

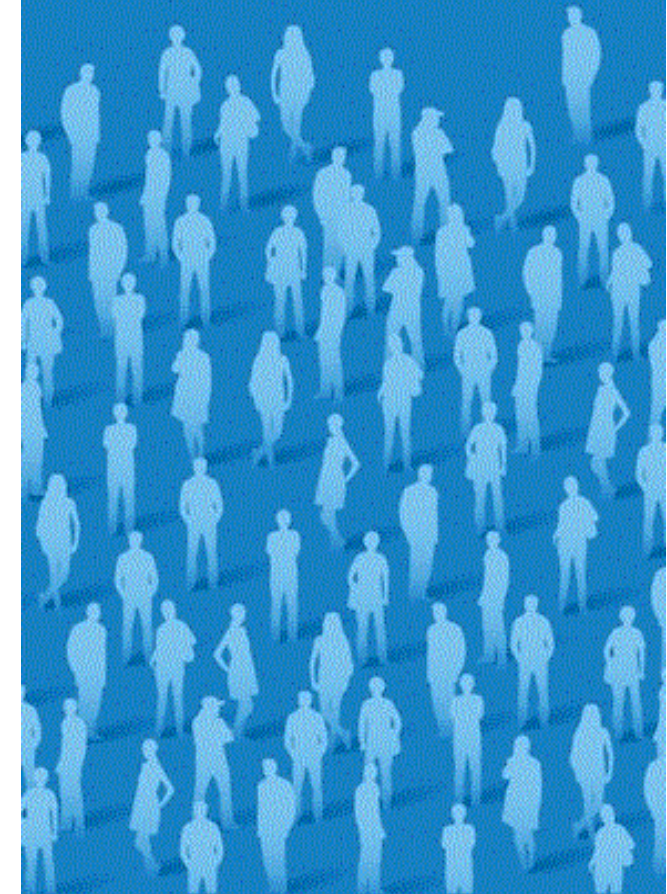
COMMENT EVITER LES SITUATIONS DE CONFLIT D'INTERÊT FACE A UNE JURISPRUDENCE DE PLUS EN PLUS SÉVÈRE ?

Jean-Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Maître de Conférences
Avocat



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com



12 mars 2024



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

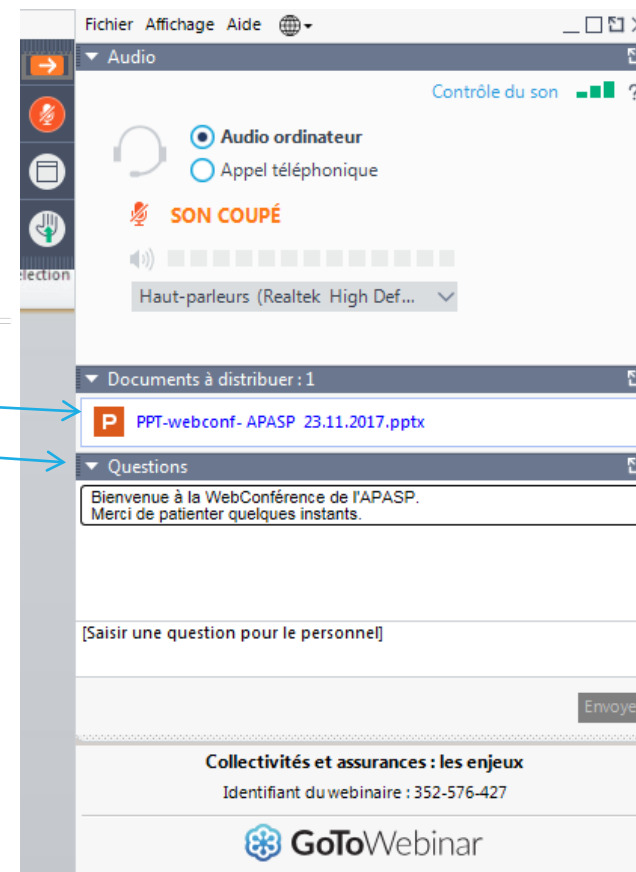
POSEZ VOS QUESTIONS DÈS À PRÉSENT

Et nous y répondrons à la fin de la conférence

Comment poser une question ?

