

# L'existence de liens familiaux est-elle incompatible avec le respect du principe d'impartialité ?

Le juge administratif a récemment rendu des décisions traitant la question délicate du conflit d'intérêt dans l'attribution puis l'exécution d'un contrat public sous l'angle particulier de l'existence d'un lien parenté entre un représentant d'une société et un élu participant au choix de cette société.

« **A**u 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 »<sup>(1)</sup>.

Comme le précisait le rapporteur public Mireille Le Corre dans de récentes conclusions « **Ce principe est susceptible d'être méconnu en raison d'un conflit d'intérêts.** Le pouvoir adjudicateur doit ainsi veiller à ce que les personnes ayant un rôle déterminant dans la procédure de passation d'un marché ne se trouvent pas dans une telle situation. [...] »<sup>(2)</sup>.

L'article L. 2141-10 du Code de la commande publique précise que « 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 ».

Au-delà de l'organisation des procédures de publicité et de mise en concurrence, ce principe d'impartialité est évidemment opposable tout acte administratif.

Par ailleurs, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence dispose que « Les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs

## Auteur

**Christophe Cabanes**  
**Jérémy Couette**  
Avocats au Barreau de Paris  
SELARL Cabanes Neveu Associés

## Références

TA Nantes 5 janvier 2021, Société SAUR, req. n° 2012289  
TA Rouen 29 janvier 2021, Entreprise LASSARAT, req. n° 1900016

(1) CE 14 octobre 2015, req. n° 390968 ; CE 18 décembre 2019, req. n° 432590.

(2) Mireille Le Corre, rapporteur public, conclusions sur CE 18 décembre 2019, req. n° 432590.

fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes exercent également leurs fonctions avec impartialité ».

L'article 2 de la loi ajoute que le conflit d'intérêts résulte d'une situation « de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Et cet intérêt peut résider, pour la personne concernée, dans un « avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou des obligations financières ou civiles »<sup>[3]</sup>.

Le juge administratif a récemment rendu des décisions traitant cette question délicate du conflit d'intérêt dans l'attribution puis l'exécution d'un contrat public sous l'angle particulier (mais qui n'est visiblement pas si exceptionnel que cela) de l'existence d'un lien parenté entre un représentant d'une société et un élu participant au choix de cette société.

## Rappel des conditions permettant de caractériser un conflit d'intérêts

Avant même ces décisions, le juge administratif avait évidemment déjà eu l'occasion d'aborder le sujet du conflit d'intérêt.

On en retenait notamment que « pour être établi, il ne suffit toutefois évidemment pas de s'arrêter aux apparences. Le juge apprécie *in concreto* l'existence éventuelle d'un conflit d'intérêts ou de la méconnaissance du principe d'impartialité »<sup>[4]</sup>.

Le principe n'est pas nouveau, et Gilles Pelissier précisait déjà en 2014 que le « doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur peut naître de la situation de conflit d'intérêts dans laquelle se trouve l'un des membres de son personnel. Il ressort tant des récentes définitions qui ont été données de cette situation que de votre jurisprudence, que deux conditions sont nécessaires pour qu'elle soit établie : d'une part, la personne doit avoir un intérêt à l'issue de la procédure ; d'autre part, elle doit avoir été en mesure de l'influencer. La combinaison de ces deux conditions invite à une approche concrète qui garantit contre le systématisme auquel pourrait conduire l'exigence d'une impartialité à l'épreuve du doute »<sup>[5]</sup>.

Il en résulte qu'une situation de conflit d'intérêts méconnaissant le principe d'impartialité est caractérisée lorsque deux conditions **cumulatives** sont réunies :

- la personne concernée (par exemple, l'élu en cause) doit avoir un intérêt à l'issue de la procédure ;
- il doit avoir été en mesure d'influencer la procédure.

