

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Conflits d'intérêts et délit d'ingérence dans la commande publique

Vandeburie, Aurélien; Moises, F.

Published in:
Chronique des marchés publics

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vandeburie, A & Moises, F 2009, Conflits d'intérêts et délit d'ingérence dans la commande publique. dans *Chronique des marchés publics*. vol. 2008-2009, EBP, Bruxelles, pp. 395-427.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CONFLITS D'INTÉRÊTS ET DÉLIT D'INGÉRENCE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

FRANÇOIS MOÏSES et AURÉLIEN VANDEBURIE



RÉSUMÉ

Cette contribution examine le cadre légal mis en place pour lutter contre les conflits d'intérêts. Sont successivement étudiés le champ d'application ainsi que la sanction de la violation de l'article 245 du code pénal, de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 8 de la loi du 15 juin 2006, ainsi que des dispositions particulières également applicables aux pouvoirs subordonnés.

SAMENVATTING

Dit artikel onderzoekt het juridisch kader ingesteld om belangenvermenging te bestrijden. Achtereenvolgens worden het toepassingsveld, de sanctie van artikel 8 van de wet van 15 juni 2006, en de bijzondere bepalingen van toepassing op provinciale en gemeentelijke instellingen bestudeerd.



PLAN

I. PANORAMA DES DIFFERENTS REGIMES D'INCOMPATIBILITE ET D'INTERDICTION APPLICABLES EN MATIERE DE PASSATION ET D'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

A. Le délit d'ingérence

- 1°) Qualité de personne exerçant une fonction publique
- 2°) Un intérêt quel qu'il soit pris ou reçu dans les actes, adjudications, entreprises ou régies, ou dans les paiements ou liquidations
- 3°) Avoir au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance de l'affaire dans laquelle l'auteur a pris ou reçu un intérêt
- 4°) La possibilité de favoriser ses intérêts privés au moyen de sa position officielle

B. Les régimes d'interdiction prévus dans la réglementation sur les marchés publics

- 1°) L'article 10 de la loi du 24 décembre 1993
 - a) Champ d'application *ratione personae*
 - b) Notion d'intérêt - renvoi
 - c) Intervention dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché
 - d) Charge de la preuve – comportement à adopter - portée de l'article 10
 - e) Cas particulier: hypothèse des « liens structurels » entre soumissionnaires et pouvoir adjudicateur
- 2°) L'article 8 de la loi du 15 juin 2006
- 3°) L'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996

C. Dispositions particulières également applicables aux pouvoirs subordonnés

- 1°) Interdictions applicables aux membres des organes des communes
- 2°) Interdictions applicables aux membres des organes des provinces
- 3°) Interdictions applicables aux membres des organes des intercommunales
- 4°) Interdictions applicables aux membres des organes des C.P.A.S

II. LA SANCTION DU NON-RESPECT DE CES INTERDICTIONS ET INCOMPATIBILITES

- 1°) Violation de l'interdiction de participer à un marché
- 2°) Violation de l'interdiction de siéger
- 3°) Violation de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993

CONCLUSION



L'on ne rappellera jamais assez que le favoritisme et la corruption sapent les principes mêmes qui sous-tendent le droit de la commande publique. L'on comprend dès lors que le législateur ait très tôt tenté de prévenir la commission de pareils comportements en empêchant, notamment, qu'une personne qui intervient dans la passation ou dans l'exécution d'un marché public ne soit mise dans une position lui permettant de pouvoir favoriser également ses propres intérêts. Une fois n'est pas coutume, ces dispositions ne transposent pas à proprement parler un corps de règles communautaires. Il convient néanmoins de ne pas perdre de vue qu'elles s'inscrivent dans une perspective plus globale qui est de garantir la transparence et l'égalité de traitement des soumissionnaires, principes fondamentaux du droit européen⁸⁴³.

Encore aujourd'hui, notre arsenal législatif regorge de dispositions qui partagent le même dessein. On les retrouve dans le code pénal, dans la loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que dans ses arrêtés d'exécution, mais aussi dans différentes législations sectorielles organisant l'exercice des pouvoirs subordonnés. Ces dispositions prescrivent différentes interdictions, organisent de multiples incompatibilités de manière telle que leurs destinataires ne puissent tirer profit de la situation de « conflit d'intérêts » dans laquelle ils se trouvent. Cette contribution se donne pour objectif d'en étudier la portée, c'est-à-dire le champ d'application (I), ainsi que le régime de sanction qui s'attache à leur violation (II).

843 Voy. les conclusions rendues devant la Cour de Justice des communautés européennes le 8 octobre 2008 par l'Avocat général MADURO dans l'affaire *Michaniki AE*, C-213/07, où ce dernier rappelle qu'« il semble difficile d'envisager que le droit communautaire s'oppose au principe même de l'instauration par un État membre d'une incompatibilité entre l'exercice de certaines fonctions publiques et la candidature à un marché public. Il faut donc admettre que les États membres puissent prévoir des cas d'exclusion autres que ceux figurant dans la liste de l'article 24 de la directive 93/37, si cela s'avère nécessaire pour prévenir d'éventuels conflits d'intérêt et, donc, pour garantir la transparence et l'égalité de traitement » (pt.23). ; CJCE, arrêt *Fabricom* du 2 mars 2005, C-21/03 et C-34/03, pt.26.

I. PANORAMA DES DIFFERENTS REGIMES D'INCOMPATIBILITE ET D'INTERDICTION APPLICABLES EN MATIERE DE PASSATION ET D'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

1. Une étude systématique des conflits d'intérêts ne peut se limiter à névoquer que les règles contenues dans la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, ainsi que dans ses arrêtés d'exécution. Certes, l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public, qui a un intérêt quelconque dans une des entreprises soumissionnaires d'intervenir dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public. Ce régime d'interdiction est repris, sous réserve de quelques modifications, par l'article 8 de la loi du 15 juin 2006. L'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 interdit, quant à lui, à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou service, ainsi qu'aux entreprises qui lui sont liées, de participer aux marchés correspondants sauf si elles établissent qu'elles ne bénéficient pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

L'on ne saurait ignorer que l'article 245 du code pénal incrimine l'infraction de prise illégale d'intérêts. Si, le plus souvent, cette disposition n'est citée que pour mémoire par les spécialistes de la commande publique, son examen approfondi ne saurait néanmoins être éludé. Il convient en effet de ne pas perdre de vue que l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, notamment, s'inscrit dans une perspective *préventive*, entendant ainsi prévenir l'infraction de délit d'ingérence visée à l'article 245 du code pénal⁸⁴⁴. Celui-ci tend, en outre, à garantir l'indépendance et l'impartialité requises des autorités publiques adjudicatrices⁸⁴⁵. La portée de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 8 de la loi du 15 juin 2006 ne peut dès lors bien se comprendre qu'à l'aune d'un examen détaillé de l'article 245 du code pénal, compte tenu des liens étroits qu'entretiennent ces dispositions. C'est la raison pour laquelle une partie de cette contribution est consacrée à l'examen de cette disposition pénale et que celle-ci (A) est examinée avant celles-là (B).

L'étude de ces dispositions ne permet toutefois pas de rendre compte de l'ensemble de l'arsenal normatif déployé pour lutter contre le favoritisme et la corruption. Tant l'article 10 de loi du 24 décembre 1993, que l'article 8 de la loi du 15 juin 2006, prévoient d'ailleurs que les interdictions qu'ils prescrivent s'appliquent « sans préjudice de l'application d'autres interdictions résultant d'une loi particulière, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire ». Les régimes d'interdiction prévus au sein de l'arsenal juridique

844 J.-M. VAN BOL, « Les marchés des communes et des CPAS après la nouvelle loi communale », *A.P.T.*, 1990, p. 250.

845 D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 1997, p. 576, n° 1513. *Adde* : C.E., 29 novembre 1990, n° 35.909, *Ent. Dr.*, 1991, p. 132.

par ces différents instruments normatifs se superposent. L'on insistera, dans le cadre de cet exposé, sur les règles particulières applicables aux pouvoirs subordonnés (C).

A. Le délit d'ingérence

2. L'article 245 du Code pénal érige en infraction le fait pour toute personne exerçant une fonction publique qui, soit directement, soit par l'interposition de personnes ou par actes simulés, prend ou reçoit quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont elle a, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, ou prend un intérêt quelconque dans une affaire dont elle a pour mission d'ordonner les paiements ou de faire la liquidation. Ce faisant, cette disposition sanctionne, selon les termes même employés par la Cour de cassation, la confusion⁸⁴⁶ de l'intérêt général avec l'intérêt privé en érigeant une incompatibilité⁸⁴⁷ qui s'attache à la personne qui exerce une fonction publique aussi longtemps qu'elle est investie de cette qualité.

Nous exposerons ci-après les éléments constitutifs du délit d'ingérence – également dénommé infraction de prise d'intérêt - incriminé par cette disposition⁸⁴⁸. Indiquons d'emblée que tant la doctrine et la jurisprudence retiennent une interprétation extensive de ces éléments constitutifs, interprétation dont on peut se demander si elle se concilie avec les directives d'interprétation généralement reconnues en droit pénal, ainsi qu'avec les principes du respect des droits de la défense et de sécurité juridique.

1°) Qualité de personne exerçant une fonction publique

3. Le code vise toute personne « exerçant une fonction publique ». La loi du 10 février 1999 a substitué cette expression aux termes « *tout fonctionnaire public ou officier public, toute personne chargée d'un service public* ». L'on a toutefois immédiatement précisé durant les travaux parlementaires que cette modification avait uniquement pour objet de simplifier le texte existant, mais non pas d'en modifier la portée⁸⁴⁹. Le Gouvernement a justifié cette modification en précisant que cette nouvelle formule couvrait, comme par le passé, « *toutes les catégories de personnes qui, quel que soit leur statut (fonctionnaires ou agents pu-*

846 Cass., 22 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2307, avec les conclusions du Procureur général DE SWAEF.

847 Cass., 13 janvier 1868, *Pas.*, 1868, p. 189.

848 Sur l'article 245 du code pénal, voy., notamment : *R.P.D.B.*, V° Concussion et immixtion des fonctionnaires ; *Pandectes*, t. 44, pp. 913-925 ; *Les Nouvelles*, Droit pénal, t. III, pp. 133-154 ; J.S.G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le code pénal belge interprété*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1897, pp. 118-130 ; J. GOEDSEELS, *Commentaire du code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1948, pp. 445-458 ; J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal*, Liège, 1948, pp. 235-239 ; J. DRICOT, « Une disposition particulière. L'article 245 du code pénal », *R.D.P.*, 1957-1958, p. 451 ; M. RIGAUX et P. – E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du code pénal*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1963, t. IV, pp. 265-275 ; A. MARCHAL et J. P. JASPAR, *Droit criminel. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Larcier, 1975, pp. 360-364 ; F. VAN VOLSEM et D. VAN HEUVEN, «Belangenneming », *T.B.P.*, 1989, pp. 91-103 ; F. VAN VOLSEM et D. VAN HEUVEN, «Belangenneming », in *Commentaar Strafrecht en strafvordering*, Kluwer, 1997 ; A. LORENT, « La prise illégale d'intérêt », in *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, feuil. Mob.

849 A. DE NAUW, « Corruption et marchés publics. Des dispositions nouvelles », *Rev. Dr. U.L.B.*, 1998, pp. 112 et 114.

blics fédéraux, régionaux ou communautaires, provinciaux, communaux; mandataires élus; officiers publics; dépositaires d'une manière temporaire ou permanente d'une parcelle de la puissance publique ou de l'autorité publique; personnes même privées, chargées d'une mission de service public), exercent une fonction publique, quelle qu'elle soit»⁸⁵⁰. Ce qui importe, par conséquent, ce n'est pas tant le statut de la personne concernée, mais bien la fonction qu'elle exerce, celle-ci devant avoir un caractère public⁸⁵¹⁸⁵². Il n'est toutefois pas nécessaire que l'auteur soit investi à un degré quelconque d'une portion de la puissance publique⁸⁵³, ni que la fonction qu'il exerce soit rétribuée.

La qualité requise vise donc non seulement les citoyens revêtus à un degré quelconque d'une portion de la puissance publique, mais encore ceux qui, investis d'un mandat public soit par une élection, soit encore par une délégation du pouvoir exécutif, concourent à la gestion des affaires de l'État, des Communautés, des Régions, des provinces, des communes, ou de tout service public⁸⁵⁴.

