



RÉGION WALLONNE

A Mesdames et Messieurs

- Les Présidents et Membres des Collèges provinciaux
- Les Gouverneurs de Province
- Les Greffiers et Receveurs provinciaux
- Les Bourgmestres et Membres des Collèges communaux
- Les Présidents des Conseils de l'aide sociale
- Les Présidents des intercommunales
- Les Secrétaires
- Les Receveurs

Namur, le

22 MAI 2008

Objet : Les conflits d'intérêts dans les marchés publics passés par les pouvoirs locaux

Mesdames, Messieurs,

L'actualité récente a mis en lumière la problématique des conflits d'intérêt.

La passation des marchés publics implique non seulement l'indépendance et l'impartialité des pouvoirs adjudicateurs mais aussi leur désintéressement.

De nombreuses communes s'interrogent : dans quel cas y-a-t-il conflit d'intérêt et que faire ? Cette question intéresse également les provinces, les CPAS et les intercommunales.

La présente circulaire a pour objet de rappeler le cadre réglementaire et de donner des exemples concrets issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de l'autorité de tutelle.

1. Au niveau fédéral

Sans préjudice de l'application d'autres interdictions résultant d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire, l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures

Direction générale des Pouvoirs locaux

Adresse générale : Rue Van Opre 95, B-5100 Namur • Tél. : 081 32 37 11 • Fax : 081 30 90 93 • Mél : dgpl@mrw.wallonie.be
www.wallonie.be • N° Vert : 0800 11 901 (informations générales)

et de services¹ interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'une mission de service public d'intervenir, d'une façon quelconque, directement ou indirectement, dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires.

Cet intérêt est présumé dans deux cas :

- 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 concerné et l'un des soumissionnaires ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de ceux-ci un pouvoir de direction ou de gestion ;
- lorsque le fonctionnaire 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 ou gestion.

Tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public se trouvant dans l'une de ces situations doit se récuser.

Le fonctionnaire qui détient au moins 5% du capital social de l'une des entreprises soumissionnaires est tenu d'en informer l'autorité compétente.

L'article 10 vise donc la communauté d'intérêts entre le soumissionnaire et la personne visée par la disposition. Il s'agit soit d'une communauté d'intérêt familial soit d'une communauté d'intérêt financier, l'élément patrimonial étant dans tous les cas nécessaire.

Je me permets d'ors et déjà d'attirer votre attention sur le caractère plus contraignant de l'article 8 de la loi du 15 juin 2006, disposition non encore entrée en vigueur.² En effet, dans l'article 10 de la loi du 24 décembre, seule était interdite la surveillance de l'exécution. L'art. 8 de la loi du 15 juin 2006 interdit tout type d'intervention lors de la passation et de l'exécution.

2. Au niveau régional

Au niveau local, le Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation (CDLD) comprend des dispositions spécifiques visant à éviter les confusions d'intérêts. Il s'agit d'une part de dispositions interdisant de siéger dans certaines situations et d'autre part de dispositions interdisant de prendre part aux marchés publics ou à certains contrats similaires.

Ces dispositions du Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation doivent être lues en combinaison avec l'article 245 du Code pénal.³

Pour une correcte application de ces dispositions, il convient d'être attentif à la répartition des compétences entre les organes des pouvoirs locaux⁴

¹ Cette disposition sera remplacée par l'article 8 de la loi du 15 juin 2006 dès son entrée en vigueur. Les arrêtés d'exécution sont encore à venir.

² Art. 8 L. 15.06.06 « ...il est interdit..... d'intervenir dans la passation et l'exécution dès qu'il pourrait se trouver ... dans une situation de conflit d'intérêts. »

³ Art. 245 CP – cette disposition prévoit en cas de conflit d'intérêt une peine d'emprisonnement et une amende. Elle prévoit la faculté d'être condamné à l'interdiction du droit de remplir des fonctions, emplois ou offices publics.

