

Exclusion d'un sous-traitant lors de la passation d'un marché et situation de conflit d'intérêt

Lire les conclusions de :

Bertrand Savouré

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 23LY01182 – 23 mai 2024 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Commande publique, Accord-cadre de transports scolaires, Procédure de mise en concurrence, Mandat électif, Impartialité, Conflit d'intérêt, L. 2193-4 du code de la commande publique, L. 2141-10 du code de la commande publique

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Conclusions du rapporteur public

Résumé

¹ Aux termes de l'article L. 2193-4 du code de la commande publique : « *L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant (...)* ». Aux termes de l'article L. 2141-10 du même code, rendu applicable aux sous-traitants par les articles R. 2193-1 et R. 3193-3 de ce code : « *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, 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* ».

² Si la société Cars V., à laquelle la société T. a entendu sous-traiter deux des lots de l'accord-cadre de transports scolaires qui lui ont été attribués par le département de la Loire, a pour gérant M. X., également investi d'un mandat de conseiller départemental de cette collectivité, il ne résulte pas de l'instruction que ce dernier, qui n'est titulaire d'aucune délégation, n'est pas membre de la commission d'appel d'offres et démontre s'être déporté lors des votes intervenus en matière de transport, aurait pris part, de quelque façon que ce soit, aux travaux préparatoires ou à la procédure de passation de ce marché.

³ En l'absence de toute autre circonstance tendant à établir qu'il aurait été susceptible d'en avoir influencé l'issue, aucun conflit attentatoire à l'impartialité de l'attribution de la commande publique de transports n'a pu résulter du cumul du mandat électif de M. X. et de sa situation de gérant d'une société entretenant une relation régulière de sous-traitance avec la société T., désignée comme titulaire de ces marchés au terme de la procédure de mise en concurrence.

⁴ Par suite, alors même que ce projet de sous-traitance n'avait pas été déclaré lors de la procédure de passation, le président du conseil départemental de la Loire ne pouvait, sans méconnaître les dispositions précitées, estimer que le mandat de M. X. plaçait la société Cars V. dans une situation de conflit d'intérêts et donc

d'exclusion de soumissionner, en application de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, pour refuser de l'accepter comme sous-traitante de la société T..

5

Les deux lots ayant été attribués dans le cadre d'un accord cadre sans montant minimal [1], exécuté par émission de bons de commande, qui ne comportait ainsi aucune obligation pour l'acheteur public de passer des commandes, la privation du manque à gagner résultant du refus d'agrément de sous-traitance est dépourvue de caractère certain et ne peut donner lieu à indemnisation.

39-02-01, Marchés et contrats, Formation des contrats et marchés, Qualité pour contracter

60-01-01, Responsabilité de la puissance publique, Faits susceptibles ou non d'ouvrir une action en responsabilité, Faits n'engagent pas la responsabilité de la puissance publique

NOTES

[1] Cf, a contrario, CE 10 octobre 2018, société du Dr B., [n° 410501](#), B [Retour au texte](#)

Conclusions du rapporteur public

Bertrand Savouré

rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.9636](https://doi.org/10.35562/alyoda.9636)

- 1 Le département de la Loire a attribué trois des 18 lots d'un accord-cadre relatif aux transports scolaires à la société T. pour les années 2020 à 2025. La date prévisionnelle de début des prestations était fixée au 1^{er} septembre 2020.
- 2 Cette dernière a conclu un contrat de sous-traitance avec la société Cars V. et a adressé à cette fin deux déclarations préalables de sous-traitance au département le 19 juillet 2020.
- 3 Mais la société Cars V. n'est pas n'importe quelle société dans le paysage local. Elle est présidée par M. X., qui est conseiller départemental de la Loire et donc directement impliqué en tant qu'élu dans la gestion du département. Ce dernier a d'ailleurs depuis été élu sénateur de la Loire.
- 4 Par un courrier du 6 août 2020, le département a refusé le sous-traitant au motif qu'il était dans une situation de conflit d'intérêt entraînant une exclusion de soumissionner en application de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique et qui aurait fait obstacle à ce qu'il soit accepté comme sous-traitant en application de l'article L. 2141-14.
- 5 La société Cars V. a alors saisi le tribunal administratif de Lyon en vue d'obtenir la condamnation du département à l'indemniser du préjudice subi du fait de ce refus qu'il estime illégal.
- 6 Par un jugement du 2 février 2023 dont elle interjette appel, le tribunal administratif a rejeté sa demande au motif, en substance qu'en ayant mis le département devant le fait accompli dès le début de l'exécution du marché, la société l'avait mis dans l'obligation de refuser la sous-traitance en vue de prévenir tout conflit d'intérêt.
- 7 Vous écarterez les moyens tirés du défaut de signature de la minute et de l'insuffisance de motivation qui manquent en fait.
- 8 Au fond, nous vous ferons grâce des moyens de forme et de procédure pour nous concentrer sur le l'argumentaire central du litige à savoir la question de savoir si un sous-traitant peut être refusé pour conflit d'intérêt et si, en l'espèce, nous nous trouvons dans une telle situation.

