

AJDA 2012 p. 1040**Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique**

Paul Cassia, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, membre de l'Institut universitaire de France

L'essentiel

La passation des contrats de la commande publique est un terreau fertile aux conflits d'intérêts. Aujourd'hui, le droit français n'en empêche pas la survenance : il en réprime l'existence, à travers différentes voies de droit ouvertes devant la juridiction administrative, voire devant le juge répressif. C'est pourtant la prévention du conflit d'intérêts qu'il faudrait privilégier, sans même qu'il soit besoin d'attendre l'adoption par les institutions de l'Union européenne de directives contenant sur ce point des dispositions contraignantes.

La thématique des conflits d'intérêts est d'actualité ; des comportements de responsables politiques français l'ont mise à l'agenda ; une commission présidée par le vice-président du Conseil d'Etat en a été saisie ; puis elle a opportunément été supplantée par d'autres préoccupations (M.-C. de Montecler, *Mais où est donc passée la déontologie ?*, AJDA 2011. 2153 ; C. Lazerges *e. a.*, *De la République irréprochable à l'affaire Bettencourt : prévenir les conflits d'intérêts*, lemonde.fr, 27 mars 2012 ; dossier *Conflits d'intérêts et déontologie*, AJDA 2012. 861).

Dans le champ de la commande publique toutefois, elle fait l'objet d'une attention normative et contentieuse persistante et même croissante.

Le conflit d'intérêts désigne une situation d'interférence dans laquelle une personne chargée d'une mission publique a également des intérêts privés ou d'autres intérêts publics qui peuvent influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de cette mission (J.-B. Auby, *Conflits d'intérêts et droit administratif*, Dr. adm. 2010. Etude 24 ; et plus généralement, J. Moret-Bailly, *Définir les conflits d'intérêts*, D. 2011. 1100). Parfois hors du champ pénal, situé dans une « zone grise » entre la corruption avérée et la défiance sans preuve, le conflit d'intérêts paraît davantage relever de la culture organisationnelle et des bonnes pratiques que du droit. Il porte en lui-même une certaine conception de la morale publique, garantie par la probité des agents publics et des élus.

Dans le domaine de la passation des contrats de la commande publique, quelques règles textuelles et jurisprudentielles existent, visant surtout la sanction de la concrétisation du conflit d'intérêts. Cette sanction soit ressort de la compétence de la juridiction administrative et consiste alors en l'annulation de l'acte administratif, de la procédure de passation ou du contrat litigieux, soit est de nature pénale.

Les propositions de directive du 20 décembre 2011 du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics dans les quatre secteurs « de réseaux » (COM [2011] 895 final) et dans les secteurs « de droit commun » (COM [2011] 896 final) conduisent à s'interroger sur le caractère suffisant du droit français en la matière. Ces propositions contiennent en effet un article (respectivement : art. 36 et 21) sur les conflits d'intérêts relatifs à la passation des marchés publics de seuils européens qui aura à l'évidence une incidence sur le droit français, parce qu'il comporte une définition du conflit d'intérêts et parce qu'il institue des manières aujourd'hui inexistantes d'éviter sa concrétisation.

Un état des lieux des règles actuellement applicables aux conflits d'intérêts dans la passation des contrats publics montre, par contraste, le caractère novateur des propositions de directive, qui tendent à prévenir et non à sanctionner la concurrence d'intérêts.

Le présent : les sanctions du conflit d'intérêts dans le domaine des contrats de la commande publique

Sous diverses appellations, voire par le biais de périphrases, le conflit d'intérêts est sanctionné par des textes comme par la jurisprudence administrative.

Le conflit d'intérêts et les textes applicables à la passation des contrats publics
Les textes concernent le juge de l'excès de pouvoir ou la juridiction répressive.

La sanction du conflit d'intérêts des conseillers municipaux



Selon les dispositions de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT), « sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ».

Cette disposition ne concerne pas seulement les contrats publics, mais peut les affecter, du moins lorsqu'elle est soulevée devant le juge de l'excès de pouvoir saisi d'un recours contre un acte détachable du contrat ou devant le juge de la validité du contrat saisi par un concurrent évincé d'un recours *Tropic* (on verra qu'elle est inopérante devant les juges des référés précontractuel et contractuel).

Elle comporte trois conditions de mise en oeuvre.

La plus importante tient à son champ d'application *ratione personae* qui ne concerne que les élus aux conseils municipaux. Tous les élus des autres collectivités publiques sont en dehors de sa portée, à l'exception du président d'un établissement public de coopération intercommunale auquel l'article L. 2131-11 est rendu applicable par l'effet du 2° de l'article L. 5212-16.

