

## L'actualité des conflits d'intérêts dans le contentieux de la commande publique



François K'JAN



Laurent POUVREAU

Avocats au Barreau de Paris

Dans « *le chantier des conflits d'intérêts* »<sup>1</sup>, deux approches coexistent : une approche dite *objective*, dont la place est croissante, fondée sur la sanction des apparences douteuses ; une approche *réaliste*, s'attachant à mesurer l'influence effective du sujet atteint par un conflit d'intérêts sur le processus d'adoption d'une mesure.

Dans le droit de la commande publique, la problématique des conflits d'intérêts a été récemment renouvelée par les textes européens et nationaux, mais aussi par la jurisprudence, en dernier lieu par celle de la Cour de justice de l'Union européenne.

S'agissant des textes, alors que cette notion n'avait été appréhendée que de façon sectorielle<sup>2</sup>, à

la suite des rapports « Sauvé »<sup>3</sup> et « Jospin »<sup>4</sup>, la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a défini, de façon générale, la notion de conflit d'intérêts en énonçant que « *constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ». Ce dispositif a été récemment précisé par décret<sup>5</sup>.

Au niveau européen, les directives *Marchés* 2014/24/UE et 2014/25/UE et la directive *Concession* 2014/23/UE du 26 février 2014 ont, pour la première fois, prévu des règles de prévention des situations de conflits d'intérêts. Ces directives obligent notamment les États membres à faire en sorte que les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures appropriées permettant « *de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts* » survenant lors des procédures de passation. Ces directives doivent être transposées avant le 18 avril 2016, démarche déjà engagée par

la France, l'ordonnance relative aux marchés publics ayant été adoptée le 23 juillet 2015<sup>6</sup>.

La jurisprudence n'est pas en reste. Par le biais du principe général d'impartialité, plusieurs décisions récentes ont été rendues dans le cadre de procédures d'indemnisation du concurrent évincé<sup>7</sup>, de référés précontractuels ou contractuels<sup>8</sup>, et de recours contre un acte détachable<sup>9</sup>. Surtout, dans le prolongement de sa décision *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*<sup>10</sup>, le Conseil d'État a apporté d'intéressantes confirmations par un arrêt *EBM Thermique* du 22 octobre 2014<sup>11</sup> ainsi que dans une décision *Société Applicam et Région du Nord-Pas-de-Calais* du 14 octobre 2015<sup>12</sup>.

Plus récemment encore, par un arrêt *eVigilo Ltd* du 12 mars 2015<sup>13</sup>, la

<sup>1</sup> J.-B. Auby, « Le chantier des conflits d'intérêts », *Dr. adm.* 2011, rép. 3.

<sup>2</sup> La définition du conflit d'intérêts et son traitement sont bien établis en ce qui concerne la profession d'avocat notamment. En revanche, le droit pénal ne réprime pas directement cette situation, en se saisissant seulement de certaines situations, notamment par la qualification de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du code pénal) ou de favoritisme (art. 432-14). Voir not. sur le sujet T. Dal Farra, « Délit de favoritisme et nouveau code des marchés publics : l'insécurité pénale de l'acheteur public », *BJCP* n° 34, janvier 2004 ; « Le risque pénal dans les marchés publics de travaux », *RDI* n° 4, octobre 1998 ; C. Maugué, « Peut-il y avoir un délit de favoritisme pour un marché d'un faible montant ? », *BJCP* n° 53, juillet 2007, p. 317-321 ; « Comment apprécier la notion d'intention coupable en matière de délit de favoritisme ? », *BJCP* n° 46, juillet 2006, p. 215-218 ; R. Schwartz, « Quelles sont les infractions qualifiables de prise illégale d'intérêt et de délit de favoritisme ? », *BJCP* n° 45, avril 2006, p. 140-142.

<sup>3</sup> *Rapport pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique* issu des travaux de la Commission présidée par le vice-président Jean-Marc Sauvé, présenté le 26 janvier 2011.

<sup>4</sup> *Rapport pour un renouveau démocratique* de la Commission de la rénovation et de déontologie de la vie publique présidée par l'ancien Premier ministre Lionel Jospin, remis le 9 novembre 2012.

<sup>5</sup> Décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014, *JORF* du 2 février 2014.

<sup>6</sup> Ordonnance n° 2015-899 publiée au *Journal officiel* le 24 juillet 2015.

<sup>7</sup> TA Montpellier 23 mai 2014, *Société Mende Peinture*, n° 1203151.

<sup>8</sup> TA Grenoble Ord. 30 juillet 2014, *Société Favrat Construction Bois et Société Établissements Farizon*, req. n°s 1404405 et 1404252 ; TA Versailles Ord. 18 août 2014, *SARL ABDPA*, req. n° 1405365.

<sup>9</sup> CE 10 décembre 2012, *M. Auclair*, req. n° 354044 ; aux Tables.

<sup>10</sup> CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 355756 ; au Recueil ; *BJCP* 2012, p. 343, concl. Dacosta.

<sup>11</sup> CE 22 octobre 2014, *EBM Thermique et Commune de Saint-Louis*, req. n°s 382495 et 382597, concl. Pellissier, cassation de TA Strasbourg Ord. 24 juin 2014, *Société Dalkia France*, req. n° 1402924.

<sup>12</sup> CE 14 octobre 2015, req. n°s 390968 et 391105, concl. G. Pellissier ; aux Tables ; *BJCP* n° 104, p. 24 ; *Contrats publics*, n° 159, pp. 11-12, note J.P. Jouquelet.

<sup>13</sup> Aff. C-538/13, concl. Jääskinen, *AJDA* 2015, p. 1095, chron. 3.

Cour de justice elle-même est venue poser de premiers jalons du contrôle des conflits d'intérêts dans le cadre de la commande publique sur la base du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de son corollaire, le principe de transparence<sup>14</sup>.

Pour caractériser l'existence du conflit d'intérêts, l'approche pragmatique du juge administratif s'attache, au-delà des apparences, à l'influence effective du sujet en situation de conflits d'intérêts. Néanmoins, sous l'influence du droit communautaire, une inflexion de cette méthode paraît prévisible (I).

Les incidences concrètes d'une situation de conflit d'intérêts doivent tenir compte de la distinction entre la phase de passation et celle d'exécution du contrat. À cet égard, la problématique du conflit d'intérêts en cours d'exécution du contrat est encore largement inexplorée (II).

### I. Vers un renouvellement de la notion de conflit d'intérêts dans le droit de la commande publique

L'évolution contemporaine semble donner une place prééminente à l'approche objective, en opposition avec la jurisprudence traditionnelle, empreinte d'un certain pragmatisme (A).

Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, l'approche objective devrait se renforcer (B).