A droite de votre écran, la
fenêtre pour :

- télécharger les documents
- poser vos questions



Déontologie

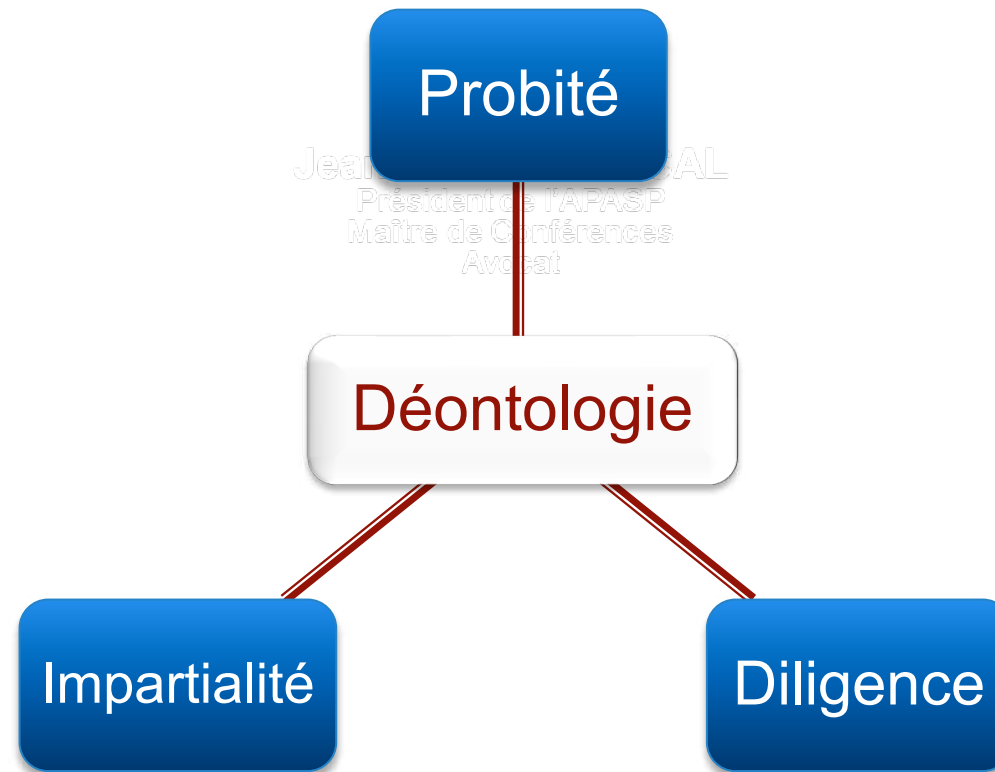
Ensemble des règles et des devoirs qui régissent :

- une profession
- la conduite de ceux qui l'exercent
- les rapports entre ceux-ci
- les tiers (clients, usagers, administrés, ...)

Dans un domaine qui pèse plus de 200 milliards d'euros par an, les acteurs ne peuvent que se voir imposer des devoirs d'**honnêteté**, de **prudence**, de **raison** et de **bonne foi** dans l'exercice de leur profession

Déontologie

La déontologie de l'acheteur public, qu'il soit élu ou agent, repose sur trois piliers :



