



DECLARATION D'ABSENCE DE CONFLITS D'INTERÊTS- NOTE D'ORIENTATION

Cette note d'orientation a pour vocation d'examiner en profondeur la notion de conflits d'intérêts en général, et la déclaration d'absence de conflit d'intérêts, en particulier, afin de pleinement en saisir les différents enjeux. En effet, l'apparition d'un conflit d'intérêts n'est pas de nature à entacher l'ensemble de la procédure pour autant qu'il ait été correctement traité. Cependant, tout conflit d'intérêts non résolu de manière adéquate dans une procédure de passation de marchés publics a des répercussions sur la régularité même de la procédure. Il entraîne en effet une violation des principes de transparence, d'égalité de traitement et/ou de non-discrimination que tout marché public doit respecter.

1. Qu'est-ce qu'un conflit d'intérêts ?

De manière générale, la notion de conflit d'intérêts regroupe toutes les situations dans lesquelles un jugement professionnel doit être exercé pour le compte ou au nom d'une autre personne qui se trouve en position de compter sur votre jugement alors qu'un intérêt privé légitime peut interférer avec l'exercice approprié de ces responsabilités professionnelles. Plusieurs types de situation de conflits d'intérêts peuvent ainsi être distingués comme suit :

| | CI REEL | CI POTENTIEL | CI APPARENT |
|------------------------|--|---|---|
| Intérêt privé | J'ai un intérêt privé qui peut influencer mon jugement professionnel. | J'ai un intérêt privé qui peut influencer mon jugement professionnel. | Je n'ai pas d'intérêt privé susceptible d'influencer mon jugement professionnel. |
| Jugement Professionnel | Je suis déjà dans une situation où mon jugement professionnel compte. | Je ne suis pas encore dans une situation où mon jugement professionnel compte, mais cela peut arriver dans le futur. | Je suis déjà dans une position où mon jugement professionnel compte et quelqu'un d'autre que moi peut raisonnablement conclure que j'ai un intérêt qui peut m'influencer |
| | RISQUE ACTUEL | RISQUE FUTUR | RISQUE DE REPUTATION |

Au sein du domaine des marchés publics, la notion de « conflit d'intérêts » vise à éviter que des personnes chargées d'intervenir dans la passation et l'exécution d'un marché se laissent guider par des mobiles autres que la défense des intérêts du pouvoir adjudicateur pour lequel elles agissent, dont la bonne gestion des deniers publics. Aussi regroupe-t-elle toutes les situations qui font craindre un avantage **en faveur d'un candidat ou d'un soumissionnaire**. En effet, lorsque le marché public est passé selon une procédure répartie en deux phases, le risque de conflit d'intérêts peut surgir dès le stade des candidatures.

Le principe est que toute personne physique ou morale, liée de quelque manière que ce soit au pouvoir adjudicateur¹ et qui est chargée d'un service public, ne peut intervenir, directement ou indirectement, dans un marché public dès qu'il pourrait se trouver, soit personnellement, soit par personne interposée, dans une situation de conflits d'intérêts avec un candidat ou un soumissionnaire².

Cependant, dans des **circonstances exceptionnelles**, cette interdiction n'est pas d'application lorsqu'elle empêcherait l'adjudicateur de pourvoir à ses besoins. La loi prévoit ainsi un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles un conflit d'intérêts, incompatible avec une saine concurrence, est établi ou présumé.

1.1. En cas de lien de parenté, d'alliance ou de cohabitation légale

La loi présume de manière **irréfragable**³ l'existence d'un conflit d'intérêts lorsqu'il existe :

- Un lien de parenté ou alliance en ligne directe jusqu'au troisième degré ;
- Un lien de parenté ou alliance en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré ;
- Une cohabitation légale ;

Entre, d'une part, un candidat, soumissionnaire ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de l'une des personnes précitées un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle et, d'autre part,

- la personne chargée de la procédure de passation et/ou d'exécution du marché public, ou⁴ ;
- des prestataires de services agissant pour le compte du pouvoir adjudicateur, soit les adjudicataires d'un marché public toujours en cours d'exécution invités en vertu dudit marché à prendre part à la procédure de passation et/ou d'exécution d'un autre marché public⁵. Nous pouvons ainsi citer l'exemple d'un bureau d'études choisi dans le cadre

¹ Sont donc compris les contrats de travail, les prestations à titre gratuit et les personnes liées au pouvoir adjudicateur par un marché public de services lorsque ces dernières exercent une mission de conception, de conseil ou de contrôle d'un marché public.

² Art. 84 de la Directive sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (2014/24/UE) et art. 6, §§1^{er} et 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

³ Par opposition à une présomption non irréfragable, une présomption irréfragable est une supposition de la vérité basée sur certains éléments et dont la preuve contraire n'est pas recevable.

⁴ Art. 6, §3, de la loi du 17 juin 2016.

⁵ Art. 145 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

d'un marché public antérieur et invité à participer dans ce cadre à la procédure de passation d'un marché de travaux.

Si l'une de ces situations est rencontrée et ce, quels que soient la nature exacte des liens entre les personnes concernées⁶, la personne chargée de la gestion du marché public a l'**obligation de se récuser**⁷. Cette récusation devra se faire en informant **par écrit et sans délai** l'organe compétent du pouvoir adjudicateur de leur situation⁸.

1.2. En cas de position d'associé actif, de direction ou de gestion

La loi prévoit une deuxième hypothèse présumée présenter de **manière irréfragable** un conflit d'intérêts, à savoir lorsque la personne chargée de tout ou partie de la gestion du marché public, lui-même ou par personne interposée :

- soit est propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires ;
- soit exerce, en droit ou en fait, un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle sur l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires⁹.

Il peut s'agir tant d'un employé ou membre du pouvoir adjudicateur que d'un prestataire de services agissant dans le cadre d'un autre marché public¹⁰. Ici aussi, la personne concernée est **tenue de se récuser par écrit et sans délai** auprès de l'organe compétent du pouvoir adjudicateur et ce, quel que soit la matérialité de cette position¹¹.

1.3. En cas de détention d'une part de capital social

Une nouvelle présomption d'existence d'un conflit d'intérêts consiste en la **détention** par une personne participant à la passation et/ou à l'exécution d'un marché public, de **cinq pour cent au moins du capital social** d'une entreprise candidate ou soumissionnaire. Ici aussi, la personne concernée peut être tant un employé ou membre du pouvoir adjudicateur qu'un prestataire de services agissant dans le cadre d'un autre marché public¹².

Dans ce cas, la personne concernée doit **informer** le pouvoir adjudicateur sur sa situation¹³. Cette présomption n'étant pas irréfragable, le pouvoir adjudicateur devra **apprécier au cas par cas** s'il y a ou non risque qu'un conflit d'intérêts survienne et devra prendre ses dispositions en conséquence. De ce fait, tout lien en capital n'entraîne pas nécessairement un conflit d'intérêts.

⁶ Ex : frère plus revu depuis un certain temps, couple en cours de divorce,...

⁷ Art. 6, §3, de la loi du 17 juin 2016.

⁸ *Ibidem*

⁹ Art. 6, §3, 2° de la loi du 17 juin 2016.

¹⁰ Art. 145 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹¹ Art. 6, §3, 2° de la loi du 17 juin 2016.

¹² Art. 145 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹³ Art. 6 §4 de la loi du 17 juin 2016.