#### A. Une notion oscillant entre approche objective et approche réaliste

La notion de conflit d'intérêts irrigue de nombreux secteurs de la vie économique et sociale, sa prévention ne se limitant pas au secteur public :

<sup>14</sup> Voir notamment CJCE 29 avril 2004, *Commission c/ CAS Succhi di Frutta*, aff. C-496/99, concl. Alber.

elle vise à prévenir les situations dans lesquelles deux intérêts contradictoires interfèrent dans l'exercice d'une fonction dont l'impartialité et l'indépendance doivent être préservées.

Classiquement, pour caractériser une situation de conflit d'intérêts, deux éléments doivent être vérifiés : l'existence d'une interférence entre intérêts non convergents et l'existence d'un doute qui en résulte sur le « *devoir de soigner l'intérêt protégé* »<sup>15</sup>.

Si l'interférence suppose ainsi une contradiction d'intérêts, ce premier élément ne pose pas de difficulté particulière au plan théorique ; alors qu'une fonction requiert certaines garanties, des intérêts extérieurs à cette fonction, poursuivant une finalité distincte, ou des intérêts propres de la personne qui l'occupe, interfèrent sur son accomplissement. On notera que, sur la proposition du rapport Jospin de 2012<sup>16</sup>, le législateur a énoncé qu'il pouvait y avoir un conflit d'intérêts entre deux intérêts publics<sup>17</sup>, ceux-ci n'étant pas toujours convergents entre eux, tant s'en faut<sup>18</sup>.

En pratique, le critère de l'interférence se traduit par une analyse de la nature et de l'intensité de ces liens extérieurs avec la fonction litigieuse, des liens importants impliquant une suspicion d'égalité valeur<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> D. Schmidt, *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, *Recueil Dalloz*, 24 février 2013, n° 7.

<sup>16</sup> Rapport « Jospin », p. 84.

<sup>17</sup> L'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a repris la définition proposée par la commission Jospin selon laquelle il pouvait y avoir conflit d'intérêts entre intérêts publics.

<sup>18</sup> J.-B. Auby, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Dr. adm.* n° 12, décembre 2010, étude 24, évoquant le cumul de fonctions gouvernementales et de mandats exécutifs locaux. Au Royaume-Uni, le *Ministerial code* contient des prescriptions très précises interdisant aux membres du gouvernement de prendre des décisions de nature à favoriser les intérêts de leur circonscription. En France, cette pratique est banale et jugée naturelle.

<sup>19</sup> Le rapport Sauvé suggérerait d'évaluer la situation d'interférence au regard de « sa nature et [de] son intensité » (p. 19).

Encore faut-il que cette interférence conduise à l'existence d'un doute sur le bon exercice des fonctions : sur ce deuxième critère, le débat est vif, selon qu'est retenue une approche objective ou non.

1. **L'approche objective** vise à sanctionner une apparence susceptible de remettre en cause la capacité d'une personne à assumer sa responsabilité, alors même que rien ne démontre concrètement son indélicatesse. Le droit administratif consacre cette approche dans le cadre de sa jurisprudence fondée sur l'impartialité objective du juge, qui a conduit notamment, à l'initiative de la Cour européenne des droits de l'homme, à écarter le rapporteur public du délibéré de sa formation de jugement<sup>20</sup>.

La sanction d'une situation pouvant simplement paraître influencer la manière dont une personne s'acquitte de ses fonctions est également très prégnante en matière pénale<sup>21</sup>.

Cette approche s'illustre particulièrement en matière de fonction publique<sup>22</sup>, où les exigences d'impartialité et de transparence sont

<sup>20</sup> Article R. 732-2 du code de justice administrative, et sur demande contraire d'une partie, devant le Conseil d'État (art. R. 733-3 du code de justice administrative).

<sup>21</sup> Articles 432-12 et 432-14 du code pénal. Voir sur le sujet E. Fernandez Begault, « La notion d'intérêt dans le délit de prise illégale d'intérêts : l'intérêt d'une clarification », *Contrats publics*, n° 139, janvier 2014 ; F. Tenailleau, « Délit de favoritisme : quelles sont les personnes visées ? », *Contrats publics*, n° 139, p. 25-28 ; R. Salomon, « La rigueur du droit pénal de la probité publique », *Droit pénal*, janvier 2012, p. 11-15 ; T. Dal Farra, « Les conflits d'intérêts et les marchés publics », *Blog du droit des contrats publics (EFE)*, décembre 2011 ; C. Maugüé, « Un secrétaire général de mairie peut-il être passible de délit de favoritisme ? Quelles sont les conditions du recel de délit de favoritisme ? », *B/JCP* n° 42, septembre 2005, p. 393-396 ; F. Linditch, « Un an de droit pénal des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, n° 10, p. 23-29.

<sup>22</sup> C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques 2013-2014*, *Dalloz* ; D. Jean-Pierre, *Conflits d'intérêts et responsabilisation des fonctionnaires*, *JCP A*, n° 10-11, 9 mars 2015, p. 2086.

anciennes<sup>23</sup> et renforcées, au nom de la préservation de la confiance des citoyens en leur administration<sup>24</sup>.

Il n'est ainsi pas étonnant que la loi pour la transparence de la vie publique adoptée en octobre 2013 ait non seulement institué plusieurs dispositifs visant à prévenir les conflits d'intérêts (déclarations d'intérêts et de patrimoine, contrôle de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, etc.), mais aussi défini la notion de conflit d'intérêts de manière particulièrement exigeante.

Son article 2 dispose en effet qu'« au sens de la présente loi, constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Le caractère rigoureux de cette définition tient à l'introduction de la notion de « perception » d'un doute sur l'exercice des fonctions. Selon les travaux parlementaires, la loi se serait ainsi référée à la « théorie des apparences »<sup>25</sup>. Comme dans cette théorie des apparences, la perception suffit à produire des effets de droit<sup>26</sup>.

Un conflit d'intérêts est susceptible d'être sanctionné du seul fait que la situation en cause crée un doute dans l'esprit de l'observateur, sans que soit

vérifiée nécessairement la compromission réelle des personnes dans le bon déroulement du processus.

Cette logique a pu être suivie, en matière de régulation économique, s'agissant de la commission de la concurrence<sup>27</sup> ou en matière de vérification fiscale<sup>28</sup>.

**2. L'approche réaliste** tient compte d'une réalité parfois complexe et intègre l'exigence d'une influence effective du sujet sur la décision finale. C'est l'approche pragmatique régulièrement mise en œuvre par le juge administratif. En effet, en matière procédurale, la réflexion est dynamique : il s'agit d'apprécier le déroulement d'un processus, composé parfois de nombreux jalons aux interactions diverses.

Dans ce cadre, la jurisprudence refuse de censurer les irrégularités dénuées de conséquence. Ce réalisme a été consacré par la jurisprudence *Danthony* selon laquelle il est désormais de principe qu'un « vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable [...] n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise

que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise »<sup>29</sup>.

On retrouve la même logique en matière de contentieux électoral, l'annulation des opérations électorales n'étant prononcée que lorsque les irrégularités constatées ont finalement altéré la sincérité du scrutin en ayant une influence sur celui-ci<sup>30</sup>.