4. L'incrimination vise tant la situation de l'auteur qui agit directement, que celle où il agit par l'intermédiaire d'une tierce personne pour masquer son intervention. Il peut s'agir de parents ou alliés de l'auteur, mais aussi de l'intervention d'une société dont l'auteur est, en réalité, le maître, même si intervient pour les besoins de la cause un administrateur ou un gérant de façade, ou dont il est seulement l'associé. Ainsi, se rend coupable du délit prévu par l'article 245 du code pénal l'échevin qui, chargé de la surveillance des travaux exécutés par la commune, prend un intérêt dans l'entreprise par l'intermédiaire de son fils et de l'adjudicataire en titre, exécute avec son fils les dits travaux et en perçoit le prix⁸⁵⁵.

La personne interposée pourra, bien que n'ayant pas la qualité de personne exerçant une fonction publique, être poursuivie et condamnée comme co-auteur ou complice⁸⁵⁶.

850 Amendements, *Doc. Parl., Sénat*, 1997-1998, n°1-107/4, p. 10 ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. FORET, *Doc. Parl., Sénat*, 1997-1998, n° 1-107/5, p. 35.

851 D. FLORE, *L'incrimination de la corruption*, Bruxelles, la Charte, 1999, p. 77. Sont, par conséquent, également visés les commis et préposés, pour autant qu'ils exercent une fonction publique (A. MAR-CHAL et J.P. JASPAR, *op. cit.*, p. 361, n° 1234 ; A. VANDENPLAS, note sous Bruxelles, 10 novembre 1970, *R.D.P.*, 1972-1973, pp. 538-539, n° 4-5).

852 Voy. l'énumération donnée par A. LORENT, *op. cit.*, n° 11 à 13, ainsi que par F. VAN VOLSEM et D. VAN HEUVEN, *op. cit.*, n° 7 à 13.

853 C.E., arrêt n° 7040 du 28 avril 1959, *Demany et csrts* : « le caractère public d'un emploi ou d'un office n'est pas lié à l'exercice de la puissance publique par l'autorité dont relève cet emploi ou cet office. Il suffit que cette autorité soit instituée par les pouvoirs publics pour assurer, sous leur contrôle, un service public ».

854 Bruxelles, 31 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 670.

855 Liège, 24 octobre 1935, *J.C.L.*, 1936, p. 49.

856 Cass., 23 novembre 1925, *Pas.*, 1926, p. 74 ; Bruxelles, 24 décembre 1957, *Pas.*, 1958, II, p. 49.

2°) *Un intérêt quel qu'il soit pris ou reçu dans les actes, adjudications, entreprises ou régies, ou dans les paiements ou liquidations*

5. Le délit que prévoit l'article 245 du code pénal est établi dès que peuvent rentrer en contact à un moment quelconque les intérêts privés de l'auteur avec les intérêts publics qu'il est appelé à administrer ou surveiller. C'est la raison pour laquelle sont visés tant la situation dans laquelle le fonctionnaire public *prend* un intérêt, que celle où il le *reçoit*, c'est-à-dire lorsqu'il accepte une situation ou un acte desquels il peut tirer profit par sa position. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'intérêts public et privé s'opposent. L'intérêt public pourra en effet être pleinement satisfait dans les affaires passées avec celui qui est chargé de les traiter pour le compte de la collectivité alors même qu'il y prendrait en outre un intérêt personnel. Qu'importe, cette situation tombe également sous le coup de l'incrimination du délit d'ingérence⁸⁵⁷.

6. L'intérêt est entendu très largement⁸⁵⁸. Il désigne tout intérêt, de quelque nature qu'il soit⁸⁵⁹, aussi minime soit-il. Il peut donc s'agir d'un intérêt direct ou indirect - étant ceux des proches de l'auteur, de ses amis ou du groupe auquel il appartient -, actuel ou futur, moral ou matériel⁸⁶⁰. 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 général⁸⁶¹.

L'infraction apparaît dès le moment où a existé pour la personne chargée d'une fonction publique, la simple possibilité⁸⁶² de favoriser ses intérêts personnels à la faveur de sa position officielle, peu importe qu'elle l'ait fait ou non, voire même qu'elle en ait eu l'intention ou non. De la même manière, les suites réservées au comportement de l'auteur sont indifférentes quant à l'existence de l'infraction⁸⁶³: ce dernier est, en principe, punissable même dans le cas où l'opération qui, par exemple, ne s'est pas réalisée⁸⁶⁴, a été annulée, ou de laquelle il s'est retirée, ne lui a procuré aucun avantage illicite, aucun profit personnel. En d'autres termes, le délit existe par le seul fait de l'immixtion de la personne exerçant une fonction publique dans des affaires incompatibles avec ses fonctions, sans qu'il y ait lieu de s'enquérir des suites cette immixtion⁸⁶⁵. Ce qui est incriminé, c'est donc, plutôt que la poursuite effective d'un intérêt quelconque, le simple fait de se mettre dans une situation impliquant la confusion d'intérêts privé et public.

857 J. DRICOT, *op. cit.*, p. 461, n° 15.

858 Cass., 21 décembre 1920, *Pas.*, 1921, p. 181 ; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Kluwer, Malines, 2005, p. 57.

859 A. MASSET, « Le droit pénal de la fonction publique », in *Droit pénal financier. Dirigeants d'entreprise, responsables publics et professionnels du conseil face à la fraude*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 63.

860 A. LORENT, *op. cit.*, n° 24.

861 Cass., 22 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2307.

862 Cass., 3 avril 1883, *Pas.*, 1883, p. 103, qui la qualifie de « *condition essentielle du délit prévu par l'article 245 du code pénal* » ; Cass., 8 décembre 1965, *Pas.*, 1966, p. 486.

863 Cass., 28 février 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 714 ; J. CONSTANT, *op. cit.*, p. 236, n° 431.

864 Mons, 2 juin 2008, *inédit*.

865 Cass., 21 décembre 1920, *Pas.*, 1921, p. 181 ; Cass., 28 février 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 714.

7. Plus délicate est la question de l'application de l'article 245 dans le cas d'un simple intérêt « fonctionnel » lié à un mandat d'administrateur public. Tel peut être le cas lorsqu'il existe des liens structurels entre un soumissionnaire et le pouvoir adjudicateur. Ainsi une entreprise du secteur public peut déposer une offre alors que son actionnaire est le même pouvoir public que celui qui contrôle le pouvoir adjudicateur. Tel peut être aussi le cas d'une intercommunale se portant candidate pour un marché lancé par une des communes membres de l'intercommunale.

Dès lors que l'article 245 implique l'existence d'un intérêt *privé*, moral ou matériel dans le chef de la personne exerçant une fonction publique, et que cet intérêt fait, en principe, défaut dans le chef d'un mandataire public qui exerce un mandat dérivé de sa fonction politique, ces hypothèses ne relèvent pas de l'infraction de délit d'ingérence, ni, partant, de l'interdiction visée par l'article 10 de la loi sur les marchés publics (*infra*, n° 19).

8. L'infraction de prise d'intérêt est établie sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une intention frauduleuse dans le chef de celui qui commet l'acte répréhensible ou d'un préjudice⁸⁶⁶. La loi n'a pas égard au but atteint⁸⁶⁷, ni au mobile du comportement de son auteur. Il s'agit d'un « *dol général* », ce qui signifie qu'il suffit d'agir sciemment. Le seul fait de l'immixtion du fonctionnaire dans les affaires incompatibles avec ses fonctions « *en connaissance de cause* » est donc suffisant⁸⁶⁸.

9. L'infraction ne sera toutefois établie que lorsque l'auteur s'immisce « dans les actes, adjudications, entreprises ou régies, ou dans les paiements ou liquidations ». Cette énumération n'est pas limitative⁸⁶⁹. Le législateur a en réalité voulu viser tous les actes⁸⁷⁰, toutes les affaires⁸⁷¹ sur lesquels l'auteur peut, en vertu de sa charge, décider ou exercer un contrôle⁸⁷². L'article 245 du code pénal vise ces actes, adjudications, entreprises ou régies dans toute leur durée, et non pas uniquement au jour où ils ont été conclus. L'entente coupable à laquelle il s'applique peut donc aussi bien se former pendant qu'avant l'exécution de ces actes⁸⁷³.

3°) *Avoir au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance de l'affaire dans laquelle l'auteur a pris ou reçu un intérêt*

10. L'auteur de l'infraction de délit d'ingérence doit disposer, en tout ou en partie, d'un pouvoir d'administration ou de surveillance sur les affaires dans lesquelles il a un intérêt. Sont visées les activités exercées par l'auteur, non pas

866 Cass., 13 janvier 1868, *Pas.*, 1868, p. 189 ; Cass., 24 octobre 1974, *Pas.*, 1975, p. 234.

867 M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *op. cit.*, p. 268.

868 Cass., 1^{er} février 1978, *Pas.*, 1978, p. 636 ; Cass., 24 octobre 1974, *Pas.*, 1975, 234.

869 *R.P.D.B.*, *op. cit.*, n° 55.

870 Cass., 13 janvier 1868, *Pas.*, 1868, p. 189.

871 Cass., 4 mai 1896, *Pas.*, 1896, p. 178.

872 M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, *op. cit.*, p. 269. Voy., pour la passation d'un contrat de bail : Mons, 22 mars 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 131.

873 Cass., 24 juillet 1882, *Pas.*, 1882, p. 330.

en tant que particulier, mais par devoir de sa charge⁸⁷⁴. Il s'en suit que la prise d'intérêt implique que la personne qui exerce une fonction publique prenne un intérêt dans des actes, adjudications entreprises ou travaux ressortissant à sa fonction, en s'ingérant dans des matières étrangères à cette compétence et incompatibles avec elle⁸⁷⁵.

L'auteur ne doit cependant pas être nécessairement un fonctionnaire de la personne publique qui passe l'acte litigieux. Importe peu également la mesure du droit de surveillance ou d'administration, lorsque ce droit est partagé entre différentes mains. Jugé à ce propos que commet l'infraction d'ingérence l'échevin des travaux qui bien que n'étant pas le seul à surveiller les travaux, a participé à leur adjudication et à leur exécution pour compte de sa commune, alors qu'il était directeur technique et deuxième actionnaire de l'entreprise adjudicataire⁸⁷⁶.

11. Les notions d'« administration » et de « surveillance » sont, elles aussi, interprétées largement. Tombe ainsi sous le coup de l'article 245 du code pénal l'agent qui est chargé d'éclairer au moyen d'un avis l'instance qui prendra la décision finale⁸⁷⁷. Dispose également d'un pouvoir de surveillance ou d'administration sur une entreprise qu'une commune a contribué à créer et dans laquelle il a pris un intérêt, le membre de la députation permanente du conseil provincial dont relève cette commune, dès lors que les engagements communaux à l'égard de cette entreprise devaient avoir des répercussions sur le budget communal des dépenses, les moyens d'y pourvoir et le compte annuel des recettes et dépenses, autant de décisions qui devaient être soumises pour approbation à la députation permanente du conseil provincial⁸⁷⁸.

Il importe également de ne pas s'arrêter aux attributions légales de l'auteur de l'infraction. Ce qui importe, c'est de savoir si celui-ci a pu effectivement exercer un pouvoir de contrôle ou de décision dans les affaires dans lesquelles il a pris un intérêt. Tombe ainsi sous le coup de l'article 245 du code pénal les agissements d'un officier de réserve de la Force aérienne, également actionnaire et administrateur d'une société à laquelle des commandes de matériel furent passées par la Force aérienne, alors même que cet officier n'avait pour seule mission que de donner des avis techniques et qu'il ne pouvait dès lors ni provoquer des offres de fournitures, ni sélectionner ceux-ci avant l'intervention de la direction des marchés, ni ne pouvait davantage réceptionner des commandes, compte tenu de ce qu'en l'espèce, cet officier avait, par des interventions qui n'entraient pas dans le cadre normal de ses attributions, favoriser sa société en provoquant lui-même les offres de celle-ci, en effectuant sans délégation préalable des réceptions de matériel commandés à son intervention, en accordant à cette firme des majorations de prix, en allongeant les délais pour éviter des pénalités à sa société, en certifiant des factures en vue du paiement d'acomptes, ...⁸⁷⁹.