1.4. En cas de participation à la mise en place du marché concerné

La loi instaure une nouvelle limitation ayant pour but d'éviter qu'une personne cumulant des activités de bureau d'études et d'entrepreneur prenne part, dans des conditions déloyales, à la procédure d'attribution dont elle a assuré la préparation, l'étude ou la conception et que par conséquent, la règle de l'égalité des soumissionnaires soit méconnue. L'accès à la procédure de passation du marché public est donc formellement contrôlée et limitée pour tout candidat ou soumissionnaire qui :

- Soit a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit dans le cadre ou non des consultations préalables du pouvoir adjudicateur en vue de préparer la passation du marché public¹⁴ ;
- Soit a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation du marché public¹⁵ ;
- Soit est une entreprise liée à une personne ayant accompli l'une des missions précédemment décrites. Ce lien doit consister en une influence dominante directe ou indirecte de l'entreprise sur la personne ou de la personne sur l'entreprise¹⁶. L'existence de cette **influence dominante**¹⁷ est présumée de manière non irréfragable lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise:
 - Détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise, ou ;
 - Dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou ;
 - Peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Toutefois, la présomption de conflit d'intérêts est dans ce cas contestable, la législation prévoyant une série de mesures permettant de rétablir l'égalité de traitement entre les candidats et les soumissionnaires. Il reviendra au pouvoir adjudicateur à estimer la situation au cas par cas. Ces mesures seront détaillées dans un chapitre postérieur.

1.5. En cas de « Tourniquet » ou de participation d'un ancien membre du pouvoir adjudicateur à un marché public comme candidat ou soumissionnaire

Complétant la loi du 17 juin 2016, l'arrêté royal du 18 avril 2017 instaure de manière **irréfragable** une nouvelle hypothèse de conflit d'intérêts dans le chef de personnes ayant travaillé pour le pouvoir adjudicateur à une date antérieure à la passation du marché public¹⁸. Plus précisément, le candidat ou soumissionnaire doit être une personne physique ayant travaillé pour le pouvoir adjudicateur en tant que :

¹⁴ Art. 52 §1 de la loi du 17 juin 2016.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ Art. 52 §1, al. 3 de la loi du 17 juin 2016.

¹⁷ Art. 2, 2^o de la loi du 17 juin 2016.

¹⁸ Art. 10 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017.

- Collaborateur interne, dans un lien hiérarchique ou non, ou ;
- Fonctionnaire concerné, ou ;
- Officier public, ou ;
- Toute personne liée à un pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit ;

Pour qu'un conflit d'intérêts soit avéré, deux autres conditions doivent être réunies :

- L'existence d'un lien entre les précédentes activités que la personne susmentionnée a prestées pour le pouvoir adjudicateur et ses activités dans le cadre du marché ;
- Une période de moins de deux ans doit s'être écoulée entre le départ de la personne susmentionnée de son emploi auprès du pouvoir adjudicateur et la date de passation du marché public. Au-delà de cette période, la présomption de conflit d'intérêts disparaît.

1.6. En cas de participation d'un membre du pouvoir adjudicateur à un marché public comme candidat ou soumissionnaire

Un membre du pouvoir adjudicateur peut parfaitement se porter candidat ou soumissionnaire à un marché public lancé par le pouvoir adjudicateur pour lequel il travaille, pour autant que :

- **L'intéressé ne participe à aucune des décisions** prises par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur quant au marché ;
- Il n'est **pas démontré que l'intéressé aurait influencé ou tenté d'influencer** de manière partisane les décisions de l'organe compétent¹⁹.

1.7. En cas d'application d'autres règles propres à l'organisme concerné

Le régime organisé par la législation sur les marchés publics présenté ci-avant n'est pas exclusif d'autres règles qui stipuleraient des interdictions concurrentes visant à prévenir l'existence de tout conflit d'intérêts. Le cas échéant, il convient de les cumuler. A titre d'exemple, ne peuvent prendre part à un aucun marché public lancé par leurs organismes respectifs les échevins communaux et le bourgmestre²⁰, les administrateurs des intercommunales²¹, les membres du Conseil de l'Aide Sociale et les personnes qui, en vertu de la loi, peuvent assister aux séances dudit Conseil²²,...

¹⁹ Mons, 21 janvier 2008, *Juridat*.

²⁰ Art. 92 de la nouvelle loi communale du 24 juin 1988.

²¹ Art. 18, 2° de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales.

²² Art. 37 et 50 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale.

2. Quelles mesures prendre si un risque de conflit d'intérêts est détecté ou si un conflit d'intérêts est déclaré/découvert avant ou pendant la procédure?

2.1. Généralités

Si un risque de conflit d'intérêts est détecté ou si un conflit d'intérêts est déclaré ou découvert avant ou pendant la procédure, il convient de prendre des mesures pertinentes afin de sauvegarder la procédure de passation ou d'exécution de marchés publics. **Le pouvoir adjudicateur devra être attentif au strict respect du principe d'égalité des soumissionnaires.** Il lui appartient en particulier de prendre toute mesure raisonnable pour s'assurer que ses décisions échappent au favoritisme.

Différentes actions sont envisageables, en fonction de **l'existence ou non d'une déclaration d'absence de conflit d'intérêts**, de la **nature du conflit** et du **stade atteint dans la procédure**. Pour une plus grande clarté, nous distinguerons ainsi les conflits d'intérêts

- détectés, déclarés ou découverts lors de la procédure de passation des marchés publics,
- surgissant lors de la procédure d'exécution des marchés publics.

2.2. Lors de la procédure de passation des marchés publics

2.2.1. Examen des faits et demande d'informations complémentaires

Avant toute chose, il convient d'examiner attentivement la situation afin de déterminer précisément **l'impact effectif** du conflit d'intérêts détecté sur la procédure de passation du marché public concerné.

Le cas échéant, l'examen des faits pourra être effectué par le biais d'une demande d'informations complémentaires à la personne concernée afin de clarifier au mieux la situation. A cet égard, il est à noter que la réglementation sur les marchés publics impose une telle démarche auprès de deux types de personnes bien spécifiques et ce, avant que toute mesure ne soit prise à leur rencontre.

- i. A l'égard des candidats ou soumissionnaires ayant préalablement donné leur avis au pouvoir adjudicateur ou participé d'une autre façon à la procédure de passation du marché public, ou liés à une telle personne*

Lorsqu'un tel cas se présente et que le pouvoir adjudicateur envisage d'exclure le candidat ou le soumissionnaire concerné de la procédure, celui-ci a l'obligation d'inviter par écrit le candidat ou le soumissionnaire à fournir également par écrit les justifications pertinentes qui lui

permettraient d'établir **que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence**²³.

Pour être recevables, les justifications sont transmises au pouvoir adjudicateur dans les douze jours calendrier à compter de la demande du pouvoir adjudicateur, à moins que celle-ci ne mentionne un délai plus long²⁴.

ii. A l'égard d'un prestataire de services pouvant se trouver ou se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis d'un candidat ou d'un soumissionnaire

La situation concerne les prestataires de service, soit les adjudicataires d'un marché public toujours en cours d'exécution invités en vertu dudit marché à prendre part à la procédure de passation et/ou d'exécution d'un autre marché public²⁵.

Si le prestataire de services **informe de lui-même** le pouvoir adjudicateur de la situation de conflit d'intérêts, ce dernier a l'obligation d'effectuer des vérifications quant au bien-fondé de ce conflit d'intérêts en tenant compte des informations et des justifications recueillies auprès du prestataire de services et ce, avant toute autre mesure²⁶.

Si le prestataire de services **n'en a pas informé** le pouvoir adjudicateur, ce dernier doit inviter par courrier recommandé ou par envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi, le prestataire de services à fournir dans un délai de douze jours à compter de la date d'envoi de la demande, des justifications adéquates²⁷.

Suite à cet examen des faits et au recueil des informations, la réaction du pouvoir adjudicateur différera en fonction du caractère irréfragable ou non de la présomption concernée et des informations ainsi obtenues.

²³ Art. 52, §2 de la loi du 17 juin 2016.