9 Il ressort tant du jugement que des conclusions du rapporteur public, qu'il a été reproché au requérant d'avoir indument invoqué les articles L. 2141-10 et L. 2141-14 du code de la commande publique alors qu'ils ne s'appliquent, respectivement, qu'au candidat pour être titulaire du marché et au sous-traitant présenté à l'occasion de la procédure de passation.

10 Mais s'il est juste que ces textes, qui sont effectivement conçus pour prévenir les conflits d'intérêt à l'occasion de la procédure d'appel d'offre, ne s'appliquent pas à notre espèce, ils ne sont convoqués par la requérante que parce qu'ils lui ont été opposés. C'est donc plutôt, nous semble-t-il, au département qu'il faut faire le reproche d'avoir appliqué ces textes et non l'inverse.

11 Néanmoins, cela n'interdit pas de s'interroger sur la question de savoir si la prévention des conflits d'intérêt peut faire obstacle à l'agrément d'un sous-traitant.

12 À ce titre, observons tout d'abord que l'article L. 2193-3 du code de la commande publique consacre le droit de l'entrepreneur à sous-traiter l'exécution de certaines prestations.

13 Les exceptions sont expressément prévues par le code. Le second alinéa de l'article précise que l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire.

14 L'article L. 2193-9 prévoit aussi une possibilité de refus en cas d'offre anormalement basse.

15 En outre, il ressort implicitement de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 que le sous-traitant ne peut pas intégralement sous-traiter son marché.

16 Dans sa fiche relative à la sous-traitance du 1^{er} avril 2019, la DAJ de Bercy indique que certains cas de figure pourraient entraîner le refus d'agrément du sous-traitant. Mais ceux qui sont dotés d'une référence jurisprudentielle sont peu convaincants.

17 Est cité une décision non publiée du 29 mai 1981, *SA Roussey*, n° 12315, B sur un autre point, portant sur un marché conclu en 1972 qui, faisant application du cahier type des clauses administratives antérieur au CCAG de 1976 et à la loi du 31 décembre 1975, avait relevé que les stipulations contractuelles donnaient à la personne publique le droit de refuser un sous-traitant. Cette solution n'est plus d'actualité.

18 L'autre décision citée par cette fiche était procédurale : le Conseil d'Etat a constaté que l'acceptation du sous-traitant présenté était subordonnée à une réduction du nantissement à concurrence de la part que l'entrepreneur se propose de sous-traiter, en application de l'article 9 de la loi du 31 décembre 1975.

19 Les refus sont donc toujours des exceptions qui s'appuient sur un texte.

20 On pourrait cependant être tenté de reconnaître ce droit dans le cas de figure de notre espèce dans la mesure où le Conseil d'Etat a érigé en PGD le principe d'impartialité, qui implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat.

21 La haute juridiction a précisé que l'existence d'une situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure d'attribution du marché, telle que définie à l'article L. 2141-10 du code de la commande publique (CCP), est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entacher la validité du contrat et qui constitue un vice d'une particulière gravité qui doit par conséquent être relevé d'office et conduire à l'annulation du contrat, sans qu'il soit besoin de relever une intention de la part du pouvoir adjudicateur de favoriser un candidat. (CE 14 octobre 2015, *Société Applicam Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 390968, B ; CE 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, n° 454466, A)

22 On pourra observer qu'en théorie, le choix d'un sous-traitant n'emporte pas de conflit d'intérêt au stade de la procédure d'attribution puisque celle-ci se déroule entre le candidat, futur titulaire, et l'acheteur. Le contrat de sous-traitance est un contrat de droit privé conclu entre les deux entrepreneurs même s'il a des incidences en droit public, essentiellement sur la question du paiement direct.

23 Néanmoins, on pourrait aussi envisager de considérer - et c'est ce qui est sous-jacent en l'espèce - que l'attributaire serait un homme de paille qui permettrait au sous-traitant d'intervenir sur un marché dont il aurait dû normalement être exclu en application des règles relatives au conflit d'intérêt.

24 Mais dans cette hypothèse, il nous semble que ce n'est pas seulement le sous-traitant qu'il faut refuser mais bien le contrat avec l'entrepreneur principal qu'il faut rompre.