C'est ainsi que le Conseil d'État avait déjà pu juger que :

« Considérant que le juge des référés a relevé que Mme Valérie F., conseillère municipale de Saint-Maur-des-Fossés déléguée à l'urbanisme, avait un lien de parenté avec le président de la société Bâtiment Industrie Réseaux, était actionnaire de cette société et avait participé à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation du marché, mais que, d'une part, à ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée et les soumissionnaires n'étaient pas connus et que, d'autre part, Mme F. n'avait pas siégé à la commission d'appel d'offres et n'avait pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire ; qu'ayant, ce faisant, porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine exempte de dénaturation, le juge des référés, s'agissant de travaux habituels dont l'utilité n'était pas contestée et sur la définition et le lancement desquels il n'est pas allégué que l'intéressée aurait exercé une influence particulière, n'a ni inexactement qualifié ces faits ni commis d'erreur de droit en jugeant qu'ils n'étaient pas susceptibles de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur et, qu'en conséquence, en éliminant par principe l'offre de la société Bâtiment Industrie Réseaux, celui-ci avait méconnu le principe de libre accès à la commande publique et manqué à ses obligations de mise en concurrence ; qu'il suit de là que le pourvoi de la commune de Saint-Maur-des-Fossés doit être rejeté »<sup>[6]</sup>.

Dans cette affaire, la Haute juridiction avait donc considéré que le conflit d'intérêt n'était pas caractérisé dès lors que l'élu mise en cause, bien qu'elle ait été intéressée par la procédure de passation puisqu'actionnaire d'un des soumissionnaires et sœur du Président de celui-ci, n'avait pas pu influencer l'issue de la procédure.

En effet, le Conseil d'État avait relevé que l'élu n'avait pas pris part au choix de l'entreprise attributaire du marché.

On voit bien comme le rappelait le rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur un arrêt du 9 mai 2012 que la « jurisprudence, 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 ».

On semblait pouvoir en retenir que le conflit d'intérêts ne pouvait ainsi être caractérisé que par application d'une méthodologie, consistant à vérifier que les conditions cumulatives précitées (l'intérêt et l'influence potentielle sur l'issue de la procédure) sont réunies.

[3] Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011.

[4] Mireille Le Corre, rapporteur public, conclusions sur CE 18 décembre 2019, req. n° 432590.

[5] Gilles Pelissier, rapporteur public, conclusions sur CE 22 octobre 2014, req. n° 382495.

[6] CE 9 mai 2012, req. n° 355756.

Le juge administratif ne semblait même finalement reconnaître l'existence d'une situation de conflit d'intérêt que si la preuve d'une influence effective sur le choix était faite.

On peut citer comme exemple le jugement suivant :

« La société S-PASS TSE soutient ensuite que la procédure n'a pas respecté les principes d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Elle indique que M. B., président du directoire du Parc du Futuroscope, partenaire imposé aux candidats, est intervenu d'une part lors d'une présentation le 15 janvier 2019 et d'autre part dans le cadre du dialogue compétitif lors d'une audition de son groupement le 18 avril 2019. Elle relève que la société Futuroscope Maintenance Développement, qui intervient à l'appui du groupement retenu, est une filiale à 100 % de la société du Parc du Futuroscope, qui en assure la présidence, et que cette dernière est également représentée dans la société Futuroscope Congrès et Événements qui intervient également à l'appui du groupement retenu. Elle en conclut que la participation de cet intervenant disposant d'un intérêt personnel et économique, dans le cadre du dialogue compétitif, est de nature à permettre une rupture d'égalité entre les candidats et crée par suite un doute légitime de nature à constituer un vice substantiel de la procédure dont l'objectivité ne peut être garantie. Il ne résulte toutefois pas de l'instruction que M. B. serait intervenu dans le cadre de la procédure autrement qu'en qualité de futur utilisateur de l'équipement, au même titre que le dirigeant du club de basket. La signature d'un formulaire d'engagement de confidentialité destiné initialement aux agents et conseils du département et comportant des mentions inadéquates n'est pas, par elle-même, de nature à établir l'intégration de M. B. à l'équipe de dialogue compétitif. De la même manière, l'indication au cours de la réunion du 18 avril du fait que l'amphithéâtre de verdure, qui constituait l'un des éléments du projet du groupement auquel appartient la requérante, ne présente pas d'intérêt pour le Futuroscope, à la supposer établie, n'est pas de nature à mettre en évidence une participation à la procédure, alors en outre que la décision d'attribution ne s'est pas directement fondée sur cette appréciation mais sur la consommation d'espace induite. **Dans ces conditions, les éléments rapportés par la requérante ne permettent pas, en l'état de l'instruction, de considérer que l'intervention de M. B. serait de nature à créer un doute légitime sur l'impartialité de la procédure**, alors en outre que si la société du Parc du Futuroscope dispose d'intérêts financiers dans les deux intervenants de l'un des groupements, elle a elle-même des liens en capital forts avec la Caisse des Dépôts et Consignations, qui était membre de l'autre groupement. Par suite, la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être regardée comme établie dans les circonstances de l'espèce »<sup>[7]</sup>.