²⁴ Art. 52, §2, al.2 de la loi du 17 juin 2016.

²⁵ Art. 145 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

²⁶ Art. 145, §1^{er} de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

²⁷ Art. 145, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

2.2.2. Adoption de mesures appropriées

De manière générale, il transparaît de plusieurs articles de la législation qu'en cas de conflit d'intérêt la priorité est accordée à l'adoption par le pouvoir adjudicateur de mesures appropriées et le moins intrusives possibles²⁸. Dans le cas où un candidat, un soumissionnaire ou une entreprise qui leur est liée a donné un avis au pouvoir adjudicateur ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation du marché public, l'article 52 de la loi du 17 juin 2016 prévoit ainsi spécifiquement plusieurs mesures que le pouvoir adjudicateur a la possibilité de prendre.

i. Communication aux autres candidats ou soumissionnaires d'informations utiles

Le pouvoir adjudicateur peut **communiquer** à l'ensemble des candidats et soumissionnaires des **informations utiles échangées** dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire ayant participé à la préparation de la procédure de passation du marché public concerné, ou résultant de cette participation. Ce faisant, il **compense** l'apparition des conditions d'un conflit d'intérêts potentiel et rétablit une **égalité de traitement** entre l'ensemble des candidats et soumissionnaires²⁹.

ii. Fixation de délais adéquats pour la réception des offres

Toujours en vue de compenser l'apparition des conditions d'un conflit d'intérêts potentiel et de rétablir une égalité de traitement entre l'ensemble des candidats et soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut **fixer des délais adéquats pour la réception des offres**³⁰. Autrement dit, les délais établis par le pouvoir adjudicateur doivent être **de nature à permettre à l'ensemble des candidats ou soumissionnaires intéressés de répondre adéquatement à l'offre**, qu'ils aient ou non participé à la préparation de la procédure de passation du marché public.

iii. OBLIGATION pour les marchés atteignant les seuils européens

Pour les marchés dont le montant atteint les seuils européens, le pouvoir adjudicateur a l'**obligation** de consigner **par écrit** les mesures adoptées³¹.

²⁸ Art. 52 et 69, 5° de la loi du 17 juin 2016

²⁹ Art. 52, 1^{er}, al. 2 de la loi du 17 juin 2016

³⁰ Art. 52, 1^{er}, al. 2 de la loi du 17 juin 2016

³¹ Art. 52, 1^{er} de la loi du 17 juin 2016

2.2.3. Récusation de la personne sujette au conflit d'intérêts de la procédure de passation

i. *Principe de la récusation*

Une fois l'examen des faits et, le cas échéant, le recueil des informations effectués, la récusation d'une personne participant à la procédure de passation de la procédure devra être envisagée non seulement **en cas de conflit d'intérêts effectif** avec l'un des candidats ou soumissionnaires, mais également lorsqu'il existe des motifs permettant de **douter de son impartialité**. La personne concernée peut être un membre du personnel du pouvoir adjudicateur ou faire partir des experts externes.

Exceptionnellement, il peut s'avérer impossible de récuser un agent ou un expert faute de ressources suffisantes ou en raison d'une pénurie de spécialistes dans certains domaines. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra veiller à trancher en toute transparence, à fixer des limites précises à l'intervention de l'employé ou de l'expert concerné et à fonder sa décision finale sur des preuves objectives et concluantes.

ii. *Les personnes visées par la récusation*

En vertu de la législation spécifique aux marchés publics, **doivent être récusés** au moins toute personne travaillant pour le pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit et :

- possédant un lien de parenté, d'alliance ou de cohabitation légale, ou ;
- se trouvant en position d'associé actif, de direction ou de gestion, ou ;
- détenant au minimum 5% du capital social d'une entreprise candidate ou soumissionnaire.

iii. *Le cas particulier des prestataires de services*

Pour rappel, un prestataire de services est l'adjudicataire d'un marché public toujours en cours d'exécution invité, en vertu dudit marché à prendre part activement à la procédure de passation et/ou d'exécution d'un autre marché public. Toutefois, l'apparition d'un conflit d'intérêts entre ledit prestataire de services et l'un des candidats ou soumissionnaires rend désormais impossible l'exécution de sa mission. Aussi, la loi prévoit-elle un sort particulier au marché public auquel est soumis le prestataire de services, en distinguant deux situations particulières.

Si le prestataire de services a informé de lui-même le pouvoir adjudicateur de l'existence ou de la possibilité d'un conflit d'intérêts entre celui-ci et l'un des candidats ou soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur **a la possibilité de mettre fin sans indemnité** au marché public dont est chargé ledit prestataire. Préalablement, il a toutefois l'obligation de procéder aux

vérifications imposées par la situation³². En cas de résiliation, un **état des prestations exécutées** sera établi en vue de leur paiement au prestataire de services³³.

Si le prestataire de services n' en pas informé lui-même le pouvoir adjudicateur, selon les cas, a la **possibilité d'annuler** le marché de services concerné après avoir effectué une demande de justifications suivant les règles imposées par la loi³⁴. **L'absence de réponse** dans un délai de 12 jours calendrier à l'interpellation qui lui a été adressée par le pouvoir adjudicateur ou des **justifications non pertinentes** équivalent à une absence de justifications et exposent l'auteur de projet à la **non rémunération des prestations effectuées** à partir du moment où il a, ou aurait dû avoir, connaissance de la cause d'incompatibilité³⁵.

A sa discrétion, le pouvoir adjudicateur pourra **disposer librement des études faites ou en cours et des rapports établis par le prestataire de services** dont le contrat est annulé.

iv. Les modalités de la récusation

Cette récusation peut s'effectuer volontairement par la personne elle-même. Dans ce cas, elle doit s'opérer **sans délais et par écrit**. Cette formalisation écrite doit permettre de vérifier que la récusation est intervenue en temps utile, c'est-à-dire avant qu'il n'y ait un conflit d'intérêts effectif ayant faussé ou empêcher le jeu normal des règles de concurrence et d'égalité de traitement. Elle peut également intervenir par l'entremise du pouvoir adjudicateur qui écarte séance tenante la personne concernée de la procédure de passation.

Enfin, la récusation d'une personne participant à la procédure de passation d'un marché public s'accompagnera automatiquement **d'une modification de la répartition des fonctions et des responsabilités au sein du personnel**. Tout conflit d'intérêts peut ainsi être neutralisé de façon satisfaisante et respectueuse du principe de l'égalité des soumissionnaires, en écartant la ou les personnes physiques dans le chef desquelles réside l'intérêt commun, cause de suspicion d'un favoritisme. Il peut ainsi être plus raisonnable de prendre des mesures d'interdiction sélective, en n'écartant que les personnes physiques les plus influentes et en leur substituant des fonctionnaires ou d'autres professionnels dont l'autonomie et la neutralité sont davantage garanties.

³² Voir à ce sujet le chapitre consacré à l'« Examen des faits et demande d'informations complémentaires »

³³ Art. 145, §1er de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

³⁴ Voir à ce sujet le chapitre consacré à l'« Examen des faits et demande d'informations complémentaires »

³⁵ Art. 145, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

2.2.4. Exclusion d'un candidat ou soumissionnaire de la procédure de passation

L'exclusion d'un candidat ou soumissionnaire de la procédure de passation d'un marché public n'est pas une mesure automatique à prendre dès qu'un conflit d'intérêts ou la possibilité qu'un tel conflit intervienne, ne se présente. De fait, l'article 69, 5° de la loi du 17 juin 2016 prévoit expressément qu'un candidat ou soumissionnaire ne peut être exclu par le pouvoir adjudicateur de la procédure de passation que **lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts par d'autres mesures moins intrusives**. Toutefois, nous la recommandons tout particulièrement dans trois situations.

i. Les règles de la concurrence et de l'égalité de traitement ont été faussées

Il y a lieu d'écarter une candidature ou une soumission si, lors de la procédure d'attribution, les règles de la concurrence et/ou de l'égalité de traitement ont été effectivement altérées. C'est par exemple le cas lorsque :

- des critères d'appréciation différemment pondérés ont été mis en œuvre ;
- il apparaît que la conformité technique de l'offre du soumissionnaire lié fut examinée avec moins de sévérité que celle affichée à l'égard d'autres soumissionnaires ;
- il apparaît que du fait de l'intervention de l'auteur de projet, des spécifications techniques avantageant un concurrent ont été glissées dans le cahier spécial des charges ;
- ...

