

# Concurrences

Review, Bulletin, Books, Conferences

Get in touch with  
the authors! ▶

Home page > Review > Issues > N° 1-2016 > Chroniques



## **Public procurement:** The French Supreme Administrative Court defines the criteria for identifying a conflict of interest affecting the regularity of an award procedure for a public contract and the means to prevent (*Applicam*)

**CASE COMMENTS: PUBLIC SECTOR – CONFLICT OF INTEREST**

**AUTHOR(S)**



**Grégory Marson**

Gibson Dunn & Crutcher (Paris) ✉

**LANGUAGE:** français

**DATE OF PUBLICATION:** February 2016

Grégory Marson, Public procurement: The French Supreme Administrative Court defines the criteria for identifying a conflict of interest affecting the regularity of an award procedure for a public contract and the means to prevent (*Applicam*), February 2016, *Concurrences Review* N° 1-2016, Art. N° 77947, pp. 219-220

# Chroniques

## Mise en concurrence

---

CRDP\*

Centre de Recherches sur le Droit Public  
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

## 2. Jurisprudence

**Conflit d'intérêt – Marché public :** Le Conseil d'État rappelle les critères permettant d'identifier un conflit d'intérêts affectant la régularité d'une procédure de passation d'un marché public et les moyens de le prévenir (*CE, 14 octobre 2015, Applicam, n° 390968*)

Jean Guitton considérait qu'être dans le vent, c'est avoir le destin des feuilles mortes. Il faut espérer que la notion de conflits d'intérêts, qui fait actuellement l'objet d'une littérature abondante, ne connaîtra pas un tel sort (voir notamment, "Les conflits d'intérêts", *Pouvoirs* n° 143, nov. 2013). Les enjeux que concentre cette notion sont en effet cruciaux : l'identification d'un conflit d'intérêt implique non seulement une mise en cause de l'impartialité de l'action publique, et potentiellement, celle du respect de l'égalité entre les citoyens, mais aussi, très souvent, un parasitage de l'intérêt général par un ou des intérêts particuliers (voir la définition du conflits d'intérêts donnée par l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique). Plusieurs décisions du Conseil d'État ont d'ailleurs appliqué les exigences découlant de la prohibition des conflits d'intérêts à des domaines tels que la composition des autorités administratives (CE, sect. 22 juillet 2015, *Zambon France*, n° 361962 ; CE, 11 février 2011, *Aquatrium*, n° 319828) ou la production des expertises devant le juge administratif (CE, 19 avril 2013, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n° 360598).

S'agissant plus particulièrement de la passation des marchés publics, l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui n'était pas applicable au marché public objet de la décision sous revue, dispose que "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". En matière de commande publique, "un conflit d'intérêts comporte le risque que le pouvoir adjudicateur se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause et qu'une préférence soit donnée à un soumissionnaire de ce seul fait. Un tel conflit d'intérêts est donc susceptible de constituer une violation de l'article 2 de la directive 2004/18 [, c'est-à-dire les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence]" (CJUE, 12 mars 2015, *eVigilio*, aff. C-538/13, pt 35).

Dans l'affaire objet de la décision sous revue, l'offre en vue de l'obtention d'un marché à bons de commandes de la société *Applicam* avait été préférée à celle de la société *RevetSens*, laquelle a saisi le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Lille afin d'obtenir l'annulation de la procédure. Celui-ci s'est rendu aux arguments de la requérante en considérant que le pouvoir adjudicateur, qui s'était adjoint les services d'un assistant à la maîtrise d'ouvrage dont l'impartialité était sujette à caution, avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Saisi en tant que juge de cassation, le Conseil d'État casse le jugement pour erreur de droit car ce dernier était fondé sur l'article 24 de la directive 2014/24 du 26 février 2014, relatif à la définition du conflit d'intérêt, alors que, d'une part, le délai de transposition de cette directive n'était pas expiré et que, d'autre part, l'obligation des États membres de ne pas prendre, pendant le délai de transposition, de mesures susceptibles de mettre en cause les objectifs poursuivis par une directive est opposable aux mesures générales et non aux décisions individuelles telles que les décisions d'attribution de marché public.

Après avoir exposé les éléments qui permettent d'identifier un conflit d'intérêt susceptible de vicier une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, il conviendra d'envisager dans quelle mesure celui-ci peut être utilement prévenu.

### La détection du conflit d'intérêt

La notion de conflit d'intérêts – omniprésente dans les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier – n'apparaît

---

\* Sous la direction de Bertrand du Marais, Conseiller d'État et président de l'association FIDES et d'Arnaud Séé, Professeur de droit public à l'Université de Picardie-Jules Verne ; Avec la participation de L. Folliot-Lalliot, Professeur de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre-La Défense ; F. Tesson, Maître de conférences à l'Université d'Angers ; S. Ziani, Docteur en droit public ; G. Marson, Docteur en droit public. Tous membres ou membres associés du Centre de Recherches sur le Droit public de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle ils appartiennent

pas explicitement dans la décision du Conseil d'État, lequel préfère considérer que la prohibition des conflits d'intérêts est absorbée par le respect dû au principe général d'impartialité. Le juge indique ainsi *"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"* (cons. 5), étant précisé que le manquement est caractérisé dès lors que la situation litigieuse suscite un *"doute légitime"* sur l'impartialité de la procédure suivie (cons. 3 ; dans le même sens voir CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés, n° 355756). Il n'est donc pas nécessaire de démontrer concrètement qu'un candidat a été avantagé, il suffit de démontrer *"qu'il en a peut-être été ainsi"* (concl. Pellissier).