Ce pragmatisme caractérise le contrôle, par le juge, du respect du principe général d'impartialité applicable à l'administration, angle traditionnel de sanction du conflit d'intérêts<sup>31</sup>. Dans des contentieux très variés, notamment en matière de régulation économique<sup>32</sup>, d'édition de normes de santé publique<sup>33</sup>, de concours<sup>34</sup>, d'urbanisme<sup>35</sup> de repré-

<sup>23</sup> CE Ass. 23 décembre 2011, *M. Danthony*, req. n° 335033 : Rec., p. 649 ; GAJA 20<sup>e</sup> Éd. n° 114, dégageant un principe général de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 appliquant la même règle aux consultations préalables à l'adoption d'une décision.

<sup>24</sup> L. Touvet et Y.-M. Doublet, *Droit des élections*, Economica, 2014, p. 231.

<sup>25</sup> CE 17 juin 1927, *Sieur Vaulot*, req. n° 93027 : Rec., p. 683 ; CE S. 29 avril 1949, *Sieur Bourdeaux*, req. n° 82790 : Rec., p. 188 ; CE 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, req. n° 61958 : Rec., p. 413 ; CE 16 novembre 1998, *Mme Bastard-Valentinis* : Rec., p. 414 ; CE 12 février 2007, *Société Les laboratoires Jolly-Jatel*, req. n° 290164 : Rec., T., p. 1094 ; CE Avis 8 avril 2013, *M. Rajhi*, req. n° 364558 : Rec., T., p. 409.

<sup>26</sup> CE 12 juin 2013, *Société Natixis et autres*, req. n° 349185 : enquêteur de l'AMF ayant procédé au contrôle d'une société dont il avait été auparavant été licencié 7 ans auparavant. Le licenciement était suffisamment ancien.

<sup>27</sup> CE 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante*, req. n° 334396 ; CE 29 mai 2009, *Société Les laboratoires Servier*, req. n° 307162-321781 : Rec., T., p. 609 ; CE 11 février 2011, *Société Aquatrium*, req. n° 319828 : Rec., p. 42 ; voir A. Friboulet « Régularité de la procédure d'élaboration des décisions administratives en matière sanitaire, principe d'impartialité et prévention des conflits d'intérêts », *RJEP* n° 689, août 2011, comm. 37.

<sup>28</sup> CE 8 juin 2015, *M. Zegdi*, req. n° 370539 : à mentionner aux Tables.

<sup>29</sup> CE 22 février 2008, *Association air pur environnement d'Hemeville et ses environs*, req. n° 291372 : appréciation favorable d'un maire intéressé sur une demande de permis de construire qui a été « déterminante » dans l'appréciation favorable prise par son successeur.

<sup>23</sup> Remontant à une ordonnance de Louis IX de 1254 et une ordonnance de Philippe le Bel du 18 mars 1303 (H. Qazbir, « Le conflit d'intérêts dans le droit de la fonction publique », *AJFP* 2014, p. 277).

<sup>24</sup> La « considération qui environne les fonctionnaires naît principalement de la confiance qu'ils inspirent et tout ce qui peut altérer cette confiance ou dégrader leur caractère doit leur être interdit » (Bertier, « Exposé des motifs du projet de loi portant code des délits et des peines », in *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. X, 21 janvier 1808-5 juin 1810).

<sup>25</sup> Rapport n° 1108 et 1109 de J.-J. Urvoas du 5 juin 2013, p. 193.

<sup>26</sup> La théorie des apparences se définit en principe comme la « théorie prétorienne en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, p. 62).

<sup>27</sup> CE 5 mars 1986, *Fédération nationale du négoce de l'ameublement*, req. n° 32314 : aux Tables, concl. Laroque : « la seule présence du commissaire du gouvernement à un délibéré de cette commission est de nature à entacher d'irrégularité la délibération de la commission et l'avis adopté à son issue », « eu égard à la composition de la commission et à son objet ».

<sup>28</sup> CE 1<sup>er</sup> décembre 2008, *Ministre de l'Économie c/ SCI Strasbourg*, req. n° 292166 : Rec., p. 445, concl. Legras, BCF 2009, n° 2, p. 38-41. Dans ces conclusions sur cette affaire, Mme Legras énonçait notamment que : « aussi, au cas d'espèce, c'est selon nous à bon droit que la cour s'est fondée, pour juger que la vérification était irrégulière, sur l'existence d'un conflit de voisinage en raison duquel la vérificatrice était susceptible d'être de parti pris. La cour n'avait pas à établir l'animosité personnelle de la vérificatrice ni à prouver que cette animosité avait effectivement pesé sur le déroulement de la procédure de vérification. En effet, l'exigence d'impartialité signifie que les garanties offertes doivent être suffisantes pour exclure tout doute légitime ; le contribuable ne doit pas pouvoir raisonnablement suspecter l'impartialité du vérificateur ».

sentativité syndicale<sup>36</sup> ou encore de fonction publique<sup>37</sup>, le Conseil d'État s'attache à déterminer l'influence qu'a pu avoir l'interférence d'intérêt sur la décision finale.

Dans la récente décision de Section *Société Zambon France*<sup>38</sup>, la Haute Juridiction a confirmé ce réalisme à propos de la composition des commissions consultatives, en retenant que la présence d'un membre intéressé ne rend irrégulier l'avis rendu que si sa présence, lors de la séance, a pu exercer une influence sur les autres membres. La Section a cependant retenu une conception large du critère de l'influence, la simple présence du membre intéressé étant susceptible d'exercer à elle seule une influence, en raison notamment de son rôle dans la commission, de son autorité hiérarchique, scientifique ou morale, ou de « *la nature de ses liens d'intérêt* »<sup>39</sup>.

Le même contrôle s'exerce s'agissant de l'application de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales<sup>40</sup>, notam-

ment en matière d'urbanisme<sup>41</sup> ou de vente de parcelles communales<sup>42</sup>.

Ainsi sont censurés les conflits d'intérêts flagrants au terme d'un contrôle du juge fondé sur une approche délibérément mesurée.

## B. L'influence effective dans la commande publique : un critère en sursis ?

### 1. De longue date, en matière de commande publique, l'approche est pragmatique.

La jurisprudence relative aux « personnes intéressées » en est une illustration.

Ainsi, si une procédure a pu être annulée du fait de la présence au sein d'une commission d'appel d'offres (CAO) du fils d'un candidat qui était en même temps son employeur<sup>43</sup>, la présence au sein de telle CAO d'un ancien salarié licencié d'une société candidate est admise, si ce licenciement est ancien<sup>44</sup>.

En revanche, est entachée d'illégalité l'attribution d'une délégation de service public à une société dont l'un des cogérants est par ailleurs président d'une association de soutien au maire de la commune, lequel était président de la commission des délégations de service public qui a établi le rapport communiqué au conseil municipal proposant de retenir cette société et alors qu'il a pris part au vote de la délibération municipale<sup>45</sup>.