Il convient alors soit d'écarter le candidat ou le soumissionnaire ainsi avantageé ou d'annuler la procédure de passation pour mieux la recommencer.

ii. A l'égard des candidats ou soumissionnaires ayant préalablement donné leur avis au pouvoir adjudicateur ou participé d'une autre façon à la procédure de passation du marché public, ou liés à une telle personne

Dans un tel cas, l'exclusion n'est **pas automatique** et doit s'apprécier au cas par cas. En effet, pour être exclue, la personne visée doit retirer de prestations précédentes ou de ses liens avec une personne ayant participé à la préparation du marché, **un avantage qui empêche ou qui fausse les conditions normales de concurrence**³⁶. Pour établir l'existence d'une telle condition, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des justifications pertinentes à la personne concernée³⁷.

³⁶ Art. 52, §2 de la loi du 17 juin 2016.

³⁷ Voir à ce sujet le chapitre consacré à l'« Examen des faits et demande d'informations complémentaires »

En ce qui concerne les « **entreprises liées** », il est à noter que l'influence dominante dûment constatée ne suffit pas à remplir cette condition et ainsi écarter le candidat ou le soumissionnaire. Il faut en outre qu'en raison de cette influence dominante attachée à sa qualité d'entreprise liée au concepteur, l'entreprise en tire pour le marché considéré un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

iii. En cas de « Tourniquet » ou de participation d'un ancien membre du pouvoir adjudicateur a un marché public comme candidat ou soumissionnaire

Doit également être exclu de la procédure de passation du marché, le candidat ou soumissionnaire dont la personne qui intervient dans le cadre du marché public est une personne physique ayant travaillé pour le pouvoir adjudicateur³⁸ en tant que :

- Collaborateur interne, dans un lien hiérarchique ou non, ou ;
- Fonctionnaire concerné, ou ;
- Officier public, ou ;
- Toute personne liée à un pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit ;

Et pour autant que les conditions suivantes soient réunies :

- L'existence d'un lien entre les précédentes activités que la personne susmentionnée a prestées pour le pouvoir adjudicateur et ses activités dans le cadre du marché ;
- Une période de moins de deux ans doit s'être écoulée entre le départ de la personne susmentionnée de son emploi auprès du pouvoir adjudicateur et la date de passation du marché public. Au-delà de cette période, la présomption de conflit d'intérêts disparaît ;
- Il ne peut être remédié au conflit d'intérêts par d'autres mesures moins intrusives³⁹.

³⁸ Art. 10 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017.

³⁹ Art. 69 de la loi du 17 juin 2016

2.2.5. Annulation de la procédure de passation du marché public

Le cas échéant, une fois la récusation ou l'exclusion opérée, l'organe compétent doit prendre les mesures nécessaires, propres à chaque cas d'espèce afin de sauvegarder les règles de concurrence et d'égalité de traitement. Il est à noter que les conséquences d'un conflit d'intérêts varient considérablement en fonction du type de procédure choisi et du stade de passation dans lequel nous nous trouvons lorsque celui-ci est mis au grand jour.

Dans l'hypothèse où le problème apparaît dans le cadre d'une **procédure d'adjudication**, le principe de l'attribution, en principe automatique, au soumissionnaire le moins-disant, réduit considérablement le pouvoir d'appréciation des personnes appelées à classer les offres. Ce faisant, il sera normalement assez aisé pour le pouvoir adjudicateur de poursuivre la procédure d'attribution en dehors de toute intervention de l'auteur de projet ou du bureau de consultance concerné par la cause d'interdiction. Si, à l'occasion de l'examen des offres, surgissent des problèmes d'appréciation de leur conformité, il s'indiquera, bien évidemment, de ne pas laisser l'auteur de projet intervenir dans l'appréciation de cette question ou d'écarter les personnes physiques dont la présence ou l'intervention sont de nature à nuire à une appréciation neutre.

S'il s'agit **d'un appel d'offres ou d'une procédure négociée** qui requiert une appréciation du caractère le plus intéressant des offres régulières remises, il y aura bien entendu lieu d'écarter l'auteur de projet ou, à tout le moins, les personnes physiques concernées par l'interdiction, de la mission de vérifier les soumissions et de surveiller l'exécution du marché. Cette mission devrait être assumée par des agents du pouvoir adjudicateur ou par d'autres auteurs de projet.

Ainsi, si la récusation est intervenue **en temps utile** et que la personne concernée est dûment écartée de la procédure, le marché public peut suivre son cours, tout risque de conséquences négatives étant ainsi écartées. **Dans le cas contraire, celui-ci devra être annulé et recommencé.**

2.3. Lors de la procédure d'exécution des marchés publics

2.3.1. Examen des faits et demande d'informations complémentaires

Il convient avant toute chose d'examiner attentivement la situation afin de déterminer précisément l'**impact effectif** du conflit d'intérêts détecté sur la procédure **tant de passation du marché public concerné que d'exécution**. En effet, un conflit d'intérêts peut intervenir lors de la phase d'exécution d'un marché public, alors que la phase de passation est terminée. Le cas échéant, l'examen des faits pourra être effectué par le biais d'une demande d'informations complémentaires à la personne concernée afin de clarifier la situation au mieux.

A cet égard, il est à noter que la réglementation sur les marchés publics impose une telle démarche **à l'égard d'un prestataire de services pouvant se trouver ou se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis d'un adjudicataire** alors qu'il a été chargé de tout ou partie de l'exécution dudit marché public. La situation ici couverte par la loi concerne les prestataires de service, soit les adjudicataires d'un marché public toujours en cours d'exécution invités en vertu dudit marché à prendre part à la procédure de passation et/ou d'exécution d'un autre marché public⁴⁰. Ces derniers ne peuvent en effet se trouver dans des situations de conflit d'intérêts en lien avec les futurs candidats ou soumissionnaires, telles que celles-ci sont prévues dans la législation, à savoir :

- En cas de lien de parenté, d'alliance ou de cohabitation légale ;
- En cas de position d'associé actif, de direction ou de gestion ;
- En cas de détention d'un minimum de 5% du capital social de l'adjudicataire ;

Si le prestataire de services **informe de lui-même** le pouvoir adjudicateur de la situation de conflit d'intérêts (ce dont il a par ailleurs l'obligation), ce dernier a l'obligation d'effectuer des vérifications quant au bien-fondé de ce conflit d'intérêts en tenant compte des informations et des justifications recueillies auprès du prestataire de services et ce, avant toute autre mesure⁴¹.

Si le prestataire de services **n'en a pas informé** le pouvoir adjudicateur, ce dernier doit inviter par courrier recommandé ou par envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi, le prestataire de services à fournir dans un délai de douze jours à compter de la date d'envoi de la demande, des justifications adéquates⁴².

Suite à cet examen des faits et au recueil des informations, la réaction du pouvoir adjudicateur différera en fonction du caractère irréfragable ou non de la présomption concernée, des informations ainsi obtenues et des conséquences effectives du conflit d'intérêts sur la gestion des deniers publics.

