



# Faire face aux risques de conflits d'intérêts et de distorsion de concurrence dans les marchés publics



Union des Villes  
et Communes  
de Wallonie asbl

Webinaire - 6 décembre 2022

# Nos invités

**François Moïses**  
Avocat  
*Elegis*

**Marie-Laure Van Rillaer**  
Conseiller expert  
*UVCW*

**Fernand Flabat**  
Directeur général  
*Waterloo*

**Martine Rademaker**  
Directrice financière  
*Oupeye*

**Jordan Berny**  
Attaché - juriste  
*SPW Intérieur*



# Menu de la séance

**01**

Que dit la réglementation des marchés publics ?

**02**

Que disent les réglementations organiques des pouvoirs locaux wallons ?

**03**

Prévenir les situations de conflits d'intérêt : outils et bonnes pratiques



01

02

03

# Marchés publics, conflits d'intérêts et distorsion de concurrence en pratique : que dit la réglementation des marchés publics ?

**François Moïses**

Avocat  
Elegis



# I. Introduction – schéma des situations portant atteinte à la concurrence visées par la réglementation des marchés publics

## A. Les ententes au sens large (pour mémoire)

### ARTICLE 5 LMP

- Concurrence faussée par le pouvoir adjudicateur (entente pouvoir adjudicateur – entreprise)
- Ententes entre entreprises

## B. Situations de conflits d'intérêts

ARTICLE 6 LMP

ARTICLE 51 ARP – cas particulier du tourniquet

## C. Situations de distorsion de concurrence

ARTICLE 52 LMP

Participation préalable aux travaux préparatoires du marché

## D. La notion d'intérêts conflictuels

ARTICLE 69 ARP



## II. Le conflit d'intérêts au sens de l'article 6 de la loi MP du 17 juin 2016

### A. La définition légale du conflit d'intérêts

- **Définition**

Situation dans laquelle lors de la passation ou l'exécution d'un MP un fonctionnaire, un officier public ou « toute autre personne liée à l'adjudicateur » a un intérêt économique ou personnel (à l'égard d'un adjudicataire) qui pourrait être perçu comme compromettant son impartialité ou son indépendance

⇒ Conflit d'intérêt = **situation objective**

⇒ La partialité subjective ne doit pas être prouvée

C.J.U.E., arrêt eVIGILO C-538/13 du 12 mars 2015

Situation visée par l'arrêt : un expert chargé de l'évaluation des offres était membre d'un service universitaire collaborant avec l'adjudicataire

Ses collègues collaboraient avec un soumissionnaire et non avec l'expert lui-même

⇒ Situation susceptible d'être perçue objectivement comme un conflit d'intérêts

- **Illustration par un cas pratique : arrêt CE RESA/NRB du 8 décembre 2021, n° 252.358**

Dans cette affaire, deux éléments étaient mis en cause:

- La mission de consultance préalable de l'adjudicataire
- La participation d'un consultant indépendant lié à l'adjudicataire dans l'évaluation des offres
- Conformément à l'article 52, §1, le pouvoir adjudicateur a pris des mesures appropriées pour ne pas fausser la concurrence
  - Communication d'un rapport de transparence
- Violation de l'article 6, §§1 et 2
  - Le consultant indépendant aurait dû se récuser

- **Illustration par un cas pratique : le conflit d'intérêts fonctionnel pour un mandataire public**

- **Arrêt ancien du C.E., 4 juin 1997 (n° 66538)**

**Un organisme flamand : l'OVAM attribue un marché à INVADER**

**Il se fait que**

- l'administrateur général d'OVAM est administrateur et président du CA d'INVADER
- la Région flamande, autorité de tutelle, est par l'intermédiaire d'une autre société actionnaire d'INVADER
- l'administrateur commun OVAM-INVADER s'est récusé
- pas d'atteinte à la concurrence

- **Cas plus récent : arrêt C.E., 7 janvier 2021, n° 249.424, SWDE/SPIE et NRB**
  - Lien structurel entre SWDE et NRB
  - SWDE dispose de deux mandats d'administrateur au sein de NRB
  - SWDE détient 4,87 % du capital de NRB
  - L'administrateur commun s'est abstenu lors de la délibération relative à l'attribution du marché
  - L'autre administrateur a démissionné avant le lancement de la procédure