[7] TA Poitiers 19 septembre 2019. SAS SPASS, req. n° 1902013. Voir également CE 12 septembre 2018, SIOM de la Vallée de Chevreuse, req. n° 420454.

## Lien de parenté et conflit d'intérêt : divergence de point de vue de deux tribunaux administratifs

À quelques jours de distance, le tribunal administratif de Rouen et celui de Nantes ont encore enrichi la jurisprudence sur ce sujet délicat de l'existence d'un conflit d'intérêt dans le cas particulier de l'existence d'un lien de parenté entre un représentant de la société candidate et un élu susceptible de participer au choix, ou d'exercer à ce titre une influence.

Pour le tribunal administratif de Nantes appelé à statuer sur la régularité d'une déclaration sans suite d'une procédure au motif du constat de l'existence d'un tel lien de parenté :

« Il résulte de l'instruction que, d'une part, M. Christophe D, septième vice-président de la communauté d'agglomération en charge du pôle « grand cycle de l'eau » est membre de la commission d'assainissement eau potable et de la commission consultative des services publics locaux. De par ses fonctions ci-dessus rappelées l'intéressé, qui a participé, en tant que membre de la commission de concession de service public, aux réunions des 26 février et 24 juillet 2020 dans le cadre de la négociation de la procédure d'attribution de la concession de service public d'eau potable de Mauges Communauté, a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse quand bien même la modification des conclusions de la société chargée de l'assistance à maîtrise d'ouvrage par l'intervention de M. Do... n'est pas suffisamment établie par le seul témoignage de M. Du... D'autre part, M. Emmanuel D, frère du précédent, a exercé les responsabilités de chef de secteur Mauges-Layon, inclus dans le périmètre de la communauté d'agglomération, au sein de la SAS SAUR Anjou. Ce poste, contrairement à ce que soutient la société requérante, ne le cantonne pas à un simple rôle technique mais l'a conduit à être en relation constante avec les élus locaux jusqu'en mars 2020, date à partir de laquelle il a pris les fonctions d'adjoint au chef de secteur Anjou immédiatement limitrophe. Il en résulte que ces deux personnes ont été appelées à connaître conjointement de la procédure d'attribution de la concession de service public d'eau potable de Mauges Communauté au moins jusqu'au stade de l'admission des candidatures. Dès lors, eu égard au caractère encore très récent de leur mise en relation, à un niveau de responsabilité les amenant à pouvoir échanger des informations à un stade avancé de la négociation, **cette situation pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts communs et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la communauté d'agglomération « Mauges communauté » aboutissant à attribuer la concession à la société dans laquelle l'un des frères exerce ses fonctions**. Dès lors, en décidant de classer sans suite la procédure d'attribution de la concession de service public pour la gestion du service public de l'eau potable engagée par la communauté d'agglomération « Mauges communauté » sur le fondement du motif d'intérêt général tiré notamment de l'irrégularité de la com-

position de commission de délégation de service public du fait de la présence en son sein de M. Christophe D. et compte tenu de l'influence que ce dernier a pu y exercer, le conseil communautaire, qui a suffisamment motivé sa délibération et pouvait se fonder sur ce seul motif pour déclarer sans suite la procédure en litige, n'a pas entaché sa décision d'une illégalité dont la SAS SAUR serait en droit de se prévaloir »<sup>[8]</sup>.

Pour le tribunal administratif de Nantes, le lien de parenté associant deux personnes qui participent à une mise en concurrence suffit donc par sa seule existence à créer une situation de doute sur le respect du principe d'impartialité qui justifie l'interruption de la procédure.