Ensuite, elle suppose, pour être invoquée à bon droit, que le conseiller municipal ait exercé en fait, et non seulement en théorie, une influence sur le sens et *a fortiori* l'adoption de la délibération litigieuse - tel étant par exemple le cas s'il a proposé le texte litigieux ou participé au vote.

Mais ici, tout est affaire d'espèce : il a ainsi été jugé que la simple présence d'un maire à l'occasion du vote sur la délibération attribuant une concession de plage à une société ayant des liens d'intérêts avec ce maire entraine dans le champ de l'article L. 2131-11 (CAA Marseille 20 juin 2011, *Commune de Sainte-Maxime*, req. n° 08MA01415, AJDA 2011. 1863  ; AJCT 2011. 564, obs. S. Dyens ).

Enfin, l'interdiction qu'elle pose ne joue que lorsque le conseiller municipal est « intéressé » par l'objet de la délibération. Il n'y a pas de définition d'un tel intérêt. Il peut être de toute nature - personnel, patrimonial, familial ou professionnel. La juridiction administrative l'entend largement, comme le montre l'arrêt *Commune de Sainte-Maxime* précité : la commune avait décidé de déléguer l'exploitation des bains de mer, et en conséquence avait attribué une délégation de service public à la société Opilo pour un lot. La société Canards et Dauphins, dont la candidature avait été rejetée, avait demandé l'annulation de cette délibération. Pour confirmer le jugement du tribunal administratif de Nice ayant fait droit à cette demande, la cour administrative d'appel de Marseille a pris en compte les relations qui pouvaient exister entre le maire et la société Opilo - créée postérieurement à la décision du conseil municipal de déléguer l'exploitation des bains de mer. Elle a à cet égard constaté que l'un des deux cogérants de la société Opilo était aussi président de l'association des amis du maire de Sainte-Maxime qui avait participé (sans voter) à la séance au cours de laquelle avait été adoptée la délibération litigieuse. Selon la cour administrative d'appel, « alors même que [le maire] n'était pas bien évidemment membre de cette association, il avait ainsi un intérêt distinct de celui de la commune à voir attribuer un lot de la délégation de service public des bains de mer à la société Opilo ». A l'inverse, un lien trop distendu entre l'attributaire et un élu local n'affecte pas négativement la procédure de passation, et donc la délibération litigieuse attribuant le contrat public : il en est ainsi lorsque le groupe auquel appartient la société déclarée attributaire par la délibération attaquée devant le juge de l'excès de pouvoir, détient des parts sociales dans une autre société également détenue par le frère et l'épouse du maire de la commune (CAA Nantes 31 déc. 2009, *Association pour la sauvegarde du cadre de vie et du développement de Cuves*, req. n° 08NT03250).

On trouve, pour les fonctionnaires civils, une disposition comparable à celle

applicable aux élus municipaux : le 3° du I de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires leur interdit « la prise, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise [...] en relation avec [l'administration], d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance » ; mais la méconnaissance de cette interdiction n'a de conséquences que sur la discipline de l'agent public et non sur l'acte qu'il a contribué à prendre. Elle peut aussi entraîner la mise en cause de sa responsabilité pénale.

Les sanctions pénales du conflit d'intérêts

Trois dispositions du code pénal entrent dans le champ des conflits d'intérêts et peuvent affecter les élus ou agents publics intervenant dans la passation d'un contrat.

La première est, heureusement, d'application rarissime et concerne le délit de corruption passive de l'article 433-1 du code pénal (W. Feugère, Conflit d'intérêts et droit pénal : l'exemple de la corruption, Gaz. Pal. 8 déc. 2011, n° 342, p. 6). Il s'agit de la forme la plus grave du conflit d'intérêts, car il a été soigneusement prévu et organisé.

Le délit de favoritisme, pénalement réprimé par l'article 432-14 du code pénal, condamne l'avantage injustifié procuré à autrui (1), résultant de la violation des dispositions applicables à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Ce délit n'implique pas forcément l'existence d'un conflit d'intérêts : il est (théoriquement) envisageable qu'un acheteur public favorise une entreprise sans que l'un de ses intérêts privés soit à l'origine de la manière dont il s'est acquitté de ses obligations professionnelles (pour une mise en oeuvre récente, Crim. 29 juin 2011, n° 10-87.498, AJDA 2011. 1410 (2) et 2015 (3), note R. Méssa (4) : un maire est reconnu coupable de favoritisme pour avoir autorisé des travaux sans mise en concurrence préalable, favorisant ainsi l'entreprise qui les a réalisés - sans que le maire n'ait de relations privilégiées avec cette entreprise).

Le favoritisme qui dérive d'un conflit d'intérêts relève de l'article 432-12 du code pénal. Cette disposition réprime la prise illégale d'intérêts d'un élu ou d'un agent d'autorité, c'est-à-dire l'avantage accordé à soi-même dans les affaires dont il est chargé d'assurer la surveillance ou l'administration (J. Lasserre Capdeville, La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi, AJCT 2011. 344 (5)).