**Le C.E. rejette le moyen tiré de la violation de l'article 6, §1<sup>er</sup>,  
alinéas 1 et 2**

- Voir toutefois arrêt C.E., 7 juin 2021, n° 250.805, Ville de Bruxelles/ASBL Le Botanique/ASBL Bruxelles Expo

Dans cet arrêt les liens structurels entre la Ville de Bruxelles et l'adjudicataire ne sont pas mis en cause

Cependant, la collaboration entre l'ASBL adjudicataire et le pouvoir adjudicateur avant l'attribution n'a pas fait l'objet de mesures utiles à la neutralisation de l'avantage concurrentiel (il s'agit en l'espèce de concession mais l'arrêt peut être relié à l'article 52 de la loi sur la participation préalable au lancement du marché)

## B. Les personnes concernées ?

- **Fonctionnaire et officiel public**
  - Personnel statutaire et contractuel du pouvoir adjudicateur
  - Les mandataires publics (peu importe que le mandat soit gratuit ou à titre onéreux)
- **Les prestataires externes indépendants**
  - Auteur de projet – bureau d'études

## C. Les conflits d'intérêts présumés (article 6, §3 et §4)

### ■ Présomption irréfragable (absolue)

➤ Obligation automatique de se récuser

➤ Deux cas

- §3, 1° : lien de parenté ou alliance en ligne directe jusqu'au 3<sup>e</sup> degré ; en ligne collatérale jusqu'au 4<sup>e</sup> degré et cohabitation légale
- §3, 2° : associé actif – propriétaire d'une entreprise soumissionnaire ou personne exerçant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle

### ■ Présomption réfragable (relative)

➤ Détention d'au moins 5 % des actions de l'entreprise soumissionnaire

⇒ Pas d'obligation de se récuser mais obligation d'informer l'adjudicateur

## **D. Les mesures préventives – modèles de déclaration de prise de connaissance des dispositions légales en matière de conflits d'intérêts et de déclaration en rapport avec une possible situation de conflit d'intérêts**

### **Mesures préconisées par la circulaire fédérale du 21 juin 2010**

- ⇒ Charte règlement de déontologie
- ⇒ Système de contrôle interne
- ⇒ Modèle de déclaration de prise de connaissance des dispositions légales en matière de conflit d'intérêts
- ⇒ Modèle de déclaration à remplir par l'agent lorsqu'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts
- ⇒ Déclaration d'absence de conflit d'intérêts en annexe au CSC dans certains marchés sensibles (avocat, audit, ...)



## E. Sanctions civiles et pénales

- Au stade de la passation du marché s'il n'est pas remédié à la situation de conflit d'intérêts
  - ⇒ Recours en suspension d'extrême urgence et en annulation devant le C.E.
  - ⇒ Recours indemnitaire devant le C.E. ou le juge judiciaire
- Responsabilité civile (notamment pour les membres d'un organe de gestion, responsabilité solidaire des administrateurs en cas de violation de la loi ou des statuts)
- Pour mémoire : le **délit d'ingérence ou de prise d'intérêt article 245 du Code pénal** - délit lourdement sanctionné: « peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans, amende de 100 à 50.000 € », interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics pour un terme de cinq à dix ans

### III. Article 52 de la loi MP du 17 juin 2016 : participation préalable de candidats ou soumissionnaires – prévention des **distorsions de concurrence**

#### A. Les situations visées par l'article 52

- L'article 52 ne vise pas une situation de conflit d'intérêts mais une **distorsion de concurrence** dans le cas où le soumissionnaire ou une entreprise liée a participé aux travaux préparatoires du marché
- N'est pas visée la situation dans laquelle l'adjudicataire d'un précédent marché renouvelé dispose d'un avantage concurrentiel

## B. Les mesures appropriées à prendre par l'adjudicateur ?

- Ces mesures doivent « **neutraliser** » l'**avantage concurrentiel**
- Communication aux autres candidats et soumissionnaires des informations privilégiées dont bénéficie le prestataire
- Annexer aux documents du marché les études préalables
- Fixer des délais adéquats pour la réception des offres
  - Éviter de donner « une longueur d'avance » aux prestataires privilégiés
- Pour les marchés européens, obligation de conserver une trace écrite des mesures prises – article 164, §§1 et 2 : délai de 10 ans à compter de la conclusion du marché