874 Cass., 1er février 1978, *Pas.*, 1978, p. 636.

875 Cass., 22 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2307, avec les conclusions du Procureur général DE SWAEF.

876 Corr. Termonde, 11 juin 1969 & Gand 10 mars 1970, *R.W.*, 1971-1972, col. 1154 et 1151.

877 Corr. Bruxelles, 4 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1356, note de M. GRISART-BOVERIE, décision confirmée sur ce point par Bruxelles, 31 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 670, note de M. GRISART-BOVERIE.

878 Cass., 1^{er} février 1978, *Pas.*, 1978, p. 636.

879 Bruxelles, 24 décembre 1957, *Pas.*, 1958, II, p. 49.

Est également sans conséquence sur l'existence d'un pouvoir d'administration ou de surveillance, la circonstance que l'auteur s'abstient de voter au sein de l'organe dont il est membre lorsqu'y sont évoqués des affaires dans lesquelles il a un intérêt. La seule possibilité de favoriser éventuellement ses intérêts personnels suffit en effet pour que l'infraction de délit d'ingérence puisse être retenue.

12. Cet élément constitutif de l'infraction est-il également établi lorsque l'auteur responsable d'un marché intervient dans son exécution non pas directement, mais en sa qualité de sous-traitant de l'adjudicataire principal? Certains s'y sont opposés, indiquant que dans cette situation, l'auteur ne prendrait pas d'intérêt dans l'exécution d'un marché soumis à sa surveillance ou à son administration, celles-ci revenant à l'adjudicataire principal⁸⁸⁰. Dans un arrêt du 25 février 1985, la Cour d'appel de Gand a, elle, estimé que tombait sous le coup de l'article 245 du code pénal le conseiller communal qui avait effectué des travaux de sous-traitance dans un marché public de travaux passé avec sa commune⁸⁸¹. Cette jurisprudence risque de poser de sérieux problèmes pratiques: comment un fournisseur qui - lui ou les personnes qui le dirigent - exerce également une fonction publique, peut-il savoir à quoi son cocontractant destine ses produits lorsqu'il s'agit de choses fongibles? Certes, dans ce cas de figure, l'infraction de délit d'ingérence ne devrait pas être retenue, l'intéressé n'agissant pas en connaissance de cause. Cela risque d'être différent si les produits à livrer ou les services à fournir sont complexes, ou lorsqu'il s'agit de la réalisation de travaux pour le compte de l'adjudicataire. Même si le pouvoir adjudicateur n'est pas contractuellement lié aux sous-traitants, l'on peut se demander s'il n'exerce pas, par l'entremise de l'adjudicataire principal, un pouvoir de direction et de contrôle à leur égard. Le pouvoir adjudicateur a en effet toujours la possibilité de contrôler l'entièreté du marché, notamment des modalités d'exécution. L'infraction risque d'autant plus d'être établie si l'adjudicataire principal connaissait la qualité, dans le chef de son sous-traitant, de personne exerçant une fonction publique dans cette affaire au sens de l'article 245 du code pénal, dès lors que l'on pourrait estimer que l'auteur a agi par interposition de personnes.

4°) *La possibilité de favoriser ses intérêts privés au moyen de sa position officielle*

13. L'article 245 du Code pénal n'est pas applicable si la personne investie d'une fonction publique ne pouvait, en raison des circonstances, favoriser, par sa position, ses intérêts privés⁸⁸². Cette personne doit toutefois avoir agi ouvertement, sans quoi, l'infraction sera établie. N'est pas suffisante à cet égard la publication aux annexes du Moniteur belge de la qualité d'administrateur et d'actionnaire de société de l'auteur avec qui l'organisme dont il relève a passé de nombreuses commandes, sans qu'il ait informé ses supérieurs de cette qualité⁸⁸³.

880 Les Nouvelles, *op. cit.*, p. 141, n° 4076, qui citent toutefois en sens contraire une décision de la Cour de cassation de France du 2 novembre 1961.

881 Gand, 25 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, p. 1428.

882 Il n'en est pas ainsi lorsque l'auteur a reçu une rémunération pour les actes litigieux: Cass., 27 mai 1963, *Pas.*, 1963, p. 1029.

883 Bruxelles, 24 décembre 1957, *Pas.*, 1958, II, p. 49.

L'infraction d'ingérence est, on l'a vu, établie dès le moment où le fonctionnaire titulaire d'un pouvoir de surveillance ou d'administration d'une affaire accomplit volontairement un acte qui lui offre la possibilité de favoriser ses intérêts personnels au moyen de sa position officielle, peu importe qu'il saisisse ou non cette opportunité, qu'il ait causé un préjudice ou non, qu'il ait recueilli ou non les avantages de son immixtion. Il faut donc que la personne chargée d'une fonction publique se soit trouvée dans l'impossibilité absolue et certaine de favoriser par sa position ses intérêts privés pour qu'il ne se rende pas coupable du délit d'ingérence⁸⁸⁴. En outre, doit-elle avoir agit ouvertement. Compte tenu de ce qui précède, cette dernière condition⁸⁸⁵ sera le plus souvent établie, encore qu'il faille, pour que l'infraction puisse être retenue à charge de son auteur, que les circonstances desquels il se déduit une possibilité certaine de prendre ou de recevoir un intérêt dans l'affaire soient clairement rapportées.

Le second alinéa de l'article 245 ne vise donc, en réalité, que des cas exceptionnels. L'on cite souvent à ce propos l'exemple du médecin, devenu bourgeois, qui a continué, au vu et au su de tous, à prester ses soins au démunis rétribués par le CPAS soumis au contrôle de l'administration communale qu'il dirigeait⁸⁸⁶.

B. Les régimes d'interdiction prévus dans la réglementation sur les marchés publics

14. L'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public, qui a un intérêt quelconque dans une des entreprises soumissionnaires d'intervenir dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public. Ces règles sont reprises, en substance, par l'article 8 de la nouvelle loi organique des marchés publics du 15 juin 2006, qui, bien que publiée le 15 février 2007, attend (encore) l'adoption de ses arrêtés d'exécution pour pouvoir entrer en vigueur. Désireux d'offrir un outil actuel aux lecteurs tout en anticipant sur l'avenir, nous examinerons chacune de ces dispositions. L'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, dont on peut supposer qu'il sera maintenu à l'avenir dans son principe dans les arrêtés d'exécution de la loi du 15 juin 2006, sera, comme indiqué, également abordé.

1°) L'article 10 de la loi du 24 décembre 1993

15. L'interdiction visée par cette disposition, qui s'applique tant aux marchés des secteurs classiques que spéciaux⁸⁸⁷, est particulièrement large. Elle vise, en effet:

884 J. GOEDSEELS, *op. cit.*, p. 458, n° 1606.

885 Cette qualification est discutée : si certains considèrent qu'il s'agit d'un élément de l'infraction, d'autres y voient une cause d'excuse, voire une circonstance absolutoire (Cass., 8 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 486) ou une cause de justification (Voy. A. LORENT, *op. cit.*, n° 39).

886 Corr. Verviers, 9 mai 1957, *J.T.*, 1958, p. 114.

887 Article 41 de la loi du 24 décembre 1993 ; article 55 de la loi du 15 juin 2006.

- tout fonctionnaire, tout officier public, ainsi que toute personne physique ou morale chargée d'un service public;
 - lorsqu'il a un intérêt soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires;
 - peu importe la manière dont celui-ci intervient dans le marché, que ce soit directement ou indirectement.
- a) Champ d'application ratione personae

16. Outre les fonctionnaires et officiers publics, l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 vise certainement les personnes morales de droit public, ainsi que leurs préposés et leurs organes. Sont également concernés les titulaires d'un mandat électif, comme les bourgmestres et les échevins, ainsi que les députés permanents au niveau provincial. Les présidents et les membres des conseils de CPAS, de même encore que les ministres pour les marchés de leur compétence tombent également sous le coup de cette interdiction⁸⁸⁸, ainsi que les membres des cabinets ministériels.

Si la notion de « personne chargée d'un service public » doit s'entendre largement, certains auteurs déduisent des travaux préparatoires de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976 - dont l'article 10 de la loi du 24 décembre 1994 reprend presque à l'identique le contenu - que le champ d'application de cette disposition ne peut, en principe, être étendue à des personnes extérieures au secteur public⁸⁸⁹.

Ce point de vue semble devoir être nuancé suite aux modifications introduites dans le code pénal par la loi du 10 février 1999 relative à la répression de la corruption. Cette loi remplace, on l'a déjà dit, les termes « *tout fonctionnaire public ou officier public, toute personne chargée d'un service public* » employés au titre IV du Livre II du code pénal par la formule « *toute personne exerçant une fonction publique* ». Cette modification ne peut rester sans conséquence sur le champ d'application de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, même si c'est (encore) la formule précédemment employée dans le code pénal qui s'y retrouve. Il convient donc, et pour faire bref procès, de n'avoir égard qu'à la fonction de la personne en cause, et non à son statut.

17. Lors des travaux préparatoires précédant l'adoption de la loi du 24 décembre 1993, prenant acte de l'évolution de la jurisprudence en cette matière, le législateur indiqua que « *la notion de « personne chargée d'un service public » recouvre également toute personne physique ou morale chargée, par un pouvoir adjudicateur, d'une mission de conception ou de surveillance de l'exécution d'un marché* »⁸⁹⁰. Sont donc aussi visées les personnes qui dans le cadre d'un contrat

888 Projet de loi relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *Doc. Parl.*, Chambre, 1975-1976, n° 723/1, p. 15.

889 D.-B. FLOOR, « Des incompatibilités et interdictions dans le nouveau droit des marchés publics », in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, C.D.V.A., Liège, 1997, p. 407.

890 Projet de loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 656/1, pp. 20-21.

d'auteur de projet, d'architecture ou d'étude et d'ingénierie, par exemple, interviennent dans la détermination des conditions de passation et d'exécution d'un marché public. Il semble également qu'un bureau d'étude chargé d'une mission de consultance ou d'avis quant à la régularité des offres, du classement des soumissionnaires, ou du contrôle de la bonne exécution du marché, soit également concerné⁸⁹¹.

A dire vrai, ces différents intervenants n'exercent pas une mission de service public⁸⁹², laquelle ne peut l'être, sauf délégation ou substitution, que par la personne à laquelle ils fournissent leurs services. Toutefois, dans la mesure où ils prêtent leur concours à la réalisation de la tâche qui incombe aux pouvoirs adjudicateurs, ils participent d'une certaine manière à une mission de service public. Il est donc logique de les inclure dans le champ des destinataires de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993.

Cette extension aboutit néanmoins à certains paradoxes.

Il en est ainsi, par exemple, de la question de la sujétion à l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 des membres du conseil d'administration d'une ASBL tombant sous le champ d'application de la loi sur les marchés publics. A suivre les travaux préparatoires de l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976, ceux-ci ne seraient pas concernés par le régime d'interdiction que cette disposition met en place⁸⁹³, sauf dans l'hypothèse où l'ASBL en cause ou ses dirigeants pris individuellement exerceraient une mission de service public. Le même régime s'applique aux dirigeants de personnes morales de droit privé n'exerçant pas de mission de service public mais tombant sous le coup de la réglementation sur les marchés publics dès lors qu'elles peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens des articles 1^{er}, 9., de la directive 2004/18/CE et 2, 1, a), de la directive 2004/17/CE. Or, suivant les travaux préparatoires de la loi du 24 décembre 1993, les membres d'un bureau d'étude chargé, dans le cadre d'une convention d'auteur de projet par exemple, de la « gestion » d'un marché public pour le compte d'un de ces pouvoirs adjudicateurs, qui se trouvent dans une des situations décrites par l'article 10, ne peuvent intervenir dans ce marché. Les membres de l'organe de direction du pouvoir adjudicateur ne seraient donc pas concernés par le régime d'interdiction organisé par la réglementation sur les marchés publics, à l'inverse du consultant à qui il aurait été fait appel pour la conception ou la surveillance du marché. Ceci paraît pour le moins incongru.

b) Notion d'intérêt - renvoi

18. L'intérêt dont il est ici question s'apprécie de la même manière que celui requis pour incriminer une personne qui se rend coupable du délit d'ingérence.