Elle a vocation à s'appliquer dans le domaine de la passation des contrats publics : se rend ainsi coupable de ce délit l'administrateur qui a assisté à la séance au cours de laquelle a été approuvé le projet d'arrêté faisant droit à sa demande d'occupation d'une partie du domaine public maritime ; la Cour de cassation juge à cette occasion qu'est interdite « la participation du prévenu à une délibération portant sur une affaire dans laquelle il a un intérêt » (Crim. 3 déc. 2008, n° 08-83.532, RTD com. 2009. 470, obs. B. Bouloc (6)). La chambre criminelle a jugé que l'élément matériel de l'infraction était caractérisé par le simple fait qu'une commission d'appel d'offres a attribué, sous la présidence du prévenu, des marchés à une société dans laquelle il avait un intérêt, peu important à cet égard que le prévenu n'ait pas participé au vote, ait eu une attitude de retrait et ait consenti une délégation de signature à un fonctionnaire, dès lors qu'il avait conservé la surveillance ou l'administration de la conclusion du marché (Crim. 9 févr. 2005, n° 03-85.697, Bull. civ. V, n° 48 ; AJDA 2005. 854 (7) ; RSC 2005. 560, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire (8) ; RTD com. 2005. 616, obs. B. Bouloc (9) : à propos d'une affaire où un président de conseil général était intervenu, respectivement comme président de la commission d'appel d'offres ou de manière indirecte, en ayant donné délégation de signature à un chef de service dans l'attribution de deux marchés de travaux publics à deux sociétés, qui avaient ses enfants pour cogérants). L'intérêt peut être illégalement pris de manière indirecte : tel est le cas lorsqu'un maire a ordonné, « en dehors du marché et de toute procédure légale, des travaux supplémentaires » non compris dans le marché initial, dans le but de rendre service à l'un des élus municipaux (Crim. 29 juin 2011, préc.), ou encore lorsque l'exécutif d'une collectivité territoriale a présidé la réunion de la commission d'appel d'offres à l'issue de laquelle a été déclarée attributaire une entreprise gérée par ses enfants (Crim. 9 févr. 2005, préc.) ou son épouse (Crim. 19 nov. 2003, n° 03-80.660 : « Jean X. avait, de par ses liens familiaux ainsi qu'en raison du prêt consenti et non encore remboursé à

la date des faits, reçu et conservé des intérêts directs et indirects dans l'entreprise attributaire du marché [détenue par son épouse], alors qu'en tant que maire, ordonnateur des dépenses de la municipalité, il était chargé d'assurer la surveillance, l'administration, et la liquidation des opérations »).

Le délit de prise illégale d'intérêts est à ce point englobant qu'il peut conduire les élus à commettre des « faux pas » en tentant de prévenir sa naissance par un excès de précaution. La commune de Saint-Maur-des-Fossés avait ainsi écarté la candidature de la société BIR à la procédure de passation d'un marché concernant les travaux du réseau d'eau potable au motif de l'existence d'un lien de parenté entre le président de cette société et une conseillère municipale déléguée chargée des questions d'urbanisme. Le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Melun a annulé cette éviction, au motif que « ni la participation de la conseillère municipale à la délibération autorisant le lancement de l'appel d'offres, alors, qu'à ce stade, la procédure de passation du marché non encore organisée et les soumissionnaires non encore connus ne permettent pas d'identifier un intérêt personnel suffisamment concret, ni l'affirmation très générale selon laquelle la matière des travaux publics concerne aussi le service de l'urbanisme dont s'occupe l'élue en cause, ne créent par elles-mêmes une situation suffisamment caractérisée de conflit d'intérêts au regard des obligations incombant au pouvoir adjudicateur en matière de publicité et de mise en concurrence » (TA Melun ord. 26 déc. 2011, *Société Bâtiment industrie rése*ux [BIR], req. n° 1109268/2 ☞ (2)).

La sanction pénale du conflit d'intérêts comporte quatre limites. Elle est mise en oeuvre après la commission de l'infraction, une fois que le contrat a été signé, alors que l'identification du conflit d'intérêts vise à prévenir l'interférence d'un intérêt privé sur l'exécution des missions publiques ; elle ne concerne ni la société cocontractante, ni la collectivité publique (sous réserve de l'article 121-2 al. 2 du code pénal qui rend les collectivités territoriales pénalement responsables d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public), mais tel ou tel de ses agents susceptibles d'être condamné à une amende, à une peine de prison ou à une peine complémentaire telle la privation de ses droits civiques ; elle n'affecte pas la validité du contrat, qui demeure malgré la violation de la liberté d'accès ou de l'égalité des candidats (contr. T. Dal Farra, Le risque pénal dans les contrats publics, Contrats publics déc. 2011, p. 48, spéc. 51) ; elle ne concerne pas tous les contrats de la commande publique, à la différence du principe jurisprudentiel d'impartialité de l'administration.



