

# Exclusions de plein droit de la procédure de passation des contrats de concession : le droit français méconnaît le droit de l'Union

Par une décision du 12 octobre 2020, le Conseil d'État juge les dispositions relatives à l'interdiction de soumissionner à un contrat de concession figurant à l'article L. 3123-1 du Code de la commande publique incompatibles avec l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014.

En ne prévoyant pas dans le droit de la commande publique de dispositif permettant à un opérateur ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour certaines infractions de démontrer qu'il a mis en œuvre des mesures destinées à recouvrer sa fiabilité, le législateur et le pouvoir réglementaire français ont restreint l'accès à la commande publique au-delà de ce que permettent les dispositions de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

Telle est, en synthèse, la conclusion à laquelle a abouti le Conseil d'État, à l'issue d'un contentieux qui se sera déroulé en trois étapes :

- première étape : le recours initial introduit par la Société Vert Marine, qui a conduit le Conseil d'État à sursoir à statuer et saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de deux questions préjudicielles ;
- deuxième étape : la réponse apportée par la CJUE à ces deux questions préjudicielles, par un arrêt du 11 juin 2020 ;
- troisième et ultime étape : la décision du 12 octobre 2020 par laquelle le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'arrêt de la CJUE.

Tout d'abord, rappelons que la directive 2014/23/UE prescrit aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, en son article 38, d'exclure de la procédure d'attribution d'un contrat de concession les opérateurs économiques ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude, infraction terroriste ou liée à des activités terroristes, blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme, travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains (paragraphe 4), ainsi que pour manquements aux obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale (paragraphe 5).

Il est à noter que les acheteurs ne peuvent déroger à ces obligations qu'à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement ou encore, s'agissant des interdictions de

## Auteur

**Guillaume Gauch**  
Avocat associé

**Romain Millard**  
Avocat  
SCP Seban & Associés

## Références

CE 12 octobre 2020, req. n° 419146

## Mots clés

Concessions • Condamnation • Interdictions de soumissionner

soumissionner prévues au paragraphe 5, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée (paragraphe 6).

En outre, le paragraphe 7 de l'article 38 de la directive 2014/23/UE liste huit cas d'interdiction de soumissionner que les acheteurs peuvent appliquer à titre facultatif<sup>(1)</sup>.

Toutefois, le paragraphe 9 de ce même article dispose également que « tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 4 et 7 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure. À cette fin, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision en question est transmise à l'opérateur économique concerné ».

En d'autres termes, les opérateurs économiques frappés d'un motif d'exclusion de plein droit ou facultatif disposent du droit de solliciter auprès de l'acheteur un dispositif de « mise en conformité », « réhabilitation » ou « auto-apurement », pour reprendre les expressions formulées par la Rapporteur public Mireille Le Corre<sup>(2)</sup>.

Seuls les opérateurs ayant été condamnés par un jugement définitif à une exclusion des procédures de passation ne peuvent faire usage de ce droit et ce pendant la période d'exclusion fixée par le jugement<sup>(3)</sup>.

Ces dispositions ont été transposées en droit français, tout d'abord aux articles 39 (interdictions de soumissionner de plein droit) et 42 (interdictions de soumis-

sionner facultatives) de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, puis aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14 du Code de la commande publique (CCP), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019.

Ainsi, sont notamment exclues de plein droit des procédures de passation d'un contrat de concession les personnes physiques qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour 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 contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession 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 État membre de l'Union européenne »<sup>(4)</sup>. Cette exclusion s'applique également aux personnes morales dont le représentant ou l'un des membres de son organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance a fait l'objet d'une telle condamnation et ce tant que la ou les personnes condamnées exercent leurs fonctions. Elle s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Ces dispositions législatives ont elles-mêmes été précisées par le pouvoir réglementaire, notamment par les articles 19 et 23 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>(5)</sup>, dont il résulte que les candidats doivent, lorsqu'ils postulent à l'attribution d'un contrat de concession, produire à l'appui de leur candidature une déclaration sur l'honneur attestant notamment qu'ils ne font pas l'objet de l'exclusion décrite ci-dessus ainsi que l'ensemble des justificatifs afférents, faute de quoi leur candidature doit être rejetée comme irrecevable.

Il est à noter que ces dispositions trouvent leur équivalent dans le droit de l'Union<sup>(6)</sup> et le droit national<sup>(7)</sup> des marchés publics.

C'est dans cet état du droit que s'est présentée l'affaire ici commentée.