## C. Illustration par des cas pratiques

- Participation à un marché de services d'architecture de l'auteur de projet précédemment chargé d'un avant-projet (Civil, Liège, Référé, 29 juin 2009, RG n° 09/331) :
  - ⇒ absence de distorsion de concurrence dans la mesure où l'avant-projet était joint au cahier des charges
  - ⇒ Les critères d'attribution ne donnaient aucun avantage concurrentiel au prestataire
- Marché conception réalisation pour un projet immobilier : cas de la participation du bureau d'études chargé d'une étude urbanistique préalable (schéma d'orientation locale « SOL ») – permis d'urbanisation « PUR »)

## D. Règles procédurales

- Article 52, §2 : toute exclusion de la procédure implique une décision motivée (pas d'autre moyen d'assurer le principe d'égalité de traitement)
- Obligation d'interroger le candidat ou le soumissionnaire qui dispose d'un délai minimum de douze jours pour justifier l'absence de distorsion de concurrence
- Obligation de circonspection du pouvoir adjudicateur même en cas de réponse tardive ou d'absence de réponse (cf. Exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016)

## **IV. Article 66, §3 de la loi MP du 17 juin 2016 : changement de la composition du personnel mis à disposition pour l'exécution du contrat**

### **A. Les situations visées – autorisation de la modification de l'offre**

Visent deux hypothèses :

- **Un changement dans la composition du personnel mis à disposition pour l'exécution du marché permet de résoudre un conflit d'intérêts**
- **Un changement dans la composition du personnel pour l'exécution du marché permet d'éviter une distorsion de concurrence en cas de participation préalable**

## B. Illustration par un cas pratique

**Lien avec l'article 51 ARP et le « tourniquet »**

**Un ancien agent du pouvoir adjudicateur est employé depuis moins de deux ans par une entreprise soumissionnaire**

**Au lieu d'écarter l'offre, le soumissionnaire s'engage à ne pas faire appel à la personne concernée pour l'exécution du marché**

**V. Article 69, al. 1, 5° : motif d'exclusion facultatif – lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives**

**Article 69, al. 1<sup>er</sup>, 6° : « lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation visée à l'article 52 par d'autres mesures moins intrusives**



## VI. Article 164, §1, 9° de la loi MP du 17 juin 2016 : obligation de conserver les informations relatives à un conflit d'intérêts

- **Marchés européens**
- **Délai de 10 ans**

# VII. Article 51 AR passation : le tourniquet

## A. Les situations visées

- Traduction littérale de l'expression *revolving doors*

- **Visé une personne physique**
- Ancien collaborateur interne ou externe du pouvoir adjudicateur (les prestataires indépendants sont visés)
- Cette personne est depuis moins de deux ans depuis qu'elle a quitté ses fonctions au sein du pouvoir adjudicateur employée par un soumissionnaire (ou prestataire indépendant aux services du soumissionnaire)
- Un lien existe entre les précédentes activités et ses activités dans le cadre du marché

**Dans ce cas, la situation constitue un cas particulier de conflit d'intérêts au sens de l'article 6 de la loi**

- **Ne vise pas le « tourniquet inversé »**

A savoir le cas d'un ancien employé d'une entreprise soumissionnaire devenu agent du pouvoir adjudicateur  
Cependant, ce cas est susceptible d'être visé par l'article 6 de la loi

## B. Illustration par un cas pratique

### Marché public de services gestion de l'informatique

- L'ancien office manager du pouvoir adjudicateur dépose une offre comme consultant indépendant
- Ou cet ancien office manager du pouvoir adjudicateur est employé par l'entreprise soumissionnaire

Dans ce second cas, il faut examiner la possibilité de le remplacer dans le cadre de l'exécution du marché et d'assurer son écartement