2.1. Dispositions concernées :

Au niveau communal

L'article L1122-19, 1°, interdit à tout membre du conseil et du collège d'être présent à la délibération sur 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 jusqu'au 4^{ème} degré inclus ont un intérêt personnel ou direct.

L'article L1125-10, 1°, interdit à tout membre du conseil et du collège de prendre part directement ou indirectement dans aucun service, perception de droits, fourniture ou adjudication quelconque pour la commune.

Au niveau provincial

L'article L2212-78 CDLD interdit à tout membre du conseil :

- d'être présent à la délibération sur 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 jusqu'au 4^{ème} degré inclus ont un intérêt personnel ou direct
- de prendre part directement ou indirectement dans aucun service, perception de droits, fourniture ou adjudication de travaux publics pour compte de la province

Au niveau intercommunal

L'art. L1531-2§1^{er} interdit à tout administrateur d'une intercommunale de prendre part directement ou indirectement à des marchés passés avec l'intercommunale.

Cette disposition lui interdit également d'être présent à la délibération sur des objets auxquels il a un intérêt direct ou auxquels ses parents ou alliés jusqu'au 4^{ème} degré inclus ont un intérêt personnel ou direct.

NB : La même disposition s'applique aux associations de projet

Au niveau CPAS

L'article 37 de la loi organique CPAS interdit aux membres du conseil et aux personnes qui, en vertu de la loi, peuvent assister aux séances du conseil :

- d'être présents à la délibération sur des objets auxquels il ont un intérêt direct, soit personnellement, soit comme chargé d'affaires ou auxquels ses parents ou alliés jusqu'au 4^{ème} degré inclus ont un intérêt personnel ou direct ;
- de prendre part, directement ou indirectement, à aucun marché, adjudication, fourniture, vente ou achat intéressant le CPAS. Cette interdiction s'applique aux sociétés commerciales dans lesquelles le membre du conseil, le bourgmestre ou son délégué est associé, gérant, administrateur ou mandataire.

⁴ Voir notamment les dispositions des articles L1222-3, L1222-4, L2222-2 du CDLD et l'article 84 de la loi organique CPAS

2.2. Commentaires:

1. Interdiction de siéger

L'article L1122-19,1°, CDLD prévoit une interdiction de siéger dans le chef des conseillers, échevins, bourgmestres et des présidents de CPAS. Ceux-ci ne peuvent pas prendre part aux discussions et aux votes relatifs aux objets où ils ont un intérêt personnel direct, soit eux-mêmes, soit leurs proches.

L'article L1122-19 1° CDLD vise trois situations :

- le membre du conseil ou du collège a un intérêt direct et personnel ;
- le membre du conseil ou du collège a, en qualité de chargé d'affaires, un intérêt personnel et direct ;
- un parent ou un allié jusqu'au 4^{ème} degré⁵ du membre du conseil ou du collège a un intérêt personnel et direct.

Dans ces trois hypothèses, il doit s'agir :

- d'un intérêt personnel et direct c'est-à-dire d'un intérêt qui résulte directement et immédiatement de la décision prise et qui affecte exclusivement le patrimoine du membre du conseil ou du collège ou de ses proches ;
- d'un intérêt matériel. Cela signifie que la décision génère dans le chef du membre du conseil ou du collège ou de ses proches un avantage dont la valeur peut s'exprimer en argent ;
- d'un intérêt né et actuel c'est-à-dire présent au moment de la décision.

Dès lors que le membre du conseil ou du collège se trouve dans une de ces hypothèses, il est tenu de quitter les débats. Cela signifie que le membre du conseil ou du collège ne peut pas participer aux discussions ni aux votes. Il veillera à ne pas, par sa seule présence, perturber la sérénité des débats ni influencer la décision.

La délibération prise en violation de l'article L1122-19,1°,CDLD peut faire l'objet d'une annulation dans le cadre de l'exercice de la tutelle générale.

A titre d'exemple, le membre du conseil ou du collège ne peut pas siéger lorsque le conseil communal décide d'augmenter le poste « peintures » d'un marché de travaux déjà adjugé (un conseiller communal étant gérant de la société sous-traitante⁶)

Ces commentaires valent également pour les dispositions applicables aux provinces, intercommunales et CPAS.

