



Interdictions de soumissionner : une transposition trop sévère de la directive concessions ?

La transposition de la directive 2014/23/UE par l'ordonnance n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 a conduit à un élargissement des hypothèses d'interdiction de soumissionner. Un arrêt du Conseil d'État pris sur renvoi préjudiciel à la CJUE concernant l'interprétation de l'article 38, paragraphes 9 et 10 de la directive 2014/23/UE, apporte des précisions utiles sur les dispositions applicables aux interdictions de soumissionner en droit français.

Bien que les conditions d'attributions des contrats publics soient depuis plusieurs dizaines d'années, l'objet de toutes les attentions des juges chargés de leur contrôle, des zones d'incertitudes subsistent encore.

Et pas sur des points de détail puisqu'elles concernent notamment un sujet aussi essentiel pour les candidats potentiels que les interdictions de soumissionner consécutives à un manquement au respect des règles de mise en concurrence.

En effet, l'application concrète des « interdictions de soumissionner » prévues par les ordonnances relatives aux contrats de concession et aux marchés publics, et des « exclusions de plein droit » du Code de la commande publique suscite deux interrogations : la première relative à l'articulation entre sanction pénale et décision d'exclusion prise par l'acheteur et la seconde liée à la transposition incomplète des directives 2014/24/UE sur les marchés publics et 2014/23/UE sur les contrats de concession.

Un arrêt récent rendu par le Conseil d'État⁽¹⁾, pris sur renvoi préjudiciel⁽²⁾ à la CJUE⁽³⁾ sur l'interprétation de l'article 38, paragraphes 9 et 10 de la directive 2014/23/UE, apporte des précisions utiles sur les dispositions

Auteur

Christophe Cabanes

Avocat à la Cour

Maïté Cano

Avocat à la Cour

Références

CE 12 octobre 2020, req. n° 419146

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

Mots clés

Concessions • Condamnation • Interdictions de soumissionner

(1) CE 12 octobre 2020, req. n° 419146.

(2) Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Vert Marine SAS au Premier ministre et au ministre de l'Économie et des Finances (France) au sujet d'une demande d'abrogation de certaines dispositions du décret n° 2016-86, du 1^{er} février 2016, relatif aux contrats de concession (JO 2 février 2016, texte n° 20), voir CE 14 juin 2019, req. n° 419146.

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

applicables aux interdictions de soumissionner en droit français.

La transposition incomplète des règles relatives aux interdictions de soumissionner

Il convient de rappeler que la transposition des directives 2014/24/UE et 2014/23/UE par les ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 a conduit à un élargissement des hypothèses d'interdiction de soumissionner, permettant notamment aux acheteurs publics d'éliminer un opérateur avant toute analyse de sa candidature et de son offre sur le seul constat d'une condamnation définitive.

Aux termes de l'article 39 1° de l'ordonnance 2016-86, sont exclues de plein droit des procédures de passation des contrats de concessions⁽⁴⁾ :

« 1° 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 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 Etat membre de l'Union européenne.

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 contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ».

Une rédaction similaire est applicable aux marchés publics aux termes de l'article 45 1° de l'ordonnance n° 2015-899.

Au sens de ces dispositions, qui sont reprises dans le Code de la commande publique, le simple constat d'une condamnation définitive conduit à l'exclusion de l'opérateur, pour une durée de cinq ans pour les contrats de concession et pour les marchés publics pour une

durée de cinq ans, « sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive »⁽⁵⁾.

La Direction des affaires juridiques⁽⁶⁾ du ministère de l'Économie en avait fait une présentation rigoureuse car conforme à la lettre du texte, en concluant à une exclusion automatique « peu importe qu'une peine d'exclusion des marchés publics ait été prononcée ou non par le juge ; la condamnation définitive pour ces incriminations entraîne, de droit, l'exclusion de l'opérateur économique concerné »⁽⁷⁾, après avoir précisé que « Dans les cas d'interdiction de soumissionner « obligatoires », l'acheteur ou l'autorité concédante ne fait que constater la présence d'une cause d'exclusion et l'absence de mesures d'auto-apurement, lorsque celles-ci sont possibles. Dans toutes les hypothèses où l'exclusion résulte d'une condamnation par un juge ou sur un état de l'opérateur économique constaté par un juge, les acheteurs et autorités concédantes n'ont pas à porter eux-mêmes un jugement sur le comportement de ce candidat ou la gravité des fautes commises. [...] »⁽⁸⁾.