⁴⁰ Art. 145 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

⁴¹ Art. 145, §1^{er} de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

⁴² Art. 145, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

2.3.2. Récusation de la personne sujette au conflit d'intérêts de la procédure d'exécution du marché public

i. Principe de la récusation

Une fois l'examen des faits et, le cas échéant, le recueil des informations effectués, la récusation d'une personne participant à la procédure d'exécution de la procédure devra être envisagée non seulement **en cas de conflit d'intérêts effectif** avec l'adjudicataire, mais également lorsqu'il existe des motifs permettant de **douter de son impartialité**. La personne concernée peut être un membre du personnel du pouvoir adjudicateur ou faire partir des experts externes.

Exceptionnellement, il peut s'avérer impossible de récuser un agent ou un expert faute de ressources suffisantes ou en raison d'une pénurie de spécialistes dans certains domaines. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra veiller à trancher en toute transparence, à fixer des limites précises à l'intervention de l'employé ou de l'expert concerné et à fonder sa décision finale sur des preuves objectives et concluantes.

ii. Les personnes visées par la récusation

En vertu de la législation spécifique aux marchés publics, **doivent être récusés** au moins toute personne travaillant pour le pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit et :

- possédant un lien de parenté, d'alliance ou de cohabitation légale avec l'adjudicataire, ou ;
- se trouvant en position d'associé actif, de direction ou de gestion de l'adjudicataire, ou ;
- détenant au minimum 5% du capital social d'une entreprise adjudicataire.

iii. Le cas particulier des prestataires de service

Pour rappel , un prestataire de services est l'adjudicataire d'un marché public toujours en cours d'exécution invité, en vertu dudit marché à prendre part activement à la procédure de passation et/ou d'exécution d'un autre marché public. Toutefois, l'apparition d'un conflit d'intérêts entre ledit prestataire de services et l'un des candidats ou soumissionnaires rend désormais impossible l'exécution de sa mission. Aussi, la loi prévoit-elle un sort particulier au marché public auquel est soumis le prestataire de services, en distinguant deux situations particulières.

Si le prestataire de services a informé de lui-même le pouvoir adjudicateur de l'existence ou de la possibilité d'un conflit d'intérêts entre celui-ci et l'un des candidats ou soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur **a la possibilité de mettre fin sans indemnité** au marché public dont est chargé ledit prestataire. Préalablement, il a toutefois l'obligation de procéder aux

vérifications imposées par la situation⁴³. En cas de résiliation, un **état des prestations exécutées** sera établi en vue de leur paiement au prestataire de services⁴⁴.

Si le prestataire de services n' en pas informé lui-même le pouvoir adjudicateur, selon les cas, a la **possibilité d'annuler** le marché de services concerné après avoir effectué une demande de justifications suivant les règles imposées par la loi⁴⁵. **L'absence de réponse** dans un délai de 12 jours calendrier à l'interpellation qui lui a été adressée par le pouvoir adjudicateur ou des **justifications non pertinentes** équivalent à une absence de justifications et exposent l'auteur de projet à la **non rémunération des prestations effectuées** à partir du moment où il a, ou aurait dû avoir, connaissance de la cause d'incompatibilité⁴⁶.

A sa discrétion, le pouvoir adjudicateur pourra **disposer librement des études faites ou en cours et des rapports établis par le prestataire de services** dont le contrat est annulé.

iv. Les modalités de la récusation

Cette récusation peut s'effectuer volontairement par la personne elle-même. Dans ce cas, cette récusation doit s'opérer **sans délais et par écrit**. Cette formalisation écrite doit permettre de vérifier que la récusation est intervenue en temps utile, c'est-à-dire avant qu'il n'y ait un conflit d'intérêts effectif ayant faussé les règles d'égalité de traitement et de bonne gestion des deniers publics. Elle peut également intervenir par l'entremise du pouvoir adjudicateur qui écarte séance tenante la personne concernée de la procédure d'exécution. Enfin, la récusation d'une personne participant à la procédure de passation d'un marché public s'accompagnera automatiquement d'une **modification de la répartition des fonctions et des responsabilités au sein du personnel**.

2.3.3. Annulation de la décision d'attribution du marché public

Le cas échéant, une fois la récusation ou l'exclusion opérée, l'organe compétent doit prendre les mesures nécessaires, propres à chaque cas d'espèce afin de s'assurer que les règles de concurrence et d'égalité de traitement ont bien été respectées lors de la procédure de passation et que l'exécution du marché respecte la bonne gestion des deniers publics. Il est à noter que les conséquences d'un conflit d'intérêts découverts lors de la phase d'exécution d'un marché public varient considérablement en fonction du type de procédure choisi et du stade de la procédure dans laquelle nous nous trouvons.

Si le conflit d'intérêts est de nature à **n'entacher que l'exécution du marché public** et n'a eu aucune conséquence lors de la procédure de passation, il suffira d'écarter la personne concernée pour que la procédure puisse continuer son cours.

⁴³ Voir à ce sujet le chapitre consacré à l'« Examen des faits et demande d'informations complémentaires »

⁴⁴ Art. 145, §1er de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

⁴⁵ Voir à ce sujet le chapitre consacré à l'« Examen des faits et demande d'informations complémentaires »

⁴⁶ Art. 145, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Par contre, si ledit conflit d'intérêts a eu pour effet d'empêcher ou de fausser effectivement la concurrence et l'égalité de traitement lors de la procédure de passation alors que celle-ci est d'ores et déjà clôturée, il conviendra **d'annuler l'acte administratif attribuant le marché et de recommencer la procédure**⁴⁷.

2.4. Conclusions

Tout conflit d'intérêts n'engendre pas nécessairement l'irrégularité généralisée de la procédure de passation ou d'exécution du marché public concerné, pour autant qu'il y ait été répondu de manière adéquate. A cet égard, nous retiendrons que les mesures prises doivent viser à garantir les principes suivants :

- La concurrence entre les candidats et soumissionnaires ;
- L'égalité de traitement entre les candidats ou les soumissionnaires ;
- La bonne gestion des deniers publics.

Ainsi, il est recommandé de **consigner par écrit** l'ensemble des mesures prises en réaction à des situations de conflit d'intérêts dans une procédure de passation de marchés publics. Le pouvoir adjudicateur sera particulièrement attentif à motiver soigneusement, en fait et en droit, sa décision afin d'éviter toute sanction future de l'autorité de Gestion.

En revanche, il est illégal de prendre part à une procédure de passation de marchés en ayant connaissance d'une situation de conflits d'intérêts et ce, sans y avoir remédié d'une manière ou d'une autre. En effet, tant les personnes directement concernées par le conflit d'intérêts que le pouvoir adjudicateur s'exposent à de lourdes sanctions. Aussi, est-il indispensable de déclarer tout conflit d'intérêts potentiel avant de participer à une procédure de passation de marchés et de prendre les mesures préventives qui s'imposent.

⁴⁷ Arrêt Sintra, Conseil d'Etat du 16 mai 1986, n° 26545 in *E.D.*, 1992, pp. 117 et s. et arrêt s.a. Fabricom Air Conditioning-Air & Chaleur, Conseil d'Etat, 29 novembre 1990, n°35.909, in *E.D.*, 1991, pp. 133 et s.

3. Quels sont les objectifs de la déclaration d'absence de conflits d'intérêts ?

La déclaration d'absence de conflits d'intérêts mise à disposition des porteurs de projet par l'Autorité de Gestion est un outil de prévention des conflits d'intérêts, conçu pour :

- Sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs et les personnes invitées à prendre part aux marchés publics, aux risques qu'impliquent ces conflits ;
- Mettre en lumière les secteurs à risque ;
- Protéger les employés de toute accusation ultérieure de non-déclaration de conflit d'intérêts ;
- Dans le cadre particulier du FEDER, préserver de toute irrégularité les procédures de passation de marché et les projets cofinancés et, ce faisant, sauvegarder les intérêts financiers du porteur de projet, de l'Union Européenne et des Etats membres.