Le conflit d'intérêts et le principe jurisprudentiel d'impartialité de l'administration
Ce principe est une forme « allégée » du détournement de pouvoir, en ce sens qu'il sanctionne un acte qui ne vise qu'en partie la satisfaction d'un intérêt privé - ou d'un autre intérêt public que celui pour lequel il aurait dû être pris. Il a une portée très générale et vient, à plusieurs égards, combler les brèches laissées ouvertes par les champs limités des dispositions précitées du CGCT et du code pénal.

Le champ d'application ratione personae du principe d'impartialité

Les textes susvisés ne peuvent jouer lorsque le conflit d'intérêts survient non directement entre l'acheteur public et l'attributaire, mais en raison du lien entretenu par les deux parties avec un tiers et de son incidence sur les conditions d'attribution du contrat.

Ce cas de figure s'est manifesté vis à vis - ce qui est un comble - de sociétés ayant conseillé l'acheteur public.



Ainsi, s'agissant du contrat de partenariat relatif à la gestion de la taxe sur les poids lourds (abusivement appelée « écotaxe »), nécessitant la réalisation d'un système de télépéage sans arrêt, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Cergy-Pontoise avait annulé la procédure de passation au motif notamment que le candidat retenu par l'Etat (le concessionnaire d'autoroutes italien Autostrade per l'Italia) entretenait des liens d'affaires avec le groupe suisse Rapp AG, auquel appartenaient les deux conseils techniques que l'Etat s'était adjoints à la suite d'un appel d'offres : ce groupe avait permis à la société Autostrade de remporter un projet de télépéage « poids lourds » en Autriche et ils travaillaient ensemble sur un projet comparable en Pologne. En dépit des

engagements de confidentialité pris par les conseils techniques, le juge des référés avait considéré que leur impartialité n'était pas suffisamment établie, compte tenu de la faiblesse de leurs effectifs empêchant en pratique que deux équipes étanches (l'une conseillant l'Etat français, l'autre la société Autostrate) puissent avoir été constituées au sein des sociétés de conseil. Le Conseil d'Etat a récusé cette approche organique du conflit d'intérêts (« le fait de recourir à l'assistance technique de sociétés filiales d'un groupe qui a collaboré ponctuellement avec la société Autostrade per l'Italia dans le cadre de projets de télépéage poids lourds lancés en Autriche et en Pologne ne saurait, à lui seul, caractériser un manquement à l'impartialité de la part de ces conseils extérieurs dans le cadre de la présente procédure ». Et au fond a eu une position inverse en se fondant sur les circonstances de l'espèce : impact négligeable dans le chiffre d'affaires de la société mère de la collaboration ponctuelle de sa filiale et de l'Etat français, intervention d'une commission consultative - présidée par un membre du Conseil d'Etat, est-il précisé dans l'arrêt - chargé d'assister l'Etat et d'émettre un avis sur la sélection et le choix des candidats, interdiction faite par le cahier des clauses administratives particulières du marché conclu entre l'Etat et les sociétés de conseil de participer à l'attribution du contrat de partenariat aux côtés d'un candidat ; signature d'engagements de confidentialité entre les deux sociétés de conseil et l'Etat une fois connue l'identité des candidats (CE 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, Autostrade per l'Italia SPA*, req. n° 347720 , AJCT 2011. 519, obs. C. Lapuelle  ; BJCP 2011. 365, concl. N. Boulouis et note T. dal Farra ; Contrats publics oct. 2011, n° 114, p. 64, obs. M. Dreifuss).

Cette motivation n'est pas convaincante : en pratique, il est impossible de vérifier le respect de l'obligation de confidentialité ; la faiblesse du montant des marchés publics de services passés par les filiales du groupe Rapp avec l'Etat français est une indication inopérante du point de vue du respect du principe d'impartialité ; la circonstance que l'Etat se soit adjoint la collaboration d'une commission administrative indépendante est également inopérante pour évaluer l'incidence des liens entretenus avec les sociétés de conseils techniques sur l'élaboration des conditions de passation du contrat de partenariat ; et l'interdiction faite aux sociétés de conseil de participer, aux côtés des candidats, à l'attribution du contrat de partenariat est évidemment inopposable à leur société mère...

