

## 6 Participation d'une maison-mère et de sa filiale à un même appel d'offres : sécuriser la passation du marché

Sous la direction de  
Stéphane BRACONNIER,  
professeur à l'université Paris II (Panthéon Assas),  
directeur du JurisClasseur Contrats et Marchés Publics

Hugues HOURDIN,  
avocat au barreau de Paris,  
Boken Avocats

Tristan BOUCHETEIL,  
avocat au barreau de Paris,  
Boken Avocats

### CONTEXTE

La participation d'une maison-mère et de sa filiale à un même appel d'offres peut créer un sentiment de défiance de la part des autres candidats.

À la lisière entre droit de la concurrence, droit pénal et droit de la commande publique, cette situation nécessite une vigilance accrue de la part des acheteurs.

Selon que la filiale et la maison-mère se trouvent toutes deux candidates à un même appel d'offres (participation « horizontale ») ou que l'une se retrouve aux côtés de l'acheteur, à examiner la candidature de l'autre (participation « verticale »), les précautions à prendre pour veiller au respect des principes de la commande publique sont susceptibles de varier.

Constituant l'une des principales nouveautés de la récente réforme des marchés publics, les interdictions de soumissionner facultatives de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 renforcent les obligations de vérification pesant sur les acheteurs mais leur offrent, corrélativement, de nouveaux outils pour sécuriser leur procédure de passation.

### COMMENTAIRES

#### A. - Candidatures de la maison-mère et de la filiale à un même appel d'offres (participation « horizontale ») : le risque d'entente

Lorsqu'ils engagent une procédure de passation d'un marché public, les acheteurs doivent s'assurer que « les règles de libre concurrence sont effectivement respectées » et, à ce titre, détecter et empêcher toute entente entre opérateurs, sous peine d'entacher d'illégalité la procédure de passation (CE, 28 avr. 2003, n° 233360, *Féd. nationale des géomètres experts* : *JurisData* n° 2003-065247. – TA Bastia, 6 févr. 2003, n° 0100231, *Autocars Mariani*). Interdite par l'article L. 420-1 du Code de commerce, l'entente aboutit en effet à tromper l'acheteur sur l'existence d'une concurrence réelle et entraîne généralement, au détriment de la collectivité, une augmentation du coût du marché.

En principe, les candidatures d'une maison-mère et de sa filiale à un même appel d'offres sont autorisées. Deux modalités sont possibles dans ce cas (*Aut. conc.*, déc. n° 18-D-02, 19 févr. 2018. – Dans le même sens : TA Melun, 23 déc. 2013, n° 1309859, *Sté organisation et services en informatiques et logiciels*) :

- soit les deux sociétés renoncent à leur autonomie et décident de ne déposer qu'une seule offre, le cas échéant en constituant un groupement ;

- soit elles décident de présenter des offres distinctes, à condition qu'aucune concertation préalable ne soit intervenue.

Dans cette dernière hypothèse, l'acheteur devra se montrer attentif, la diversité des formes d'ententes (offres de couvertures, répartition de marchés...) et l'opacité des liens entre sociétés d'un même groupe pouvant rendre l'identification de telles pratiques particulièrement délicate. Il devra aussi faire preuve de discernement, la jurisprudence prohibant les exclu-

sions fondées sur des ententes hypothétiques (CAA Marseille, 9 déc. 2013, n° 11MA00438, *SYDOM Aude* : *JurisData* n° 2013-031380. – TA Lille, 7 juill. 2015, n° 1300956, *Sté Fondasol*).

Ainsi, ce n'est que si l'acheteur dispose « d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants » permettant de déduire qu'une entente a été conclue « en vue de fausser la concurrence », qu'il peut envisager une mesure d'exclusion (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 48, I, 4°).

Avant de pouvoir rapporter une telle preuve, l'acheteur doit être informé qu'une maison-mère et sa filiale candidatent séparément. Or, aucune obligation générale, issue des règles de la commande publique ou de la jurisprudence administrative, n'impose aux candidats appartenant à un même groupe de sociétés et présentant des offres distinctes, de déclarer spontanément à l'acheteur les liens existants entre eux.

Les candidats doivent certes produire des déclarations sur l'honneur justifiant qu'ils n'entrent dans aucune des interdictions de soumissionner (D. n° 2016-360, 23 mars 2016, art. 48), mais ces dernières s'avèrent en général insuffisantes pour révéler les liens entre deux entités (CAA Paris, 29 juill. 2011, n° 09PA05587, *SARL AM Bureautique*).

C'est donc principalement au stade de l'instruction des dossiers que l'acheteur est susceptible de constituer les preuves de l'existence d'une entente.