## VIII. Article 69 AR passation la notion d'intérêts conflictuels

### A. Cas visés par l'article 69

#### **Il ne faut pas confondre conflit d'intérêts et intérêts conflictuels**

Vise le cas d'un opérateur économique qui en raison de l'objet du marché pourrait avoir un intérêt personnel compromettant la qualité et l'objectivité de l'exécution du marché

## B. Illustration par des cas pratiques

- **Marché de services pour la réalisation d'une étude de faisabilité portant sur une mise en œuvre alternative d'un service en cours d'exécution**

Dans ce cas, l'adjudicataire du marché de services en cours pourrait ne pas avoir l'objectivité nécessaire pour remettre en cause les solutions qu'il a lui-même implémentées

- **Marché d'audit interne du type *forensic* (anti-fraude) : le réviseur d'entreprise qui a presté ses services pour le pouvoir adjudicateur ou le groupe auquel il appartient pourrait être considéré comme en situation d'intérêt conflictuels au sens de l'article 69**

# IX. Conflit d'intérêts au stade de l'exécution

## A. Article 13, 1° des RGE

## B. Article 145 des RGE

- Cette disposition s'applique aux marchés publics de services
- Vise deux hypothèses :

### a. Résiliation et paiement des prestations exécutées :

- 145, §1: En cas de découverte d'une situation de conflit d'intérêts en cours d'exécution, l'adjudicateur peut résilier le marché (145, §1)

Dans ce cas, le prestataire est honoré pour les prestations exécutées

### b. Nullité du marché prononcée par l'adjudicateur

- 145, §2 : nullité du marché prononcé à titre de sanction par l'adjudicateur (cas de fraude)

Lorsque l'adjudicateur découvre une situation de conflit d'intérêts

Avant de prononcer la nullité du marché, obligation d'interroger l'adjudicataire qui dispose d'un délai de douze jours pour faire valoir ses justifications

Sanction à défaut de justifications recevables

Les prestations exécutées après connaissance de la situation de conflit d'intérêts ne sont pas payées

L'adjudicateur peut conserver les études réalisées sans indemnité

Possibilité d'exclure le prestataire des marchés ultérieurs pour une durée déterminée

Obligation d'audition préalable

## Cas envisagés :

- **Hypothèse a (résiliation)**

Un auteur de projet découvre qu'il est en situation de conflit d'intérêts après réception des offres

Il est de bonne foi et communique la situation

⇒ Simple résiliation: paiement des prestations accomplies

- **Hypothèse b (nullité sanction)**

Le même auteur de projet découvre une situation de conflit d'intérêts après dépôt des offres

Il s'abstient d'en informer le pouvoir adjudicateur

Participe au rapport d'analyse des offres et influence la décision d'attribution

⇒ Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut prononcer la nullité du marché public de services après avoir invité le soumissionnaire à faire valoir ses justifications

⇒ Les prestations accomplies depuis l'existence de la situation de conflit d'intérêts ne doivent pas être payées.



01

02

03

# L'application des règles relatives aux conflits d'intérêts dans les marchés publics au regard des réglementations organiques des pouvoirs locaux wallons

**Marie-Laure Van Rillaer**

Conseiller expert  
UVCW



# LMP ≠ réglementations organiques

CDLD	Décret communal germanophone	LO CPAS (germanophone)	CWHD	LPI	Loi sur la sécurité civile
<ul style="list-style-type: none"><li>• Communes</li><li>• Intercommunales</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Communes germanophones</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• CPAS (germanophones)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• SLSP</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Zones de police</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Zones de secours</li></ul>



# 5 questions

Quoi ?

Qui ?

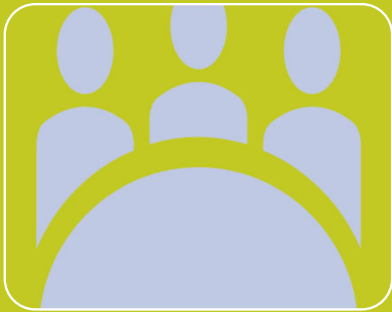
Quand ?

Quelles conséquences ?