Autrement dit, les opérateurs concernés ne disposent pas pour se « rédimier » de la faculté de justifier qu'ils ont pris les mesures correctives à la suite de la condamnation à l'une des infractions énumérées faisant l'objet d'une condamnation définitive.

Alors que cette faculté est prévue à l'article 39 de la directive 2014/23/UE⁽⁹⁾ :

« 9- 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 ».

C'est l'objet du litige qui a notamment conduit à la saisine de la CJUE par le Conseil d'État.

Une société française soutenait devant le Conseil d'État que l'article 39 de l'ordonnance 2016-65 et les articles 19 et 23 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 n'étaient pas « compatibles » avec l'article 38 de la directive 2014/23/UE, en ce que les dispositions transposées en droit interne « n'accordent pas aux opérateurs économiques exclus de plein droit de la par-

(5) Article 45 1° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

(6) DAJ, « Les interdictions de soumissionner « obligatoires » prévues dans la réglementation de la commande publique - Tableaux d'information », mis à jour le 17 janvier 2017.

(7) DAJ, « Les interdictions de soumissionner « obligatoires » prévues dans la réglementation de la commande publique - Tableaux d'information », mis à jour le 17 janvier 2017, tableau annexé.

(8) DAJ, « Les interdictions de soumissionner « obligatoires » prévues dans la réglementation de la commande publique - Tableaux d'information », mis à jour le 17 janvier 2017, p. 2/88

(9) Rédaction identique à l'article 57 §6 de la directive 2014/24/UE relative aux marchés publics.

(4) La rédaction de l'article 39 de l'ordonnance n° 2016-65 et de l'article L. 3123-1 du Code de la commande publique est identique.

ticipation aux procédures de passation de contrats de concession, à la suite d'une condamnation définitive pour l'une des infractions graves visées à l'article 39, paragraphe 1, de l'ordonnance n° 2016-65, la possibilité de fournir la preuve qu'ils ont pris des mesures correctrices permettant de démontrer le rétablissement de leur fiabilité malgré l'existence de cette condamnation. Il ressort du dossier soumis à la Cour que les infractions visées à l'article 39, paragraphe 1, de l'ordonnance no 2016-65 correspondent, en substance, aux infractions visées à l'article 38, paragraphe 4, de la directive 2014/23 » (Point 11).

La CJUE relève ainsi que l'article 38 de la directive 2014/23 prévoit la faculté pour l'opérateur, qui a été condamné dans l'une des infractions listées, de « fournir des preuves afin d'attester que les mesures prises suffisent à démontrer sa fiabilité, malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué » (§17 et 25).

Ce n'est que lorsque l'exclusion de participation a été décidée par un jugement définitif que l'opérateur condamné n'est pas autorisé à faire usage de cette faculté :

« 18- L'article 38, paragraphe 9, troisième alinéa, de la directive 2014/23 prévoit néanmoins que la possibilité d'apporter la preuve des mesures correctrices prises n'est pas accordée à un opérateur économique exclu par un jugement définitif de la participation aux procédures de passation de marché ou d'attribution de concession, et cela pendant toute la période d'exclusion fixée par le jugement et dans les États membres où ce dernier produit ses effets. C'est donc uniquement dans ce cas qu'un opérateur économique ne peut pas bénéficier du droit conféré par l'article 38, paragraphe 9, premier alinéa, de la directive 2014/23 ».

La Cour en conclut alors que :

« 25- Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23 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, de cette directive 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 ».

Le Conseil d'Etat en alors déduit 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 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 » (Consid. 7, arrêt précité).

Un tel constat va conduire à une modification des dispositions relatives à l'examen des hypothèses d'interdictions de soumissionner ou d'exclusions de plein droit.

Vers une modification des règles relatives aux interdictions de soumissionner

Les règles applicables en matière d'exclusions de plein droit des opérateurs ayant fait l'objet d'une condamnation définitive ont donc vocation à être complétées par un dispositif rendant possible la démonstration par l'opérateur de ce qu'il a pris toutes les mesures correctives nécessaires pour le rétablissement de sa fiabilité.