## Première étape : le recours initial ayant conduit le Conseil d'État à saisir la CJUE

Le 20 mars 2018, la Société Vert Marine a saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande tendant à l'abrogation des articles 19 et 23 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016.

(1) Manquements à des obligations environnementales (a) ; opérateur sous le coup d'une procédure collective (b) ; commission d'une faute professionnelle grave remettant en cause l'intégrité (c) ; conflit d'intérêts irrémédiable (d) ; suspicions plausibles de manœuvres anti-concurrentielles avec d'autres opérateurs (e) ; défaillances importantes ou persistantes lors de l'exécution d'une obligation essentielle dans le cadre d'un contrat de la commande publique antérieur (f) ; fausse déclaration ou absence de production de justificatifs sur l'absence d'un motif d'exclusion (g) ; tentative d'influencer indûment le processus décisionnel de l'acheteur (h) ; s'agissant des contrats de défense et de sécurité : défaut de fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État membre (i).

(2) CE 14 juin 2019, Société Vert Marine, req. n° 419146, concl. Mireille Le Corre.

(3) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 38§ 9.

(4) CCP, art. L. 3123-1 [anciennement 39-1° de l'ordonnance du 29 janvier 2016].

(5) Désormais codifiés aux articles R. 3123-16 à R. 3123-21 du CCP.

(6) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 57.

(7) CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-12 ; R. 2143-6 et R. 2144-7.

À l'appui de sa requête, la société requérante a soulevé un moyen unique selon lequel ces articles 19 et 23 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 seraient illégaux en tant qu'ils feraient application de l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, lequel serait lui-même incompatible avec le droit de l'Union, en raison de ce qu'il ne prévoirait pas de dispositif de mise en conformité permettant à un opérateur économique candidat à l'attribution d'un contrat de concession d'échapper aux interdictions de soumissionner prévues en cas de condamnation pour certaines infractions.

Dans sa décision du 14 juin 2019<sup>(8)</sup>, le Conseil d'État commence par préciser que même si les articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 ont été abrogés au 1<sup>er</sup> avril 2019, leur contenu a été repris aux articles R. 3123-16 à R. 3123-21 du CCP, en ne recevant que des modifications de pure forme ; partant, il conclut que les conclusions de la Société Vert Marine tendant à leur abrogation n'ont pas perdu leur objet et doivent être regardées comme visant les derniers articles.

Ensuite, le Conseil d'État reconnaît la recevabilité de la requête de la Société Vert Marine qui, en tant qu'entreprise spécialisée dans la gestion déléguée d'équipements de sports et de loisirs et dont l'essentiel de l'activité résulte de l'exploitation de contrats de concession passés avec des collectivités publiques, justifie d'un intérêt lui donnant qualité pour former un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'abroger les dispositions réglementaires litigieuses.

Après avoir rapidement écarté le moyen d'illégalité externe soulevé par la Société requérante tiré du défaut de contreseing du garde des sceaux sur le décret du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>(9)</sup>, le Conseil d'État en vient à analyser la légalité interne des dispositions réglementaires litigieuses.

Tout d'abord, il conclut que le moyen soulevé par la Société Vert Marine est opérant, se fondant implicitement sur sa jurisprudence *Coulibaly* du 13 juin 2016 selon laquelle l'incompatibilité d'une disposition législative à une norme supranationale peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre un acte réglementaire si ce dernier a été pris pour son application ou si cette disposition en constitue la base légale<sup>(10)</sup>, ce qui est le cas en l'espèce, les articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 devant être regardés comme ayant été pris en application de l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

(8) CE 14 juin 2019, req. n° 419146.

(9) En effet, les moyens relatifs aux conditions d'édiction d'un acte réglementaire, aux vices de forme et de procédure ne peuvent être utilement invoqués que par voie d'action dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux, et non par voie d'exception dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision refusant de l'abroger (en ce sens : CE 18 mai 2018, Assemblée Fédérale des finances et affaires économiques de la CFDT, req. n° 414583).

(10) CE 13 juin 2016, *Coulibaly*, req. n° 372721.

Toutefois, le Conseil d'État achoppe sur une double difficulté sérieuse tenant à l'interprétation des dispositions de la directive 2014/23/UE.

Premièrement, la directive impose-t-elle aux États membres de prévoir des mécanismes d'auto-apurement ou permet-elle, au contraire, à un État de s'en dispenser dans un objectif de moralisation de la commande publique ?

