Concurrences
Competition Laws Review

Concurrences
Antitrust Publications & Events

N° 1-2019

Conflit d'intérêt : Le Conseil d'État et le Tribunal administratif de Paris précisent, d'une part, que la méconnaissance du principe d'impartialité est intimement liée à la caractérisation d'un conflit d'intérêts, et, d'autre part, que le traitement d'une information privilégiée ne relève pas du champ d'application de ce principe (*SIOM ; Excelsis*)

FRANCE, SECTEUR PUBLIC, SERVICES, ACCÈS À L'INFORMATION, INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE

CE, 12 sept. 2018, Syndicat mixte des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse (SIOM), n° 420454, FR:CECHR:2018:420454.20180912
TA Paris, 22 août 2018, Excelsis, n° 1813709/4

Grégory Marson | Gibson Dunn (Paris)

Concurrences N° 1-2019 | Chroniques | Secteur public

Avec la Révolution française, une nouvelle figure apparaît dans l'ordre des représentations symboliques du système administratif, celle de l'administrateur "*désintéressé*". Des impératifs émergent, notamment dans le domaine des achats publics : "*désintéressement, probité, impartialité doivent être les qualités des nouveaux administrateurs et de leurs agents*" (voir H. Lemesle, Réglementer l'achat public en France, XVIIIème-XIXème siècle, *Genèses* 2010/3, n° 80, pp. 8-26).

Les deux décisions sous revue permettent d'apprécier dans quelle mesure les exigences d'impartialité et de désintéressement des acheteurs publics – comme de leurs conseils – encadrent actuellement les procédures de passation des contrats de la commande publique.

Dans la première affaire, le SIOM avait attribué le 26 mars 2018 le lot n° 1 d'un marché public ayant pour objet la collecte de déchets ménagers (le Marché) à la société *Sepur* en écartant l'offre de la société *Otus*. Afin de se faire aider sur la définition et la réalisation de son projet, le SIOM avait auparavant confié au mois d'avril 2017 une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage (AMO) à la société *Naldéo*. Le chef de projet affecté par cette société au projet du SIOM avait rejoint la société *Sepur* en décembre 2017, préalablement à la remise des offres du Marché fixée au 10 janvier 2018. Le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Versailles a considéré qu'un doute existait sur l'impartialité de la procédure suivie par le SIOM et l'a annulée. Le SIOM et la société *Sepur* se sont pourvus en cassation contre cette ordonnance, laquelle est annulée par le Conseil d'État.

This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L 335-2 CPI). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 CPI and DRM protection.

Dans la deuxième affaire, la société d'exploitation de la Tour Eiffel (SETE) avait lancé à la fin de l'année 2017 une procédure d'appel d'offres pour la conclusion d'un contrat de concession portant principalement sur l'organisation et l'exploitation des services commerciaux de restauration et de boissons de la Tour Eiffel, dont le restaurant gastronomique "Le Jules Verne" (la Concession). La Concession avait été attribuée au groupement *Umanis*, composé notamment de la société *Sodexo*, au détriment de la société *Excelsis* associant les groupes *Ducasse* et *Elior*. La société *Excelsis* demandait au juge des référés précontractuels d'annuler les décisions rejetant son offre et attribuant la concession au groupement *Umanis*. La société requérante soutenait notamment que la procédure avait méconnu les exigences découlant du principe d'impartialité. Le juge des référés a repoussé les demandes de la requérante.

La lecture des décisions sous revue autorise deux constats. D'une part, la méconnaissance du principe d'impartialité est intimement liée à la caractérisation d'un conflit d'intérêts, lequel ne concerne pas uniquement le pouvoir adjudicateur mais aussi ses conseils. D'autre part, le traitement des informations privilégiées ne relève pas du champ d'application du principe d'impartialité.

Devant le juge administratif, la méconnaissance du principe d'impartialité est intimement liée à la caractérisation d'un conflit d'intérêts

Avant d'en faire application à chacune des espèces, les deux décisions reproduisent fidèlement la formule de la décision *Applicam*, à savoir "*qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence*" (CE, 14 oct. 2015, n° 390968, FR:CESSR:2015:390968.20151014 ; voir G. Marson, *Concurrences* n° 1-2016, art. n° 77878, pp. 219-220). À cet égard, on rappellera qu'un doute légitime sur l'impartialité de la procédure suivie suffit à l'entacher d'irrégularité (voir décision précitée ; CAA Bordeaux, 12 juin 2018, *Convergences Public-Privé*, n° 16BX00656, cons. 8).

Dans la première affaire, le Conseil d'État relève que le juge des référés s'est fondé sur la seule circonstance que le chef de projet de la mission d'AMO avait rejoint la société retenue avant la date de remise des offres pour l'attribution du Marché pour considérer qu'un doute existait sur l'impartialité de la procédure suivie. Le juge des référés avait également constaté que le chef de projet n'avait pas participé à la rédaction du dossier de consultation des entreprises, que sa mission était cantonnée à la collecte des informations préalables à l'élaboration de ce dossier, qu'il avait quitté la société *Naldéo* à la mi-juin 2017 et qu'il n'avait rejoint la société *Sepur* qu'en décembre 2017.