Plus récemment, le tribunal administratif de Poitiers, saisi par un concurrent évincé (la société hospitalière d'assurances mutuelles) d'un recours en appréciation de validité du contrat, a annulé le marché d'assurances litigieux, passé par le centre hospitalier de Rochefort, en raison de la proximité (des « liens étroits ») entre la société d'audit - la société Protectas - qui avait aidé l'hôpital public à préparer le marché d'assurances et avait rédigé un rapport d'analyse des trois offres reçues en proposant de confier le marché à celui qui sera effectivement déclaré attributaire, et ce dernier - la société BEAH, une société de courtage associée à un assureur (TA Poitiers 20 oct. 2011, *Société hospitalière d'assurances mutuelles c/ Centre hospitalier de Rochefort*, req. n° 1000835 ; au terme d'une motivation particulièrement fouillée, le juge des référés conclut que la société requérante « est fondée à soutenir que la procédure de passation du marché litigieux a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats à l'attribution d'un marché public »).

Le champ d'application *ratione materiae* du principe d'impartialité

Les dispositions précitées du CGCT et du code pénal ne jouent pas en cas d'abstention fautive qui est imputable non à tel acheteur public, mais au service pris dans sa globalité. Par exemple, c'est sur le fondement du principe jurisprudentiel d'égalité qu'il est exigé que les candidats disposent des mêmes informations. Il appartient à cet égard au pouvoir adjudicateur de procéder à un lissage en la matière, lorsque par exemple une société candidate dispose, en raison de l'exécution d'un précédent marché, d'informations privilégiées. Celles-ci doivent alors être mises à la disposition de toutes les entreprises intéressées (CE 29 juill. 1998, *Garde des Sceaux c/ Société Genicorp*, req. n° 177952 , RDI 1999. 87, obs. F. Llorens  : « Il ne ressort pas des pièces du dossier soumis au juge du fond que ce dernier ait dénaturé les faits de l'espèce, ou se soit fondé sur des faits matériellement inexacts, en estimant que la société Genicorp n'a pas, à l'occasion d'un marché antérieur conclu pour

assister le responsable du projet de gestion informatisée des détenus en établissement pendant la phase préliminaire correspondant à la conception de l'application en cause, recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats »).

En outre, les dispositions du CGCT et du code pénal ne peuvent pas à l'évidence être invoquées dans le cadre des référés précontractuel et contractuel, puisqu'elles ne relèvent pas en elles-mêmes de « règles de publicité ou de mise en concurrence », seules opérantes. Toutefois, leur substance peut aisément être reprise à travers l'invocation du principe d'égalité de traitement entre les candidats et les offres, opérant dans les limites de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, depuis la décision *Société Dagrémont* (CE 27 juill. 2001, *Société Dagrémont, Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon La Val de La Gardolle Prad*, req. n° 232820, Lebon 413 [§](#) ; RDI 2002. 63, obs. M. Degoffe [§](#) : « Considérant que la société OTV soutient que la participation à la commission d'appel d'offres d'un de ses anciens salariés qu'elle avait licencié en 1991 n'a pas permis qu'elle soit traitée à égalité avec les autres candidats ; que, toutefois, l'intéressé a siégé à la commission en sa qualité d'élu local ; qu'eu égard notamment au délai important qui s'est écoulé depuis son licenciement et à l'absence de toute allégation précise permettant de mettre en doute son impartialité, la composition de la commission d'appel d'offres n'a pas constitué en l'espèce un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ») ou du principe d'impartialité de la procédure de passation (v. rappelant ce principe, CE 25 juin 2004, *Ministre de l'Affaires étrangères, de la coopération et de la francophonie* req. n° 263404 [§](#)). Cette opération joue également en cas de déféré formé contre un contrat (v. déjà, CE 3 nov. 1997, *Préfet de la Marne c/ Commune de Franchville* req. n° 148150, Lebon 411 [§](#) ; AJDA 1998. 281 [§](#), obs. J. Michon [§](#) ; D. 1998. 359 [§](#), obs. P. Terneyre [§](#) ; RDI 1998. 87, obs. F. Llorens et P. Terneyre [§](#) : illégalité de l'attribution de cinq lots en raison de la présence, au sein de la commission d'appel d'offres, du fils d'un candidat par ailleurs salarié dans l'entreprise de son père, et ceci alors même que l'un seulement de ces marchés a été attribué à cette entreprise. Il est à relever que la décision *Préfet de la Marne* ne se réfère ni dans ses visas, ni dans ses motifs, au CGCT - ici, aux dispositions équivalentes du code des communes alors en vigueur).

L'avenir : la prévention du conflit d'intérêts dans la passation des contrats de la commande publique

La prévention est aujourd'hui seulement encouragée ; elle est appelée à devenir obligatoire.

La prévention du conflit d'intérêts : une nécessité déontologique

On constate l'existence d'une multiplicité d'initiatives isolées en faveur de la prévention, qui devraient être généralisées pour l'exécution de conventions internationales.