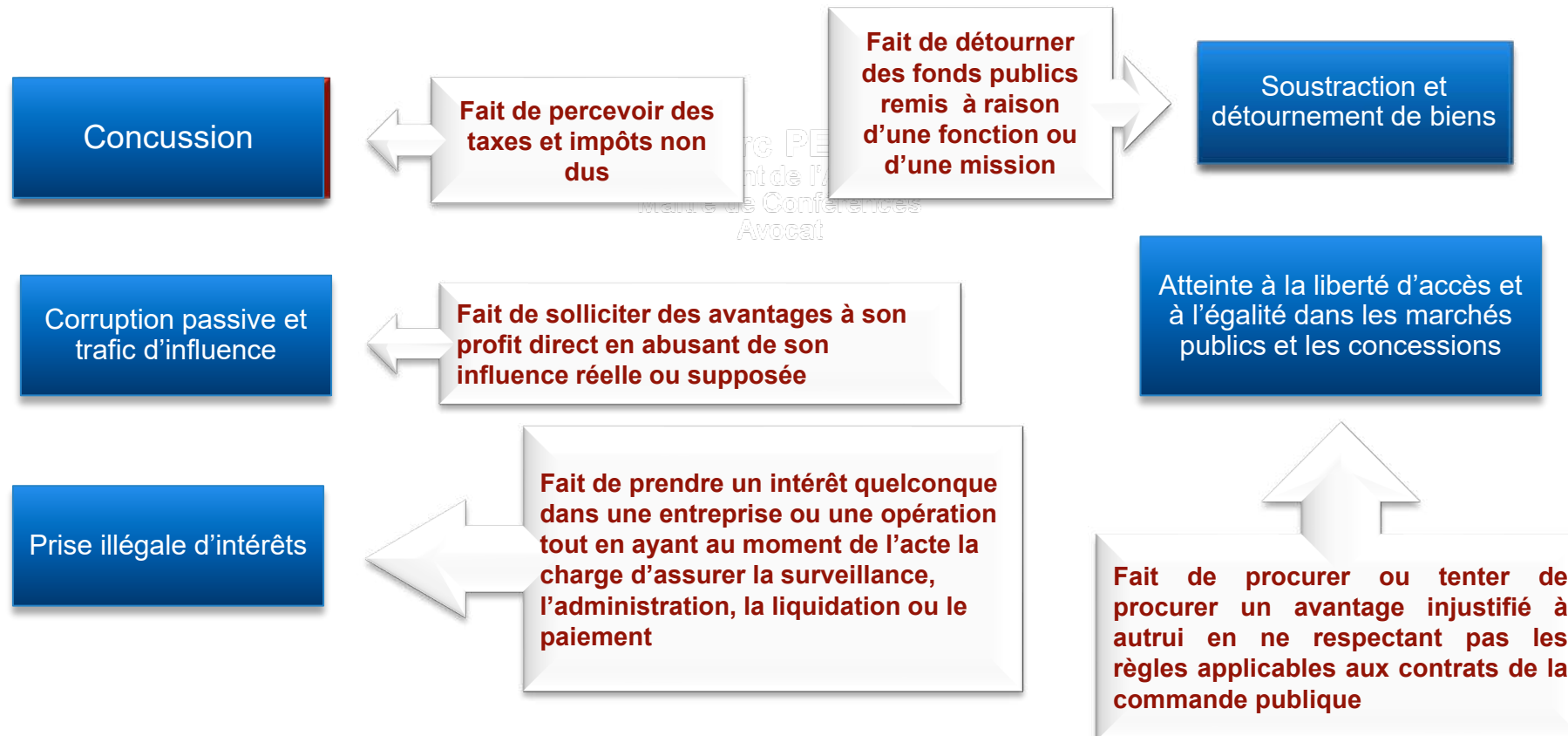
Jean-Philippe AL
Président de l'APASP
Maître de Conférences
Avocat

Probité

Caractère d'une personne probe, d'une **honnêteté stricte et scrupuleuse**.

La probité fait référence au [Code pénal](#), dont la section III du chapitre II du titre troisième s'intitule « Des manquements au devoir de probité ».

Sont ici concernés différents délits :



Diligence

Il s'agit d'un terme que l'on retrouve depuis peu dans la réglementation.