4. Qui a la responsabilité de remplir et de signer la déclaration ?

Toute personne participant à l'une des étapes de la procédure de passation de marchés publics (préparation, élaboration, mise en œuvre ou clôture) doit signer une déclaration d'absence de conflit d'intérêts et la remettre au responsable de la procédure de passation. Ce dernier ou la personne chargée d'introduire les demandes de paiement dans le système IRISBOX devra alors la(es) remettre à l'Autorité de Gestion lors du dépôt de la demande de paiement attenante au marché concerné en même temps que les autres documents du marché.

Le cas échéant, cette obligation s'applique au moins aux personnes suivantes:

- le responsable du pouvoir adjudicateur et toute personne à laquelle il délègue ses fonctions;
- les membres du conseil d'administration;
- le personnel prenant part à la préparation et à la rédaction du dossier du marché public;
- les membres du comité d'évaluation ;
- tout expert exécutant des tâches en relation avec la préparation du dossier d'appel d'offres et/ou l'évaluation des offres.

5. À quel stade de la procédure de passation la déclaration doit-elle être remplie?

Le dépôt d'une déclaration d'absence de conflit d'intérêts est envisageable à tous les stades de la procédure de passation de marchés (préparation, évaluation, suivi et clôture).

Le gestionnaire responsable de la passation des marchés a également pour responsabilité de faire remplir une déclaration d'absence de conflit d'intérêts à toute personne amenée à participer à une procédure de passation de marchés et de collecter les déclarations.

Le gestionnaire doit ce faisant s'assurer que la personne concernée est bien consciente de la nécessité de déclarer sans délai tout changement de situation. En effet, une déclaration de conflit d'intérêts peut être rédigée à tout moment et en tant que de besoin, de manière libre ou suivant un modèle préexistant.

Il est à noter que les conflits d'intérêts peuvent évoluer avec le temps. Il peut ainsi arriver qu'un agent responsable de la passation des marchés n'ait aucun conflit d'intérêts- effectif, potentiel ou apparent- au début d'une procédure mais que la situation change en cours de route. Par exemple, l'un des membres de sa famille, voire lui-même, est embauché par l'un des soumissionnaires potentiels. Parce que les circonstances changent en permanence, il est indispensable d'assurer le suivi et la mise à jour des déclarations d'absence de conflit d'intérêts.

Lorsqu'il est amené à prendre connaissance de **nouvelles informations** au cours de la procédure⁴⁸ ou que **le contexte évolue**⁴⁹, l'employé doit immédiatement déclarer le conflit d'intérêts potentiel, apparent ou effectif à son supérieur hiérarchique en utilisant le modèle mis à disposition par l'Autorité de Gestion. Il doit être écarté de la suite de la procédure et toutes les étapes de la procédure auxquelles il a participé doivent, si nécessaire et dans la mesure du possible, être de nouveau accomplies.

Il serait par ailleurs souhaitable que l'organisme tienne un **registre des déclarations de conflit d'intérêts** pour la procédure de passation de marchés concernée.

⁴⁸ Par exemple, de nouvelles informations sur des opérateurs économiques proposés en qualité de sous-traitants.

⁴⁹ Par exemple, formation d'une relation juridique ou de faits qui n'existaient pas au début de la procédure,...

6. Quelles sanctions appliquer si une personne omet de révéler un conflit d'intérêts ?

Tout conflits d'intérêts non résolu de manière adéquate dans une procédure de passation de marchés publics a des répercussions sur la régularité même de la procédure. Il entraîne une violation des principes de transparence, d'égalité de traitement et/ou de non-discrimination que tout marché public doit respecter.

De manière générale, la loi ne prévoit cependant pas les sanctions à appliquer en cas de violation des interdictions édictées. L'absence de sanctions automatique, du vœu même du législateur, emporte que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à l'incidence de l'irrégularité et par conséquent quant à la sanction qu'il y a lieu d'y réserver. L'appréciation se fera au cas par cas.

Nous avons cependant pu relever les sanctions suivantes.

6.1.Sanction administrative appliquée au pouvoir adjudicateur

En cas de conflit d'intérêts avéré ayant eu un impact sur les principes de concurrence, d'égalité de traitement et/ou de non-discrimination, une correction financière de 100% du montant du marché sera appliquée par l'autorité de Gestion, de Certification et d'Audit. Autrement dit, la région de Bruxelles-Capitale et le FEDER ne financeront aucun des frais liés au marché mis en cause. Si le financement de tels frais avait déjà été entamé, leur remboursement intégral serait automatiquement réclamé.

6.2.Sanctions disciplinaires appliquées au membre du personnel du pouvoir adjudicateur

Certains pouvoirs adjudicateurs ont adoptés un code de déontologie régissant la conduite des membres du personnel, comprenant une définition du conflit d'intérêt et déclinant les sanctions applicables. Ces mesures disciplinaires peuvent aller d'une simple note écrite à un avertissement ou une amende voire à la rétrogradation ou au renvoi.

6.3.Sanctions pénales appliquées au membre du personnel d'un pouvoir adjudicateur, voire au soumissionnaire

Le conflit d'intérêts est sanctionné par l'article 245 du Code pénal au terme duquel est **punissable d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 100€ à 50.000€** ou d'une de ces peines, toute personne exerçant une fonction publique, qui, aura pris ou reçu un **intérêt quelconque** lorsqu'elle:

- soit, avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance d'actes, d'adjudications, d'entreprises ou de régies ;
- soit, avait mission d'ordonnancer le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire.

Il peut s'agir d'un **intérêt direct ou indirect** -étant celui des proches de l'auteur de l'acte, de ses amis ou du groupe auquel il appartient- **actuel ou futur, moral ou matériel**. Il doit toutefois s'agir d'un **intérêt privé**, puisque le délit d'ingérence n'est réuni que lorsqu'existe une confusion de cet intérêt avec l'intérêt général.

Cette personne pourra, en outre, être condamnée à **l'interdiction du droit de remplir des fonctions**, emplois ou offices publics, conformément à l'article 33 du Code pénal. Le délit de prise d'intérêts existe par le seul fait de l'immixtion du fonctionnaire dans des affaires incompatibles avec ses fonctions, sans qu'une intention frauduleuse soit requise. Cette disposition n'est toutefois pas applicable à celui qui ne pouvait, en raison des circonstances, favoriser par sa position ses intérêts privés, et qui aura **agi ouvertement**.

Le **soumissionnaire** peut être considéré comme **complice ou coauteur** de la violation de l'article 245 du code pénal par un fonctionnaire ou un officier public chargé d'une mission d'administration ou de surveillance. Il en sera ainsi si, profitant des liens qu'il entretient avec l'une des personnes susmentionnées, tel un fonctionnaire influent du service chargé de l'établissement du cahier des charges, il fait intégrer des spécifications techniques qui avantageraient des produits qu'il met en œuvre ou des techniques qu'il utilise ou encore, s'il s'emploie à obtenir une évaluation orientée des mérites de son offre.

