

L'interdiction de soumissionner liée à une condamnation pénale : un contrôle renforcé

L'ordonnance du 23 juillet 2015 a sensiblement élargi le champ d'application de l'interdiction de soumissionner. Ainsi, les acheteurs publics se voient imposer une obligation de contrôle particulièrement contraignante et difficile à réaliser effectivement.

Il était des situations, sous l'empire du Code des marchés publics, où le pouvoir adjudicateur ne disposait que de peu de marge de manœuvre et s'offrait à lui un choix loin d'être cornélien. Parmi celles-ci figuraient le cas des interdictions de soumissionner suite à la condamnation pénale d'un candidat pour lesquelles l'application du Code paraissait, en grande partie, aisée.

Malheureusement, l'œuvre de simplification et d'harmonisation des règles internes avec le droit communautaire conduit à une analyse assez délicate pour les acheteurs publics.

En effet, le régime des interdictions de soumissionner obligatoires consécutivement à la condamnation pénale a été profondément modifié par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, et pourrait confronter les acheteurs publics à des situations délicates.

En élargissant très largement le champ d'application de l'interdiction de soumissionner, les acheteurs publics se voient imposer une obligation de contrôle particulièrement contraignante mais qui peut s'avérer souvent impossible à réaliser pleinement.

Auteur

Julien Brulas
Avocat à la Cour
Cabinet SEBAN et Associés

Mots clés

Contrôles • Holding • Infractions pénales • Preuves

L'état du droit

L'apport de l'ordonnance sur le cas des condamnations pénales démontre très clairement une volonté de renforcer le dispositif des interdictions de soumissionner. En effet, au seul cas du dirigeant de l'entreprise candidate, l'ordonnance est venue ajouter tout un ensemble de personnes physiques pouvant se retrouver dans une situation de contrôle impactant directement la régularité de la candidature de l'entreprise.

Le régime antérieur

Initialement, l'article 43 du Code des marchés publics, dans sa version en vigueur avant l'ordonnance du 23 juillet 2015, renvoyait aux dispositions de l'article 38 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, lequel renvoyait à l'article 8 de cette même ordonnance qui listait les interdictions de soumissionner.

Ainsi, étaient automatiquement exclues des marchés publics : « les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 225-1, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du code pénal, à l'article 1741 du code général des impôts et aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et L. 317-8 du code de la sécurité intérieure ».

Même si l'application de cet article n'a guère posée de difficultés, sa rédaction n'avait pas pour autant éluder toute interrogation.

Ainsi, en visant « les personnes » condamnées, la question s'était posée de savoir si cette interdiction se limitait au seul cas dans lequel la personne morale candidate avait subi une telle condamnation ou si elle s'étendait également à l'hypothèse dans laquelle la condamnation a frappé l'un de ses dirigeants de fait ou de droit.

La jurisprudence a été assez fluctuante, penchant tantôt vers une interprétation restrictive de ces articles et limitant l'appréciation à la condamnation de la personne morale⁽¹⁾ tantôt vers une interprétation plus extensive, reconnaissant leur application aux dirigeants, personnes physiques, de fait ou de droit⁽²⁾.

Ce questionnement écarté, beaucoup s'accordaient sur le fait qu'était visé par cette interdiction le seul cas du dirigeant de l'entreprise, de fait ou de droit.

La nouvelle rédaction de l'article 45 de de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 se veut bien plus précise, mais, surtout, étend considérablement le champ d'application de cette interdiction de soumissionner.

Le nouveau régime étendu

L'article 45-1° l'ordonnance précitée exclu de la procédure de passation des marchés publics « les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à

441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts et pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne ».

Si la rédaction de ce premier alinéa n'apporte guère de changement sur l'application de l'interdiction de soumissionner, nonobstant la typologie des délits visés, le second alinéa a clairement modifié l'état du droit sur cette question.

En effet, aux termes de l'article 45-2°, « la condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions ».

Cette nouvelle rédaction élargit très sensiblement le spectre de l'analyse de la situation de l'entreprise candidate.