[Art. R.2394-5 du Code de la Commande publique](#) : « Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir »

La diligence, **synonyme d'efficacité**, est directement liée au professionnalisme et donc aux compétences des acheteurs publics en termes de :

Jean-Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Maître de Conférences
Avocat

Formation initiale et continue

Organisation

Savoir-faire

C'est un terme à rapprocher des méthodes utilisées par le juge pénal en matière de délit de favoritisme.

Impartialité

L'impartialité des acheteurs publics n'est pas sans lien avec la neutralité des agents publics

→ « *le fonctionnaire doit assurer ses fonctions à l'égard de tous les administrés dans les mêmes conditions, quelles que soient leurs opinions religieuses ou politiques, leur origine et leur sexe, et doit s'abstenir de manifester ses opinions* ».

L'impartialité est **fondamentalement liée à l'égalité de traitement des candidats** et appelle à une **vigilance permanente des acheteurs** dès le stade de la préparation des marchés et concessions.

Jean-Marc PEYRICAL
Président de l'APASP
Maître de Conférences

Impartialité

Les acheteurs doivent ainsi être prudents dans le cadre du **sourcing** :

→ Art. R.2111-1 du Code de la Commande Publique

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur **utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence** en méconnaissance des principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures »

→ Art. R.2111-2 du Code de la Commande Publique

« L'acheteur prend **les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée** par la participation à la procédure de marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure »

Différentes formes de sourcing :

Rencontres dans le
cadre de salons et
colloques

Visites sur place

Organisation de
réunions
d'information

Rédaction centralisée
de modèles de cahiers
des charges

Le sourcing ne peut donc pas conduire à rendre partiales les procédures de passation de marchés publics

Impartialité

Il s'agit d'un **principe reconnu par le Conseil d'Etat** :

« Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » **CE, 14 octobre 2015, Sté Applicam**

→ Il s'agissait d'un acheteur public dont l'AMO avait contribué à la rédaction des clauses techniques particulières du marché et à l'analyse des offres des candidats, alors qu'elle avait exercé des fonctions importantes au sein de l'une des entreprises candidates, qu'elle avait quitté depuis moins de deux ans.

Il s'agit donc ici de sanctionner le doute

Impartialité



On entre ici dans la problématique du conflit d'intérêts, dégagée par le jurisprudence européenne – CJCE, 3 mars 2005, Sté Fabricorm CA c/ Belgique.

