- le pouvoir adjudicateur demandeur renvoie le dossier à l'instance en l'accompagnant de toutes les informations utiles ;
- l'instance notifie à l'opérateur économique les faits concernés et leur qualification juridique préliminaire, et lui laisse la possibilité de soumettre des observations dans un délai d'au moins quinze jours ;
- l'instance adopte sa recommandation dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la réception de la demande du pouvoir adjudicateur, ce délai pouvant dans certains cas être prolongé.

85. La recommandation concernant l'exclusion et/ou l'imposition d'une sanction financière contient les faits et constatations et leur qualification juridique préliminaire. Ces faits et constatations peuvent par

(133) Art. 106, § 2, du règlement financier.

(134) Art. 106, § 2, et 108, § 5, du règlement financier.

(135) Art. 108, § 7, du règlement financier.

(136) Art. 108, § 8, du règlement financier.

exemple consister en des « décisions administratives non définitives », des « décisions de la Commission relatives à la violation des règles de l'Union dans le domaine de la concurrence ou [des] décisions d'une autorité nationale compétente concernant la violation du droit de l'Union ou du droit national en matière de concurrence » (137).

La recommandation comprend une évaluation (i) de la nécessité d'imposer une sanction financière et son montant, (ii) de la nécessité d'exclure l'opérateur économique et la durée suggérée de cette exclusion, (iii) de la nécessité de publier les informations relatives à cette exclusion et/ou à cette sanction financière et (iv) des mesures correctrices éventuellement prises par l'opérateur économique (138).

Lorsque le pouvoir adjudicateur envisage de prendre une décision plus sévère que ce que l'instance a recommandé, il veille à ce que cette décision soit prise dans le respect du droit d'être entendu et des règles relatives à la protection des données à caractère personnel.

En tout état de cause, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de s'écarter de la recommandation émise par l'instance, il justifie cette décision auprès de l'instance (139).

§ 4. Mesures correctrices et autres tempéraments à la sanction d'exclusion

86. Le règlement financier ne distingue pas de manière aussi nette qu'en droit belge les causes d'exclusion facultatives ou obligatoires.

L'on déduit de la combinaison des paragraphes 1^{er} et 6 du règlement financier que le pouvoir adjudicateur doit en principe exclure un opérateur économique, sauf dans les hypothèses suivantes :

- lorsque l'opérateur économique a pris des mesures correctrices (140) démontrant sa fiabilité. Cette faculté ne s'applique cependant pas aux causes d'exclusion les plus graves (fraude, corruption, blanchiment, etc., c'est-à-dire l'équivalent des causes d'exclusion obligatoires du droit belge) (141) ;

(137) Art. 106, § 2, et 108, § 9, du règlement financier.

(138) Art. 108, § 9, du règlement financier.

(139) Art. 105bis, § 2, al. 3, du règlement financier.

(140) Des exemples de mesures sont énumérés à l'article 106, § 8, du règlement financier.

(141) Dans le système des directives, toutes les causes d'exclusion peuvent faire l'objet de mesures correctrices.

- lorsque l'opérateur économique est indispensable pour assurer la continuité du service, pour une durée limitée et dans l'attente de l'adoption de mesures correctrices ;
- lorsqu'une exclusion serait disproportionnée, compte tenu, notamment, de la gravité de la situation (y compris l'incidence sur les intérêts financiers et la réputation de l'Union), du temps écoulé depuis la constatation de la conduite en cause, de sa durée et de sa répétition éventuelle, de l'intention ou du degré de négligence, du faible montant en jeu, ou de toute autre circonstance atténuante, telle que la coopération de l'opérateur économique avec l'autorité compétente concernée et sa contribution à l'enquête ou la communication de la situation d'exclusion dans la déclaration sur l'honneur (142).

87. La décision d'exclusion peut faire l'objet d'un recours auprès de la Cour de justice de l'Union européenne, qui jouit d'une compétence de pleine juridiction pour réexaminer cette décision et, par exemple, réduire ou allonger la durée de l'exclusion (143).

§ 5. Portée générale de l'exclusion et base de données centralisée

88. Dans le droit belge issu des directives, l'exclusion est principalement conçue comme une mesure prise individuellement par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché public déterminé (art. 69 de la loi du 17 juin 2016) ou dans le cadre de son exécution (exclusion pour trois ans des marchés publics de ce pouvoir adjudicateur, en vertu de l'article 48 des règles générales d'exécution). Cette décision n'engage pas les autres pouvoirs adjudicateurs, qui le plus souvent n'en seront d'ailleurs pas informés.

89. Le régime organisé par le règlement financier est plus avancé : il connaît certes le mécanisme de l'exclusion *ad hoc* (144), mais repose à titre principal sur une exclusion généralisée de l'ensemble des marchés publics des institutions européennes.