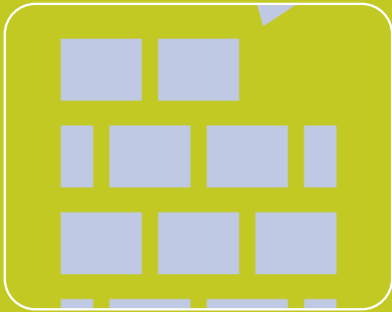
Comment ?



# QUOI ?



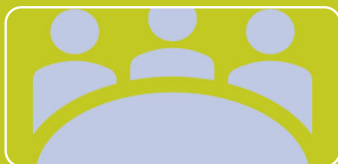
D'être présent à la  
délibération



De prendre part au  
marché public



# QUI ?



## D'être présent à la délibération

Commune	Commune germanophone	CPAS	CPAS germanophone
Membre du conseil communal	Membre du conseil communal	Membre du conseil de l'action sociale	Membre du conseil de l'action sociale
Membre du collège communal	Membre du collège communal	Membre du personnel	Membre du personnel
DG	Directeur	Personne qui, en vertu de la loi, peut assister aux séances du conseil	Personne qui, en vertu de la loi, peut assister aux séances du conseil



# QUI ?



D'être présent à la délibération

Intercommunale	SLSP	Zone de police	Zone de secours
Administrateur	Administrateur	Membre du conseil de police	Conseiller zonal
		Membre du collège de police	Membre du collège zonal
		Secrétaire	Commandant de zone



# QUAND ?



D'être présent à la délibération

39

- Intérêt personnel
- Intérêt direct
- Intérêt matériel
- Intérêt né et actuel



Soit de la personne concernée  
Soit de la personne concernée  
comme chargée d'affaires