891 T. NUYENS et W. SMISMANS, « Onverenigbaarheden bij overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1999, p. 35, pour qui l'article 10 devrait s'appliquer à toute personne qui joue un rôle pour le compte de l'autorité dans la réalisation du marché.

892 En sens contraire : C.E., arrêt n° 46.858, du 8 avril 1994, *Motorola-Sait-Fabricom*, *Entr. & dr.*, 1994, p. 177

893 Rapport fait au nom de la commission des finances par M. Desmarests, Chambre, 1975-1976, n°903/4, p. 11 ; D.-B. FLOOR, *op. cit.*, p. 407, note infrapaginale n° 20.

On a vu que cette notion est interprétée largement par la jurisprudence et la doctrine pénaliste. Elle vise tant l'intérêt direct ou indirect, actuel ou futur, que matériel ou moral⁸⁹⁴.

M.-A. FLAMME estime néanmoins que si l'existence ou la révélation de liens de caractère familial, amical, politique, professionnel, confessionnel ou sexuel peut engendrer un soupçon de partialité, ce soupçon ne peut suffire à lui seul pour conclure à l'existence d'un favoritisme. Il n'y aurait véritablement prise d'intérêts que si ces soupçons sont corroborés par un concours d'indices⁸⁹⁵.

Il convient donc de rapporter, de la même manière que ce que requiert l'article 245, alinéa 2, du code pénal, les circonstances desquelles il se déduit que le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public, peut prendre ou recevoir un intérêt personnel dans le marché. L'on ne pourrait toutefois déduire du passage précité que l'interdiction visée par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 ne s'appliquerait qu'à la prise d'intérêt effective et réelle dans l'une des entreprises soumissionnaires. Cette disposition doit s'aligner à cet égard sur l'article 245 du code pénal. Il suffit donc que le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique ou morale ait la possibilité de prendre ou de recevoir un intérêt dans l'entreprise soumissionnaire pour que joue l'interdiction que l'article 10 prescrit. L'article 10, § 3, de la loi - lequel requiert seulement du fonctionnaire public également actionnaire passif d'un soumissionnaire qu'il en informe l'autorité compétente -, n'infirme pas cette analyse. La communauté d'intérêts y est en effet présumée, ne dût-il même s'agir que d'une présomption relative. En outre, la situation visée par cet alinéa est susceptible, selon les circonstances, de bénéficier de l'application du second alinéa de l'article 245 du code pénal.

19. L'article 10 peut donc être invoqué dans le cas d'un simple intérêt professionnel lié à l'exercice d'un mandat d'administrateur, comme l'article 10, § 2, 2°, *in fine*, de la loi le prévoit, même lorsque l'obtention du marché en cause risque d'être sans conséquence immédiate sur ses émoluments.

La question de savoir si cette disposition trouve à s'appliquer également dans le cas d'un simple intérêt *fonctionnel*, est, quant à elle, plus discutée⁸⁹⁶, en particulier dans le cas de l'administrateur public qui exerce des mandats dérivés de sa fonction politique. La question est fréquemment posée dans le cas d'un administrateur public qui a été désigné comme tel pour représenter une autorité publique dans d'autres personnes morales publiques, lesquelles peuvent se porter candidate à un marché lancé par cette autorité. Il peut en être ainsi, par

894 Pour un exemple, voy. C.E., arrêt du 29 décembre 1990, *Ent. Dr.*, 1991, p. 132 ; Bruxelles, 20 mars 1989, cité par A. DE BLUTS, *Ent. Dr.*, 1999, p. 93. *Comp.* avec la circulaire du 22 mai 2008 du Ministre des affaires intérieures et de la fonction publique de la Région wallonne, Monsieur Philippe COURARD, pour qui l'élément patrimonial est en tout cas nécessaire.

895 M.-A. FLAMME, « Favoritisme et confusion d'intérêts dans les marchés publics », *Ent. Dr.*, 2006, p. 326, n° 16.

896 *Comp.* avec J.F. GOFFIN et E. GILLET, « Droits, devoirs et responsabilité civile des administrateurs d'intercommunales », *Mouv. Comm.*, janvier 2006, p. 9, qui, sans trancher expressément cette question, semblent admettre que l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 puisse s'appliquer aux administrateurs d'intercommunales.

exemple, d'un membre d'un cabinet ministériel (fédéral) siégeant au sein d'un organisme d'intérêt public qui déciderait de se porter candidat, dans la limite de ses compétences, à un marché lancé par l'État. Si les rapports qu'entretiennent ces entités se situent dans le cadre d'une relation « in house »⁸⁹⁷, l'application de l'article 10 ne se posera pas en l'absence de marché public. S'il n'en est pas ainsi, cette disposition devrait être écartée. En effet, afin de respecter un minimum de concordance entre l'article 10 de la loi sur les marchés publics et l'incrimination pénale du délit d'ingérence, il faut, selon nous, réserver l'application de cette disposition au cas d'un intérêt privé matériel ou moral. Or, cet intérêt fait, en principe, défaut dans le chef d'un mandataire public qui exerce un mandat dérivé de sa fonction politique. Certes, ce dernier peut-il recevoir des jetons de présence, qui peuvent s'avérer volumineux. Il ne s'agit toutefois pas d'une rémunération, mais d'une indemnité à laquelle l'administrateur peut prétendre en raison de sa charge. Sans doute, également, le comportement d'un administrateur sera-t-il influencé par la circonstance qu'il désire conserver ses mandats. L'on peut néanmoins raisonnablement se demander s'il peut se déduire de cette seule circonstance que cette personne est dans une position lui permettant d'être personnellement intéressée dans le marché. Cette solution ne préjudicie cependant en rien l'examen du respect de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, ainsi que la question du jeu normal de la concurrence qui sera abordée ci-après.

c) Intervention dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché

20. L'article 10 vise toute intervention de quelque manière que ce soit, directe ou indirecte, lors de la passation et la surveillance de l'exécution du marché. Il ne se limite donc pas à la décision de passation elle-même. La rédaction d'un rapport analytique et d'une proposition de conclusion qui a été suivie sans plus par le collège échevinal constitue dès lors une intervention au sens de l'art. 10 de la loi du 24 décembre 1993⁸⁹⁸.

21. Semble également concernée par cette disposition la personne chargée d'une fonction publique sous-traitant d'un adjudicataire qui a traité avec l'autorité publique dont elle relève, compte tenu de ce qu'il convient d'interpréter largement les termes de cette disposition. Il devrait en être également ainsi de l'adjudicataire d'un marché passé non pas par l'autorité dont cette personne relève, mais sur laquelle elle peut exercer un pouvoir de contrôle.

d) Charge de la preuve – comportement à adopter - portée de l'article 10

22. En principe, c'est à l'administration ou à la personne qui entend quereller la décision d'attribution du marché en cause qu'incombe la charge de la preuve

897 Sur les conditions d'application de cette exception, voy. F. MOISES, J.-F. JAMINET et A. VANDEBURIE, *La promotion immobilière publique. Les partenariats public-privé en région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier 2009, pp.61-70, et les références citées.

898 C.E., arrêt n° 173.479, du 12 juillet 2007, *N.V. General Industrial Assistance Cataro*.

de l'existence de l'intérêt des personnes précitées dans une entreprise soumissionnaire⁸⁹⁹. Celui-ci est toutefois présumé dans deux cas:

- 1°) *dès qu'il y a parenté ou alliance, en ligne directe jusqu'au troisième degré et, en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, entre le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique chargée d'un service public et l'un des soumissionnaires ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de l'un de ceux-ci un pouvoir de direction ou de gestion;*
- 2°) *lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises soumissionnaires ou exerce, en droit ou en fait, lui-même ou par personne interposée, un pouvoir de direction et de gestion.*

Cette présomption est irréfragable, avec cette conséquence que lorsque les personnes susvisées se trouvent dans l'une de ces situations, elles sont tenues de se récuser.

Un associé passif – c'est-à-dire, celui qui détient soit lui-même, soit par personne interposée, une ou plusieurs actions ou parts représentant au moins 5 % du capital social de l'une des entreprises soumissionnaires – a, quant à lui, seulement pour devoir d'informer l'autorité compétente de sa situation. Dans ce cas, la présomption de prise d'intérêt est relative. La décision finale incombe alors au pouvoir adjudicateur.

23. La loi n'indique pas quelle attitude doit adopter le fonctionnaire, l'officier public ou la personne - physique ou morale - chargée d'un service public qui se trouve dans une situation de communauté d'intérêts non présumée comme telle par le législateur. Certains en ont déduit que le § 1^{er} de l'article 10 se limiterait à énoncer un « principe » que les §§ 2 et 3 de cette disposition viendraient nécessairement compléter pour en déterminer les hypothèses d'application et la portée⁹⁰⁰.

Avec M.A. FLAMME⁹⁰¹, nous inclinons à penser que c'est faire une lecture inexacte de la disposition commentée. Le législateur a pu, après avoir énoncé une règle générale, vouloir indiquer quelles situations recelaient inévitablement à ses yeux une communauté d'intérêts, sans pour autant en limiter la portée. Si le législateur avait voulu limiter le champ d'application de l'article 10, et identifier les seuls cas d'application de cette disposition, il n'aurait, par ailleurs, pas recouru, nous semble-t-il, au mécanisme de présomption, lequel laisse entendre que d'autres situations sont susceptibles de tomber sous le coup de cette disposition.

899 Pour un exemple, voy. C.E., arrêt n° 172.400 du 18 juin 2007, *S.A.R.L. de droit congolais Afrique-éditions*.

900 D.B. FLOOR, *op. cit.*, p. 405, n° 8; T. NUYENS et W. SMISMANS, *op. cit.*, p. 36.

901 *Op. cit.*, pp. 322-323, lequel cite à l'appui de sa thèse un avis de la Commission fédérale des marchés publics rendu le 18 juillet 2006 (PV 1015).

Le fonctionnaire, l'officier public ou la personne - physique ou morale - chargée d'un service public qui se trouve dans une situation de communauté d'intérêts non présumée comme telle devra donc, à tout le moins, et à l'instar de ce que prévoit l'article 10, § 3, avvertir l'autorité compétente. Celle-ci pourra décider de le récuser si la communauté d'intérêts est établie, à tout le moins lorsqu'il ressort des circonstances de la cause que cette situation viole l'égalité entre soumissionnaires.

24. Les bureaux d'études, les auteurs de projet ainsi, plus généralement, que tout autre prestataire de services qui interviennent dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public aux côtés de l'administration peuvent, on l'a déjà indiqué, tomber sous le coup du régime d'incompatibilité que prescrit la réglementation sur les marchés publics. S'ils ont un intérêt dans une des entreprises soumissionnaires, ils doivent, selon les circonstances, se récuser ou avvertir l'autorité de leur position. Ce régime est complété par l'article 73 du cahier général des charges constituant l'annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. Il y est prévu que lorsqu'une personne qui s'est vue confier la tâche d'intervenir dans la passation ou la surveillance de l'exécution d'un marché au terme d'un marché de services, se trouve en cours d'exécution du contrat, dans l'une des hypothèses visées par l'article 10 de la loi, de sorte qu'elle ne pourrait pas intervenir ni dans la passation ni dans la surveillance de l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur peut résilier ce marché de services (§ 1^{er}). Si le prestataire de service n'informe pas le pouvoir adjudicateur de ce qu'il se trouve dans une situation visée par l'article 10, et que le pouvoir adjudicateur constate spontanément une cause d'interdiction dans son chef, il peut prononcer la nullité du marché.