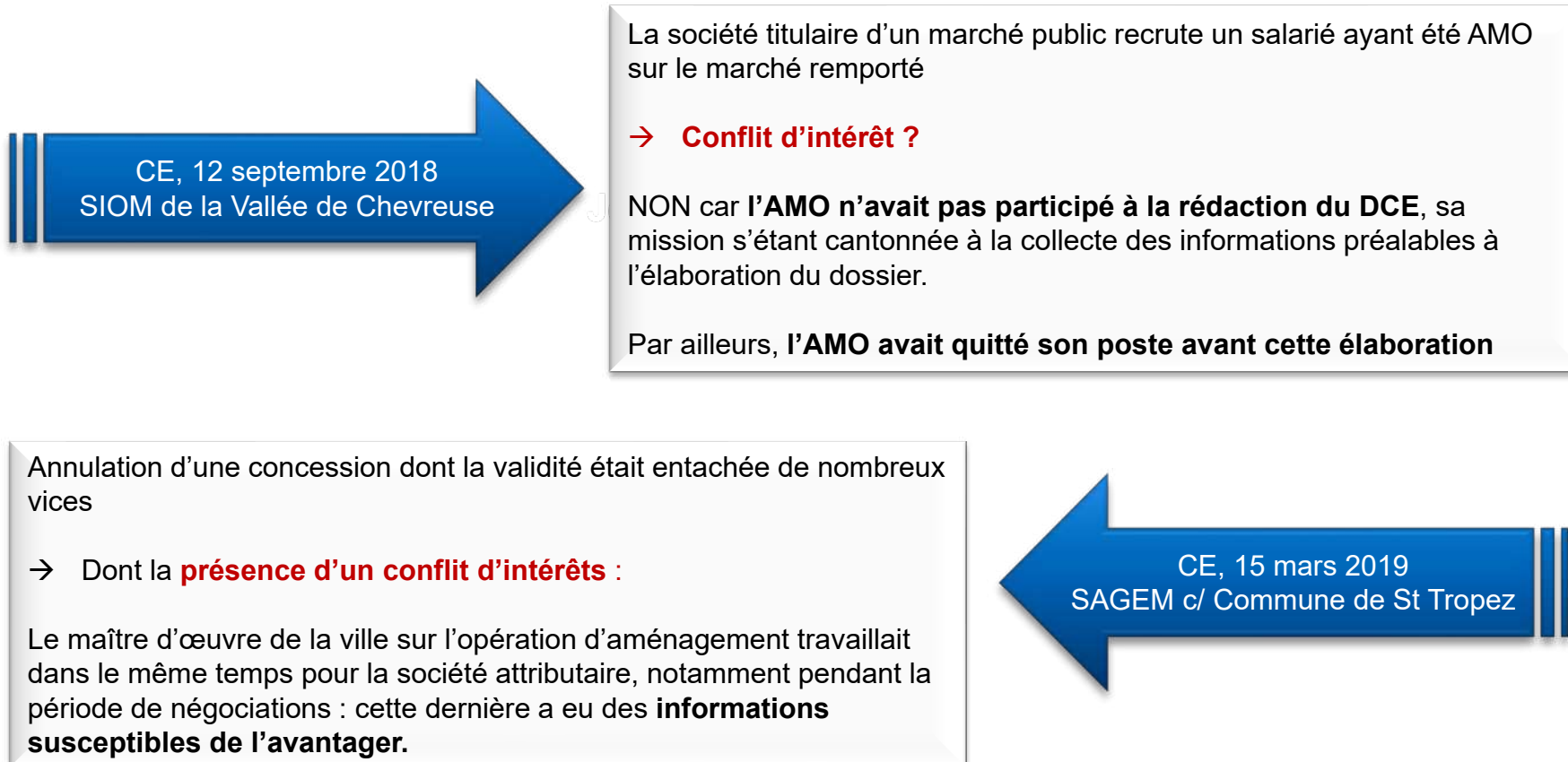
Elle a été introduite dans les textes à **l'article L.2141-10 du Code de la Commande publique** :

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêt, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens.

Constitue une telle situation toute **situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché 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 »

Impartialité

La jurisprudence est à ce propos fluctuante et intervient au cas par cas :



Impartialité

CE, 24 juin 2019, Société EGBTI c/ Département des Bouches du Rhône :

une procédure est sanctionnée pour des raisons d'atteinte à la confidentialité et à la concurrence qui concernent non pas le marché lui-même mais des procédures antérieures.

Jurisprudences récentes

CE, 25 novembre 2021, Corsica Networks c/Collectivité de Corse

Le doute sur l'impartialité d'une procédure est un vice d'une particulière gravité justifiant de l'annulation d'un contrat - À propos d'une procédure d'appel d'offres où le responsable pour la collectivité avait occupé d'importantes fonctions au sein d'une entreprise candidate-et finalement attributaire- à l'attribution du contrat...et n'avait quitté cette entreprise que quelques mois auparavant

CE, 10 octobre 2021, commune du Pradet

Le fait qu'un élu ait été membre du CA d'une SEM candidate et finalement attributaire d'une procédure de concession lancée par une collectivité dont il était justement élu n'est pas en soi constitutif d'une irrégularité dès lors qu'il a quitté depuis un temps certain la structure en cause

Joseph BÉGIN
Président de l'APASP
Maître de Conférences
Avocat

CE, 10 février 2022, CHU de Pointe à Pitre

Il appartient au requérant de démontrer toute atteinte au principe d'impartialité mais aussi au secret des affaires et à la concurrence loyale entre les opérateurs économiques des contrats dans le cadre des procédures de passation des contrats de la commande publique

CE, 12 avril 2023, ONF, req n°46740: Une clause du règlement de consultation visant à prévenir toute situation de conflit d'intérêts est légale.