Dans ses conclusions, la Rapporteuse publique a clairement exprimé ses doutes sur la conformité d'une option « pro-moralisation » qui conduirait, en droit et en fait, à restreindre la concurrence. Ses doutes reposaient notamment sur le fait que la directive « définit les voies permettant de lever le principe d'exclusion et confie aux États membres le soin d'en prévoir les « conditions d'application ». Or, il est assez évident qu'une non-application ne peut être qualifiée de condition d'application ».

Secondement, les dispositifs d'auto-apurement existants en droit français tels qu'ils ont été rappelés en défense par le ministre de l'Économie et des Finances – le relèvement judiciaire<sup>(11)</sup>, la réhabilitation judiciaire<sup>(12)</sup> ou l'exclusion de mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire<sup>(13)</sup> – peuvent-ils être considérés comme des dispositifs de mise en conformité propres à satisfaire les objectifs de la directive 2014/23/UE ?

Là encore, la Rapporteuse publique a fait part de ses doutes en soulignant, d'une part, que ces dispositifs n'avaient ni pour objet ni pour effet d'apporter à l'acheteur des garanties sur la fiabilité d'un opérateur économique par la voie d'actions concrètes mises en œuvre (régularisation de situations, paiement d'amendes, mise en œuvre de mesures visant à prévenir la commission d'une nouvelle infraction...) et, d'autre part, que ces dispositifs étaient mis en œuvre par l'autorité judiciaire et non par l'acheteur lui-même.

Constatant en tout état de cause que ces deux questions n'appelaient pas de réponse évidente, le Conseil d'État a, en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), saisi la CJUE des deux questions préjudicielles ci-après et, dans l'attente, sursis à statuer :

– la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession doit-elle être interprétée comme s'opposant à ce que la législation d'un État membre, dans un objectif de moralisation de la commande publique, puisse ne pas donner à un opérateur économique condamné par un jugement définitif pour une infraction d'une particulière gravité et faisant l'objet pour ce motif d'une mesure d'interdiction de participer à une procédure de passation d'un contrat de concession

(11) Le relèvement judiciaire permet à la juridiction judiciaire, en application de l'article 132-21 du Code pénal, de relever en tout ou partie une personne d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque résultant d'une condamnation pénale.

(12) La réhabilitation judiciaire permet à la juridiction judiciaire, en application de l'article 132-12 du Code pénal, d'effacer toutes les incapacités et déchéances résultant d'une condamnation.

(13) Code de procédure pénale, art. 775-1.

pendant une durée de cinq ans, la possibilité de fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité au pouvoir adjudicateur malgré l'existence de ce motif d'exclusion ? ;

– si la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 permet aux États membres de confier à d'autres pouvoirs que le pouvoir adjudicateur concerné le soin d'apprécier le dispositif de mise en conformité des opérateurs, une telle faculté permet-elle de confier ce dispositif à des autorités juridictionnelles ? Dans l'affirmative, des mécanismes tels que les dispositifs de droit français de relèvement, de réhabilitation judiciaire et d'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire peuvent-ils être assimilés à des dispositifs de mise en conformité au sens de la directive ?

## Deuxième étape : les réponses de la CJUE aux questions préjudicielles transmises par le Conseil d'État

Un an après la saisine du Conseil d'État, la CJUE<sup>(14)</sup> a statué sur les deux questions préjudicielles précitées.

En réponse à la première question, la CJUE précise que l'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23/UE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas à un opérateur économique condamné de manière définitive pour l'une des infractions visées à l'article 38, paragraphe 4 et faisant l'objet, pour cette raison, d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité.

À la seconde question, la CJUE répond que l'article 38, paragraphes 9 et 10, de la directive 2014/23/UE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que l'examen du caractère approprié des mesures correctrices prises par un opérateur économique soit confié aux autorités judiciaires, à condition que le régime national mis en place à cet effet respecte l'ensemble des exigences posées à l'article 38, paragraphe 9, de cette directive et que la procédure applicable soit compatible avec les délais imposés par la procédure de passation des contrats de concession.

Par ailleurs, la CJUE précise que l'article 38, paragraphe 9 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui permet aux autorités judiciaires de relever une personne d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession à la suite d'une condamnation pénale, d'effacer une telle interdiction ou d'exclure toute mention de la condamnation dans le casier judiciaire.