(142) Art. 106, § 3, du règlement financier.

(143) Art. 108, § 11, du règlement financier.

(144) Cf. art. 107 du règlement financier, intitulé « Rejet d'une procédure de passation de marché déterminée », qui prévoit le rejet d'un opérateur économique qui (a) se trouve dans une situation d'exclusion ou (b) a présenté de fausses déclarations ou (c) a déjà participé à la préparation de document de marché, si cela entraîne une distorsion de concurrence qui ne peut être corrigée autrement.

Cette exclusion générale est prononcée par un pouvoir adjudicateur déterminé, mais engage les autres pendant toute sa durée, qui ne peut pas excéder trois ans en ce qui concerne la cause d'exclusion relative à la faute professionnelle grave(145).

Le délai de prescription pour exclure un opérateur économique et/ou lui imposer des sanctions financières est de cinq ans à compter de l'une des dates suivantes(146), sans préjudice de causes d'interruption(147) :

- la date de la conduite donnant lieu à l'exclusion ou, en cas d'actes continus ou répétés, la date à laquelle la conduite prend fin ;
- la date du jugement définitif rendu par une juridiction nationale ou de la décision administrative définitive.

90. La portée générale de l'exclusion suppose de porter cette sanction à la connaissance de tous les pouvoirs adjudicateurs.

À cette fin, le règlement financier confie à la Commission la charge de mettre en place et d'exploiter un « système de détection rapide et d'exclusion »(148), qui repose sur une base de données dénommée « EDES-DB »(149).

Cette base de données est alimentée par les pouvoirs adjudicateurs (qui en informent les opérateurs économiques concernés) et par d'autres acteurs européens comme l'OLAF.

Les informations à encoder incluent un résumé des risques détectés ou des faits en cause.

§ 6. Sanction financière et autres mesures dissuasives

91. Afin d'assurer un effet dissuasif, le pouvoir adjudicateur peut, compte tenu, le cas échéant, de la recommandation de l'instance, infliger une sanction financière à un opérateur économique qui a tenté de participer à une procédure de passation tout en se trouvant, sans l'avoir déclaré, dans une situation d'exclusion.

(145) Art. 106, § 14, du règlement financier. La durée de l'exclusion ne peut pas non plus excéder la durée éventuellement prévue par le jugement définitif ou la décision administrative définitive d'un État membre.

(146) Art. 106, § 15, al. 1^{er}, du règlement financier.

(147) Art. 106, § 15, al. 2, du règlement financier.

(148) Art. 105bis, § 1^{er}, du règlement financier.

(149) Art. 108 du règlement financier ; http://ec.europa.eu/budget/edes/index_fr.cfm.

Cette pénalité peut être infligée comme solution de remplacement à une décision d'exclusion (lorsqu'une telle exclusion serait disproportionnée) ou en complément d'une telle exclusion (lorsque l'opérateur économique a adopté une « conduite systématique et récurrente visant à obtenir indûment des fonds de l'Union »)(150).

Le montant de la sanction financière est compris entre 2 % et 10 % de la valeur totale du contrat(151).

92. En vertu de sa compétence de pleine juridiction, la Cour de justice peut annuler la sanction financière imposée, ou en diminuer ou en augmenter le montant(152).

93. Afin de renforcer, lorsque c'est nécessaire, l'effet dissuasif de l'exclusion et/ou de la sanction financière, la Commission, sous réserve d'une décision du pouvoir adjudicateur, publie sur son site internet les informations qui ont trait à l'exclusion et, le cas échéant, à la sanction financière(153), c'est-à-dire :

- le nom de l'opérateur économique concerné ;
- la situation d'exclusion ;
- la durée de l'exclusion et/ou le montant de la sanction financière.

Lorsque la décision d'exclusion et/ou de sanction financière a été prise sur la base d'une qualification juridique préliminaire, la publication précise qu'il n'y a pas eu de jugement définitif ou de décision administrative définitive. Il convient en outre de publier sans tarder les informations relatives à d'éventuels recours, à leur état d'avancement et à leur issue ainsi qu'à une éventuelle révision de la décision par le pouvoir adjudicateur(154).

Les informations publiées sont retirées dès que l'exclusion a pris fin. En cas de sanction financière, les informations sont retirées six mois après le paiement du montant prévu(155).

Le règlement financier prévoit plusieurs circonstances où les informations ne peuvent pas être publiées, notamment lorsque cette publication causerait un dommage disproportionné à l'opérateur concerné(156).

(150) Art. 106, § 13, al. 1^{er}, du règlement financier.

(151) Art. 106, § 13, al. 2, du règlement financier.

(152) Art. 108, § 11, du règlement financier.

