

La passation du contrat troublée par des notions voisines des atteintes à la probité : la fraude et le conflit d'intérêts

En matière de commande publique, la fraude et les conflits d'intérêts sont des notions distinctes des atteintes à la probité, mais y sont intimement liées. Le droit interne et le droit européen imposent aux acheteurs de prendre des mesures pour prévenir et corriger ces situations. À la lumière de la jurisprudence, comment se caractérisent la fraude et le conflit d'intérêts au stade de la passation des contrats ?

Les grands principes de la commande publique, rappelés au fronton du Code de la commande publique^[1], obligent les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, notamment, à prévenir et corriger toute circonstance qui risquerait de rompre l'égalité entre les candidats et, de manière générale, d'affecter l'effet utile de la mise concurrence au cours des procédures de passation de leurs concessions ou marchés.

Parmi ces circonstances figurent, évidemment, les « manquements à la probité » – sont visés à ce titre « les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme »^[2] –, mais aussi des situations qui y sont intimement liées en ce qu'elles sont également susceptibles d'être à la source de tels manquements.

C'est ainsi que l'Union européenne a entendu s'attaquer non seulement aux atteintes à la probité, mais également à la fraude et aux conflits d'intérêts en exigeant que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices « prennent les mesures appropriées permettant de lutter contre la fraude, le favoritisme et la corruption et de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace les conflits d'intérêts survenant lors du déroulement des procédures d'attribution (...) »^[3]. À ce titre, les recommandations de l'Agence française anticorruption

Auteurs

Chloé Bretagnolle

Avocate conseil
Adden avocats Nouvelle-Aquitaine

Laurent Givord

Associé
Adden avocats Nouvelle-Aquitaine
Maître de conférences associé à l'Université de Poitiers (Institut de droit public)

Références

TA Paris ord. 13 août 2025, Société Inter dépannage Paris, req. n° 252135
CE 17 avril 2025, Société Consortium Stade de France, req. n° 501427, *Rec. CE Tables*

[1] CCP, art. L. 3.

[2] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II » – cf. également Code pénal, art. 432-10 à 432-16 relatifs aux « manquements au devoir de probité ».

[3] Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 35 – cf. également Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, § 100 et 126 (s'agissant de la lutte contre la corruption et la fraude) et art. 24 (s'agissant des conflits d'intérêts).

(AFA)^[4] en matière de lutte contre les atteintes à la probité constituent un point d'appui précieux pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

La responsabilité qui pèse sur les acheteurs et autorités délégantes n'est ainsi pas mince. Nous tenterons brièvement d'en rendre compte en abordant la fraude et les conflits d'intérêts, sous un angle nécessairement limité et au stade de la passation du contrat^[5]. S'agissant de la fraude, l'acheteur ou l'autorité concédante devra s'intéresser aux comportements des candidats et des soumissionnaires, qui par définition avanceront souvent « masqués », tandis que s'agissant du conflit d'intérêts, il devra s'intéresser plus spécifiquement aux conditions dans lesquelles sa propre procédure est mise en œuvre.

La fraude

Alors que le célèbre adage *fraus omnia corrumpit* résonne assez clairement chez tous les juristes^[6], la fraude est, paradoxalement, au nombre des notions qu'il n'est pas si aisé, en réalité, de définir. À l'instar de Saint-Augustin, lorsqu'il évoque le Temps^[7], on pourrait admettre quelques difficultés à en donner une définition précise si la question nous était posée.

En témoignent, notamment, plusieurs entrées de la notion dans l'ouvrage de référence *Vocabulaire juridique*^[8], le fait que ses contours et conséquences sont susceptibles de dépendre des textes qui y font référence^[9] ou encore certaines analyses doctrinales ayant souligné, pertinemment, qu'il s'agit d'une notion « fausement évidente » appréhendée, au surplus, de manière différente par le droit privé et le droit administratif^[10].

Si on veut tenter d'en donner une définition pratique pour les besoins du présent article – nécessairement imparfaite – on pourrait avancer qu'il s'agit de tout agissement (élément matériel)^[11] mis en œuvre en vue d'obtenir un avantage indu ou d'écarter une règle impérative, c'est-à-dire par une volonté délibérée de tromper (élément intentionnel)^[12].