Partant, il appartient au Conseil d'État de vérifier que de telles procédures judiciaires, qui sont prévues par

le droit national, répondent effectivement aux conditions posées et à l'objectif poursuivi par ce régime et, en particulier, permettent, dès lors qu'un opérateur économique souhaite participer à une procédure de passation de contrats de concession, de lever, en temps utile, l'interdiction le frappant, au regard du seul caractère approprié des mesures correctrices invoquées par cet opérateur et évaluées par l'autorité judiciaire compétente conformément aux exigences prévues à cette disposition.

## Troisième étape : l'application par le Conseil d'État des réponses de la CJUE au cas d'espèce

Faisant application de l'interprétation de la directive 2014/23/UE telle que dégagée par la CJUE dans son arrêt du 11 juin 2020, le Conseil d'État<sup>(15)</sup> constate que, contrairement à ce que soutient le ministre de l'Économie et des Finances, les dispositifs existants de relèvement, de réhabilitation et d'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire ne peuvent être regardés, eu égard à leurs conditions d'octroi, notamment de délai, et à leurs effets, comme des dispositifs de mise en conformité au sens de la directive du 26 février 2014.

En effet, ainsi que l'a souligné la Rapporteuse publique<sup>(16)</sup>, les délais pour demander le relèvement ou une exclusion de la mention au bulletin n° 2 du casier judiciaire peuvent être de six mois, et de trois ans s'agissant de la réhabilitation et ne sont donc pas susceptibles de permettre à un opérateur économique souhaitant participer à une procédure de passation de lever l'interdiction le frappant en temps utile ; de plus, la procédure de relèvement ne pourrait bénéficier aux opérateurs économiques condamnés à une exclusion des procédures de passation qu'à titre complémentaire et non à titre principal<sup>(17)</sup> ; enfin, ces dispositifs ne reposent pas sur une appréciation concrète du caractère approprié des mesures correctrices invoquées et ne donnent pas de garanties de mise en conformité effective pour l'avenir.

Le Conseil d'État en conclut que les dispositions de l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, aujourd'hui reprises à l'article L. 3123-1 du Code de la commande publique, sont incompatibles avec les objectifs de l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 en tant qu'elles ne prévoient pas de dispositif de mise en conformité permettant à un opérateur économique candidat à l'attribution d'un contrat de concession d'échapper aux interdictions de soumissionner prévues en cas de condamnation pour certaines infractions et, partant, que la société requérante est fondée à demander l'abro-

(14) CJUE 11 juin 2020, aff. C-472/19.

(15) CE12 octobre 2020, req. n° 419146.

(16) CE 12 octobre 2020, Société Vert Marine, req. n° 419146, concl. Mireille Le Corre.

(17) Cass. crim., 31 mai 1994, n° 93-83.486.

gation des articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016, aujourd'hui repris aux articles R. 3123-16 à R. 3123-21 du Code de la commande publique.

Le législateur et le pouvoir réglementaire vont donc devoir modifier prochainement le Code de la commande publique afin de tirer les conséquences de cette décision et mettre le droit national en conformité avec les exigences découlant du droit de l'Union européenne. À cette occasion, il y aura lieu de modifier non seulement les dispositions applicables aux contrats de concession mais aussi celles applicables aux marchés publics, eu égard à l'identité des dispositions du droit de l'Union sur ce point.

Dans l'attente de l'intervention du législateur, le Conseil d'État définit les mesures permettant d'assurer le respect de la directive en ces termes : « l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession prévue à l'article L. 3123-1 du CCP n'est pas applicable à la personne qui, après avoir été mise à même de présenter ses observations, établit dans un délai raisonnable et par tout moyen auprès de l'autorité concédante, qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions mentionnées au même article pour lesquelles elle a été définitivement condamnée et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traite-

ment ». Il est à noter que ce dispositif reproduit les dispositions de l'article L. 3123-11 du CCP applicables aux cas d'exclusion facultatifs<sup>(18)</sup>.

Pour autant, le Conseil d'État se garde d'adresser une quelconque injonction au Premier ministre de prendre de nouvelles dispositions réglementaires, conscient que celui-ci est tributaire de l'intervention préalable du législateur et qu'une telle injonction placerait le pouvoir réglementaire « dans une situation délicate, tiraillé en quelque sorte entre d'un côté une décision du juge administratif l'obligeant à prendre des mesures, a fortiori si l'injonction était assortie d'un délai, de l'autre une loi ne le lui permettant pas dans sa version actuelle », pour reprendre la formule de la Rapporteur publique.

(18) CCP, art. L. 3123-11 : « L'autorité concédante qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente sous-section (Exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante, articles L3123-7 à L3123-11) doit le mettre à même de présenter ses observations, d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».