(153) Art. 106, § 16, al. 1^{er}, du règlement financier.

(154) Art. 106, § 16, al. 2, du règlement financier.

(155) Art. 106, § 16, al. 4, du règlement financier.

(156) Art. 106, § 17, du règlement financier.

Au moment de finaliser la présente contribution, neuf opérateurs faisaient l'objet d'une mesure de sanction publiée sur la page internet dédiée de la Commission européenne (157). Précisons qu'il ne s'agit que des opérateurs dont l'exclusion a été rendue publique : d'autres opérateurs ont été exclus, ce dont les pouvoirs adjudicateurs européens sont informés en accédant à la base de données « EDES-DB ».

§ 7. Droit de résiliation

94. L'article 116 du règlement financier dispose que si, après la signature du contrat, la procédure ou l'exécution du marché se révèle entachée d'erreurs substantielles, d'irrégularités ou de fraude, le pouvoir adjudicateur peut suspendre l'exécution du marché ou, le cas échéant, le résilier.

La suspension de l'exécution du marché peut également avoir pour objet de vérifier la réalité des erreurs substantielles, des irrégularités ou de la fraude présumées.

Si les erreurs substantielles, les irrégularités ou la fraude sont le fait du contractant, le pouvoir adjudicateur peut en outre refuser d'effectuer les paiements ou recouvrer les montants indument payés.

Cette faculté de résiliation pourrait notamment être utilisée par le pouvoir adjudicateur dans des cas où un contrat serait affecté par une entente.

CONCLUSION

95. Dans la première partie de la présente contribution, nous avons relevé la portée extraordinairement large des dispositions qui autorisent, voire obligent, les pouvoirs adjudicateurs belges à sanctionner les ententes faussant la concurrence.

Ainsi le pouvoir adjudicateur est-il invité à exclure l'opérateur économique concerné de la participation à un marché public lorsque cette entente est démontrée au moyen d'« éléments suffisamment plausibles ».

(157) http://ec.europa.eu/budget/edes/index_fr.cfm.

De deux choses l'une :

- soit l'opérateur économique fait preuve de transparence, par exemple parce que l'entente a déjà fait l'objet d'une décision définitive d'une autorité ou juridiction compétente : dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra tout de même – sans disposer d'une expertise particulière en droit de la concurrence – apprécier la pertinence des mesures correctrices vantées par l'entreprise concernée ;
- soit l'opérateur économique ne fait pas mention de l'entente à laquelle il a pris part, auquel cas le pouvoir adjudicateur sera inévitablement confronté à un problème de preuve, et sera (à raison) peu enclin à préjuger du résultat d'une enquête qui pourrait être menée par des autorités juridiquement et économiquement mieux équipées que lui.

À ces difficultés s'ajoute celle de l'incertitude relative au calcul du délai de trois ans à compter de l'« événement concerné ».

Les mesures que le pouvoir adjudicateur peut être amené à prendre en cours d'exécution du contrat ne sont pas davantage aisées à mettre en œuvre. Dans tous les cas, le respect des droits de la défense de l'adjudicataire impose un standard de preuve, de contradictoire et de formalisme qui n'est guère engageant.

Ainsi, s'il est vrai que le droit de la concurrence « inspire et anime » le droit des marchés publics⁽¹⁵⁸⁾, il semble également à certains égards l'étouffer.

96. Le régime organisé par le règlement financier place les institutions européennes dans une situation *a priori* plus confortable :

- un régime de collaboration entre pouvoirs adjudicateurs et institutions spécialisées (OLAF, Commission européenne, etc.) est organisé ;
- les informations concernant les soumissionnaires sont centralisées et les décisions d'exclusion ont une portée générale ;
- l'exclusion ne peut en principe intervenir que sur la base d'une décision judiciaire ou administrative définitive, ce qui est un critère objectif et facilement vérifiable ;

⁽¹⁵⁸⁾ A. VANDEBURIE, « Les contrats publics et (le droit de) la concurrence », in *Contrats publics*, Limal, Anthemis, 2014, p. 194.

- par exception, une qualification juridique préliminaire est envisageable, mais moyennant la mise en œuvre d'une procédure *ad hoc* centralisée, lors de laquelle une instance spécialisée émet une recommandation. Un équilibre est aménagé entre les intérêts du budget de l'Union (qui justifient l'écartement d'un opérateur *a priori* infréquentable) et ceux de l'opérateur économique concerné (garanties procédurales, révision de la décision préliminaire...).

À terme, le législateur belge gagnerait à s'inspirer de ce dispositif – les directives européennes ne s'y opposent pas – car tant les pouvoirs adjudicateurs que les entreprises se féliciteraient d'un renforcement de la sécurité juridique des régimes de sanction des ententes.