Il en va de même d'une région qui s'était adjoint les services d'un ancien

responsable d'une société attributaire qui y avait exercé ses fonctions moins de deux ans avant la procédure et qui avait non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques, mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région<sup>46</sup>.

Récemment encore, le Conseil d'État a insisté sur la nécessité de trouver un équilibre entre la garantie de l'impartialité des procédures et la liberté d'accès des opérateurs économiques.

Dans l'affaire *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*<sup>47</sup>, le pouvoir judiciaire avait, dans un élan de vertu, entendu écarter par principe toutes entreprises ayant un lien avec un élu, quelles que soient les circonstances. Ce faisant, un candidat fut exclu en raison de ses liens avec une conseillère municipale au motif que celle-ci avait à la fois un lien de parenté avec ce candidat et était actionnaire de la société non retenue.

Le Conseil d'État censure la position rigoureuse de la commune au motif que ces circonstances n'avaient pas eu d'influence sur le déroulement de la procédure dont la candidate ne pouvait être exclue. En effet, si l'élu « *avait participé à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation du marché* », à « *ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée et les soumissionnaires n'étaient pas connus* » ; pour le reste, l'élu n'avait pas siégé à la CAO « *et n'avait pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire* ». Faute d'influence de l'élu sur le déroulement de la procédure, le conflit n'était pas caractérisé.

La même approche pragmatique a prévalu à propos du recours à des experts par des pouvoirs adjudicateurs, comme en témoigne l'affaire

<sup>36</sup> CE 28 décembre 2007, *Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ouest*, req. n° 282921.

<sup>37</sup> CE 15 novembre 2000, *Mme Capdeville*, req. n° 206572 : la seule présence de membres intéressés au sein d'une commission consultative « *ne peut être regardée, par elle-même, comme entachant d'irrégularité la délibération de cette commission* ».

<sup>38</sup> CE S. 22 juillet 2015, *Société Zambon France*, req. n° 361962 : à paraître au Recueil ; AJDA 2015, p. 1447.

<sup>39</sup> « *Considérant, ensuite, que, même en l'absence de texte, lorsqu'un membre d'une commission administrative à caractère consultatif est en situation de devoir s'abstenir de siéger pour l'examen d'une question, il est de bonne pratique qu'il quitte la salle où se tient la séance pendant la durée de cet examen ; que, toutefois, la circonstance que l'intéressé soit resté dans la salle n'entraîne l'irrégularité de l'avis rendu par la commission que si, en raison notamment de son rôle dans celle-ci, de l'autorité hiérarchique, scientifique ou morale qui est la sienne ou de la nature de ses liens d'intérêt, sa simple présence pendant les délibérations a pu influencer les positions prises par d'autres membres de l'instance.* »

<sup>40</sup> Anciens articles 43 du code de l'administration communale et L. 121-5 du code des communes.

<sup>41</sup> CE 26 février 1982, *Association « Renaissance d'Uzès »*, req. n° 12440 : Rec., T., p. 549, qui évoque une « *influence décisive* » ; CE 17 février 1993, *Desmons*, req. n° 115600 ; CE 30 décembre 2002, *Association Expression Village*, req. n° 229099 : pas de participation au vote et aux travaux préparatoires.

<sup>42</sup> CE 12 février 1986, *Commune d'Ota*, req. n° 45146 : Rec., p. 39.

<sup>43</sup> CE 8 juin 1994, *Mas*, req. n° 141026 ; CE 3 novembre 1997, *Préfet de la mame*, req. n° 148150 : Rec., p. 411.

<sup>44</sup> CE 27 juillet 2001, *Société Dégremont*, req. n° 232820 : Rec., p. 413.

<sup>45</sup> CAA Marseille 20 juin 2011, *Commune de Sainte-Maxime*, req. n° 08MA01415.

<sup>46</sup> CE 14 octobre 2015, *Société Applicam*, préc.

<sup>47</sup> CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 355756 : au Recueil ; BJCP 2012, p. 343, concl. Dacosta.

*Autostrade* relative à la passation du contrat de partenariat écotaxe-poids lourd<sup>48</sup>. En l'espèce, le conseil technique était une filiale d'un groupe entretenant des liens commerciaux avérés avec l'un des candidats, déclaré attributaire du contrat. Le Conseil d'État a toutefois considéré que le manque d'impartialité n'était pas suffisamment établi en retenant que l'interférence était faible (lien commercial réduit) et qu'elle apparaissait inévitable dans ce type de conseil où les intervenants sont peu nombreux. Le requérant avait, au surplus, lui-même collaboré avec ce même conseil. Il fallait soit accepter que le conseil ait pu travailler avec tous les opérateurs, soit contraindre l'État à avoir un conseil incompetent dans le secteur considéré. L'approche pragmatique a prévalu et l'on ne peut que s'en féliciter.

L'affaire *Dalkia France c/ EBM Thermique* a donné au Conseil d'État l'occasion de confirmer cette jurisprudence. Dans cette affaire, un des adjoints au maire de la commune de Saint-Louis était par ailleurs membre du conseil d'administration d'une société de droit suisse (EBM) dont une filiale avait été déclarée attributaire d'un contrat de maintenance et d'exploitation d'installations de chauffage pour le compte de la collectivité. Cet adjoint occupant de plus les fonctions de personne responsable du précédent marché de chauffage et, dans le cadre de la réattribution de ce contrat, ayant signé un courrier d'envoi de réponses aux candidats, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg en avait déduit, malgré l'absence de l'adjoint au sein de la CAO et l'absence de participation au vote lors de la délibération d'attribution, que « cette implication apparente d'un élu

peut être regardée comme un manquement aux règles d'impartialité et d'égalité de traitement susceptible d'avoir lésé la société requérante ». Le tribunal s'était fondé sur une « implication apparente » de l'élu et ainsi sur l'impartialité objective.

Le Conseil d'État a censuré cette analyse. Alors même qu'était invoquée la nouvelle définition du conflit d'intérêts retenue par l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013<sup>49</sup>, la Haute Assemblée a confirmé sa solution sur le seul terrain du principe d'impartialité. Dans son arrêt, le Conseil d'État relève que l'adjoint en cause avait été élu au sein du conseil d'administration du groupe EBM par une assemblée des délégués dont il était membre en sa seule qualité d'abonné, qu'il n'avait pas d'intérêt personnel à la procédure, qu'il n'avait pas participé à la CAO ni au vote de la délibération d'attribution, et qu'il n'avait ainsi eu aucune « influence particulière » sur le déroulement de la procédure « de nature à créer à un doute légitime sur son impartialité ».

Non seulement la seule existence d'un lien n'est pas une circonstance suffisante, celui-ci devant être suffisamment caractérisé pour créer une réelle interférence, mais il est de nouveau affirmé que la personne intéressée doit avoir une influence sur la procédure. En l'espèce, ni la condition du lien, ni celle de l'influence n'étaient remplies, alors même que, au premier abord, les circonstances étaient troublantes.