Dans la pratique, la plupart des cahiers spéciaux des charges de marchés d'auteurs de projet contiennent une clause exigeant du bureau d'études qu'il s'engage à ce qu'aucun entrepreneur qui lui est lié dans des circonstances visées par l'article 10 ne soumissionne pour le marché pour lequel il intervient aux côtés du pouvoir adjudicateur. Une disposition prévoyant la nullité du contrat conclu avec l'auteur de projet dans l'hypothèse où cette interdiction serait violée se retrouve aussi très fréquemment⁹⁰².

e) Cas particulier: hypothèse des « liens structurels » entre soumissionnaires et pouvoir adjudicateur

25. L'interdiction d'intervenir dans un marché s'applique tant aux personnes qui interviennent personnellement dans l'une des entreprises soumissionnaires, qu'à celles qui n'y interviennent que par personne interposée. De nombreuses situations peuvent se présenter à ce propos, et il n'est pas toujours facile de savoir si elles tombent ou non sous le coup de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993. Ainsi, cette disposition semble pouvoir s'appliquer lorsqu'un bureau d'étude - qui doit être regardé comme une personne chargée d'un service public pour l'application de cette disposition - partage avec un soumissionnaire

902 D.-B. FLOOR, *op. cit.*, p. 411.

un actionnariat commun⁹⁰³. Dans ce cas de figure, ce n'est pas la personne qui exerce une fonction publique qui a un intérêt direct dans l'entreprise soumissionnaire, mais bien celui ou celle qui la détient. Un intérêt indirect suffit toutefois pour que l'interdiction visée par l'article 10 trouve à s'appliquer. Cette extension du champ d'application de l'article 10 est toutefois limitée. Ainsi, cette disposition est écartée lorsque ce bureau d'études n'a que des liens financiers indirects au deuxième degré⁹⁰⁴ ou au-delà avec un soumissionnaire⁹⁰⁵. Il s'agit, par exemple, de la situation où un même groupe financier est à la fois actionnaire d'un actionnaire d'un bureau d'études intervenant pour le pouvoir adjudicateur et actionnaire d'un actionnaire d'un soumissionnaire.

Un arrêt⁹⁰⁶ du Conseil d'État du 4 juin 1997 montre la difficulté d'appréhender les situations concrètes qui apparaissent en cette matière avec les concepts parfois trop généraux que prévoit la loi. Dans cette affaire, les requérants poursuivaient la suspension de la décision de l'Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest (O.V.A.M). d'attribuer à l'association momentanée AERTSSEN – INVADER un marché d'élimination de pneus usagers, ainsi que la décision du Gouvernement flamand l'y autorisant, au motif que les liens personnels, économiques, financiers et juridiques existant entre le pouvoir adjudicateur, l'autorité de tutelle et le soumissionnaire finalement retenu violaient les principes d'égalité et de non-discrimination, l'article 6 de la loi du 14 juillet 1976, ainsi que les principes de bonne administration, dont notamment les principes d'impartialité et d'indépendance. La région flamande n'exerçait, il est vrai pas seulement qu'un contrôle de tutelle sur l'O.V.A.M. Elle était propriétaire à 100 % d'une société Vlaamse Milieu Holding, laquelle était l'actionnaire de référence de la S.A. INVADER. L'O.V.A.M. elle-même était un des fondateurs de la S.A. INVADER. Les liens structurels entre ces sociétés se prolongeaient à ce point que l'administrateur général de l'O.V.A.M était également administrateur et président du conseil d'administration de INVADER.

Le Conseil d'État, saisi en extrême urgence, rejette le recours en estimant qu'il semble n'exister aucune disposition légale interdisant à des personnes présentant un rapport structurel avec une autorité de se porter candidat à l'attribution de marchés mis en concurrence par cette autorité. Certes, rappelle la Haute juridiction administrative, le pouvoir adjudicateur ne peut favoriser ces personnes lors de l'attribution du marché. En l'espèce, le seul élément concret pouvant faire penser à un tel favoritisme n'était pas démontré. Il semblerait en effet que l'administrateur commun à l'OVAM et à INVADER se soit récusé durant toute la durée de la procédure qui avait conduit aux décisions attaquées.

903 B. VAN LIERDE, observations sous C.E., arrêt n° 26.545 du 16 mai 1986, S.A. *Sintra*, *Ent. Dr.*, 1992, p. 120.

904 Dans ce sens, J. STEVENS, « Artikel 10 », in *Overheidsopdrachten. Tekst en toelichting*, Mys & Breesch, Gand. Adde : Liège, 26 avril 2007, inédit, cité par P. THIEL, "Chronique de jurisprudence. Cours d'appel et tribunaux 2007", in *Jaarboek overheidsopdrachten. Chronique des marchés publics 2007-2008*, E.B.P., 2008, p. 123.

905 D.-B. FLOOR, *op. cit.*, p. 405 ; T. NUYENS et W. SMISMANS, *op. cit.*, p. 37.

906 C.E., arrêt n° 66.538, du 4 juin 1997, *N.V. Kumpen & N.V. Betonac*, *Ent. Dr.*, 1999, p. 94.

Si la région flamande n'était pas tenue d'intervenir comme organe de tutelle dans la décision à prendre par l'O.V.A.M, l'on eut pu assimiler cette situation à celle où un bureau d'étude présente des liens financiers indirects avec un soumissionnaire. Force est toutefois de constater que le Gouvernement flamand n'échappait pas à la qualification de personne morale chargée d'un service public, intervenait dans la passation du marché en cause, et avait un intérêt dans l'une des entreprises soumissionnaires, dès lors que la Région flamande en détenait l'actionnaire de contrôle. La récusation du Gouvernement flamand aurait toutefois empêché l'application du contrôle de tutelle, ce qui était impensable.

La solution la plus radicale aurait consisté à écarter l'offre déposée par la S.A. INVADER en raison des liens structurels qu'elle entretenait avec l'autorité de tutelle, ainsi qu'avec le pouvoir adjudicateur. L'article 6 de la loi du 8 juillet 1976 – pas plus l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, d'ailleurs – ne permettait toutefois d'agir de la sorte, puisqu'il frappe la personne intéressée dans l'entreprise soumissionnaire et non ce soumissionnaire lui-même. Dans ce cas de figure, il nous semble que les principes qui fondent le droit de la commande publique auraient pu être invoqués: égalité de traitement, non-discrimination, transparence et impartialité. L'application de ces principes généraux doit toutefois s'appliquer au travers d'un examen *in concreto* de la situation dont le but est de vérifier si des mesures de sauvegarde spécifiques ont été prises pour éviter que le jeu normal de la concurrence ne soit faussé et n'implique donc pas nécessairement l'écartement de l'offre litigieuse.

Outre les principes invoqués ci-avant il faut aussi envisager l'application de l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 suivant lequel les offres remises à la suite de « tout acte, convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence doivent être écartées ». La rédaction très large de cette disposition présente des ressources inexploitées. Son champ d'application ne se limite pas aux traditionnelles ententes entre soumissionnaires. Ainsi, dans l'affaire C.N.I.M.c./INTRADEL⁹⁰⁷, le Conseil d'État a considéré qu'une convention entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire pourrait être de nature à fausser la concurrence et tomber sous le coup de l'article 11.

26. Dans le prolongement d'un commentaire qu'il consacre à l'arrêt N.V. Kumpen & N.V. Betonac, Philippe FLAMME estime que lorsqu'il existe un rapport structurel entre un pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire, l'égalité de traitement des opérateurs économiques publics et privés ainsi que l'impartialité de l'autorité qui attribue les missions ou activités ne sont pas suffisamment garanties par les seules dispositions existantes de la réglementation. Il invite par conséquent les autorités publiques à mettre en œuvre des « mesures de sauvegarde », notamment pour garantir une séparation stricte des personnes qui préparent la mise en concurrence et qui décident de l'attribution de marché, d'une part, et celles qui assurent la gestion du soumissionnaire public, d'autre part, pour empêcher la transmission de toute informations confidentiel-

907 C.E., arrêt n° 145.163, du 30 mai 2005.

les du pouvoir adjudicateur au soumissionnaire⁹⁰⁸. Il faut en effet rappeler que la simple présence d'un représentant ou d'un simple agent d'exécution d'un soumissionnaire (public ou privé) dans un organe de décision du pouvoir adjudicateur lui permettra d'être mieux informé des desiderata de ce dernier et, par conséquent, de pouvoir présenter une offre qui répondrait davantage au cahier des charges. Le régime d'incompatibilité qu'impose l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 ne permet pas d'empêcher ce transfert d'informations. L'interdiction dont il frappe la personne chargée d'une fonction publique n'intervient en effet qu'une fois que les soumissionnaires ont déposé une offre, c'est-à-dire lors de la phase de passation du marché. Or, de nombreuses décisions concernant ce marché auront déjà pu avoir été prises: choix du mode de passation, approbation du cahier spécial des charges et du contenu des avis de marché, sélection des candidats invités à présenter une offre, Un soumissionnaire aura donc pu prendre connaissance d'éléments jugés essentiels pour le pouvoir adjudicateur avant même que l'article 10 ait pu trouver à s'appliquer, ce qui entraîne une rupture de l'égalité de traitement des soumissionnaires et est de nature à fausser la libre concurrence. Dans ce cas de figure, la solution de l'écartement pure et simple de tout accès aux marchés du pouvoir adjudicateur en cause⁹⁰⁹ ne se justifie qu'à défaut de mesures de sauvegarde efficaces. Le droit communautaire invite en effet à ne réserver cette sanction qu'au soumissionnaire qui, en raison des circonstances pré-décrites, bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence⁹¹⁰.

2°) *L'article 8 de la loi du 15 juin 2006*

27. Si l'article 8 de la loi du 15 juin 2006 ressemble à s'y méprendre à l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993, celui-là est plus sévère et plus complet.

La loi du 24 décembre 1993 défend d'intervenir dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public. La loi du 15 juin 2006 interdit toute participation dans la passation et l'exécution d'un marché public, et non plus seulement dans la surveillance de celui-ci.

908 Ph. FLAMME, « L'application concrète du droit des marchés publics à la problématique concernée : le point de vue du praticien », in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen. Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception « in house »*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 227-228. Dans ce sens également, voy. la communication interprétative de la Commission du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C (2007) 6661, p. 10.

909 En faveur de cette solution : J. NOEL (coord.), *Les marchés publics. Droit belge et européen. Principes et applications*, Esimap, , Quorum, 2001, Volume I, p. 151.

910 *Rappr.* de C.J.C.E., Grande chambre, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki AE*, C-213/07, pt. 62, ainsi que les conclusions rendues le 8 octobre 2008 par l'Avocat général MADURO dans cette affaire. Ce dernier indique, à propos de l'interdiction faite aux entrepreneurs de travaux liés aux entrepreneurs de médias de pouvoir avoir accès à certains marchés de travaux, que : « l'incompatibilité ainsi instaurée entre le secteur des travaux publics et celui des médias doit (être) conforme au principe de proportionnalité. Il faut donc qu'elle soit nécessaire et proportionnée à l'objectif de garantie de l'égalité de traitement et, partant, de développement d'une concurrence effective. Si, au contraire, la cause d'exclusion ajoutée par le droit national est définie de telle manière qu'elle englobe un nombre de prestataires potentiels excessif par rapport à ce qui serait nécessaire pour garantir l'égalité de traitement entre soumissionnaires, elle dessert en réalité l'objectif de la directive de développement d'une concurrence effective qu'elle prétend servir » (pt. 34).

Le champ d'application du régime d'incompatibilité est en outre étendu aux entreprises candidates. Il ne vaut donc plus seulement pour les entreprises soumissionnaires. L'on a ainsi tenu compte du cas où la procédure se déroule en deux phases.

Dans la nouvelle loi, la notion de « personne chargée d'un service public » est remplacée par celle, jugée plus claire par le Gouvernement, de « personne liée à un pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit ». L'incompatibilité vise, dès lors, non seulement le personnel sous statut mais également toute personne liée au pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit, par exemple par un contrat de travail ou en cas de prestation à titre gratuit. Elle vise aussi les personnes physiques ou morales liées au pouvoir adjudicateur par un marché public de services, lorsque ces dernières exercent une mission de conception et de contrôle de l'exécution d'un marché public ou remplissent auprès de ce pouvoir adjudicateur une mission de consultant leur permettant d'influencer son choix⁹¹¹. Cette nouvelle formule permet également d'atteindre les membres des organes de direction d'une ASBL ayant la qualité de pouvoir adjudicateur, situation qui n'était pas visée par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993.

Si cette nouvelle formule englobante a le mérite de faire taire les querelles relatives au champ d'application *ratione personae* de ce régime d'interdiction, l'on ne peut que regretter que le législateur n'ait pas aligné le champ de ses destinataires sur la formule employée dans l'article 245 du code pénal, multipliant ce faisant les vocables désignant une même situation.

Enfin, la notion « d'intérêt » est remplacée par celle de « conflit d'intérêts », laquelle ne figurait pas, il est vrai, dans l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993.