L'appréciation à laquelle doit se livrer le juge administratif se révèle difficile car il s'agit pour lui de trouver de manière concrète et pragmatique le point d'équilibre entre deux principes en tension : d'une part, l'impératif d'impartialité de la procédure de passation, et, d'autre part, la liberté d'accès à la commande publique.

De manière traditionnelle, deux conditions conduisent le Conseil d'État à identifier une situation de conflit d'intérêts susceptible d'affecter la légalité de la procédure d'attribution d'un contrat de la commande publique : *"d'une part, il faut que la personne qui a participé à la procédure ait eu à son issue un intérêt pouvant être perçu comme compromettant son impartialité ; d'autre part, elle doit avoir été en mesure de l'influencer"* (concl. Pellissier).

S'agissant de la nature des liens, qui peuvent être d'une intensité variable, unissant une personne qui participe à la procédure de passation et un candidat à l'obtention du contrat, elle peut être financière, économique (CE, 11 février 2011, *Aquatrium*, précité) ou personnelle (CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne*, Rec. p. 411). Si les liens litigieux ont formellement cessé d'exister, l'appréciation du juge administratif est rendue encore plus délicate dans la mesure où ces liens *"peuvent perdurer au-delà des liens matériels qui les ont fait naître, de sorte que la seule circonstance que le lien soit rompu ne suffit pas à écarter tout risque d'intéressement"* (concl. Pellissier). Dans cette optique, le Conseil d'État a d'ailleurs relevé – s'agissant de la décision sous revue – que l'assistant à la maîtrise d'ouvrage *"a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais"* (cons. 5).

S'agissant de l'appréciation du pouvoir d'influence de la personne intéressée, celui-ci doit être apprécié au cas par cas *"en fonction des phases de la procédure auxquelles la personne a contribué et du contenu de sa participation"* (concl. Pellissier). À titre d'exemple, la participation d'une personne intéressée à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation n'est pas susceptible de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur, dès lors qu'à ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée, que les soumissionnaires n'étaient pas connus et que la personne intéressée n'a pas siégé à la commission d'appel d'offres et n'a pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire (voir CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés, précité). Dans la décision sous revue, le Conseil d'État, après avoir relevé que l'assistant à la maîtrise d'ouvrage *"a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région"*, a logiquement considéré *"qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse"* (cons. 5).

## La prévention du conflit d'intérêt

Si les deux éléments constituant une situation de conflit d'intérêt susceptible de faire naître un doute légitime sur l'impartialité de la procédure suivie sont réunis, il revient au pouvoir adjudicateur de prendre toutes les mesures nécessaires afin de lever ce doute. À cet égard, la prévention du conflit d'intérêts n'est pas un exercice moins délicat que celui de sa détection car il s'agit pour le pouvoir adjudicateur de fixer, de nouveau de manière concrète et pragmatique, le bon curseur entre les exigences découlant du principe d'impartialité et celles découlant du principe de liberté d'accès à la commande publique dont bénéficient les candidats. Une fois le conflit d'intérêt caractérisé, le pouvoir adjudicateur doit en effet agir de manière proportionnée et se garder de prendre des mesures trop radicales.

Ainsi que le rappelait Bertrand Dacosta dans ses conclusions sous l'affaire *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, *"une entreprise candidate à l'obtention d'un marché public n'a pas à faire les frais de l'incapacité du pouvoir adjudicateur à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, quand il est en mesure de le faire"* (voir concl. BJCP 2012 n° 84, p. 345). En raison du respect dû au principe de liberté d'accès à la commande publique, une entreprise n'a pas à être évincée d'une procédure de passation au seul motif qu'une personne participant à cette procédure lui serait liée et ce dès lors que d'autres moyens à la disposition du pouvoir adjudicateur permettent de lever le doute légitime qui l'entache : *"une collectivité ne peut écarter une candidature que si elle n'est pas en mesure de l'apprécier de manière impartiale"* (concl. B. Dacosta précitées).

Dans la décision sous revue, le Conseil d'État indique *"qu'il était (...) loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres"* (cons. 5). Afin de préserver la régularité de la procédure de passation tout en sauvegardant le droit de l'entreprise en cause de présenter une offre, le pouvoir adjudicateur disposait ainsi d'au moins un choix alternatif à celui qu'il a

originellement retenu.

Une prudence abusive peut ainsi s'avérer tout aussi préjudiciable pour la régularité de la procédure de passation qu'un laxisme excessif. Dans le premier cas, c'est la méconnaissance du principe de liberté d'accès à la commande publique qui justifierait une censure, dans le second, ce serait celle du principe d'impartialité. Comme dans de très nombreux autres domaines, le respect du droit se révèle ici comme un art compliqué et tout d'exécution.

G. M. ■