À cet égard, si un comportement suspect peut éveiller l'attention (irrégularité grossière d'une offre, dépôt puis retrait inexplicable d'une offre...), les indices matériels s'avéreront décisifs pour démontrer l'existence d'une concertation dont l'objet est de répartir la commande publique. Ainsi est-il recommandé « d'examiner le mieux possible les dossiers, de pister les copier-coller, de repérer les erreurs de calculs qui

reviendraient dans deux dossiers » (« *Que faire lorsqu'on suspecte une entente ? La réponse de Catherine Bergeal* » : *Localtis*, 10 mai 2010).

Dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence a récemment sanctionné trois sociétés d'un même groupe qui s'étaient concertées afin de contourner la règle de limitation des lots attribués à une même entreprise, comme en attestaient « la grande homogénéité des propositions » et les « nombreuses analogies de formes telles que l'utilisation de la même graphie, la copie de paragraphes entiers, l'utilisation du même vocabulaire et des mêmes illustrations » (*Aut. conc.*, *déc. n° 18-D-02*, 19 févr. 2018).

Et si l'acheteur estime détenir les preuves tangibles de l'existence d'une entente entre maison-mère et filiale, il ne pourra prononcer une mesure d'exclusion qu'à l'encontre du seul candidat auquel il envisage d'attribuer le marché public (*D. n° 2016-360*, 23 mars 2016, art. 55) et ce après une procédure contradictoire permettant au candidat suspecté de démontrer que « *son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause* » (*Ord. n° 2015-899*, 23 juill. 2015, art. 48).

En tout état de cause, rappelons qu'en cas de doute sérieux, l'acheteur pourra utilement se tourner vers l'Autorité de la concurrence, saisie pour avis (*C. com.*, art. L. 462-1) ou à la suite d'une plainte (*C. com.*, art. L. 462-5).

## B. - Association de la maison-mère à la procédure de passation du marché et candidature de la filiale (participation « verticale ») : le risque d'atteinte à l'impartialité de la procédure

Dans cette configuration, les sociétés du même groupe se trouvent « d'un côté et de l'autre » de la procédure de passation du marché. À titre d'exemple, la maison-mère peut se voir associée à l'acheteur dans la préparation du marché et participer au processus d'attribution. La filiale, quant à elle, candidate au marché et voit donc sa candidature susceptible d'être examinée par sa maison-mère.

Classiquement, on retrouvera cette situation lorsque l'acheteur s'adjoit les conseils d'un opérateur en vue de la passation du marché, tels un assistant à maîtrise d'ouvrage ou un maître d'œuvre (*TA Versailles*, 18 mars 2014, n° 0906439, *Sté Getraline*. – *CAA Lyon*, 14 févr. 2013, n° 12LY00305, *Sté ACS Production* : *JurisData n° 2013-004311*). Dans une autre logique, on peut également retrouver cette situation lorsqu'est conclue entre l'acheteur et « *une personne morale de droit privé* » une convention de groupement de commande afin de lancer une procédure de consultation unique pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures ou de services (*Ord. n° 2015-899*, 23 juill. 2015, art. 28).

Dans ce cadre, la présence d'une maison-mère aux côtés de l'acheteur et d'une filiale comme candidate crée immédiatement un risque de conflits d'intérêts et, partant, d'atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats et à l'impartialité de la procédure de passation.

Or, la jurisprudence impose à l'acheteur de prévenir la survenance d'une telle situation et de prendre « les mesures appropriées » pour y remédier (*CJUE*, 12 mars 2015, *aff. C-538/13*, *eVigilo Ltd* : *JurisData n° 2015-009695*. – *CE*, 14 oct. 2015, n° 390968, *Sté Applicam* : *JurisData n° 2015-022864*).

Parmi celles-ci, le 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit désormais la possibilité d'exclure « *les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens* ». Est considérée comme une situation de conflits 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, 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* ».

Mais les exclusions automatiques étant contraires aux principes de la commande publique (*CE*, 9 mai 2012, n° 355756, *Cne Saint-Maur des Fossés* : *JurisData n° 2012-009586*), l'acheteur doit, avant d'envisager une telle exclusion, prendre toutes « *mesures appropriées* » à tous les stades de la procédure de passation.

En amont d'abord, l'acheteur doit s'adjoindre les services d'un conseil – ou d'un membre du groupement dans le cas d'un groupement de commande – diligent et impliqué de manière à ce qu'il signale, le cas échéant, « *ses liens avec l'un des candidats* » (*CAA Lyon*, 14 févr. 2013, n° 12LY00305, *Sté ACS Production* : *JurisData n° 2013-004311*). Par précaution, il pourra exiger de lui qu'il déclare sur l'honneur ne pas être dans une situation rendant incompatible sa participation à la procédure de passation et qu'il s'engage, en cas de survenance d'une telle situation, à l'en informer.