Ce faisant, la Haute Assemblée a confirmé, après l'entrée en vigueur de la loi du 11 octobre 2013, son « approche concrète qui garantit contre le systématisme auquel pourrait conduire l'exigence d'une impartialité à l'épreuve du doute »<sup>50</sup>. À ce titre, on ne peut que souscrire à l'idée que la jurisprudence du Conseil

d'État « en matière d'application du principe d'impartialité dans le champ de la commande publique, si elle fait une part croissante à l'impartialité dite "objective", n'est nullement dogmatique »<sup>51</sup>.

## 2. Un renouvellement communautaire prévisible

Dans son arrêt *eVigilo Ltd* du 12 mars 2015 cité plus haut, la Cour de justice a énoncé, après avoir rappelé que ni la directive 89/665 du 21 décembre 1989 ni la directive 2004/18 du 31 mars 2004 ne comportaient de dispositions en matière de conflit d'intérêts, que les principes de la commande publique « ne s'opposent pas en règle générale à ce que, dans les États membres, la partialité d'un expert puisse être établie sur la seule base d'une situation objective afin de prévenir tout risque que le pouvoir adjudicateur se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause susceptibles, de ce seul fait, de donner préférence à un soumissionnaire » (point 41). Ce faisant, l'impartialité objective est admise par le droit communautaire, sans s'imposer toutefois aux États membres.

En effet, la Cour ajoute immédiatement qu'« il appartient, en principe, au droit national de déterminer si et dans quelle mesure les autorités administratives et juridictionnelles compétentes doivent tenir compte de la circonstance qu'une éventuelle partialité des experts a eu ou non un impact sur une décision d'attribution du marché » (point 47). La Cour admet donc explicitement que le droit national peut encore prévoir et opposer le fait que le doute né d'une interférence peut être écarté dès lors qu'il n'a eu aucun « impact sur une décision d'attribution du marché ». Cette décision ne devrait donc pas

<sup>48</sup> CE 24 juin 2011, *Ministre de Développement durable, Transports et Logement et Société Autostrade Per l'Italia SPA*, n° 347720 ; J.-B. Auby, « Ecotaxe, impartialité de l'administration, conseils », *Dr. adm.* 2011, n° 10, comm. 84.

<sup>49</sup> Voir visas de l'ordonnance entreprise du tribunal administratif de Strasbourg.

<sup>50</sup> Concl. G. Pellissier sur l'arrêt *EBM Thermique*, préc.

<sup>51</sup> Concl. B. Dacosta sur l'arrêt *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, préc.

entraîner de modification de la jurisprudence du Conseil d'État.

En revanche, elle semble devoir modifier la position nationale en ce qui concerne la charge de la preuve. En effet, la Cour retient que le pouvoir adjudicateur doit jouer un « rôle actif » dans la prévention des conflits d'intérêts qui se traduit sur le terrain probatoire. L'arrêt *eVigilo Ltd* retient qu'il serait incompatible avec ce rôle « de faire peser » sur le soumissionnaire évincé « la charge de prouver, dans le cadre de la procédure de recours, la partialité concrète des experts nommés par le pouvoir adjudicateur » (point 43). Le seul fait que l'existence d'une interférence soit révélée par le demandeur oblige ainsi le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de son rôle actif, à faire toute la lumière sur les éléments en cause. L'apparence crée par elle-même un devoir d'explication sur l'interférence, à la charge du pouvoir adjudicateur. Si une telle technique d'administration de la preuve n'est pas inconnue du juge administratif<sup>52</sup>, il ne l'a pas appliquée à ce type de contentieux de la commande publique. Le Conseil d'État y emprunte le régime de la preuve objective, selon lequel la charge de la preuve n'appartient pas spécialement à une partie, voire impose la charge de la preuve au demandeur.

Une évolution est sans doute inévitable sur ce point.

D'autres évolutions liées au droit communautaire sont éventuellement à prévoir, sous l'influence des nouvelles directives du 26 février 2014, anticipées dans l'arrêt *eVigilo Ltd*.

Ces directives obligent effectivement les pouvoirs adjudicateurs à adopter des mesures appropriées permettant « de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des

conflits d'intérêts » survenant lors des procédures de passation<sup>53</sup>. Cette énumération correspond au rôle actif que le pouvoir adjudicateur doit jouer dans la prévention des conflits d'intérêts. Au-delà de l'incidence probatoire, la jurisprudence nationale ne devrait pas être trop impactée, le juge faisant déjà peser sur l'administration, à défaut de mesure prévention, les conséquences de la turpitude de ceux dont elle s'est entourée et l'invitant par ailleurs précisément à s'entourer de garanties<sup>54</sup>.

Le Conseil d'État, dans sa décision *Applicam*, a justement posé un nouveau jalon en ce sens, en critiquant l'absence de « toute mesure en vue de leur [le] doute légitime, par exemple en [écartant la personne en cause] de la procédure d'analyse des offres », ce qui justifiait davantage l'annulation de la procédure d'attribution.

En revanche, au regard de la nouvelle définition du conflit d'intérêts retenue par les directives, la référence au doute légitime est permise. Elles entendent en effet prévenir toute situation dans laquelle un intérêt « pourrait être perçu comme compromettant » l'impartialité ou l'indépendance de l'administration. En retenant la notion de perception, les directives semblent s'aligner sur une définition plus stricte du conflit d'intérêts, définition qui sera difficile d'ignorer.

Toutefois, en réalité, ce texte ne tranche pas nécessairement la question. En effet, pour « *paraître influencer* » la décision, suivant la formule des directives (et de la loi du 11 octobre 2013), encore faut-il participer du moins partiellement à son adoption. Ainsi, la référence à la notion de perception n'implique pas

mécaniquement une remise en cause de l'approche pragmatique, fondée sur l'influence effective. Tel est d'ailleurs le sens de l'ordonnance de transposition des nouvelles directives Marchés<sup>55</sup>, mais aussi de la décision *Société Applicam* qui, tout en faisant référence au « doute légitime », veille toujours à apprécier l'influence effective sur la procédure ainsi que l'intensité du lien d'intérêt en cause.

Au total, cette nouvelle définition européenne est susceptible d'entraîner une évolution vers une conception plus objective tenant compte de la particularité de certaines situations, ce que n'exclut pas la jurisprudence du Conseil d'État.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *EBM*, le rapporteur public n'excluait pas d'écartier la condition d'influence sur la procédure lorsque « l'intérêt est si manifeste qu'il impose une abstention complète de la personne dans le processus décisionnel »<sup>56</sup>.

Ces perspectives étant rappelées, les modalités pratiques du traitement des conflits d'intérêts doivent être distinguées lorsqu'ils surviennent en phase de passation ou en phase d'exécution du contrat.