Une recommandation internationale

Le 28 mai 2003, l'OCDE demandait aux Etats membres d'examiner « dans quelles circonstances la préparation, la négociation, la gestion ou l'exécution d'un contrat auquel l'organisme public est partie peuvent être compromises par un conflit d'intérêts de la part d'un agent public de cet organisme » (Recommandation de l'OCDE sur les lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public). De manière plus impérative, le e) de l'article 9 de la convention du 31 octobre 2003 des Nations unies contre la corruption prévoit que « chaque Etat prend, s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnes chargées de la passation des marchés publics, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdites personnes et des exigences en matière de formation » [§](#) (3).


La Belgique par exemple a déjà tiré les conséquences de ces stipulations. Déjà, l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale


chargée d'un 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 article prévoit également une série de présomptions réfragables et irréfragables de conflit d'intérêts ainsi qu'un devoir de récusation pour les situations affectées par une présomption irréfragable de conflit d'intérêts. Il a pour objet de « renforcer l'impartialité des procédures de passation de marchés publics » (Cour constitutionnelle de Belgique 27 janv. 2011, n° 9/2011, pt B.19.2).

Une circulaire fédérale du premier ministre « Marchés publics - Déontologie - Conflit d'intérêts - Déclarations sur l'honneur », publiée au Moniteur belge du 21 juin 2010, précise les conditions d'application de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 précitée au regard de la convention des Nations unies. Elle impose aux acheteurs publics fédéraux de signer une déclaration sur l'honneur de prise de connaissance de cet article ; elle donne un modèle de déclaration d'intérêts et prévoit la manière dont les conflits d'intérêts peuvent être résolus.

L'affichage d'une telle exemplarité fait encore défaut en droit français, où il n'existe que des initiatives locales et spontanées en la matière.

L'adoption de « chartes éthiques » par les acheteurs publics

Les chartes de déontologie sont à la mode dans le secteur public : elles donnent une coloration éthique aux institutions qui les adoptent et permettent à leurs destinataires d'être clairement informés de leurs droits et obligations. Les acheteurs publics y ont succombé, palliant ainsi l'absence de dispositions formelles générales applicables à la commande publique et donnant un « guide de l'action » (S. Dyens, Pour une réflexion déontologique dans les collectivités territoriales, AJCT 2012. 1 ) à leurs agents.

Ils ont été encouragés à agir ainsi, à la suite de rapports annuels du service central de prévention de la corruption, par la circulaire du 29 décembre 2009 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, qui a « recommandé aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'adopter un guide de déontologie, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats, que celui des décideurs finaux. Ce guide pourra utilement contenir des règles relatives à l'interdiction des cadeaux et des invitations, à la déclaration de liens éventuels de toute nature des agents publics avec un fournisseur particulier, à l'obligation des responsables des services d'achats de prendre des congés d'une durée suffisante, à l'accès, à la sécurisation et à l'archivage des documents de toute nature retraçant les échanges avec les fournisseurs, etc. » (ces termes sont repris à l'identique par la circulaire du 14 févr. 2012, qui a abrogé celle de 2009 ; v. aussi, en doctrine : F. Colin, L'encadrement par le droit de la fonction publique des cadeaux faits aux agents, AJFP 2011. 353 )).




Par exemple, dès le 18 décembre 2009, le conseil général de l'Essonne avait signé une charte de déontologie avec l'association Transparence-International France, prévoyant notamment que, « afin d'assurer l'indépendance dans le traitement des dossiers, toute personne exerçant une activité au sein du département et ayant un intérêt dans le fonctionnement d'une entreprise, informe l'administration de cette situation dès lors qu'elle participe au sein de l'institution à des activités susceptibles de la mettre en relation avec cette entreprise. Au vu des déclarations d'intérêts, l'administration peut récuser la personne concernée ». En novembre 2010, le ministère de la défense a publié ses « principes de déontologie de l'achat public », qui comportent une rubrique - au contenu particulièrement vague - ainsi intitulée : « Comment éviter les conflits d'intérêts ? ». En 2011, l'office public d'habitat des Vosges a pour sa part adopté une « charte éthique » d'une page qui indique notamment que « si le salarié se trouve face à un conflit d'intérêts, c'est-à-dire une situation dans laquelle ses intérêts personnels sont de nature à pouvoir avoir une influence sur l'exercice impartial de sa mission, le salarié en informe sa




hiérarchie ». En avril 2012, la ville de Paris a diffusé auprès de ses services une « charte de déontologie achats », fixant notamment, en 6 pages, l'attitude des agents de la ville à adopter vis-à-vis des cadeaux des candidats ou l'obligation d'informer le chef de service d'une situation de conflit d'intérêts.