De même, l'acheteur devra, lors de la rédaction des documents du marché, rester autonome et vigilant par rapport à la maison-mère de façon à ce qu'aucun candidat ne soit in fine favorisé. Dans le cas spécifique d'un groupement de commande, il sera même recommandé à l'acheteur, s'il anticipe la candidature d'une filiale d'un autre membre du groupement (compte tenu, par exemple, du secteur concerné) de se voir désigner coordinateur afin de mener à bien la procédure de passation. Celui-ci devient alors seul susceptible de voir sa responsabilité engagée du fait des irrégularités de la procédure (*CAA Bordeaux*, 12 juill. 2012, n° 11BX01620, *Sté Optima* : *JurisData n° 2012-020879*).

Pendant la procédure de passation, et une fois informé de la candidature de la filiale, il appartiendra à l'acheteur de lever toute suspicion légitime sur la régularité de sa procédure, au besoin en écartant la maison-mère « *de la procédure d'analyse des offres* » (*CE*, 14 oct. 2015, n° 390968, *Sté Applicam* : *JurisData n° 2015-022864*. – *TA Paris*, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 1607080, *Sté Colas Rail*. – *TA Paris*, 4 mai 2017, n° 1706139, *Sté JC Decaux*).

En aval enfin, c'est-à-dire lorsque le risque de conflits d'intérêts est avéré et qu'aucune mesure n'a été prise au cours de la procédure de passation, l'acheteur pourra envisager une mesure d'exclusion de la filiale candidate.

Il devra, à ce titre, apprécier, d'une part, la nature, l'intensité et la durée des liens entre les deux sociétés et, d'autre part, déterminer si la maison-mère a, compte tenu de sa participation dans le processus de décision, exercé une influence effective sur l'attribution du marché.

À l'évidence, l'intensité des liens entre la maison-mère et sa filiale s'avérera déterminante. Celle-ci, bien que juridiquement indépendante, est en effet présumée être dépourvue d'autonomie lorsque sa société mère détient la totalité ou la quasi-totalité de son capital (*CJUE*, 10 sept. 2009, *aff. C-97/08*, *Azko Nobel*). Dès lors, moins la filiale est autonome, plus la maison-mère sera supposée exercer une influence déterminante sur elle et, ainsi, intervenir directement dans ses affaires et donc ses candidatures.

En tout état de cause, si l'acheteur estime que la mesure d'exclusion est proportionnée et justifiée, dès lors qu'il ne peut être remédié à la situation de conflit d'intérêts par aucun autre moyen, il devra, là encore, se conformer à la procédure contradictoire prévue par l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

## RECOMMANDATIONS

Lorsque filiale et maison-mère sont candidates à un même marché, l'acheteur devra se placer dans une logique « d'instruction » et procéder à une analyse rigoureuse des dossiers, de façon à détecter toute concertation possible entre les opérateurs.

Lorsque la maison-mère se trouve aux côtés de l'acheteur et que la filiale candidate au marché (ou inversement), l'acheteur devra se placer dans une logique de « prévention » et prendre, à n'importe quel stade de la procédure de passation, toutes les

mesures propres à sauvegarder l'impartialité dans l'attribution du marché, « l'impartialité objective » de l'acheteur étant, d'ores et déjà, sujette à caution.

*Mots-Clés* : Appel d'offres - Entente

*JurisClasseur* : Contrats et marchés publics, fasc. 36, 61-10

*Autres publications LexisNexis* : Fiche pratique n° 2698 : Prévenir des situations d'entente

## Pour aller plus loin

---

### TEXTES

- Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, art. 48 : JO 24 juill. 2015, p. 12602
- D. n° 2016-360, 23 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 48 et 55 : JO 27 mars 2016, texte n° 28

### JURISPRUDENCE

- CE, 28 avr. 2003, n° 233360, Féd. nationale des géomètres experts : JurisData n° 2003-065247
- Aut. conc., déc. n° 18-D-02, 19 févr. 2018
- CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Sté Applicam : JurisData n° 2015- 022864

- CE, 9 mai 2012, n° 355756, Cne Saint-Maur des Fossés : JurisData n° 2012-009586

- CJUE, 10 sept. 2009, aff. C-97/ 08, Azko Nobel

### BIBLIOGRAPHIE

- F. Linditch, Ententes et marchés publics : JCI. Contrats-Marchés publ., fasc. 36
- E. Nigri, Prévenir des situations d'entente : Contrats-Marchés publ. 2016, prat. 1
- E. Pourcel, Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire : Contrats-Marchés publ. 2017, étude 1