Le Conseil d'État en conclut "*qu'en retenant l'existence d'un doute sur l'impartialité de l'acheteur public alors qu'il n'avait relevé aucun élément de nature à établir que son mandataire, la société Naldéo, avait manqué d'impartialité dans l'établissement des documents de la consultation pendant la période où* [le chef de projet] *était son salarié, le juge des référés a inexactement qualifié les faits dont il était saisi*".

Les exigences qui découlent du principe d'impartialité sont opposables au pouvoir adjudicateur mais aussi, par extension, à son mandataire. Dans cette affaire, les éléments de fait ne permettaient pas de considérer que ce dernier aurait manqué à son obligation d'impartialité. Pour ce faire, il aurait fallu démontrer, ainsi que l'indiquait le rapporteur public (les conclusions sont consultables sur le site Ariane du Conseil d'État), que le chef de projet était en situation de conflit d'intérêts, c'est-à-dire qu'anticipant sa mutation, il eût exercé les missions qui lui avaient été confiées par le pouvoir adjudicateur de manière à avantager son futur employeur, par exemple en insérant des conditions d'exécution ou des critères de sélection qu'il aurait été plus facile à ce dernier de satisfaire. Si la notion de conflit d'intérêts n'est pas utilisée par le Conseil d'État, qui se prononce uniquement à l'aune du principe d'impartialité, elle est explicitement mentionnée dans les conclusions de son rapporteur public.

This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L 335-2 CPI). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 CPI and DRM protection.

En matière de marchés publics, la définition du conflit d'intérêts figure à l'article 48-I-5° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, lequel dispose que "*Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public* (…) *Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public*" (la définition est reprise à l'article L. 2141-10 du Code de la commande publique).

Au cas précis, non seulement le chef de projet ne pouvait visiblement anticiper une quelconque mutation au sein de la société *Sepur* mais il n'était même pas en mesure, compte tenu de l'étendue de sa mission dans le cadre de l'AMO confiée à la société *Naldéo*, de lui conférer un avantage.

L'appréciation d'un éventuel conflit d'intérêts, révélateur en tant que tel d'un manquement au devoir d'impartialité du conseil qui contamine celui du pouvoir adjudicateur (ou de l'entité adjudicatrice), est également au cœur de la seconde affaire. L'ordonnance réunit d'ailleurs dans un même moyen l'existence d'un conflit d'intérêts et la violation du principe d'impartialité.

La *SETE* avait retenu un groupement constitué d'un cabinet d'avocats et du cabinet *Nova consulting* pour l'exécution d'un contrat de conseil et d'assistance technique, financière et juridique en matière de restauration et de création de produits dérivés, c'est-à-dire, en substance, un contrat d'AMO ayant notamment pour objet la Concession. La société *Excelsis* faisait valoir que les relations antérieures du cabinet *Nova Consulting* et de la société *Sodexo* caractérisaient une situation de conflit d'intérêts et un manquement au principe d'impartialité au regard desquels la *SETE* n'aurait pris aucune mesure, par exemple en écartant la candidature du groupement *Umanis* (voir l'article 42-I-4° de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ainsi que les articles L. 3123-10 et L. 3123-11 du Code de la commande publique).

Pour repousser le grief, le juge des référés précontractuels s'est fondé sur un faisceau d'arguments : le contrat d'AMO imposait à *Nova Consulting* des obligations particulières en termes d'indépendance et de neutralité ; les prestations réalisées par *Nova Consulting* pour le compte de *Sodexo*, réalisées entre novembre 2013 et septembre 2015, représentaient une part très faible de son chiffre d'affaires ; l'instruction n'établissait pas l'existence d'une autre relation commerciale entre *Nova Consulting* et *Sodexo*, en particulier pas de mission relative à la stratégie de développement de la branche *Sodexo Prestige* en vue de l'attribution de la Concession ; *Nova Consulting* avait réalisé, en mai 2016, des prestations ponctuelles pour la société *Elior*, "*liée au capital de la société requérante*". Pour finir, le juge a considéré que la préparation par *Nova Consulting* du document de synthèse des offres finales de l'appel d'offres, lequel présentait sous un jour plus favorable l'offre du candidat ayant reçu la meilleure note, ne suffisait pas en soi à caractériser un conflit d'intérêts ou un manquement au devoir d'impartialité.