Ces bonnes intentions éparses sont louables ; il faut assurer la prévisibilité juridique de leurs prescriptions, de manière à éviter que les administrations « n'en fassent trop » du point de vue de leur impartialité comme cela semble avoir été le cas pour la commune de Saint-Maur-des-Fossés (TA Melun ord. 26 déc. 2011, *Société BIR*, préc.) et surtout les généraliser, car les principes qu'elles véhiculent s'appliquent à tous les acheteurs publics.

Tel est précisément l'objet des propositions de directive sur les marchés publics.

La prévention du conflit d'intérêts : une future obligation européenne ?

Le droit de l'Union européenne prohibe déjà les conflits d'intérêts dans la passation des marchés publics, à travers le principe d'égalité de traitement des candidats et des offres. Il reconnaît depuis 2005 qu'une personne qui a participé à des travaux préparatoires à la passation d'un marché « peut se trouver dans une situation susceptible d'aboutir à un conflit d'intérêts en ce sens que [...] elle peut, sans en avoir même l'intention, si elle est elle-même soumissionnaire pour le marché public en cause, influencer les conditions de celui-ci dans un sens qui lui est favorable. Une telle situation serait de nature à favoriser la concurrence entre les soumissionnaires » (CJCE 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03, pt 30, AJDA 2005. 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et Ch. Lambert ). Toutefois, la Cour considère que, si les Etats membres peuvent prévoir des causes d'exclusion tenant au risque de conflit d'intérêts pouvant survenir dans l'attribution des marchés publics, c'est à condition qu'elles soient conformes au principe de proportionnalité (CJCE 19 mai 2009, *Assitur Srl*, aff. C-538/07, pt 33, AJDA 2009. 1535, chron. E. Broussy, F. Donnat et Ch. Lambert  ; RDI 2009. 423, obs. R. Noguellou ).

A plusieurs reprises, la Cour a jugé que des dispositions de droit national excluant automatiquement certains participants de marchés publics étaient contraires au droit de l'Union (v., outre les arrêts *Fabricom* et *Assitur*, préc. ; CJCE 16 déc. 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, pt 69, AJDA 2009. 245, chron. E. Broussy, F. Donnat et Ch. Lambert  ; RDI 2009. 244, obs. R. Noguellou  ; CJCE 23 déc. 2009, *S. Trantoni & Consorzio stabilidili*, aff. C-376/08, pt 46, RSC 2010. 244, obs. L. Idot ). C'est au cas par cas que doit être mesurée l'influence négative d'un lien d'intérêt entre candidats et acheteurs publics.

Mais cette approche casuistique doit suivre une grille d'analyse commune. Celle-ci est manquante en droit français. Si elles deviennent définitives sur ce point, les propositions de directive combleront utilement cette lacune, en instaurant un mécanisme de déclaration préalable d'intérêts et en prévoyant la manière dont le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit tenir compte de la survenance d'un conflit d'intérêts.

Les déclarations d'intérêts

Les propositions de directive s'adressent aux deux protagonistes de la procédure de passation.

En premier lieu, l'entreprise candidate doit, dès le début de la procédure de passation, faire savoir si elle a des liens privilégiés avec l'acheteur public.

Une fois l'identité des entreprises intéressées connue, c'est à la collectivité publique de faire preuve de transparence. L'acheteur public est envisagé dans une dimension très large : en font partie les décideurs effectifs, leurs conseils éventuels, et également les décideurs potentiels, c'est-à-dire ceux qui ne participent pas à la conduite de la procédure de passation,

mais peuvent influencer son résultat (responsable du service achats, rédacteur du cahier des charges...). Pour eux, existe une obligation de divulguer tout lien d'intérêt avec un candidat ou soumissionnaire ; on comprend que cette obligation ne peut être satisfaite par une déclaration générale, qui serait par exemple rendue publique en début de mandat, mais s'apprécie au cas par cas, pour chacune des procédures de passation engagées par la collectivité publique (dès lors qu'elle entre dans le champ des directives européennes).

Les propositions de directive décrivent le conflit d'intérêts comme la situation où les agents de l'acheteur public « ont un intérêt privé direct ou indirect dans le résultat de la procédure de passation de marché qui peut être perçu comme portant atteinte à l'exercice impartial et objectif de leurs fonctions ». Cette définition a le mérite d'exister ; elle souffre cependant de deux faiblesses. D'une part, elle omet de prendre en considération l'hypothèse, sans doute purement théorique pour ce qui concerne la passation des marchés publics, où un même décideur peut mettre en balance l'intérêt de la collectivité acheteuse et celui d'une autre collectivité publique à laquelle il appartient (sur les conflits d'intérêts « public-public », v. J.-B. Auby, *Conflits d'intérêts et droit administratif*, préc., § 7). D'autre part, une difficulté surgit à l'énoncé de ce que recouvre la variable d'ajustement essentielle qu'est la notion « d'intérêt privé » : il s'agit de « tout intérêt familial, sentimental, économique, politique ou autre partagé avec les candidats ou soumissionnaires, y compris les intérêts professionnels conflictuels ». C'est ici que les propositions de directive vont trop loin : le libre accès à la commande publique doit être concilié avec le principe de sécurité juridique et doit respecter d'autres libertés, en particulier le droit au respect de la vie privée.