25 C'est bien l'édifice contractuel qu'il conviendrait d'annuler en relevant le cas échéant d'office, la manœuvre qui aurait permis à l'entrepreneur de conclure un contrat en profitant de l'intervention de son futur sous-traitant

26 Y avait-il donc en l'espèce conflit d'intérêt ou à tout le moins suspicion suffisante de conflit d'intérêt ?

27 Le tribunal reproche à la société X. de ne pas avoir été mentionnée lors de la procédure de passation, alors que sa coopération avec l'attributaire était coutumière, faisant ainsi obstacle à ce que le département puisse prendre toutes les mesures propres à prévenir

tout risque de conflit d'intérêt et contraignant ainsi le département, compte tenu de la proximité de la rentrée scolaire, a refuser l'agrément, seul moyen de s'opposer à ce conflit

28 Sous l'effet de la progression de l'État de droit et des exigences de transparence et de probité dans la vie publique, l'ordonnancement juridique met en œuvre une conception exigeante de la prévention des conflits d'intérêt.

29 L'article 24 La directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics définit la notion comme visant « *au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché* ».

30 Dans son arrêt du 12 mars 2015 ([aff. C-538/13, eVigilo Ltd](#)), la CJUE a jugé que le pouvoir adjudicateur était tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier, afin de « *garantir l'absence de risques de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur* ».

31 L'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 définit quant à lui le conflit d'intérêt comme « *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* ».

32 Pour autant, votre office ne doit pas vous conduire à faire une application paralysante de la notion. Nous croyons que le juge doit adopter un positionnement délicat qui, à la fois, prévient le risque qu'un acteur de la vie économique profite de sa position d'élu et, en même temps, ne conduise pas à ce que ce même acteur ne puisse être élu sans être contraint de sacrifier ou à tout le moins de fortement porter atteinte à l'activité de son entreprise.

33 C'est donc un exercice exigeant d'équilibre, pour ne pas dire d'équilibrisme, qui fait appel à la fois au bon sens et à la conscience morale de l'élu, sous le contrôle du juge pénal s'il sort du cadre de la loi.

34 Le cas de figure n'est pas si éloigné de la jurisprudence dite des conseillers intéressés et il nous semble que vous pouvez vous inspirer des principes qui vous guident quand est soulevé devant vous un moyen tiré de l'article L. 2131-11 du CGCT qui rend illégale les

délibérations du Conseil municipal 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.

35

Le Conseil d'Etat juge alors que la participation au vote permettant l'adoption d'une délibération d'un conseiller municipal intéressé à l'affaire qui fait l'objet de cette délibération, c'est-à-dire y ayant un intérêt qui ne se confond pas avec ceux de la généralité des habitants de la commune, est de nature à en entraîner l'illégalité. De même, sa participation aux travaux préparatoires et aux débats précédant l'adoption d'une telle délibération est susceptible de vicier sa légalité, alors même que cette participation préalable ne serait pas suivie d'une participation à son vote, si le conseiller municipal intéressé a été en mesure d'exercer une influence sur la délibération. (CE, 12 octobre 2016, n° 387308, A).

36

De notre point de vue, la seule circonstance que le dirigeant d'une entreprise de transport soit élu du département ne fait pas obstacle à ce qu'il intervienne comme sous-traitant d'une entreprise contractant avec le département. Il n'est pas allégué qu'il ait participé à la procédure de sélection des candidats. M. X. indique qu'il n'a pas participé à la commission d'appel d'offres et qu'il s'est toujours déporté en matière de transport. Et dans les circonstances de l'espèce, nous ne voyons pas ce que le département aurait pu faire de plus pour prévenir un risque de conflit d'intérêt si elle avait eu connaissance plus tôt de l'identité du sous-traitant.

37

Comme l'a dit autrement le rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-Des-Fossés*, n°355756, A : « *si la prévention des conflits d'intérêt peut porter atteinte à la liberté d'accès à la commande publique, encore faut-il que cette atteinte soit nécessaire et proportionnée. (...) Dans cette perspective, la seule circonstance qu'un des candidats ait des liens avec un membre du conseil municipal ne saurait justifier que son offre soit mécaniquement écartée. La collectivité doit faire en sorte que cet élu ne soit aucunement mêlé à la prise de décision.* »

38

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé dans cette espèce que la seule circonstance qu'un membre du conseil municipal soit actionnaire d'une des entreprises candidates à un marché de la commune et ait un lien de parenté avec son dirigeant ne justifie pas d'écarter par principe l'offre de cette société, alors qu'il s'agit d'un marché de travaux habituels dont l'utilité n'est pas contestée et qu'il n'est pas allégué que le conseiller municipal, qui n'a participé qu'à la délibération autorisant la passation du marché, aurait exercé une influence particulière sur le vote.