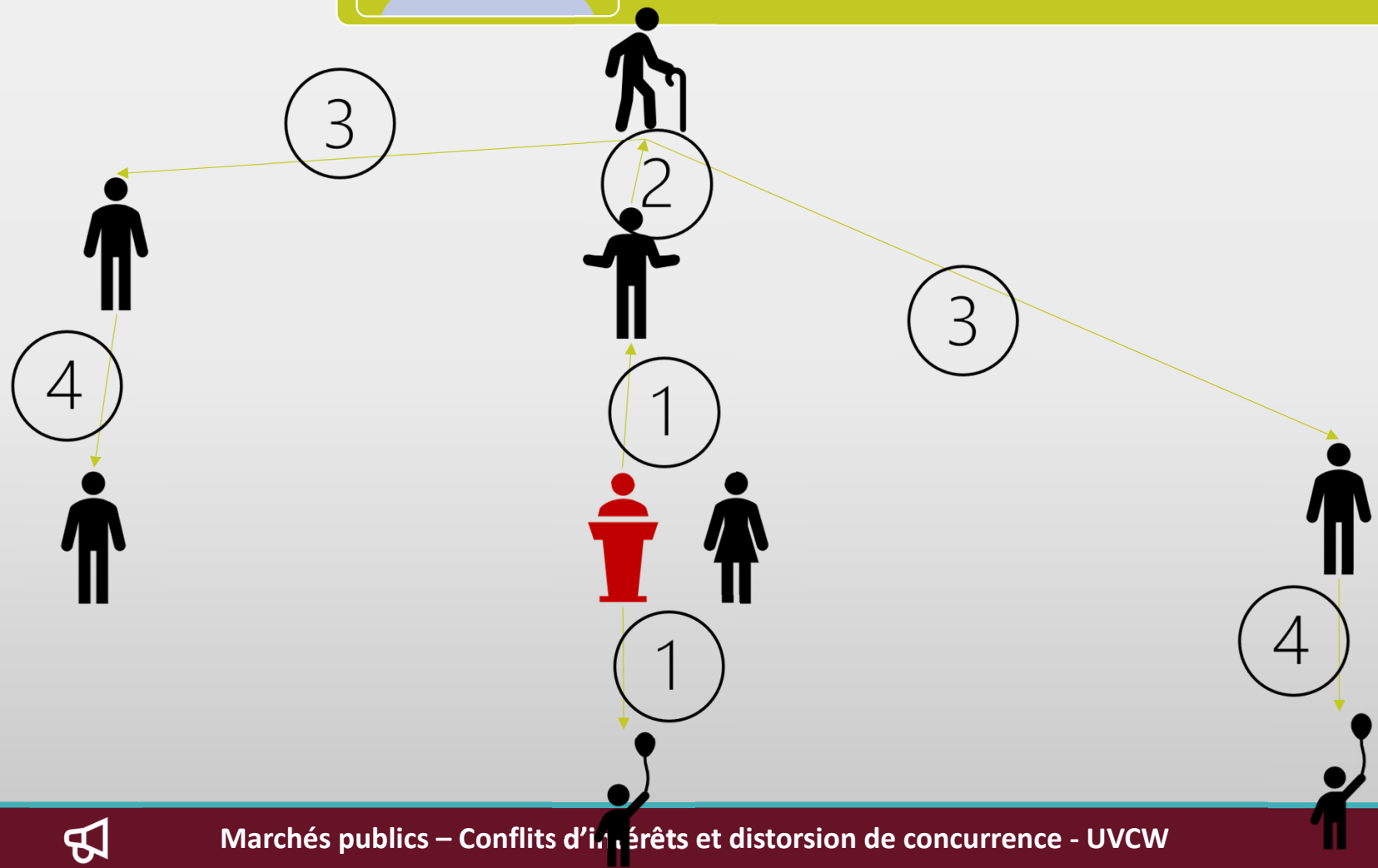


Soit d'un proche de la personne  
concernée : parents ou alliés  
jusqu'au 4<sup>e</sup> degré



# QUAND ?

## D'être présent à la délibération





# QUI?



## De prendre part au marché public

Commune	Commune germanophone	CPAS	CPAS germanophone
Membre du conseil communal	Membre du conseil communal	Membre du conseil de l'action sociale	Membre du conseil de l'action sociale
Membre du collège communal	Membre du collège communal	Membre du personnel	Membre du personnel
DG	Directeur	Personne qui, en vertu de la loi, peut assister aux séances du conseil	Personne qui, en vertu de la loi, peut assister aux séances du conseil
Agent ayant reçu délégation			



# QUI ?



## De prendre part au marché public

Intercommunale	SLSP	Zone de police	Zone de secours
Administrateur	Administrateur	Membre du conseil de police	Conseiller zonal
		Membre du collège de police	Membre du collège zonal
		Secrétaire	Commandant de zone



QUAND ?



De prendre part au marché public

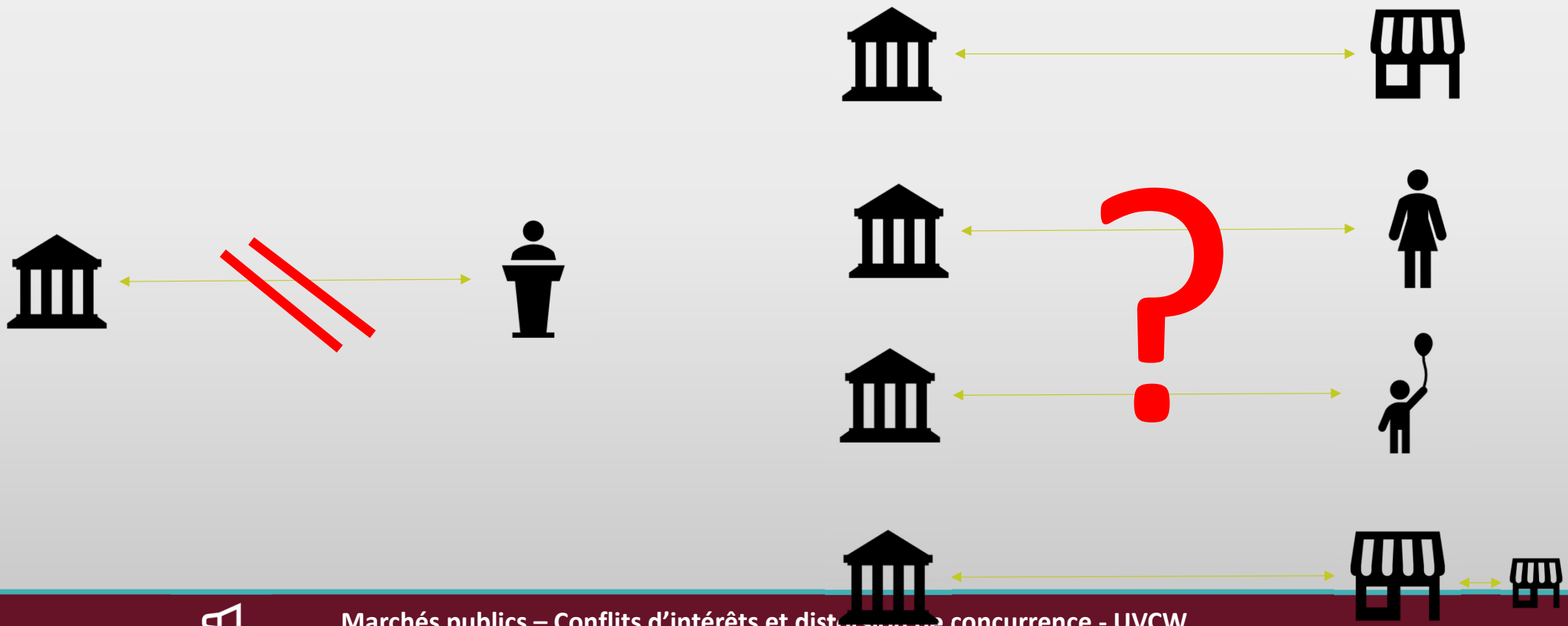
- Intérêt personnel
- Intérêt matériel
- Intérêt né et actuel
- Intérêt direct ou indirect