D'une part, en visant la condamnation « d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance », l'ordonnance étend considérablement le champ d'application puisqu'il n'est plus ici question que du dirigeant, de fait ou de droit, de la société, mais bien de l'ensemble des membres des organes des sociétés à participation. On voit ici aisément la multiplication des personnes concernées.

D'autre part, en visant la condamnation « d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale » l'ordonnance renvoie à une notion de « contrôle » qui peut, ou doit, aller au-delà des seuls dirigeants et instances de direction de la société qui s'est portée candidate. Il est visé ici les cas de prise de participation, actionnariat, qui sont bien connue en matière d'entreprise liée par exemple.

Ce champ d'application élargi induit nécessairement un contrôle plus important pour l'acheteur public afin de déterminer si la société, structure commerciale, candidate à un marché ne se trouve pas dans un tel cas d'interdiction de présenter sa candidature. Et ce contrôle doit se faire dans le respect des dispositions de l'ordonnance.

La fin des montages échappatoires sous réserve d'un contrôle contraignant

En étendant l'application de l'interdiction de soumissionner aux personnes disposant d'un pouvoir sur la société candidate, la réglementation applicable entend se prémunir contre les montages qui permettaient « d'ex-

(1) TA Pau 26 avril 2006, Sté Trans Aquitaine Service : CP-ACCP n° 67, p. 14.

(2) TA Lille, ord., 3 décembre 2010, Sté SG2S, req. n° 10-6632.

filtrer » la personne physique condamnée afin de pouvoir maintenir une régularité de la candidature.

Les holdings dans le viseur

Et c'est le cas de figure qu'a pu juger le tribunal administratif de Lyon.

Dans cette instance, un dirigeant d'une société de travaux publics avait fait l'objet d'une condamnation pénale, en sa qualité de dirigeant, pour des faits visés par les dispositions du Code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Ce dirigeant avait alors démissionné de son poste de dirigeant, pour créer une société holding à laquelle il avait transféré l'intégralité de ses titres et en a pris la présidence. Dès lors, plus aucune interdiction de soumissionner ne pouvait lui être opposée.

Mais sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015, cette société était destinataire de courrier de rejet de sa candidature des acheteurs publics sur le fondement de l'article 45 précité. En effet, ils considéraient que du fait de son poste de président de la holding, il devait être regardé comme « gérant de fait » de la filiale, rendant sa candidature interdite.

Saisissant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lyon, cette société entendait contester cette appréciation des dispositions de l'ordonnance en faisant valoir que le pouvoir de contrôle de l'acheteur public ne pouvait s'étendre au-delà de la situation de la société candidate et de ses membres. Elle s'appuyait, notamment, sur la rédaction du second alinéa de l'article 45-1° qui prévoit que l'interdiction s'applique « tant que cette personne physique [condamnée] exerce ces fonctions ». Elle considérait donc que le « pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale » devait s'apprécier nécessairement au sein de la société candidate et au vu des fonctions exercées par la personne au sein de cette même entreprise mais qu'il ne pouvait être apprécié par un acheteur public au vu du pacte d'actionnaires et de la répartition des titres.

Le juge des référés a procédé alors à une analyse particulièrement détaillée des statuts de la société candidate mais également de la société holding pour relever que ledit dirigeant détenait 99 % des parts de cette dernière qui détenait elle-même 100 % de sa filiale. Également, le juge a relevé que les statuts de la société filiale conféraient tout pouvoir de direction du président, lequel était nommé par « un ou plusieurs actionnaires représentant plus de la moitié du capital social ».

Le juge des référés a ainsi considéré que « le pouvoir de décision et de contrôle de la société appartient en réalité à M. XX en sa qualité d'actionnaire à 99 % de la société Holding »^[3].