6.4.Sanctions civiles et publiques appliquée au prestataire de services

Toute prestataire de services se trouvant en position de conflit d'intérêts avec l'un des candidats, soumissionnaires ou adjudicataires d'un marché public dont il a été chargé de la passation et/ou de l'exécution et qui n'en a pas préalablement informé le pouvoir adjudicateur, pourra se voir appliquer les sanctions suivantes :

- la **non-rémunération des prestations** effectuées à partir du moment où il aurait dû avoir connaissance de la cause d'incompatibilité, s'il n'a pas répondu à l'injonction du pouvoir adjudicateur de fournir des justification quant au conflit d'intérêts dans un délai de 12 jours calendriers ou s'il a remis des justifications **non pertinentes** équivalent à une absence de justifications ⁵⁰ ;
- **l'exclusion du prestataire de services des futurs marchés publics** du pouvoir adjudicataire et ce, **pour une durée déterminée**. Au préalable, l'intéressé doit être entendu par le pouvoir adjudicateur et la décision motivée doit lui être notifiée.

⁵⁰ Art. 145, §2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|----|
| 1. Qu'est-ce qu'un conflit d'intérêts ? | 1 |
| 1.1. En cas de lien de parenté, d'alliance ou de cohabitation légale..... | 2 |
| 1.2. En cas de position d'associé actif, de direction ou de gestion | 3 |
| 1.3. En cas de détention d'une part de capital social..... | 3 |
| 1.4. En cas de participation à la mise en place du marché concerné | 4 |
| 1.5. En cas de « Tourniquet » ou de participation d'un ancien membre du pouvoir adjudicateur à un marché public comme candidat ou soumissionnaire..... | 4 |
| 1.6. En cas de participation d'un membre du pouvoir adjudicateur à un marché public comme candidat ou soumissionnaire | 5 |
| 1.7. En cas d'application d'autres règles propres à l'organisme concerné | 5 |
| 2. Quelles mesures prendre si un risque de conflit d'intérêts est détecté ou si un conflit d'intérêts est déclaré/découvert avant ou pendant la procédure? | 6 |
| 2.1. Généralités..... | 6 |
| 2.2. Lors de la procédure de passation des marchés publics | 6 |
| 2.2.1. Examen des faits et demande d'informations complémentaires..... | 6 |
| <i>i. A l'égard des candidats ou soumissionnaires ayant préalablement donné leur avis au pouvoir adjudicateur ou participé d'une autre façon à la procédure de passation du marché public, ou liés à une telle personne</i> | 6 |
| <i>ii. A l'égard d'un prestataire de services pouvant se trouver ou se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis d'un candidat ou d'un soumissionnaire</i> | 7 |
| 2.2.2. Adoption de mesures appropriées | 8 |
| <i>i. Communication aux autres candidats ou soumissionnaires d'informations utiles</i> | 8 |
| <i>ii. Fixation de délais adéquats pour la réception des offres.....</i> | 8 |
| <i>iii. OBLIGATION pour les marchés atteignant les seuils européens</i> | 8 |
| 2.2.3. Récusation de la personne sujette au conflit d'intérêts de la procédure de passation | 9 |
| <i>i. Principe de la récusation</i> | 9 |
| <i>ii. Les personnes visées par la récusation</i> | 9 |
| <i>iii. Le cas particulier des prestataires de services</i> | 9 |
| <i>iv. Les modalités de la récusation</i> | 10 |
| 2.2.4. Exclusion d'un candidat ou soumissionnaire de la procédure de passation | 11 |
| <i>i. Les règles de la concurrence et de l'égalité de traitement ont été faussées.....</i> | 11 |
| <i>ii. A l'égard des candidats ou soumissionnaires ayant préalablement donné leur avis au pouvoir adjudicateur ou participé d'une autre façon à la procédure de passation du marché public, ou liés à une telle personne</i> | 11 |
| <i>iii. En cas de « Tourniquet » ou de participation d'un ancien membre du pouvoir adjudicateur à un marché public comme candidat ou soumissionnaire</i> | 12 |

| | | |
|-------------|---|----|
| 2.2.5..... | Annulation de la procédure de passation du marché public | 13 |
| 2.3. | Lors de la procédure d'exécution des marchés publics | 14 |
| 2.3.1. | Examen des faits et demande d'informations complémentaires..... | 14 |
| 2.3.2..... | Récusation de la personne sujette au conflit d'intérêts de la procédure d'exécution du marché public..... | 15 |
| <i>i.</i> | <i>Principe de la récusation</i> | 15 |
| <i>ii.</i> | <i>Les personnes visées par la récusation</i> | 15 |
| <i>iii.</i> | <i>Le cas particulier des prestataires de service</i> | 15 |
| <i>iv.</i> | <i>Les modalités de la récusation</i> | 16 |
| 2.3.3. | Annulation de la décision d'attribution du marché public..... | 16 |
| 2.4. | Conclusions | 17 |
| 3. | Quels sont les objectifs de la déclaration d'absence de conflits d'intérêts ? | 18 |
| 4. | Qui a la responsabilité de remplir et de signer la déclaration ? | 19 |
| 5. | À quel stade de la procédure de passation la déclaration doit-elle être remplie? | 20 |
| 6. | Quelles sanctions appliquer si une personne omet de révéler un conflit d'intérêts ? | 21 |
| 6.1. | Sanction administrative appliquée au pouvoir adjudicateur | 21 |
| 6.2. | Sanctions disciplinaires appliquées au membre du personnel du pouvoir adjudicateur | 21 |
| 6.3. | Sanctions pénales appliquées au membre du personnel d'un pouvoir adjudicateur, voire au soumissionnaire | 21 |
| 6.4. | Sanctions civiles et publiques appliquée au prestataire de services | 22 |

ANNEXE- LES FONDEMENTS JURIDIQUES DES CONFLITS D'INTERETS DANS LES MARCHES PUBLICS

La réglementation européenne

En vertu de l'article 24 de la Directive sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (2014/24/UE), « les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs prennent les mesures appropriées permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors des procédures de passation de marché, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques.

La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché. »

L'article 57, paragraphe 2 du règlement relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (règlement n°966/2012) définit également le conflit d'intérêts dans le cadre de la gestion du budget de l'UE et de l'utilisation des ressources budgétaires, en stipulant que:

« 1. Les acteurs financiers et les autres personnes participant à l'exécution et à la gestion du budget, y compris aux actes préparatoires à celui-ci , ainsi qu'à l'audit ou au contrôle, ne prennent aucune mesure à l'occasion de laquelle leurs propres intérêts pourraient être en conflit avec ceux de l'Union.

(...)

2. Aux fins du paragraphe 1, il y a conflit d'intérêts lorsque l'exercice impartial et objectif des fonctions d'un acteur financier ou d'une autre personne, visés au paragraphe 1, est compromis pour des motifs familiaux, affectifs, d'affinité politique ou nationale, d'intérêt économique ou pour tout autre motif de communauté d'intérêt avec le bénéficiaire ».

La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

L'article 6 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics reprend presque mot pour mot d'une part l'énoncé de l'article 24 de la Directive européenne et, d'autre part, l'article 8 de l'ancienne législation sur les marchés publics. Ce faisant, elle vise à garantir l'impartialité du pouvoir adjudicateur et de ses représentants en imposant une obligation de désintéressement en disposant que :

§ 1er. L'adjudicateur prend les mesures nécessaires permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors de la passation et de l'exécution du marché et ce, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques.

La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle lors de la passation ou de l'exécution tout fonctionnaire concerné, tout officier public ou toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit, en ce compris le prestataire d'activités d'achat auxiliaires agissant au nom de l'adjudicateur, ainsi que toute personne susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci, a directement ou indirectement un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la passation ou de l'exécution.

Le Roi peut également désigner d'autres situations comme des conflits d'intérêts.

§ 2. Il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou à toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit, en ce compris le prestataire d'activités d'achat auxiliaires agissant au nom de l'adjudicateur, d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation ou l'exécution d'un marché public, dès qu'il peut se trouver, soit personnellement, soit par personne interposée, dans une situation de conflit d'intérêts avec un candidat ou un soumissionnaire. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, cette interdiction n'est pas d'application lorsqu'elle empêcherait l'adjudicateur de pourvoir à ses besoins.