3°) *L'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996*

28. A proprement parler, cette disposition n'é prescrit pas un régime d'incompatibilité, mais une interdiction d'accéder à certains marchés, raison pour laquelle l'on se contentera de la mentionner en renvoyant aux commentaires⁹¹² qui y ont été consacrés, en soulignant néanmoins qu'elle n'est pas totalement étrangère au sujet traité.

Avant sa modification par un arrêté royal du 18 février 2004, l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, tel que modifié par l'arrêté royal du 25 mars 1999, contenait une présomption irréfragable de l'existence d'un avantage faussant le jeu normal de la concurrence dans le chef de la personne physique ou morale qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, de fournitures ou de services. Les entreprises liées à cette personne étaient soumises à la même interdiction, à la différence près que

911 *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2237/001, p. 27.

912 *Voy.*, notamment, C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht. Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten*, Maklu, 2004, pp. 61-63.

celles-ci pouvaient établir qu'elles ne bénéficiaient pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser le jeu normal de la concurrence⁹¹³.

Anticipant sur l'arrêt *Fabricom* de la Cour de Justice⁹¹⁴, l'arrêté royal du 18 février 2004 s'affranchit de ce système - jugé sévère⁹¹⁵ - de présomption. Dorénavant, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, ne sera écartée que si du fait de ces prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence (§ 1^{er}). Il en est de même de l'offre introduite pour un marché public par une entreprise liée à la personne visée au § 1^{er}.

Une appréciation au cas par cas devra donc être conduite par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, par le Conseil d'État en cas de recours⁹¹⁶. Suivant le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 février 2004, l'existence d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence devrait être établie lorsque cette personne a été chargée d'établir le cahier spécial des charges et les plans et a fixé des orientations techniques ou architecturales précises correspondant à celles qui lui sont les plus familières. Par contre, ce ne sera normalement pas le cas lorsque par exemple la première prestation a eu pour objet la détermination d'exigences fonctionnelles générales, pouvant être prises en considération par la plupart des concurrents capables d'exécuter un tel marché. De la même manière, un architecte adjudicataire d'un marché de services portant sur l'établissement d'un schéma directeur d'une zone urbaine à rénover ne sera pas frappé d'incompatibilité pour des marchés portant sur des services d'architecture relatifs à des ouvrages se situant dans cette zone. Rappelons qu'en toute hypothèse, l'interdiction prévue par l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne trouve à s'appliquer que lorsque la mission préalable de

913 L'article 65 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux lui était identique et a été modifié de la même manière par l'arrêté du 18 février 2004.

914 C.J.C.E., arrêt du 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 et C-34/03, lequel décide que la directive 92/50 et, plus particulièrement, son article 3, paragraphe 2, la directive 93/36 et, plus particulièrement, son article 5, paragraphe 7, la directive 93/37 et, plus particulièrement, son article 6, paragraphe 6, ainsi que la directive 93/38 et, plus particulièrement, son article 4, paragraphe 2, s'opposent à une règle, telle que celle prévue aux articles 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996, et 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence.

915 Ph. FLAMME, *La commande publique architecturale*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 145, n° 184.

916 Pour un exemple, voy. C.E., arrêt n° 184.868, du 26 juin 2008, *N.V. Crepain Binst Architecture & alii*, qui rejette le moyen tiré de la violation de cette disposition après avoir comparé les conditions du marché d'étude, le rapport qui en a résulté, le cahier spécial des charges du marché ultérieur, ainsi que les offres déposées.

recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement est liée au marché considéré⁹¹⁷.

Par " entreprise liée ", il faut entendre soit toute entreprise sur laquelle la personne visée au § 1^{er} 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. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise: 1° détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou; 2° dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou; 3° peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Ces interdictions ne s'appliquent pas aux marchés publics comportant à la fois l'établissement d'un projet et son exécution, ainsi qu'aux marchés publics passés par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi.

C. Dispositions particulières également applicables aux pouvoirs subordonnés

29. A ces règles s'ajoutent d'autres prescriptions particulières qui tendent à éviter toute confusion d'intérêts dans le chef des organes des pouvoirs subordonnés. Identique pour l'ensemble du territoire belge jusqu'à la régionalisation de cette matière, ce régime a été conservé dans son principe dans les trois régions du pays. Ces dispositions se retrouvent dans la réglementation organique des communes, des provinces, des intercommunales et des C.P.A.S.

1°) *Interdictions applicables aux membres des organes des communes*⁹¹⁸

30. Ces interdictions peuvent être rangées en deux catégories: d'une part, celles qui interdisent de siéger lors des délibérations d'un organe sur des objets auxquels les membres de celui-ci ont un intérêt; d'autre part, celles qui interdisent de prendre part aux marchés ou à certains contrats similaires de l'autorité dont émane le destinataire de l'interdiction.

31. Relevant de la première catégorie, l'article 92, 1°, et de la Nouvelle loi communale, toujours applicable en Région de Bruxelles-capitale, interdit à tout membre du conseil communal et au bourgmestre⁹¹⁹ d'être présent à la délibération des objets auxquels il a un intérêt direct, soit personnellement, soit comme chargé d'affaires, avant ou après son élection, ou auxquels ses parents ou alliés

917 Ce qui implique que la portée de cette étude préalable puisse être comparée avec le marché lui-même, ce qui n'est pas possible dans le cadre d'un examen succinct de la cause dans le cadre d'une demande de suspension (C.E., arrêt n° 179.202, du 31 janvier 2008, *N.V. Solid partners*).

918 Sur ces interdictions, voy. W. SOMERS, *Gemeenteraad. Samenstelling en werking*, in *Recht in de Gemeente*, Bruges, die Keure, 2002, pp. 365 – 418 ; J. DUJARDIN, W. SOMERS, L. VAN SUMMEREN et J. DEBYSER, *Praktisch handboek voor gemeenterecht*, die Keure, 2004, pp. 182-191.

919 En vertu de l'article 106, al. 3, de la nouvelle loi communale, l'article 92, 1°, est également applicable aux séances du collège des Bourgmestre et échevins.

jusqu'au quatrième degré inclusivement ont un intérêt personnel et direct. Cette prohibition ne s'étend pas au-delà des parents ou alliés jusqu'au deuxième degré, lorsqu'il s'agit de la présentation de candidats, de nominations aux emplois et de poursuites judiciaires.

La même interdiction est reproduite à l'article L1122-19 du code de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après C.D.L.) pour les communes de la Région wallonne, et, dans une mesure similaire⁹²⁰, à l'article 27, § 1^{er}, 1^o, du décret communal du 15 juillet 2005 pour les communes flamandes⁹²¹. Elle s'applique, dans chacune de ces deux régions, aux conseillers communaux, aux échevins⁹²², au bourgmestre, au président du conseil de l'action sociale, s'il est membre du collège communal, ainsi qu'au secrétaire communal⁹²³.

32. A la différence de ce que prévoient les articles 10 de la loi du 24 décembre 1993 et 245 du code pénal, l'intérêt visé ici n'est pas un intérêt *quelconque*. L'intérêt doit être compris comme un profit, c'est-à-dire un avantage en argent ou un avantage appréciable en argent, autre que collectif procuré immédiatement et nécessairement par la décision en cause. En d'autres termes, l'interdiction de siéger ne trouve à s'appliquer qu'à ceux qui ont un intérêt matériel, direct et personnel dans l'affaire qui fait l'objet de la délibération de l'organe communal dont relève l'intéressé.

L'intérêt doit être direct et personnel en ce sens qu'il doit s'agir d'un intérêt qui résulte directement et immédiatement de la décision prise et qui affecte exclusivement le patrimoine du conseiller ou de ses proches. Ne tombe dès lors pas sous le coup de l'article 92, 1^o, de la Nouvelle loi communale, la situation dans laquelle se trouvent les membres d'un conseil communal à l'égard de l'ASBL où ils représentent cette commune dès lors que les décisions en cause – l'emprunt de 130 millions de francs pour payer la quote-part de la commune dans l'exécution des travaux d'aménagement exécutés par l'ASBL et la conclusion d'un bail avec cette ASBL – n'ont pas directement comme résultat de leur procurer un tel profit puisque ces décisions n'emportent pas nécessairement et directement une modification de leurs émoluments ou de leurs jetons de présence⁹²⁴. Un conseiller communal, par ailleurs gérant de la société a qui ont été sous-traités des travaux de peinture par l'adjudicataire d'un marché de la commune dont relève ce conseiller, a, par contre, un intérêt personnel et direct à l'adoption d'une délibération du conseil communal augmentant le montant du poste « peintures » des travaux exécutés par l'adjudicataire principal, dès lors

920 Tel que modifié par l'article 20 du décret du 23 janvier 2009, l'article 27 du décret communal flamand, n'interdit plus aux conseillers communaux de voter pour l'élection des membres du conseil de l'aide sociale au profit d'un parent ou allié. En outre, la prohibition ne s'étend pas au-delà des parents et alliés jusqu'au deuxième degré lorsqu'il s'agit de la présentation de candidats, de nominations, démissions, révocations et suspensions.

921 Lequel précise toutefois qu'elle n'est pas d'application au conseiller communal qui se trouve dans les circonstances précitées uniquement parce qu'il a été désigné représentant de la commune dans d'autres personnes morales. Sur cette disposition, voy., notamment : Jura Falconis (ed.), *Het nieuwe gemeentedecreet*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 9 -15.

922 Article 51, alinéa 3, du décret flamand du 15 juillet 2005.

923 Article 88, § 3, du décret flamand du 15 juillet 2005 ; article L1125-10 du CDL.

924 C.E., arrêt n° 27.081, du 29 octobre 1986, *De Doncker*.

que cette délibération est de nature à l'avantager lui-même aussi bien que sa société puisqu'il était possible, sinon vraisemblable, que la sous-traitance serait maintenue⁹²⁵.

Une jurisprudence récente admet toutefois qu'un conseiller communal se trouve dans une situation dans laquelle il a un intérêt direct au sens de l'article 92 de la Nouvelle loi communale toutes les fois où il ne peut prendre de distance suffisante pour accorder la préférence aux intérêts communaux plutôt qu'à ses intérêts personnels⁹²⁶.

L'intérêt doit, en outre, être né et actuel, c'est-à-dire présent au moment de la délibération. L'article 92 de la nouvelle loi communale ne peut donc s'étendre aux anciens ni aux « futurs » conseillers communaux⁹²⁷. L'intérêt ne peut non plus consister dans une simple éventualité⁹²⁸, ni être passé ou futur. Ainsi, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un conseiller exécute un contrat passé avec la commune avant d'être investi de cette qualité. Il doit toutefois s'agir de la simple exécution de clauses préétablies. Si les clauses sont adaptées après l'élection du cocontractant de la commune au siège de conseiller, l'interdiction trouvera à s'appliquer⁹²⁹.

33. L'article 92, 2°, de la Nouvelle loi communale interdit également à tout membre du conseil communal et au bourgmestre de prendre part directement ou indirectement dans aucun service, perception de droits, fournitures ou adjudication quelconque pour la commune. Cette disposition est reprise, en Région wallonne, à l'article L1125-10, 1°, du CDL, qui la rend applicable au secrétaire communal, ainsi qu'à l'article 27, § 2, 3°, du décret flamand du 15 juillet 2005.

L'interdiction vise tant les offres déposées par un membre du conseil ou du collège agissant personnellement que celles qui le sont par interposition de personne. Il en est ainsi, par exemple, d'une offre déposée par le conjoint d'un membre du collège ou du conseil communal. L'interdiction s'applique également aux offres déposées par une société dans laquelle un conseiller a, par exemple, une participation importante de sorte qu'il a un intérêt évident à ce que cette société obtienne le marché. Appliquant ces principes, le Conseil d'État a annulé une délibération d'un conseil communal qui avait désigné une société

925 C.E., arrêt n° 82.262, du 15 septembre 1999, *Cavalier-Bohon*.

926 C.E., arrêt n°. 129.888, du 30 mars 2004 ; arrêt n°143.663, du 26 avril 2005, *Mottie & Claessens* ; C.E., arrêt n° 77.723, du 17 décembre 1998, *Kluisbergen*.