Il s'agissait en l'espèce d'une mission de surveillance par hélicoptère d'activités minières, la clause en question imposant une indépendance stricte entre les sociétés de surveillance et les entreprises et personnes susceptibles d'être surveillées.

Jurisprudences récentes

CE, 16 février 2024, Département des Bouches du Rhône, req 488524: Après avoir été invitée par l'acheteur public à établir que son professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause, la société n'a pas établi avoir pris des mesures afin que son ancien gérant, qui détient toujours un pouvoir de contrôle de la société en tant qu'actionnaire majoritaire, ne puisse plus s'immiscer dans sa gestion.

En application des articles L.2141-6 et L2141-11 du code, un acheteur peut en effet permettre à un opérateur se trouvant dans un cas d'exclusion de plein droit ou facultatif de candidater s'il fournit les preuves suffisantes qu'il a pris des mesures démontrant sa fiabilité, notamment en régularisant sa situation et en prévenant de nouvelles fautes ou infractions.

En l'espèce, cet associé majoritaire, alors gérant de la société, avait commis des faits de corruption active dans le cadre d'autres procédures de passation de marchés publics pour lesquels il a fait l'objet d'une condamnation pénale en décembre 2022. Le Conseil d'Etat avait alors reconnu qu'un acheteur pouvait exclure d'une procédure de marché un opérateur ayant dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique entrepris d'influencer la décision de la collectivité publique ayant lancé ces procédures (**CE, 24 juin 2019, Département des Bouches du Rhône, req n° 428866**).

Pour rappel, **l'article L2141-8 du code permet aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur leur processus décisionnel, d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.**

Se posait aussi la question de la durée de prise en compte des faits commis. **En application de l'article L2141-8 du code**, l'acheteur ne peut plus prendre en compte des faits commis depuis plus de trois ans. Le Conseil d'Etat précise que, lorsque l'opérateur a fait l'objet d'une condamnation non définitive pour ces faits, cette durée de trois ans court à compter de cette condamnation.

Jurisprudences récentes

°CE, 28 février 2023, commune de Caudry, req n°467455

Le juge rappelle que, en application de l'article L2141-10 du code de la commande publique, un acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts dès lors qu'elles ont, 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.

En l'espèce, le dirigeant de l'AMO de la commune, qui a participé à l'analyse des offres et à leur notation, était aussi dirigeant d'une société fournisseur en logiciel de l'opérateur attributaire du marché.

L'AMO et son dirigeant ont ainsi été susceptibles d'influencer l'issue de la procédure, ce qui est de nature à compromettre son impartialité et par conséquent la régularité de la procédure de passation.

A noter que la procédure n'a été annulée qu'au stade de l'analyse des offres, et donc de la participation de l'AMO à cette dernière. Pour le juge, aucun élément n'est de nature à faire naître un doute sur le fait que l'AMO ait rédigé les pièces du marché en favorisant l'offre qui aurait indiqué utiliser son logiciel.

Jurisprudences

Les situations de conflit d'intérêts se rapprochent de celles d'élus intéressés.