<sup>52</sup> Ces règles sont similaires à celles retenues en matière de discrimination, le juge exigeant du demandeur qu'il apporte seulement des commencement de preuve, l'administration devant alors prouver que la mesure repose sur d'autres considérations (CE Ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, req. n° 298348).

<sup>53</sup> Article 24 de la directive 2014/24, article 42 de la directive 2014/25 et article 35 de la directive 2014/23.

<sup>54</sup> CE 24 juin 2011, *Ministre de Développement durable, transports et logement et Société Autostrade Per l'Italia SPA*, préc.

<sup>55</sup> Qui prévoit au 5° de son article 48 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 ». On notera qu'en l'espèce, la Haute Juridiction a jugé que la définition des conflits d'intérêts instituée par l'article 24 de la directive Marchés publics n'était pas applicable.

<sup>56</sup> Concl. G. Pellissier, préc. ; en ce sens déjà, TA Montpellier 23 mai 2014, *Société Mende Peinture*, req. n° 1203151.

## II. Le traitement des conflits d'intérêts dans la passation et l'exécution des contrats

La doctrine s'est jusqu'à présent essentiellement intéressée à la manière d'aborder les conflits d'intérêts au stade de la passation des contrats publics<sup>57</sup>. Si une telle question est évidemment incontournable (A), la problématique du traitement des conflits d'intérêts au stade de l'exécution n'en est pas moins significative (B).

### A. Traitement des conflits d'intérêts au stade de la passation

En matière de passation, en l'état, l'essentiel est affaire d'espèce.

En particulier, il est impossible d'exclure par principe la participation d'une entreprise au seul motif que ses dirigeants entretiennent un lien avec un élu<sup>58</sup>, un agent public ou un conseil de la collectivité. Au regard des impératifs liés à la liberté d'accès à la commande publique, l'exclusion par principe d'un candidat, du fait de la seule existence d'un lien avec un membre de la collectivité, quelles que soient les fonctions occupées par ce dernier, est en principe condamnée.

Toutefois, l'exclusion d'un candidat reste envisageable « *exceptionnellement lorsqu'il n'y a pas d'autres solutions pour éviter le conflit d'intérêts* »<sup>59</sup> comme le souligne M. Pellissier dans ses conclusions dans l'arrêt *EBM Thémique*. L'article 48-5° de l'ordonnance relative aux marchés publics prévoit à ce titre que les « *acheteurs publics* » peuvent exclure du marché public « *les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut être*

*remédié par d'autres moyens* ». Cette solution devrait cependant demeurer tout à fait rare<sup>60</sup> et n'intervenir qu'en cas de stricte nécessité, lorsqu'il n'est pas possible d'agir au niveau du fonctionnement de l'acheteur public. Or, précisément, il semble difficile d'imaginer quelle situation pourrait empêcher un élu ou un agent ayant de lien avec une entreprise de se déporter de l'examen de cette affaire<sup>61</sup>.

Du fait du caractère résiduel de la solution d'exclusion du candidat, la prévention des conflits d'intérêts se traduit essentiellement par une discipline que doit s'appliquer l'acheteur public, un « *rôle actif* » pour reprendre le vocable de la CJUE.

À cet égard, l'acheteur public doit prendre des mesures prudentielles consistant notamment à étendre le champ de la déclaration d'intérêts à l'égard des candidats, à faire adopter des engagements précis notamment aux conseils de la collectivité (notamment de signaler toute relation commerciale avec un candidat) et à obliger ses membres ou ses conseils à se déporter le plus largement et le plus tôt possible de l'examen d'une affaire litigieuse, ou encore à disposer d'une pluralité d'expertises si l'une d'entre elles venait à être mise en cause.

Le décret du 31 janvier 2014 impose au demeurant aux titulaires de fonctions électives locales et aux personnes chargées d'une mission de service public d'apprécier rapidement l'existence d'une possible situation de conflit d'intérêts, et de spécifier par écrit les questions pour lesquelles elles estiment ne pas devoir exercer leurs compétences<sup>62</sup>.

En toute hypothèse, en l'état de la jurisprudence, il conviendra, en

chaque occasion, de s'interroger sur la double condition d'une interférence réelle jetant le doute sur une personne et d'une influence effective de celle-ci sur le processus décisionnel.

Tout d'abord, le lien d'intérêt entraînera l'annulation de la procédure s'il est significatif<sup>63</sup>. Tel est le cas d'un lien d'affaires établi entre l'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) et la société attributaire<sup>64</sup>, mais non d'un lien ténu ou distendu, notamment par le temps<sup>65</sup>. L'existence d'un lien direct de famille, notamment entre dirigeants du titulaire et de l'AMO, doit appeler à la plus grande prudence<sup>66</sup>.

Notons que le lien exigé peut également être constitué entre personnes publiques : ainsi est annulé le marché d'un centre hospitalier obtenu par un autre centre, mais dirigé par la même personne<sup>67</sup>. L'hypothèse d'une telle interférence entre deux intérêts publics a du reste été confirmée par la loi du 11 octobre 2013.

Il faut ensuite vérifier que le conflit d'intérêts potentiel a exercé une influence effective sur la procédure et plus particulièrement sur le choix de l'attributaire.

Tel n'est pas le cas lorsque l'intéressé limite sa participation à des tâches en amont de la procédure, comme le vote de la délibération de lancement de la procédure. Toutefois, la jurisprudence réserve l'hypothèse d'une personne participant à la détermination du besoin à satisfaire dans

<sup>57</sup> Voir P. Cassia, « Conflits d'intérêts et passation des contrats de la commande publique », *AJDA* 2012, p. 2040.

<sup>58</sup> CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, préc.

<sup>59</sup> Concl. G. Pellissier sur l'arrêt *EBM Thémique*, préc.

<sup>60</sup> B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *Contrats publics*, n° 141, mars 2014.

<sup>61</sup> Il faudrait un acheteur disposant d'un nombre très limité de représentants ou partageant collectivement le même intérêt.

<sup>62</sup> Articles 5 à 7 du décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014 d'application de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013.

<sup>63</sup> L'intensité se manifeste par « *des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles* » (Rapport Sauvé, p. 19).

<sup>64</sup> TA Versailles Ord. 18 août 2014, *SARL ABDPA*, req. n° 1405365.

<sup>65</sup> CE 24 juin 2011, *Ministre du Développement durable, des transports et du logement*, préc.

<sup>66</sup> TA Grenoble 30 juillet 2014, *Société Favrat Construction Bois et Société Établissements Farizon*, précité ; TA Montpellier 23 mai 2014, *Société Mendé Peinture*, préc.

<sup>67</sup> TA Lyon Ord. 13 février 2013, *Société Ceven Labo*, req. n° 1300554.

un sens susceptible de favoriser un candidat <sup>68</sup>.

La personne intéressée doit en toute hypothèse se retirer suffisamment tôt.