Le Conseil d'Etat relève ainsi que, d'une part, le droit applicable en matière de concessions ne prévoit pas une telle faculté, et d'autre part, que « les dispositifs existants en droit pénal français » (relèvement de condamnation pénale, la réhabilitation, exclusion de mention 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 telle qu'interprétée par la CJUE » (Consid. 6).

La CJUE avait en effet précisé que les mesures de relèvement, de réhabilitation ou d'exclusion de la mention au casier judiciaire ne constituent pas des mesures appropriées, si elles ne peuvent être prises dans des délais compatibles avec ceux des procédures de passation et si elles ne sont pas fondées sur une évaluation par l'autorité judiciaire des mesures correctrices prises par l'opérateur et qu'elles ne donnent ainsi aucune garantie à l'acheteur sur la fiabilité de l'opérateur (§36).

Par conséquent, l'exclusion d'un candidat par un acheteur public ne pourrait plus être automatique, sur le seul constat d'une condamnation pénale de l'un des candidats.

L'exclusion automatique ne pourrait donc intervenir que dans l'hypothèse d'une condamnation prononçant l'interdiction de participer à une procédure de passation (par exemple, une peine d'exclusion des marchés publics prévue au code pénal), et non pas sur le seul constat de l'existence d'une condamnation définitive pour l'une des infractions listées par les ordonnances précitées ou le code de la commande publique :

« 19 - À cet égard, ne saurait être assimilée à une exclusion par un jugement définitif, au sens de l'article 38, paragraphe 9, troisième alinéa, de la directive 2014/23, une exclusion qui, en vertu d'une réglementation nationale telle que l'article 39, paragraphe 1, de l'ordonnance n° 2016-65, est prévue de manière automatique à l'égard de tout opérateur économique condamné par un jugement définitif pour l'une des infractions visées à l'article 38, paragraphe 4, de la directive 2014/23.

20- En effet, il ressort sans ambiguïté du libellé de l'article 38, paragraphe 9, troisième alinéa, de la directive 2014/23 que l'exclusion doit directement résulter d'un jugement définitif relatif à un opérateur économique

déterminé, et non du seul fait, notamment, qu'une condamnation a été prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons énumérées à l'article 38, paragraphe 4, de la directive 2014/23 »

Cette précision est bienvenue et devrait permettre de clarifier la situation résultant de la rédaction des ordonnances 2015-899 et 2016-86 et du Code de la commande publique.

Dans un souci de ne pas « maintenir dans l'ordre juridique français des règles incompatibles avec les objectifs de la directive du 26 février 2014 », le Conseil d'État précise les règles applicables « dans l'attente de l'édiction de dispositions législatives et réglementaires nécessaires au plein respect des exigences découlant du droit de l'Union européenne » :

« 10. La présente décision a nécessairement pour conséquence que, dans l'attente de l'édiction des dispositions législatives et réglementaires nécessaires au plein respect des exigences découlant du droit de l'Union européenne, l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession prévue à l'article L. 3123-1 du code de la commande publique 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 traitement ».

Dans l'attente de l'édiction de nouvelles dispositions, les autorités concédantes seront tenues d'examiner les mesures prises par un candidat qui, ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions listées, a entendu « corriger les manquements pour lesquelles il a été condamné définitivement », avant toute exclusion de sa candidature.

Une telle solution, rendue sur les dispositions applicables en matière de contrats de concession, paraît également pouvoir être étendue aux marchés publics soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et au Code de la commande publique.

En effet, alors que l'article 57 de la directive 2014/24/UE relative aux marchés publics, dans une rédaction identique à celle de la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession, prévoit la possibilité pour un opérateur de démontrer sa fiabilité, cette faculté n'apparaît ni dans l'ordonnance n° 2015-899, ni dans le Code de la commande publique, lesquels traitent de surcroît indistinctement « l'exclusion automatique » sur seul constat d'une condamnation et « la peine d'exclusion des marchés publics »⁽¹⁰⁾ qui ne peut être prononcée que par un juge.

Si une telle perspective peut être rassurante pour les opérateurs économiques qui ne seront plus privés de la faculté de montrer qu'ils ont pris des mesures correctrices, il restera à déterminer l'étendue du contrôle sur ces mesures et si un tel examen sera confié aux acheteurs publics ou à un juge.

[10] Voir article 45 1° de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et de l'article L. 2141-1 du Code de la commande publique.