QUAND ?



# De prendre part au marché public



# CONSÉQUENCES ?

45

Interdiction de siéger/d'attribuer le marché public à la personne concernée



Irrégularité de la délibération



Recours en annulation auprès de la tutelle



Recours en annulation auprès du CE



Responsabilité pénale des personnes concernées – art. 245 du Code pénal



Responsabilité civile des personnes concernées – art. 1382 du Code civil



# COMMENT ?

**Communes** → CDLD : art. L1122-18 > art. 74 du modèle de ROI

**CPAS** → LO CPAS : art. 40 > art. 53 modèle de ROI

**Intercommunales** → CDLD : art. 1<sup>er</sup> de l'annexe modèle de ROI

**SLSP** → art. 12, 14, 23 et 24 du modèle de ROI

« (...) les conseillers communaux s'engagent à :

(...)

- *prévenir les conflits d'intérêts et exercer leur mandat et leurs mandats dérivés dans le but exclusif de servir l'intérêt général ;*
- *déclarer tout intérêt personnel dans les dossiers faisant l'objet d'un examen par l'institution locale et, le cas échéant, s'abstenir de participer aux débats (...) »*



# Références réglementaires

- Code de la démocratie locale et de la décentralisation : art. L1125-10, L1222-5, L1531-2, L1231-10
- Nouvelle loi communale : art. 92
- Décret communal germanophone du 23.4.2018 : art. 26
- Code wallon de l'habitation durable : art. 149
- Loi organique du 8.7.1976 des CPAS : art. 37 et 50
- Loi du 7.12.1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux : art. 27/3
- Loi du 15.5.2007 relative à la sécurité civile : art. 42, 62 et 111
- Code des sociétés et des associations : art. 5:76 à 5:78, 6:64 à 6:66 et 7:96



01

02

03

# Prévenir les situations de conflits d'intérêt : outils et bonnes pratiques

**Fernand Flabat**

Directeur général  
*Waterloo*

**Martine Rademaker**

Directrice financière  
*Oupeye*

**Jordan Berny**

Attaché - juriste  
*SPW Intérieur*





# En conclusion et pour aller plus loin



**Vos supports PPT**  
Plateforme eCampus



**Le réseau des marchés publics**  
<https://www.uvcw.be/reseaux/reseau-marches-publics/home>



**Les replays de nos webinaires MP**  
<https://www.uvcw.be/formations/webinaires>



**Kits numériques**  
Marchés publics notamment  
<http://uvcw.be/espaces/formations/920.cfm>



**Nos formations 2023**

- <https://www.uvcw.be/formations/list/marches-publics>
- Sensibilisation aux marchés publics à l'attention des commerçants et entrepreneurs locaux