L'arrêt *EBM* retient à cet égard que se retire suffisamment tôt l'élu qui se borne à participer à d'éventuelles réponses aux questions posées par les candidats. Il est vrai que dès lors que ces réponses doivent être transmises aux candidats dans le respect du principe d'égalité, on voit mal comment l'intervention d'une personne intéressée pourrait avoir un effet direct sur la procédure. On ne pourra toutefois qu'inviter les acheteurs publics à la prudence et ne pas tenir cette position pour acquise.

En revanche, à partir de la remise des offres, la participation d'un élu ou de toute personne possiblement compromise devient très critique, plus encore dans le cadre d'une procédure négociée. Bien entendu, il ne pourra pas directement participer à la détermination du choix du candidat. Dans ces hypothèses, il y aurait de très forts risques de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations.

Dans l'hypothèse où un conflit d'intérêts serait caractérisé, dans le cadre d'un référé précontractuel ou contractuel, l'annulation de la procédure est en principe encourue.

Cela étant, d'une part, le filtre de « l'intérêt lésé » <sup>69</sup> pourrait conduire à écarter le moyen tiré d'un conflit d'intérêts <sup>70</sup>. Il semble toutefois que, à

l'instar de la jurisprudence en matière d'offre irrégulière, qui retient l'existence d'un intérêt lésé du seul choix d'une telle offre <sup>71</sup>, l'existence d'un conflit d'intérêts pourrait mécaniquement caractériser la lésion d'un intérêt d'un candidat évincé.

D'autre part, l'annulation pourrait être éventuellement limitée à certaines phases et non à l'ensemble de la procédure. Dès lors que l'imixtion d'une personne intéressée apparaît essentiellement critiquable à partir de l'analyse des offres, on peut penser que le juge des référés pourrait, dans certains cas, limiter la portée de l'annulation aux opérations réellement placées sous l'influence d'une personne compromise.

S'agissant du recours en contestation de validité du contrat <sup>72</sup>, l'annulation ou la résiliation du contrat devraient être d'application plus mesurée. En toute hypothèse, l'utilité de telle mesure devrait être appréciée au cas par cas. Cela étant, cette question demeure encore relativement inédite, tout comme nombre de celles liées aux modalités de traitement des conflits d'intérêts au stade de l'exécution du contrat.

## B. Traitement des conflits au stade de l'exécution contractuelle

Si l'existence d'un conflit d'intérêts peut justifier l'annulation d'un contrat lorsqu'il est caractérisé au stade de sa passation, qu'en est-il en matière d'exécution proprement dite, c'est-à-dire lorsque le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution lors de l'apparition de la situation de conflit d'intérêts ?

À ce titre, est susceptible de constituer un conflit d'intérêts une situation dans laquelle un maître d'œuvre, un

assistant à maîtrise d'ouvrage, un contrôleur externe collaboreraient, en cours d'exécution, avec le titulaire d'un contrat passé avec la collectivité publique qu'il assiste ou qu'il contrôle ou avec une entité ayant des intérêts directement opposés à ceux de la collectivité, lorsque l'éventuelle révélation de ses connaissances pourrait avantager cette dernière. Le conseil dans ce cas devrait suivre des intérêts contradictoires, et nul ne pouvant servir deux maîtres à la fois, une telle interférence compromettrait sa loyauté.

La première solution qui vient tout d'abord à l'esprit est celle de la résiliation du contrat pour motif d'intérêt général. Cette faculté de résiliation, ouverte même sans clause en ce sens <sup>73</sup>, repose sur la notion d'intérêt général qui est largement entendue.

Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de valider cette position dans sa décision *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc* <sup>74</sup>, en admettant la résiliation d'une concession de service public à la suite d'une prise de participation de la commune de Megève, voisine et rivale de celle de Saint-Gervais, dans le capital du concessionnaire des téléphériques du Mont-Blanc, cocontractante de la commune de Saint-Gervais. Après avoir rappelé le pouvoir de résiliation d'un contrat administratif pour un motif d'intérêt général, l'arrêt retient que la cour « a pu légalement juger qu'une telle modification de la composition du capital de la société concessionnaire autorisait le concédant, à cause des risques de conflits d'intérêts qu'elle entraînait, à regarder son cocontractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de cette concession ».

<sup>68</sup> En toute hypothèse, l'introduction de spécifications particulières, sans justification, peut être censurée en raison d'un manquement au principe d'égalité (CE S. 3 novembre 1995, *District de l'Agglomération Nancéenne*, req. n° 152484).

<sup>69</sup> CE S. 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, req. n° 305420, concl. Dacosta, *BJCP* n° 61/2008, p. 451.

<sup>70</sup> La question n'est pas tranchée sauf par TA Grenoble 30 juillet 2014, *Société Favrat Construction Bois et Société Établissements Farizon*, précité dans le sens de l'admission par principe de l'intérêt lésé. Le cumul des conditions d'intérêts et d'influence sur la procédure ont manqué en référé précontractuel devant le Conseil d'État, qui n'a pas statué sur la question de l'intérêt lésé par économie de moyen.

<sup>71</sup> CE 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres*, req. n° 354652 : aux Tables.

<sup>72</sup> En dernier lieu CE Ass. 4 avril 2014, *Département du Tam-et-Garonne*, req. n° 358994, concl. Dacosta.

<sup>73</sup> CE 22 avril 1988, *Société France 5 c/ Association des fournisseurs de la 5*, req. n° 86241 : Rec., p. 157, concl. Fornacciarri.

<sup>74</sup> CE 31 juillet 1996, req. n° 126594 : Rec., p. 334, concl. Delarue : *AJDA* 1996, p. 788.

Le coût d'une telle résiliation pourrait néanmoins être très important dès lors que, sauf clause contraire du contrat<sup>75</sup> (qu'il est utile de prévoir), le cocontractant a droit à l'indemnisation des pertes subies, mais également de son manque à gagner. M. Boulouis rappelait en ce sens que la résiliation pour motif d'intérêt général est « en principe à proscrire », dès lors que « son coût financier et d'opportunité est trop important au regard de son avantage – même si, à l'évidence, elle ne peut être écartée dans des hypothèses de conflits avérés »<sup>76</sup>.

Si la résiliation pour motif d'intérêt général n'est pas optimale, du fait de son coût, est-il envisageable de résilier le contrat aux torts du cocontractant ?

On le sait, ce pouvoir de résiliation pour faute existe même dans le silence du contrat<sup>77</sup>. Il exclut la réparation de la généralité des préjudices subis, à l'exception de l'indemnisation des dépenses utiles. La faute reprochée doit en ce sens revêtir une certaine gravité<sup>78</sup>, et concerner une obligation importante dans le dispositif contractuel. Il est en ce sens constant que la faute s'apprécie « par rapport aux conséquences pour le service et par rapport au caractère essentiel de l'obligation enfreinte »<sup>79</sup>.