A cet égard, il ne devrait pas être possible d'exiger la divulgation d'intérêts sentimentaux, religieux, philosophiques ou politiques, c'est-à-dire de catégories subjectives d'intérêts, au surplus sans limitation dans le temps. Seuls les intérêts récents et objectivement constatables devraient, de manière limitative, être déclarés par les parties à la procédure de passation. Il s'agirait d'afficher soit des liens de parenté, soit l'existence d'intérêts professionnels ou financiers communs aux responsables de l'entreprise intéressée et à ceux de la collectivité cocontractante, ou à ceux de leurs proches, décelables au cours des trois années précédant la décision de lancer la procédure de passation. A cet égard, on ne peut qu'approuver la position de la commission des lois du Sénat souhaitant une clarification, une objectivation de la définition européenne du conflit d'intérêts dans le cadre de la passation des marchés publics (Sénat, Rapport n° 465 sur les propositions de directive *Marchés publics et concessions de services*, 6 mars 2012, pp. 26 et 29-30). Cette limitation du champ de la déclaration d'intérêts ne signifierait évidemment pas que tel décideur public peut intervenir dans la sélection d'une entreprise dont il partage notoirement avec ses dirigeants, des affinités politiques, religieuses ou philosophiques : le délit d'octroi d'avantage injustifié de l'article 432-14 du code pénal viendrait pénalement sanctionner cette intervention.

Les conséquences de liens privilégiés entre un candidat et un acheteur public

Quelles sont, selon les propositions de directive, les conséquences de l'existence d'un lien d'intérêt entre l'un des opérateurs économiques et l'acheteur public ?

La candidature n'est pas rendue par principe impossible : le ou les membres concernés de la collectivité publique doivent s'abstenir de participer au choix de l'attributaire, de manière à ne pas influencer ce choix. Si, par extraordinaire, l'abstention n'est pas possible, la candidature doit être rejetée : cela permettra d'éviter une possible annulation soit de la procédure de passation par le juge des référés précontractuels, soit du contrat par le juge du référé contractuel ou le juge du principal.

De manière connexe à la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est tenue d'informer une autorité de contrôle, dont les propositions de directive prévoient l'institution par les Etats membres, de la survenance du conflit d'intérêts.

Les propositions gagneraient à permettre aux Etats membres de prévoir deux assouplissements à l'exclusion de l'opérateur économique de la procédure de passation. En dépit d'un conflit d'intérêts, l'entreprise devrait pouvoir maintenir sa candidature soit lorsqu'elle est seule à avoir fait acte de candidature alors que la publicité de l'intention de contracter a été régulièrement réalisée, soit lorsqu'elle serait seule susceptible d'assurer la prestation objet du marché - on songe ici aux marchés passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence conformément au II de l'article 35 du code des marchés publics actuellement applicable et à l'article 30 de la proposition de directive.

Mais quel que soit l'avenir des propositions de directive sur les marchés publics, l'essentiel des éléments qu'elles contiennent sur les conflits d'intérêts - sa définition et la manière de les prévenir - doivent, sans tarder, être mis en oeuvre en droit français, à travers une réglementation applicable uniformément à la passation de tous les contrats de la commande publique. Il serait à cet égard bienvenu que le pouvoir réglementaire décide d'anticiper et de généraliser l'objectif de bon sens de prévention des conflits d'intérêts inscrit dans les propositions de directive.


Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Formation * Conflit d'intérêts

COLLECTIVITE TERRITORIALE (GENERALITES) * Elu * Elu intéressé * Contrat public * Conflit d'intérêts * Contrat public

DELEGATION DE SERVICE PUBLIC * Formation * Conflit d'intérêts

(1) Ainsi, c'est le délit de favoritisme que le législateur a tenté de prévenir par le 12^e alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT : lorsqu'une société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution de certains contrats publics à l'occasion d'une procédure de passation ouverte par l'une des collectivités publiques « mères », les élus locaux membres de la société, agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance de la SEML « ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public ».

(2) Cette ordonnance a été confirmée en cassation par une décision rendue alors que le présent article était sous presse : CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 355756, à publier au Lebon .

(3) La loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 a autorisé la ratification par la France de cette convention ; l'instrument de ratification a été déposé le 11 juillet 2005 au secrétariat général des Nations unies ; le décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006 a publié cette convention.