Par cette interprétation, le juge intègre dans le périmètre de la vérification de la régularité d'une candidature la situation des actionnaires propriétaires. Mais cette analyse pourrait tout aussi bien s'appliquer aux actionnaires majoritaires, voire aux actionnaires détenant une part significative au capital social de la société candidate, et même aux personnes occupant des postes de direction au sein de la holding.

Cette espèce illustre toute l'étendue du contrôle qui va s'imposer à l'acheteur public mais également la rigueur attachée à la nouvelle rédaction de l'interdiction de soumissionner en lien avec une condamnation pénale.

Elle impose ainsi un travail de contrôle des candidatures par l'acheteur public qui s'avèrera particulièrement contraignant.

Un contrôle « à charge » pour l'acheteur public

Cette décision, si elle participe d'une lecture littérale des dispositions de l'ordonnance, n'en conduit pas pour autant à éluder toutes problématiques.

D'une part, la question du champ de contrôle par l'acheteur public est nécessairement posée.

En effet, le rejet de la requête de la société précitée justifie, inversement, une obligation de contrôle plus large par l'acheteur public. Ainsi, il lui incombe de déterminer les relations entre sociétés mères et sociétés filles mais également de connaître la situation pénale des actionnaires majoritaires de celles-ci. Cette seule connaissance paraît pour le moins difficile à assurer.

Surtout, ce contrôle ne pourra se faire que dans le stricte cadre de l'ordonnance et de son décret d'application qui restreignent la nature et le type de documents qui peuvent être demandés à une société candidate.

En effet, l'article 51 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit que « l'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné aux 1° et a et c du 4° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée un extrait de casier judiciaire ».

Dans l'affaire d'espèce relatée précédemment, les concurrents de la société en question s'étaient chargés de transmettre copie du jugement. Mais on est en droit de se demander comment l'acheteur public aurait pu rejeter la candidature de cette entreprise sans cette information.

Si la communication du casier judiciaire du dirigeant, voire une simple attestation sur l'honneur, sont souvent produites par les candidats, il appartiendrait à l'acheteur public de vérifier le casier judiciaire de toutes personnes identifiables comme ayant un pouvoir de contrôle.

En outre, quel aurait été le risque contentieux si le marché avait été attribué à cette entreprise.

Même si l'acheteur public n'est pas censé connaître toutes les condamnations pénales, il n'en reste pas moins que cette candidature aurait dû être rejetée. Et le

[3] TA Lyon 29 novembre 2016, req. n° 1608011.

référé d'un autre candidat évincé aurait, selon l'appréciation du juge des référés, été efficient.

La problématique reste donc clairement ouverte.

D'autre part, la portée de cette interdiction de soumissionner, telle qu'interprétée par le juge des référés, entraîne nécessairement une interrogation pour l'entreprise en question.

En effet, en jugeant que le pacte d'actionnaires détermine le « pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle » qui peut justifier l'interdiction de soumissionner, est ici remis en question la participation d'une personne physique dans une entreprise, sauf à envisager la cession des parts sociales détenues.

Les conséquences d'une telle interprétation de l'article 45 précité sont donc considérablement restrictives et pourrait être confrontée au principe de « proportionnalité », récemment rappelé par la Cour de justice de l'Union Européenne dans une décision relative aux interdictions de soumissionner tirées d'une collusion entre candidats^[4].

Et ce d'autant plus que la sanction pénale peut être plus... douce.

En effet, le dernier alinéa de l'article 45-1° précise que « sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ».

Ainsi, l'ordonnance impose une interdiction « ferme » de cinq ans alors que le juge pénal peut appliquer une peine complémentaire pour une durée inférieure qui s'imposerait alors à l'acheteur public. Et en pratique, les peines complémentaires retenues par le juge pénal sont rarement supérieures à deux années.

En d'autres termes, le législateur délégué se veut plus sévère que le juge répressif.

En conclusion, si la réforme apportée par l'ordonnance tend à un apurement du marché, objectif certes louable, elle pose les bases d'un contrôle très strict pour l'acheteur public, mais sans le doter des moyens adéquates.

[4] CJUE 8 février 2018, aff. C-144/17.