Devant le juge administratif, le traitement des informations privilégiées ne relève pas du champ d'application du principe d'impartialité

À la suite de son rapporteur public, le Conseil d'État a tenu à rappeler que l'éventuelle obtention, grâce à son salarié, d'une information privilégiée par le candidat retenu ne traduisait pas un manquement du pouvoir adjudicateur à son devoir d'impartialité : "*si les informations confidentielles que* [le chef de projet] *aurait éventuellement pu obtenir à l'occasion de sa mission d'assistant à maîtrise d'ouvrage pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur, la société Sepur, un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public ; que, par suite, le juge*

This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L 335-2 CPI). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 CPI and DRM protection.

des référés a également commis une erreur de droit en retenant un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public du seul fait qu'il existait un risque que la société Sepur, attributaire du marché, ait pu obtenir des informations confidentielles à l'occasion de la participation de l'un de ses salariés à la mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage lorsque celui-ci travaillait antérieurement pour la société Naldéo, mandataire du [SIOM] *".*

Assis sur la notion de conflits d'intérêt, le devoir d'impartialité qui pèse sur l'acheteur public semble se résoudre dans celui de ne pas laisser participer à la procédure de passation une personne qui a un intérêt à la conclusion du contrat. À l'inverse, une personne peut avoir obtenu des informations confidentielles sur les conditions du contrat à conclure sans pour autant participer à la procédure de passation ou sans être en mesure d'influencer son attribution. Par suite, l'impartialité de l'acheteur public ne peut être mise en cause.

Il n'en demeure pas moins que la détention d'informations confidentielles susceptibles de conférer un avantage constitue une rupture d'égalité entre les candidats que le juge du référé précontractuel doit sanctionner (voir CE, 29 juillet 1998, *Génicorp*, n° 177952 ; CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom*, aff. jtes C-21/03 et C-34/03, EU:C:2005:127), et que les acheteurs publics peuvent exclure de la procédure de passation "*les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens*" (article 48-I-3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ; la formule est reprise au 2° de l'article L. 2141-8 du Code de la commande publique). L'acheteur public peut toutefois prendre les mesures appropriées pour remédier à la détention par un candidat d'une information privilégiée, comme par exemple diffuser à tous les soumissionnaires les informations en cause, dans le respect des secrets industriels et commerciaux protégés par la loi (voir l'article 5 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et l'article R. 2111-2 du Code de la commande publique). Si une telle mesure n'est pas possible, l'exclusion du candidat est alors requise.

Les textes applicables distinguent ainsi clairement la caractérisation d'un conflit d'intérêts révélant une atteinte au principe d'impartialité (voir le point I du présent commentaire) et la problématique relative à la détention d'une information privilégiée susceptible de conférer un avantage. Comme le faisait remarquer le Rapporteur public, si ces deux hypothèses constituent des ruptures du principe d'égalité entre candidats, et, par suite, des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, cette qualification juridique ne résulte pas de la même analyse des circonstances de fait.

Après avoir annulé l'ordonnance, le Conseil d'État règle ensuite l'affaire au fond en examinant, d'une part, si le SIOM n'a pas laissé participer à la procédure de passation un opérateur – la société *Sepur* – détenant des informations privilégiées susceptibles de lui conférer un avantage et, d'autre part, si un manquement au principe d'impartialité pouvait être constaté (la réponse à cette seconde question n'était guère douteuse compte tenu de la censure de l'ordonnance prononcée par le Conseil d'État).

À titre liminaire, il va tout d'abord considérer que le moyen tiré d'une absence de clause de non-concurrence ou celle de la signature d'engagements de confidentialité au sein du contrat d'AMO est inopérant dans le cadre de la démonstration d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence de la procédure suivie pour l'attribution du Marché.

Le juge poursuit son raisonnement en indiquant que le SIOM a bien demandé aux différents candidats une déclaration sur l'honneur précisant qu'ils ne rentraient dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner prévus aux articles 46 et 48 de l'ordonnance de 2015 "*et qu'en l'absence de tout indice, dont il aurait alors eu connaissance, de l'existence d'une situation de nature à créer une distorsion de concurrence entre les candidats, il ne peut être reproché au SIOM* (…) *de ne pas avoir pris de mesures supplémentaires pour prévenir la survenance d'une telle situation*".

This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L 335-2 CPI). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 CPI and DRM protection.

Le Conseil d'État examine ensuite la question centrale qui est celle de déterminer si la société *Sepur* a pu concrètement bénéficier d'une information privilégiée susceptible de l'avantager en raison de la participation de son salarié au contrat d'AMO. En effet, la détention d'une telle information aurait vicié la procédure et ce indépendamment du fait de savoir si le pouvoir adjudicateur avait connaissance de cette situation. Après avoir relevé un certain nombre d'éléments de fait, le Conseil d'État considère que tel n'a pas été le cas et écarte le grief tiré d'une rupture d'égalité entre candidats (pour l'exposé des éléments de fait, voir le considérant 14 de la décision).

Pour finir, le Conseil d'État ajoute par un "*en tout état de cause*" significatif de la distinction des concepts en cause, qu'il en va de même pour le moyen tiré du manquement au principe d'impartialité.

This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L 335-2 CPI). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 CPI and DRM protection.