Si le conflit d'intérêts existait lors de la conclusion du contrat, mais n'est découvert qu'ensuite, une résiliation aux torts exclusifs du cocontractant est envisageable. Au regard de l'importance accordée à loyauté des relations contractuelles, lorsque le cocontractant s'est abstenu d'informer

la collectivité d'une situation litigieuse, voire s'il a fait obstacle à sa révélation, le juge devrait admettre la possibilité d'une résiliation pour faute<sup>80</sup>.

À l'inverse, le devoir de loyauté semble faire obstacle à ce que l'acheteur public puisse invoquer, au stade de l'exécution, des vices auxquels il a contribué<sup>81</sup>. Il ne pourra sans doute pas plus se prévaloir sur le terrain de la faute de l'existence d'un conflit d'intérêts dont il était régulièrement informé et qu'il n'a pas pris soin de prévenir ou de faire cesser.

Il faut également rappeler que rien n'interdit aux acheteurs publics de prévoir dans les documents du marché des dispositions relatives à la déontologie des candidats, exigeant, par exemple, l'absence de tout lien de dépendance ou d'affiliation vis-à-vis de certaines entreprises et, en cas de méconnaissance de ces dispositions, une résiliation aux torts exclusifs du cocontractant.

Plus délicate est la question de savoir comment traiter la situation de conflits qui ne s'est constituée que postérieurement à la passation.

En ce cas encore, la situation pourrait être réglée par le contrat lui-même, si l'acheteur a veillé à prohiber des conflits d'intérêts précisément identifiés.

En dehors de l'hypothèse d'une telle stipulation, l'existence d'une situation de conflit d'intérêts constitue-t-elle un manquement à une obligation essentielle du cocontractant justifiant une résiliation pour faute ?

En dehors de toute disposition contraire, la résiliation pour faute

apparaît envisageable, au regard du devoir de loyauté du cocontractant, dans la mesure où non seulement l'indépendance de l'opérateur dont il s'agit est une condition importante de sa mission, voire une condition essentielle, mais également que l'opérateur ne pouvait ignorer la situation délicate dans laquelle il se placerait, et qu'il a accepté cette nouvelle mission sans en avoir prévenu l'acheteur public.

À cet égard, il convient d'analyser chaque situation avec rigueur, ce qui exclut de s'attacher aux simples apparences. La procédure contradictoire applicable en principe avant une résiliation pour faute doit permettre d'éclaircir ces points.

Enfin, une telle résiliation présente des risques contentieux : si la faute n'est pas retenue, le cocontractant aura droit d'obtenir la réparation de son entier préjudice, notamment du manque à gagner subi, et pourra solliciter la reprise des relations contractuelles<sup>82</sup>. Cela étant, ces conséquences sont similaires à celles impliquées par une résiliation fondée sur un motif d'intérêt général ; il pourrait apparaître tentant pour l'acheteur public d'invoquer une faute, sachant qu'en cas de recours, il pourra toujours justifier sa mesure par un tel motif d'intérêt général<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> CE 19 décembre 2012, *Société AB Trans*, n° 350341, concl. Dacosta.

<sup>76</sup> *BJCP*, septembre 2011, n° 78, p. 365.

<sup>77</sup> CE 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, req. n° 26611 : *Rec.*, p. 393, concl. Dandelot.

<sup>78</sup> CE 21 janvier 1994, *Société d'entreprises et de construction en béton armé* : *Rec.*, p. 23 ; CE 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, req. n° 81446 : *Rec.*, T., p. 1044 ; CAA Nantes 31 décembre 2014, *Centre hospitalier de Vendôme*, req. n° 13NT01174.

<sup>79</sup> L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2014, p. 229.

<sup>80</sup> En particulier, pourrait être retenu un « vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement » (CE Ass. 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, req. n° 304802 : *Rec.*, p. 509, concl. Glaser ; *RFDA* 2010, p. 506). On notera d'ailleurs que les directives communautaires assimilent les conflits d'intérêts à des « irrégularités graves » (cons. n° 61 de la directive *Concession* 2014/23/UE).

<sup>81</sup> Ainsi, dernièrement, CE 29 septembre 2014, *Grenke Location*, req. n° 369987, concl. Pellissier, inédit.

<sup>82</sup> CE S. 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n° 304806 ; *RFDA* 2011 n° 3, p. 518 ; *BJCP* n° 76, p. 184, note R. Schwartz.

<sup>83</sup> Il paraît envisageable de demander une substitution de motif (CE S. 6 février 2004, *Mme Hallal*, req. n° 240560, en matière d'excès de pouvoir ; CE S. 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, req. n° 195550, en matière de plein contentieux), en substituant le motif d'intérêt général au motif tiré de la faute initialement invoqué afin de justifier la légalité de la décision de résiliation, également en vue de s'opposer à la reprise des relations contractuelles (en ce sens, CE 17 juin 2015, *Commune de Montpellier*, req. n° 388596 ; aux Tables ; CAA Lyon 30 octobre 2014, *Société Pilotage Concept*, req. n° 13LY20754 ; TA Saint-Denis 16 décembre 2005, *Société d'aménagement paysager et forestier*, req. n° 0401050 ; *BJCP* n° 46, juillet 2006, p. 213-214, obs. C. Maugué). L'invoication d'un motif d'intérêt général ne prive généralement le cocontractant d'aucune garantie.

On l'aura compris, les enjeux relatifs aux conflits d'intérêts dans le champ de la commande publique revêtent une importance nouvelle, l'intervention de textes récents en la matière montrant que la prévention de tels conflits est désormais un objectif prééminent. L'actualité ne manque pas de rappeler que les citoyens sont très sensibles aux affaires dans laquelle la capacité d'une personne à assumer sa responsabilité est remise en cause, en raison d'un « conflit d'intérêts », alors même que rien ne démontre concrètement son indéclicatesse.

Cela étant, la jurisprudence récente du Conseil d'État démontre la constance de la Haute Assemblée dans son approche pragmatique

du problème, en n'excluant pas un contrôle poussé des circonstances pouvant donner lieu à la caractérisation d'un conflit d'intérêts. Il faudra suivre l'évolution de cette jurisprudence, qui pourrait s'infléchir sous l'influence des nouvelles directives et des arrêts de la Cour de justice, dont la décision *eVigilo Ltd* implique déjà que l'acheteur public soit tenu de garantir la transparence toutes les fois où une interférence est dénoncée.

La réflexion sur le sujet ne fait en réalité que commencer et elle reste largement à préciser en ce qui concerne le traitement des conflits d'intérêts en cours d'exécution du contrat public, sujet qui n'entre pas dans le champ d'application

des directives communautaires et qui donne lieu à ce jour à peu de contentieux, bien que les situations de conflits potentiels ne soient pas rares. ■

**François K'jan**

Avocat au Barreau de Paris,  
diplômé en droit public de l'économie (Panthéon-Assas) et contentieux de droit public (Panthéon-Sorbonne)

**et Laurent Pouvreau**

Avocat au Barreau de Paris,  
Lauréat de l'Université Panthéon-Assas, diplômé en droit public de l'économie (Panthéon-Assas)