§ 3. L'existence d'un conflit d'intérêts est en tout cas présumée :

1° dès qu'il y a parenté ou alliance, en ligne directe jusqu'au troisième degré et, en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, ou en cas de cohabitation légale, entre le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique visée au paragraphe 1er, alinéa 2, et l'un des candidats ou soumissionnaires ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de l'un de ceux-ci un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle;

2° lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique visée au paragraphe 1er, alinéa 2, est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires ou exerce, en droit ou en fait, lui-même ou, le cas échéant, par personne interposée, un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle.

Le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique se trouvant dans une situation de conflit d'intérêt est tenu de se récuser. Il en informe par écrit et sans délai l'adjudicateur.

§ 4. Lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique ou morale visée au paragraphe 1er, alinéa 2, détient, soit lui-même, soit par personne interposée, une ou plusieurs actions ou parts représentant au moins cinq pour cent du capital social de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires, il a l'obligation d'en informer l'adjudicateur.

En outre, l'article 52 de cette même loi prévoit une hypothèse spécifique de conflit d'intérêts potentiel en ces termes :

« § 1er. Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 51, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Lesdites mesures doivent, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils correspondants fixés pour la publicité européenne, être consignées dans les informations visées à l'article 164, §§ 1er ou 2.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Par "entreprise liée" au sens du présent article, on entend soit toute entreprise sur laquelle une personne visée à l'alinéa 1er peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, soit toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Aux fins de l'alinéa 3, l'"influence dominante" est présumée dans les cas visés à l'article 2, 2°.

§ 2. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, avant de pouvoir être exclu, le candidat ou soumissionnaire reçoit la possibilité de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence.

Un délai d'au moins douze jours est accordé au candidat ou soumissionnaire pour fournir la justification visée à l'alinéa 1er, à compter de la demande du pouvoir adjudicateur. Le candidat ou soumissionnaire concerné fournit la preuve de l'envoi de cette justification.

La demande du pouvoir adjudicateur doit également être formulée par écrit.

§ 3. Le Roi peut, pour les marchés sous le seuil concerné pour la publicité européenne et moyennant les conditions qu'il fixe, prévoir des dérogations par rapport aux dispositions du présent article. »

Enfin, l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 introduit une nouvelle disposition qui stipule que « Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut

exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

5° lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives »

La loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession

L'article 26 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession est à quelques mots près une copie conforme de son article homologue consacré aux marchés publics et a été rédigé comme suit :

« § 1er. L'adjudicateur prend les mesures nécessaires permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors de la passation et de l'exécution de la concession et ce, afin d'éviter toute distorsion de concurrence, d'assurer l'égalité de traitement de tous les opérateurs économiques et la transparence de la procédure de passation.

La notion de conflit d'intérêts vise toute situation dans laquelle lors de la passation ou de l'exécution tout fonctionnaire concerné, tout officier public ou toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit, ainsi que toute personne susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci, ont directement ou indirectement un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la passation ou de l'exécution de la concession.

Le Roi peut également désigner d'autres situations comme des conflits d'intérêts.

§ 2. Il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou à toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit, d'intervenir d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation ou l'exécution d'une concession, dès qu'il peut se trouver, soit personnellement, soit par personne interposée, dans une situation de conflit d'intérêts avec un candidat ou un soumissionnaire. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, cette interdiction n'est pas d'application lorsqu'elle empêcherait l'adjudicateur de pourvoir à ses besoins.

§ 3. L'existence d'un conflit d'intérêts est en tout cas présumée :

1° dès qu'il y a parenté ou alliance, en ligne directe jusqu'au troisième degré et, en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, ou en cas de cohabitation légale, entre le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique visée au paragraphe 1er, alinéa 2, et l'un des candidats ou soumissionnaires ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de l'un de ceux-ci un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle;

2° lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique visée au paragraphe 1er, alinéa 2, est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires ou exerce, en droit ou en fait, lui-

même ou, le cas échéant, par personne interposée, un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle.

Le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique se trouvant dans une situation de conflit d'intérêt est tenu de se récuser. Il en informe par écrit et sans délai l'adjudicateur.

§ 4. Lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou la personne physique ou morale visée au paragraphe 1er, alinéa 2, détient, soit lui-même, soit par personne interposée, une ou plusieurs actions ou parts représentant au moins cinq pourcent du capital social de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires, il a l'obligation d'en informer l'adjudicateur. »

L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Le chapitre 10, article 51 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 complète la loi du 17 juin 2016 en ces termes :

« Sans préjudice des articles 6 et 69, alinéa 1er, 5°, de la loi, est considéré comme un conflit d'intérêts, toute situation dans laquelle une personne physique qui a travaillé pour un pouvoir adjudicateur comme collaborateur interne, dans un lien hiérarchique ou non, comme fonctionnaire concerné, officier public ou toute autre personne liée à un pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit, intervient ultérieurement dans le cadre d'un marché public passé par ce pouvoir adjudicateur et qu'un lien existe entre les précédentes activités que la personne susmentionnée a prestées pour le pouvoir adjudicateur et ses activités dans le cadre du marché.

L'application de la disposition visée à l'alinéa 1er est toutefois limitée à une période de deux ans qui suit la démission de ladite personne ou toute autre façon de mettre fin aux activités précédentes ».

L'Arrêté Royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

Au sein des dispositions propres au marché de services, l'article 145 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 stipule que :

« 1er. Lorsqu'en vertu de l'article 6 de la loi ou de l'article 9 de la loi défense et sécurité, selon le cas, un prestataire de services informe l'adjudicateur qu'il se trouve ou pourrait se trouver dans la situation où il ne peut intervenir ni dans la passation, ni dans l'exécution d'un marché public, l'adjudicateur a la faculté, après vérification de cette situation, de mettre fin sans

indemnité au marché dont est chargé ledit prestataire. Lors des vérifications, il est notamment tenu compte des informations et des justifications recueillies auprès du prestataire de services.

En cas de résiliation, il est établi un état des prestations exécutées en vue de leur paiement au prestataire de services.

§ 2. Toute constatation par l'adjudicateur d'une infraction aux prescriptions prises en vertu de l'article 6 de la loi ou de l'article 9 de la loi défense et sécurité, peut entraîner la nullité du marché de services. Néanmoins, avant d'appliquer une telle mesure, le pouvoir adjudicateur invite par envoi recommandé ou envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi le prestataire de services à fournir dans un délai de douze jours à compter de la date d'envoi de la demande des justifications adéquates.

Dans le cas où le prestataire de services n'apporte pas ces justifications, il n'a droit à aucun paiement pour les prestations exécutées après le moment où il a ou aurait dû avoir connaissance de l'incompatibilité.

L'adjudicateur peut toutefois, pour les besoins du marché, disposer librement des études, rapports et autres documents élaborés par le prestataire de services en exécution du marché.

L'adjudicateur peut en outre exclure ce prestataire de services de ses marchés pour une durée déterminée. L'intéressé est préalablement entendu et la décision motivée lui est notifiée. »

Le Code pénal

L'article 245 du Code pénal permet de criminaliser tout conflit d'intérêts frauduleux en ces termes :

« Toute personne exerçant une fonction publique, qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par actes simulé, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, ou qui ayant mission d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque, sera punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 100€ à 50.000€ ou d'une de ces peines, et pourra, en outre, être condamnée à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics, conformément à l'article 33. La disposition qui précède ne sera pas applicable à celui qui ne pouvait, en raison des circonstances, favoriser par sa position ses intérêts privés, et qui aura agi ouvertement. »