Par ailleurs, le département cite également l'article L. 2141-8 qui permet d'exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :

- Soit ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou 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 ;
- Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

³⁹ Mais l'application de ce texte ne relève pas du principe d'impartialité. Il a été jugé que si les informations confidentielles obtenues par l'assistant à maîtrise d'ouvrage pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur, candidat à l'obtention du marché, un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public. CE, 12 septembre 2018, *Syndicat mixte des ordures ménagères de la Vallée de la Chevreuse, société SEPUR*, n°420454, 420512, B - Rec. T. pp. 528- 768

⁴⁰ En définitive, la société requérante nous paraît donc fondée à soutenir que le département a commis une faute.

⁴¹ Reste alors la délicate question de savoir si cette faute a causé un préjudice indemnisable.

⁴² Précisons que la circonstance qu'un autre sous-traitant ait été présenté avant même la notification officielle du refus n'est pas de nature à faire obstacle à la responsabilité du département car il ressort clairement de l'échange de courriels produit que la société attributaire a agi ainsi parce qu'elle était informée que la société Car V. était sur le point d'être refusée.

⁴³ Vous rejetterez le préjudice tiré de la commande de véhicules nécessaires pour honorer le contrat. Alors que ces bus, dont elle n'a pu annuler la commande, sont entrés dans son capital et ont donc une valeur de revente, il n'y a de toute façon aucune facture produite justifiant de la réalité de ces achats.

⁴⁴ La société a commandé dès le 7 juillet des bus dans la perspective du contrat. Elle a demandé l'annulation de cette commande après le refus d'agrément, le 8 août 2020 ce qui a été refusé par le vendeur car trop tardif.

⁴⁵ De même, le recrutement de deux salariés ne saurait être indemnisé pour la totalité de la durée du contrat. Alors que ce recrutement paraît assez précipité, il n'ait pas établi que ces salariées n'aient pas

pu être employé autrement.

46 Beaucoup plus délicate est la question de savoir la société peut demander à être indemnisé du manque à gagner résultant de l'impossibilité de bénéficier de ses contrats de sous-traitance.

47 La difficulté vient de l'évaluation.

48 Vous pouvez vous inspirer de la jurisprudence applicable en matière de résiliation ou d'éviction irrégulière d'un candidat, qui donne lieu, vous le savez, à l'indemnisation du bénéfice net attendu.

49 Mais une difficulté tient à ce que nous sommes en présence d'un marché à bon de commande. Or il a été jugé que dans ce cas, lorsque les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti. (CE 10 octobre 2018 ? *Société du docteur Jacques X.*, n° 410501 B).

50 Dans notre espèce, il n'y avait ni montant minimum, ni montant maximum.

51 Il ne nous paraît pas raisonnable d'appliquer la jurisprudence précitée quand aucun montant minimum n'est garanti car cela revient à priver l'intéressé de toute rémunération alors qu'il est certain que les besoins de la collectivité vont l'amener à en faire usage.

52 Les déclarations de sous-traitance sur une base de 175 ou 140 jours pendant 5 ans s'élevent à 175 000 euros HT pour le lot 5 et à 590 625 euros HT pour le lot 16.

53 Compte tenu de l'absence de certitude d'obtenir des bons de commandes à concurrence de ces montants et du ratio résultats d'exploitation/chiffre d'affaires de 18 % établi par le comptable de la société Cars V., non contesté en défense et inférieur au taux de marge moyen constaté par l'INSEE dans le secteur du transport, il sera fait une juste appréciation de ce préjudice, en le fixant à 20 000 euros pour le lot 5 et à 75 000 euros pour le lot 16, soit un total de 95 000 euros pour l'ensemble de ces prestations et de la durée des contrats.

54 Nous concédons que ce montant peut être regardé comme un peu arbitraire mais il nous paraît difficile de faire mieux, le débat contradictoire étant très pauvre malgré vos mesures d'instruction.

55 Sur le préjudice de réputation professionnelle, la société Cars V. fait valoir courriels à l'appui que, postérieurement au refus d'acceptation litigieux, deux sociétés ont renoncé à collaborer avec elle pour mener à bien différents projets locaux. Mais ces renoncements sont essentiellement liés à l'engagement politique de M. X. et ne sont pas de nature à démontrer que l'illégalité du refus d'acceptation en litige serait, en lui-même, à l'origine d'une atteinte à la réputation professionnelle de cette société.

56 De même les troubles dans les conditions d'existence ne sont pas établis.

57 Par ces motifs, nous concluons à l'annulation du jugement et à la condamnation du département à verser à la requérante la somme de 95 000 euros augmentée des intérêts à compter de la réception de la demande préalable, soit le 8 décembre 2020 et la somme de 2000 euros au titre des frais de procès.