2. Interdiction de participer à un marché public passé par la commune

Dans les situations visées à l'article L1125-10 CDLD, le membre du conseil ou du collège ne peut pas déposer une offre dans le cadre d'un marché public passé par la commune. Il ne suffit pas qu'il se retire au moment de la délibération. Le collège ne pourra pas prendre en compte l'offre déposée au mépris de cette disposition.

Le CDLD ne vise expressément que le membre du conseil ou du collège et non ses proches. Toutefois, l'adverbe « indirectement » interdit au membre du conseil ou du collège d'agir par

⁵ Parenté au 4^{ème} degré : en ligne directe ascendante = trisaïeul(e) ; en ligne directe descendante = arrière arrière petit fils (fille) ; en ligne collatérale = petit neveu (nièce) ou grand oncle (tante) ou cousin (e). Alliance au 4^{ème} degré = grand oncle (tante) ou petit neveu (nièce) ou cousin.

⁶ Arrêt du Conseil d'Etat n° 82.262 du 15 septembre 1999



une personne interposée telle notamment son conjoint. Cet adjectif permet également de repousser les offres de sociétés lorsque le membre du conseil ou du collège a un intérêt à l'opération. La jurisprudence considère que c'est le cas lorsque le membre du conseil ou collège est actionnaire majoritaire de la société soumissionnaire.

Il conviendra d'examiner au cas par cas si la condition de l'intérêt financier est bien rencontrée.

La délibération prise en violation de l'article L1125-10 CDLD peut faire l'objet d'une annulation dans le cadre de l'exercice de la tutelle générale.

A titre d'exemples :

- le secrétaire du CPAS a ipso facto un intérêt dans l'attribution du marché si son conjoint soumissionne ;
- a été annulée par l'autorité de tutelle la décision d'un Collège communal attribuant un marché de service d'architecture à une société (SPRL) dont l'administrateur-gérant est le conjoint de la Bourgmestre ;
- a été annulée par l'autorité de tutelle la décision du collège attribuant le marché à une société anonyme au motif qu'un des échevins est administrateur-délégué de cette société, président du conseil d'administration de ladite société et actionnaire de celle-ci ;
- l'autorité de tutelle n'a pas annulé la délibération du CPAS confiant un marché à la société de l'époux d'une conseillère au motif qu'au moment de l'attribution du marché, Madame... n'était pas conseillère CPAS. L'article 1125-10 ne fait pas obstacle à l'exécution d'un contrat préexistant.

Ces commentaires valent également pour les dispositions applicables aux provinces, intercommunales et CPAS.

Conclusion

Il appartient à la commune, à la province, à l'intercommunale ou au CPAS de s'interroger au cas par cas. Dans toutes les hypothèses, les pouvoirs locaux doivent respecter le principe général d'impartialité et en cas de doute sur l'existence d'un conflit d'intérêt dans le chef d'un mandataire, une attitude prudente est recommandée. A tout le moins, la personne concernée ne prendra pas part à la délibération..

Pour tout renseignement complémentaire, je vous invite à prendre contact avec la Direction générale des Pouvoirs locaux

- pour les communes et les provinces : Monsieur Paul BECKERS, Premier Attaché – 081/32.36.79
- pour les intercommunales : Monsieur Pierre DEMEFFE, Directeur – 081/32.32.35
- pour les CPAS : Monsieur Jean-Pierre KINNAR, Directeur – 081/32.74.21.

Je vous prie d'agréer, Mesdames et Messieurs, l'assurance de ma considération distinguée.

**Le Ministre des Affaires intérieures et
de la Fonction publique,**

Philippe COURARD

Direction générale des Pouvoirs locaux

Adresse générale : Rue Van Opre 95, B-5100 Namur • Tél. : 081 32 37 11 • Fax : 081 30 90 93 • Mél : dgpl@mrw.wallonie.be
www.wallonie.be • N° Vert : 0800 11 901 (informations générales)