927 C.E., arrêt n° 55.964, du 20 octobre 1995, *S.A. 2000 Plus, Ent. Dr.*, 1996, p. 378, avec le rapport (contraire) de Monsieur le premier Auditeur FORTPIED. *Rappr. des faits à la base des arrêts du Conseil d'État n° 83.243, du 3 novembre 1999 et n° 101.224 du 28 novembre 2001, S.A. Collignon Eng.. Le pouvoir adjudicateur avait décidé de ne pas consulter la requérante pour le marché en cause au motif que son comportement dans l'exécution d'un précédent marché passé avec cette autorité avait entraîné, dans le chef du pouvoir adjudicateur, un manque de confiance totale en cette société rendant impossible toute relation contractuelle directe ultérieure. En effet, alors qu'il était chargé de contrôler la bonne exécution du marché réalisé par la requérante, un agent du pouvoir adjudicateur avait donné sa démission pour rejoindre l'entreprise de la requérante, cumulant de ce fait tout à la fois à son égard les rôles de contrôleur et de futur préposé. Un tel conflit d'intérêts justifie à suffisance pour le Conseil d'État l'acte attaqué.*

928 *Comp.* toutefois avec C.E., arrêt n° 63.019, du 12 novembre 1996, *De Veyt et csrts*, qui estime que les circonstances de la cause rendent possible l'existence d'un conflit d'intérêt en l'espèce.

929 C. HAVARD, *Manuel de droit communal*, Bruxelles, la Charte, 1999, pp. 120-121.

anonyme pour l'exploitation de terrains de tennis communaux, dès lors que le président du Conseil d'administration de cette société et actionnaire majoritaire était également conseiller communal du pouvoir adjudicateur⁹³⁰.

Cette interdiction ne s'applique pas, à l'instar de ce que prévoit l'article 10 de la loi du 24 décembre 1992, à toutes les personnes qui peuvent intervenir dans le marché, comme, par exemple, les fonctionnaires communaux chargés de traiter le marché en cause.

Ne sont également visées que les marchés de la commune dont le conseiller communal, l'échevin, le bourgmestre ou le secrétaire communal relèvent, ainsi qu'en Flandre les actes des agences autonomisées externes communales, à savoir les régies communales autonomes et les agences autonomisée externe communal de droit privé. Sans préjudice de l'application éventuelle de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1994, un conseiller communal peut donc en principe se porter candidat à un marché d'une intercommunale à laquelle la commune est affiliée, à un marché du CPAS de cette commune, ainsi, en Wallonie et en Région de Bruxelles-capitale, à un marché d'une régie communale autonome ou d'une ASBL communale⁹³¹.

Quant aux opérations visées par cette interdiction, l'on ne doit pas s'arrêter aux termes employés par le texte légal, lesquels semblent ne s'appliquer qu'aux seules adjudications de travaux, de fournitures ou de services. Sont, en réalité, visés tous les marchés publics de la commune, quelque soit leur mode de passation, ainsi que les opérations qui, bien que ne pouvant être qualifiées de marchés publics, amènent les autorités communales à désigner le cocontractant de l'administration⁹³², comme, par exemple, l'attribution d'une concession de service public ou la prise de participation à une société d'économie mixte chargée, par exemple, de réaliser des travaux pour la commune en cause. Certains admettent toutefois que l'achat par la commune d'un bien immobilier appartenant à un conseiller communal, comme la vente par la commune à un conseiller d'un immeuble communal, serait permis⁹³³, comme les locations⁹³⁴. Cette controverse a été réglée en Flandre, où le texte de l'article 27, § 2, 3°, du décret flamand du 15 juillet 2005 interdit expressément aux conseillers communaux et aux bourgmestre et échevins, directement ou indirectement, de conclure une convention ou de participer à un marché public de travaux, fournitures ou services, à une

930 C.E., arrêt n° 43.000, du 17 mai 1993, *S.A. 2000 Plus, Ent. Dr.*, 1994, p. 38.

931 C. HAVARD, *op. cit.*, p. 119.

932 Rapport de Monsieur le premier Auditeur FORTPIED précédant l'arrêt du C.E., n° 43.000, du 17 mai 1993, *S.A. 2000 Plus, Ent. Dr.*, 1994, p. 40.

933 L'article 1596 du code civil interdit toutefois, sous peine de nullité, aux administrateurs des communes de se porter, par eux-mêmes ou par personnes interposées, adjudicataires des biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins. Seraient seuls concernés, en leur qualité d'administrateurs des biens communaux, les bourgmestre et échevins, à l'exclusion des autres membres du conseil communal (V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, Bruxelles, Larcier, 1955, p. 230).

934 C. HAVARD, *op. cit.*, p. 120.

vente ou un achat pour la commune ou pour une agence autonomisée externe communale⁹³⁵.

Enfin, l'article 92, 2°, de la Nouvelle loi communale et les dispositions correspondantes des décrets régionaux ne semblent ne viser que la conclusion du marché, à l'exclusion de son exécution.

34. L'article 236, § 4, du décret flamand du 15 juillet 2005, tel que modifié par le décret du 23 janvier 2009, étend ces interdictions aux membres du conseil d'administration d'une régie communale autonome. Tel n'est pas le cas en Région wallonne et en Région de Bruxelles-capitale, où seules les dispositions de la loi sur les marchés publics et du code pénal trouveront à s'appliquer.

2°) *Interdictions applicables aux membres des organes des provinces*

35. L'article L2212-78 du CDL reproduit pour les membres du conseil provincial les interdictions qui frappent les organes des communes. L'article L2212-80 du même code prévoit également que les députés provinciaux ne peuvent prendre part directement ni indirectement, dans aucun service, perception de droits, fourniture ou adjudication de travaux publics, pour compte de la province, mais aussi - ce qui le différencie du régime d'interdiction applicable aux organes des communes - de l'État, des Communautés et Régions ou des communes dans la province. Le régime d'interdiction est encore plus large pour le Gouverneur, puisque ce dernier ne peut prendre directement ou indirectement une part quelconque dans aucune fourniture, adjudication ou entreprise faite ou à faire dans la province pour le compte d'une autorité ou d'une administration publique.

Les articles 27, 51, 229, § 4, du décret provincial flamand du 9 décembre 2005 reproduisent également le régime d'interdiction applicable, avant sa modification par le décret du 23 janvier 2009, aux organes des communes pour les membres des conseils provinciaux et de la députation permanente, ainsi que pour les administrateurs de régies communales provinciales. Le greffier provincial se voit également interdit de siéger aux délibérations pour lesquels il aurait un intérêt⁹³⁶.

3°) *Interdictions applicables aux membres des organes des intercommunales*

36. En Région wallonne, les administrateurs d'intercommunales et les membres du comité de gestion d'une association de projet sont soumis à un régime d'interdiction semblable à celui applicable aux membres des organes des com-

935 Depuis sa modification par le décret du 23 janvier 2009, cette disposition excepte le cas où le conseiller communal fait appel à un service offert par une commune ou par une agence autonomisée externe communale et conclut une convention suite à ce service offert.

936 Article 85 du décret flamand du 9 décembre 2005.

munes⁹³⁷. L'article 18 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales en fait de même pour les intercommunales bruxelloises et les intercommunales bi-régionales.

En Flandre, les articles 17 et 51 du décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale reproduisent pour les administrateurs d'association de projets, d'association chargées de services et d'associations chargées de mission les mêmes interdictions que celles qui s'imposent, notamment, aux membres des conseils communaux de cette région, avant leur modification par le décret du 23 janvier 2009.

4°) *Interdictions applicables aux membres des organes des C.P.A.S*

37. L'article 37 de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS, disposition applicable tant en Flandre, en Région wallonne, que sur le territoire de la Région de Bruxelles-capitale, interdit aux membres du conseil de l'action sociale et aux personnes qui, en vertu de la loi, peuvent assister à ses séances d'être présents à la délibération du conseil sur les objets auxquels ils ont un intérêt direct, soit personnellement, soit comme chargé d'affaires, ou auxquels leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement ont un intérêt personnel et direct. Il leur est également interdit de prendre part, directement ou indirectement, à aucun marché, adjudication, fourniture, vente ou achat intéressant le centre public d'action sociale. Cette interdiction s'applique également aux sociétés commerciales dans lesquelles le membre du conseil, le bourgmestre ou son délégué est associé, gérant, administrateur ou mandataire.

En Flandre et en région de Bruxelles-capitale, l'article 50 de la loi du 8 juillet 1976 étend ce régime à l'ensemble du personnel du CPAS. En région wallonne, seuls les l'interdiction de prendre parts aux marchés, ventes ou achats intéressants le C.P.A.S sont étendus aux membres du personnel.

II. LA SANCTION DU NON-RESPECT DE CES INTERDICTIONS ET INCOMPATIBILITES

38. Que faire lorsque les destinataires des normes précitées enfreignent les interdictions qui leur sont destinées, qu'ils les ignorent, comprennent mal leur portée, ou décident tout simplement de passer outre, n'ayant cure de la crainte d'une sanction disciplinaire⁹³⁸ voire pénale? Relevons d'emblée qu'aucune des dispositions susvisées ne frappent expressément de nullité le marché qui serait passé en violation des règles qu'elles énoncent. Seul l'article 73 du cahier géné-

937 Article L-1531-2 du CDL. L'article L1531-2, § 3, du Code prévoit également que nul ne peut être désigné à la fonction de membre du comité de gestion de l'association réservée aux autorités administratives associées, s'il exerce un mandat dans des organes de gestion et de contrôle d'une association de droit privé qui a pour objet une activité similaire susceptible d'engendrer dans son chef un conflit d'intérêts direct et permanent.

938 Ce type de sanction n'est pas réservé qu'aux seuls agents publics. Ainsi, l'article L2212-81 bis du CDL prévoit que lorsque le Gouvernement constate des faits qui sont de nature à entraîner la méconnaissance des articles L2212-78 à L2212-81, il peut constater l'incompatibilité et prendre acte de la démission d'office de l'intéressé.

ral des charges permet-il de résilier, voire d'annuler le marché de services passé avec un prestataire de services qui se trouve ou pourrait se trouver dans la situation de conflit d'intérêts visée par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993. Qu'en est-il toutefois dans les autres cas ou lorsqu'il n'est pas fait usage de cette disposition? Trois situations doivent, nous semble-t-il, être distinguées.

1°) *Violation de l'interdiction de participer à un marché*

39. La première concerne la situation où l'interdiction consistait à ne pas pouvoir prendre part à un marché et que cette interdiction a été violée. La violation de l'article 92, 2°, de la Nouvelle loi communale, par exemple, ou de toute autre au contenu similaire trouve en premier lieu sa solution dans le refus de prise en considération de l'offre déposée à son mépris. L'offre déposée n'aurait donc jamais dû l'être. Cette décision doit être annulée si le soumissionnaire qui en est l'auteur a finalement obtenu le marché ou si l'offre qu'il a déposée a influé sur le classement des offres de manière telle qu'un autre soumissionnaire aurait du obtenir le marché.

2°) *Violation de l'interdiction de siéger*

40. La deuxième situation vise celle où l'interdiction consistait à ne pas siéger à une délibération d'un d'organe à l'égard de laquelle son destinataire pouvait avoir un intérêt. Dans ce cas de figure, l'on considère que la violation de la disposition qui érige cette interdiction de siéger, comme l'article 92, alinéa 1^{er}, 1°, de la nouvelle loi communale par exemple, vicie la délibération lors de laquelle la disposition en cause aurait dû être appliquée, ceci, alors même qu'il serait établi que le membre de l'organe concerné se serait abstenu ou n'aurait pas pris part au vote, voire même ne serait pas intervenu dans la discussion⁹³⁹. Son annulation est-elle dès lors inévitable? La réponse est assurément positive si la norme en cause devait se voir reconnaître la valeur d'une formalité substantielle⁹⁴⁰, sans laquelle l'acte adopté ne l'est pas valablement. Certains considèrent toutefois qu'il faut procéder à une appréciation concrète des données de l'espèce et vérifier si la présence irrégulière d'un des conseillers a pu avoir pour effet de faire prévaloir l'intérêt privé sur l'intérêt public⁹⁴¹. Ce n'est que si tel devait être le cas qu'une annulation s'imposerait. Le plus souvent, toutefois, la violation d'autres règles de droit, comme le principe d'impartialité ou d'objectivité⁹⁴², pourront également être invoqués, de sorte que l'annulation paraître inéluctable.