« **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** » -Article L.2131-11 du Code Général des Collectivités Territoriales

La jurisprudence retient deux critères en l'espèce :

- L'intérêt de l'elu, qui ne se confond pas avec ceux de la généralité des habitants -**CE, 1er juillet 2019, commune de St Victor- sur- Arlanc, req n°410714**
- l'influence de l'elu sur la délibération - **CE, 12 octobre 2016, MR et Mme B., req n°387308**

Dans un tel cas, ou en cas de doute, l'elu doit se déporter et ne pas participer ni au vote ni à la réunion en cause.

Cela peut s'avérer insuffisant: la notion d'influence est large et peut se matérialiser de différentes façons, la participation à des travaux préparatoires par exemple - **CE, 17 février 1993, MR X., req n°115600** - ou via un rapport préparatoire préparé par l'elu qui a de plus activement pris part aux débats de l'assemblée, même sans voter au final - **CAA Lyon, 29 avril 2021, req n°19LY02640**.

Jurisprudences

Une participation à une délibération d'un élu en situation de conflit d'intérêts est susceptible de fonder le délit de prise illégale d'intérêts de **l'article 432-12 du code pénal** qui se définit comme « **le fait, par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement** ».

La participation, même exclusive de tout vote, d'un conseiller d'une collectivité locale à un organe délibérant d'une association, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de **l'article 432-12 du code pénal** - **Cour de Cassation, Chambre criminelle, 9 février 2011, req n°10-82988-**.

Le délit de prise illégale d'intérêts peut être constitué lorsque l'élu participe aux seules étapes du processus de décision - **Cour de Cass, 5 avril 2018, req n°17-81.912-** ou à une réunion informelle - **Cour de Cass, 20 janvier 2021, req n°19-86.702.**

Contrairement au juge administratif, le juge pénal ne recherche aucunement si l'intérêt de l'élu est distinct de celui de la généralité des habitants ou s'il a exercé une influence effective sur la délibération. La seule participation de l'élu aux débats et/ou au vote peut suffire à caractériser le délit



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Prochaine SESSION D'ETUDES

ACTUALITE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Lundi 25 et mardi 26 mars 2024

En présentiel et en Visio conférences

Journal les Echos - 10 Bd de Grenelle 75015 PARIS

Laure BEDIER Directrice de la DAJ du Ministère de l'économie et des finances nous fait l'honneur d'ouvrir cette journée avec **Jean Marc PEYRICAL Président de l'APASP**

Ils seront accompagnés par les experts :

Guillaume DELALOY, Gilles ATTAF, Sébastien TAUPIAC, Théophile PARENT, Christophe AMORETTI-HANNEQUIN, Marion TANNIOU, Nicolas CROS et Charles PAREYDT

[Sessions d'études | APASP - Association Pour l'Achat dans les Services Publics](#)

Jean-Marc PEYRICAL

Président de l'APASP

Maître de Conférences

Thème de notre prochaine Web Conférence

Mettre en œuvre un budget participatif

Pour favoriser la transparence, la responsabilisation et apporter des réponses aux besoins des citoyens.

Mardi 2 avril 2024 de 14 h 30 à 15 h 30

Animation : Jean Christophe MORAUD Préfet - Inspecteur général de l'administration et Jean Marc PEYRICAL Président de l'APASP, Avocat et Maître de Conférences

Inscription

<https://attendee.gotowebinar.com/register/8650054126537638232>



Association Pour l'Achat dans les Services Publics

www.apasp.com

Voir ou revoir les WEB CONFERENCES

Sur le site web de l'APASP

www.apasp.com

En exclusivité sur l'Espace adhérent

Jean-Marc PEYRICAL

Président de l'APASP

Maître de Conférences

Avocat

Devenez adhérent et bénéficiez

des services de l'APASP

L'APASP propose à ses adhérents une assistance technique marchés publics, une revue de presse, des Web formations suivies d'une journée pratique, des colloques, des séminaires, un outil de gestion « CEPHEE » pour les groupements de commandes...



Pour en savoir plus sur nos adhésions, rendez-vous sur
www.apasp.com ou contactez nous au **01 42 80 93 93**