Ce qui est certain, en revanche, c'est que la fraude n'est pas une préoccupation nouvelle en matière de contrats publics ; déjà, et par exemple, l'organisation au moyen-âge de la passation des « contrats fermiers » se devait, à travers l'ordonnance du 4 juillet 1376^[13], de lutter contre « les fraudes et malices » des fermiers qui se concurrençaient au « préjudice du Roy [...] et de la chose publique »^[14]. Ainsi, initialement, le but premier du droit des contrats publics était moins « de préserver l'intérêt concurrentiel des candidats à l'obtention du contrat » que « de protéger la moralité publique et les deniers publics »^[15].

Les moyens de lutte contre la fraude

L'analyse du cadre fixé par le Code de la commande publique et les jurisprudences associées montrent que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices disposent des moyens pour répondre à toutes manœuvres frauduleuses orchestrées par les opérateurs en vue de les abuser. Ne pas en tirer les conséquences constituerait d'ailleurs une illégalité dont ils doivent répondre^[16].

Les acheteurs et les autorités concédantes disposent de la faculté d'exclure les personnes qui « ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution »^[17]. On décèle sans difficulté, à travers le terme « trompeur », la dimension subjective et morale de la notion de fraude^[18].

Et, ne nous y trompons pas, si cette faculté d'exclusion est dite « à l'appréciation » de l'acheteur ou de l'autorité

[4] Créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II ».

[5] Le sujet est vaste. Ainsi, et notamment, se posent également la question du paiement frauduleux par usurpation de l'identité du titulaire du marché public (CE 21 octobre 2024, Grand port maritime de Bordeaux, req. n° 487929 – L. Givord, « Le bon, l'acheteur et le truand », éditorial, *Contrats Publics* n° 258, novembre 2024) ou encore celle de l'exclusion de la prescription décennale en cas de fraude (CE 28 juin 2019, société Icade Promotion, req. n° 416735 : *Rec. CE*).

[6] Certains ont toutefois rappelé le caractère « subsidiaire » ou plus ou moins relatif de cet adage (C. Giordano, La théorie de la fraude et les actes administratifs unilatéraux, *RFDA* 2018, p. 57 – T. Janicot, concl. sur CE 18 décembre 2024, M. M., req. n° 490711 : *Rec. CE* Tables).

[7] Les Confessions, Livre XI : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne m'interroge, je le sais ; si je veux répondre à cette demande, je l'ignore ».

[8] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, p. 482, 483.

[9] Cass. com. 17 janvier 2024, n° 22-18.090.

[10] F. Melleray, « Le retrait d'un acte administratif obtenu par fraude. Le cas d'un plagiat », note sous CE 23 février 2009, M^{me} B.-R., req. n° 310277, *RFDA* 2009, p. 226 – C. Giordano, « La théorie de la fraude et les actes administratifs unilatéraux », *RFDA* 2018, p. 57 – M. Dubuy, « La fraude à la loi – Étude de droit public français », *RFDA* 2009, p. 243.

[11] Par des actes ou faits juridiques légaux ou illégaux.

[12] Cf. notamment : G. Roux, « La fraude n'est pas subordonnée à l'identification de la règle contournée », *AJDA* 2022, p. 1600 – C. Giordano, La théorie de la fraude et les actes administratifs unilatéraux, *RFDA* 2018, p. 57 – S. Renard, « L'acte administratif obtenu par fraude – Un acte créateur de droits précaires », *AJDA* 2014, p. 78.

[13] Réglementant l'imposition foraine, laquelle était « baillée à ferme ».

[14] Citée par X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, 1999, p. 200 et 201.

[15] I. Hasquenoph, « Contrats publics et concurrence », *Dalloz*, 2021, n° 113, p. 49.

[16] CE 3 octobre 2012, Société Déménagements Le Gars – Hauts-de-Seine Déménagements, req. n° 360952 : *Rec. CE* Tables.

[17] CCP, art. L. 2141-8 (pour les marchés publics) et CCP, art. L. 3123-8 (pour les concessions).

[18] P. Delvolvé, note sous CE sect. 29 novembre 2002, Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, req. n° 223027, *RFDA* 2003, p. 239 : « Les actes obtenus par fraude sont ceux que l'administration a adoptés par suite d'un comportement trompeur [...] ».