À l'inverse le tribunal administratif de Rouen a jugé dans une situation posant en définitive la question dans les mêmes termes de l'impact de l'existence d'un lien de parenté, mais appliqué à l'agrément d'un sous-traitant que :

« La CCIT Seine-Estuaire a refusé l'agrément de la société requérante au motif qu'il existait un doute quant à un conflit d'intérêts avec cette entreprise en raison des liens familiaux unissant les dirigeants de l'entreprise avec la présidente de la CCIT. Toutefois, il n'est établi ni que la présidente de la CCIT aurait participé à la procédure d'adjudication du marché à bon de commandes à la société Baudin Châteauneuf dans des conditions lui permettant d'influencer l'issue de cette procédure et le choix de l'attributaire ni qu'elle détiendrait dans l'entreprise sous-traitante des intérêts pouvant légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par le pouvoir adjudicateur. **L'existence de liens familiaux entre la présidente de la CCIT Seine Estuaire et la société requérante ne peut suffire à naître légitimement un doute quant à l'existence d'un conflit d'intérêt.**

Il résulte de ce qui précède que la société Entreprise Philippe Lassarat est fondée à contester la validité de la décision du 16 août 2018 adressée par la CCIT Seine Estuaire à la société Baudin Châteauneuf en réponse à sa demande d'agrément et d'acceptation des conditions de paiement formé au profit de la société requérante »<sup>[9]</sup>.

L'analyse est donc bien différente de celle du tribunal administratif Nantes puisque celui de Rouen refuse de s'arrêter au seul constat de l'existence de ce lien de parenté – alors même qu'il concernait ici le Président de la CCI, exerçant donc par principe un pouvoir très général sur les services – mais a entendu rechercher si, effectivement, cette situation avait eu une influence démontrée sur le sens de la décision critiquée.

Considérant que tel n'était pas le cas, le tribunal administratif annule la décision « trop prudente » consistant

à refuser de donner son agrément au choix d'un sous-traitant au motif pris d'un lien entre le représentant de la personne publique et cette société.

Cette décision est d'autant plus audacieuse qu'était en cause une simple décision de refus d'agrément d'un sous-traitant, dont il est classiquement admis le caractère discrétionnaire<sup>[10]</sup> et donc partant, le contrôle nécessairement limité du jugé<sup>[11]</sup>.

## Que retenir de cet état de la jurisprudence ?

D'abord que si l'on s'en tient au contrôle opéré par le juge administratif, le pragmatisme avec lequel il examine la situation qui lui est soumise doit inciter l'acheteur public à multiplier les précautions et mesures visant à établir que ce lien de parenté n'a saurait avoir eu le moindre impact sur la décision critiquée.

Les mesures à prendre concernent d'ailleurs les deux parties.

Sans imaginer évidemment de se séparer de son salarié dont la situation familiale est à l'origine de la difficulté, on peut penser que la société prenne des dispositions en amont pour l'écarter effectivement de la procédure de mise en concurrence.

Du côté de la personne publique, on pense à des mesures visant à écarter l'élu ou l'agent concerné de toute prise de décision évidemment mais également de toute participation à la procédure susceptible de conduire à cette décision.

Ensuite (et c'est peut-être le principal) que le juge administratif s'éloigne résolument de la position adoptée de façon constante par le juge pénal sur le délit de prise illégale d'intérêts dont on sait qu'il est d'application quasi automatique dès lors qu'un lien même de simple amitié et donc *a fortiori* familial, existe entre personne publique et bénéficiaire de la décision<sup>[12]</sup>.

Il est donc important que la personne publique conserve bien à l'esprit que nonobstant le pragmatisme affiché par une partie de la jurisprudence, le contrôle opéré par le juge pénal éventuellement saisi de la même situation lui fait courir un risque de condamnation extrêmement sérieux.

Car sur ce sujet, le juge pénal reste bien décidé « à faire de la peine ».

[8] TA Nantes 5 janvier 2021, Société SAUR, req. n° 2012289.

[9] TA Rouen 29 janvier 2021, Entreprise LASSARAT, req. n° 1900016.

[10] Cf. circulaire du 7 octobre 1976 relative à la réforme du régime de la sous-traitance dans les marchés publics ou encore J-P Karila, *JCL Construction - Urbanisme*, Fasc. 206, point 10.

[11] Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 février 2005, n° 03-15.409 et 03-15.482.

[12] Cass. crim., 7 septembre 2005, n° 05-80.976 ; Cass. crim., 13 janvier 2016, n° 14-88.382 ; Cass. crim., 5 avril 2018, n° 17-81.912.