939 C.E., arrêt n° 82.262, du 15 septembre 1999, *Cavalier-Bohon*.

940 Dès lors qu'elle a pour objectif final de garantir l'égalité de traitement et l'impartialité, autant de garanties dont bénéficient les administrés.

941 V. DE TOLLENAERE, *op. cit.*, p. 227.

942 C.E., arrêt n°129.888 du 30 mars 2004 ; arrêt n°143.663, du 26 avril 2005, *Mottie & Claessens*.

3°) *Violation de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993*

41. La dernière situation concerne la violation de l'interdiction de l'article 10 de la loi sur les marchés publics du 24 décembre 1993, en raison de son champ d'application particulier, lequel ne vise pas que l'interdiction de siéger. Cette disposition impose au fonctionnaire public, à l'officier public, ainsi qu'à toute personne chargée d'un service public qui aurait un intérêt dans une entreprise soumissionnaire de se récuser s'il intervient dans la passation et la surveillance de l'exécution de ce marché. A tout le moins, doit-il, selon les circonstances, en avertir l'autorité. Quel sort convient-il de réserver au contrat conclu en violation de ces prescriptions? 'Ni la loi du 24 décembre 1993⁹⁴³, ni celle du 15 juin 2006, ne précisent quelle sanction il convient d'appliquer.

En l'absence de précision légale, la jurisprudence reste divisée.

Ainsi, certaines décisions n'hésitent pas à annuler ce marché⁹⁴⁴, estimant que l'attribution du marché pour laquelle est intervenue une personne frappée légalement d'incompatibilité est viciée à la base, de sorte que cette décision d'attribution est irrégulière⁹⁴⁵. Dans un arrêt du 10 juillet 1990, le Conseil d'État a toutefois indiqué que « *du même texte de l'article 6 (de la loi du 14 juillet 1976) et des travaux préparatoires de cet article il ressort que le législateur est parti de l'idée qu'une infraction à l'interdiction contenue dans l'article 6 doit être sanctionnée dans la personne de ceux à qui s'adresse l'interdiction, c'est-à-dire les fonctionnaires, les officiers publics et toute autre personne chargée d'un service public, et qu'il n'est jamais entré dans l'intention du législateur d'assurer le respect de cette interdiction par la prise d'une sanction contre le soumissionnaire, à savoir le rejet de son offre* »⁹⁴⁶. A suivre cette jurisprudence, la nullité du marché ne pourrait être prononcée⁹⁴⁷. De la même manière, le pouvoir adjudicateur qui prendrait connaissance en temps utile d'une communauté d'intérêts visée par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 non déclarée ne pourrait écarter l'offre suspecte.

42. Nous sommes, pour notre part, d'avis que la sanction de la violation de cette règle, trouve sa réponse dans le respect des principes qui en constituent le fondement. Or, celle-ci a sa source dans le principe d'égalité entre soumis-

943 Et ceci, malgré l'invitation faite par la section de législation du Conseil d'État dans son avis remis sur l'avant-projet de loi qui allait devenir la loi du 24 décembre 1993 d'apporter des « éclaircissements » sur les effets du non-respect de cette disposition quant à la validité de l'attribution du marché (*Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 130).

944 C.E., arrêt n° 26.545 du 16 mai 1986, S.A. *Sintra*, *Ent. Dr.*, 1992, p. 117 ; C.E., arrêt n° 35.909, du 29 novembre 1990, *Fabricom Air conditioning – Air & Chaleur*, *Ent. Dr.*, 1991, p. 132.

945 J. NOEL (coord.), *op. cit.*, p. 149, n° 100.

946 C.E., arrêt n° 35.443, du 10 juillet 1990, *Roegiers-Nobels*, *Entr. Dr.*, 1990, p. 305. Dans ce sens également : C.E., arrêt n° 46.858, du 8 avril 1994, *Motorola-Sait-Fabricom*, *Entr. Dr.*, 1994, p. 177 ; avis conforme sur ce point de Monsieur l'auditeur J. STEVENS (pp. 187-188) ; C.E., arrêt n° 50.294, du 22 novembre 1994, *Motorola-Sait-Fabricom* ; Liège, 26 avril 2007, inédit, cité par P. THIEL, « Chronique de jurisprudence. Cours d'appel et tribunaux 2007 », in *Jaarboek overheidsopdrachten. Chronique des marchés publics 2007-2008*, E.B.P., 2008, p. 123. En faveur de cette solution, D.-B. FLOOR, *op. cit.*, p. 419, n° 24, voy. toutefois, p. 421, n° 26 ; T. NUYENS et W. SMISMANS, *op. cit.*, pp. 38-39. *Adde* : C.E., arrêt n° 66.080 du 25 avril 1997, *N.V. Belgian Oils Services*. Pour une critique, voy. B. VAN LIERDE, observations sous C.E., arrêt n° 26.545 du 16 mai 1986, S.A. *Sintra*, *Ent. Dr.*, 1992, p. 120.

947 Dans ce sens, à propos de cette décision : P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 256.

sionnaires⁹⁴⁸, ainsi que dans le principe d'impartialité. Erigé au rang de principe fondamental du droit communautaire par la Cour de justice, le principe d'égalité est étroitement lié à la réalisation d'une concurrence effective⁹⁴⁹. La question sera donc de savoir si le libre jeu de la concurrence peut se trouver faussé par les qualités respectives des différents personnes intervenant dans la passation et l'exécution d'un marché public. S'agissant plus particulièrement d'un conflit d'intérêt, l'on se demandera, par exemple, si la simple présence d'un administrateur d'un candidat ou soumissionnaire au sein de l'organe de décision du pouvoir adjudicateur est de nature à favoriser l'un ou l'autre candidat et donc, à fausser la libre-concurrence. L'on peut, à cet égard, déduire de la jurisprudence de la Cour de justice qu'une personne qui se trouve dans une situation dans laquelle elle est susceptible d'influencer les conditions d'un marché public dont elle est elle-même soumissionnaire se trouve dans une situation de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires⁹⁵⁰. La Cour de justice a rappelé à cet égard que « [le respect du principe d'égalité de traitement, ainsi que le principe de transparence que ce dernier implique, lesquels s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs dans toute procédure de passation d'un tel marché], qui signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur constituent la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics et le devoir des pouvoirs adjudicateurs d'en assurer le respect correspond à l'essence même de ces directives »⁹⁵¹. Tous les soumissionnaires doivent donc pouvoir disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres. Par conséquent, le principe d'égalité peut être violé lorsqu'il est établi qu'une personne se trouve favorisée pour formuler son offre en raison des informations qu'elle a pu obtenir au sujet du marché public en cause.

Il n'importe donc pas tant de savoir si l'article 10 de la loi sur les marchés publics a été ou non violée. Il convient encore – et surtout – de se demander si, dans les circonstances de la cause, les principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que le principe d'impartialité ont bien été respectés⁹⁵²⁻⁹⁵³. Dans la négative, l'annulation de l'attribution du marché devra être prononcée.

948 M.-A. FLAMME, *op.cit.*, 2006, p. 323.

949 Voy., par exemple : C.J.C.E., arrêt du 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, pt 81. Adde : A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 380, n° 356.

950 C.J.C.E., arrêt du 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 et C-34/03, pts. 29 et 30.

951 C.J.C.E., Grande chambre, arrêt du 16 décembre 2008, *Michaniki AE*, C-213/07, pt. 44-45.

952 Dans ce sens, T. NUYENS et W. SMISMANS, *op. cit.*, pp. 40-41. Ces auteurs déduisent cette solution d'un arrêt du Conseil d'État du 4 juin 1997, n° 66. 538, *Kumpen et Betonac*.

953 *Comp.* avec l'arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 mars 2005, T-160/03 : « Après la découverte d'un conflit d'intérêts entre un membre du comité d'évaluation et l'un des soumissionnaires, il incombe à la Commission de préparer et de prendre, avec toute la diligence requise et sur la base de toutes les données pertinentes, sa décision sur les suites de la procédure de passation du marché en cause. Cette obligation découle notamment des principes de bonne administration et d'égalité de traitement (voir, par analogie, arrêt du Tribunal du 9 juillet 1999, *New Europe Consulting et Brown/Commission*, T-231/97, Rec. p. II-2403, point 41). La Commission est en effet tenue de veiller à chaque phase d'une procédure d'appel d'offres au respect de l'égalité de traitement et, par voie de conséquence, à l'égalité des chances de tous les soumissionnaires » (pt.75)

C'est dans ce sens que se prononce un arrêt du Conseil d'État du 12 juillet 2007⁹⁵⁴. Dans cette affaire, le fonctionnaire désigné comme personne de contact, qui avait rédigé le rapport d'analyse des offres et la proposition de conclusion qui a conduit à la décision contestée n'était autre que le frère de l'administrateur délégué de la société requérante, au sein de laquelle il avait lui-même exercé des fonctions avant de rejoindre l'administration de la ville de Gand. Le Conseil d'État considère que cette situation est visée par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993. Ledit fonctionnaire aurait donc dû se récuser. Le Conseil d'État indique néanmoins que la violation de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 ne conduit pas nécessairement à l'annulation de la décision d'attribution du marché. La sanction s'apprécie, comme le législateur l'a lui-même voulu⁹⁵⁵, au cas par cas. Après avoir rappelé que cette disposition a pour but de garantir l'indépendance et l'impartialité des autorités publiques concernées par l'attribution du marché, le Conseil d'État décide d'annuler la décision querellée vu les circonstances dans lesquelles la décision avait été adoptée⁹⁵⁶. De la même manière, la Haute juridiction administrative a annulé, pour contrariété au principe d'égalité, le marché passé avec le soumissionnaire dont un agent d'exécution était également chargé de fournir des renseignements sur le cahier spécial des charges pour compte du pouvoir adjudicateur⁹⁵⁷.

CONCLUSION

L'arsenal juridique belge tendant à lutter contre le favoritisme et la corruption est conséquent. Il n'a toutefois pas suffi pour empêcher les « affaires » scandaleuses qui ont défrayées la chronique ces dernières années. Sans doute, le peu de jurisprudence en la matière montre-t-il que les comportements des uns et des autres seraient en train de changer. La résurgence de scandales dans l'attribution de marchés publics laisse néanmoins perplexe quant à l'efficacité du dispositif légal actuel.

Faut-il « réformer », pour reprendre une expression en vogue outre-quiévrain?

Sûrement. Mais pas pour rendre le système plus sévère, sous peine de le paralyser. Ce qui doit changer, c'est la rigueur des contrôles, ainsi que l'attitude des uns et des autres dans leur rapport au respect de la loi. En somme, leur honnêteté politique.

Un écrémage du dispositif légal afin d'aboutir à des textes présentant davantage de cohérence et de sécurité juridique pourrait également être retenu. L'on peut s'étonner en effet de la multiplicité des textes applicables. Si certains font

954 C.E., arrêt n° 173.479, *N.V. General Industrial Assistance Caro*.

955 *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 21.

956 Les motifs de non-sélection de la société requérante évincée du marché qui avaient été retenus n'avaient pas abouti à une solution identique dans des marchés précédents à une époque où le frère de l'administrateur de la société requérante n'était pas au service du pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, le départ du fonctionnaire en cause de l'entreprise requérante était motivé par une discordance de vue entre les deux frères de l'entreprise familiale.

957 C.E., arrêt n°131.828, du 27 mai 2004, *BVBA ACS & A*.

double emploi, ce qui déjà en droit est contre-productif, tous ne se recourent pas entièrement, de sorte qu'il convient en cette matière de faire preuve d'une vigilance de tous les instants afin d'éviter de passer à côté d'une interdiction mal connue. Cette absence de concordance entre les nombreuses dispositions de droit public qui régissent la problématique des conflits d'intérêts se double d'un défaut de coordination de cette nébuleuse juridique avec les incriminations pénales. Le risque est d'autant plus grand en cette matière que le législateur, en employant des concepts flous, a presque laissé à la jurisprudence les mains libres dans l'application de la loi, ceci à nouveau au préjudice de la sécurité juridique.

Tant « les affaires » qui ont récemment fait les choux gras des médias que l'éthique que l'on est légitimement en droit d'attente des mandataires politiques, ne justifient pas l'approximation, le manque de cohérence et de précision dans l'application de sanctions lourdes voire infamantes.