

N° 419146  
Société Vert Marine

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 27 mai 2019  
Lecture du 14 juin 2019

## CONCLUSIONS

**Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

Moralisation ou libre concurrence ? Loin d'être philosophique ou sociétale, cette alternative se pose devant vous aujourd'hui s'agissant des contrats de concession. En ne prévoyant pas de dispositif de mise en conformité pour les candidats exclus de la possibilité de candidater à un tel contrat, le droit français respecte-t-il les exigences posées par le droit de l'Union ? Autrement dit, l'exigence de moralisation peut-elle permettre de restreindre l'accès à la commande publique au-delà de ce que prévoit le droit de l'Union ?

1. La société Vert Marine, requérante, est spécialisée dans la gestion déléguée d'équipements de sport et de loisirs. Son activité résulte en très grande partie de l'exploitation de contrats de concession passés avec des collectivités territoriales.

Elle vous demande d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet née du silence gardé par le Premier ministre sur sa demande tendant à l'abrogation des articles 19 et 23 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession. Elle vous demande également d'enjoindre au Premier ministre d'abroger ces dispositions et de les remplacer par d'autres dispositions permettant d'assurer la conformité de ce décret au droit de l'Union européenne.

Elle soutient, en substance, que ces articles instituent un dispositif d'interdictions obligatoires de soumissionner, qui est incompatible avec les dispositions de l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 portant sur l'attribution de contrats de concession.

2. Trois précisions doivent être apportées au préalable.

Première précision : les articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 ont été abrogés, depuis le 1<sup>er</sup> avril dernier, par le décret du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique. Mais leurs dispositions ont été reprises dans leur substance aux articles R. 3123-16 à R. 3123-21 du code de la commande publique. Les conclusions tendant à leur abrogation n'ont donc pas perdu leur objet (*Section, 5 octobre 2007, Ordre des avocats du barreau d'Evreux, n° 182321*).

Deuxième précision : vous pourrez facilement écarter la fin de non-recevoir opposée par le ministre de l'économie et des finances, tirée de ce que la société Vert Marine serait dépourvue d'intérêt à agir contre les dispositions réglementaires litigieuses. Comme nous l'avons dit, cette société vit en grande partie de l'exploitation de contrats de concession, ce qui suffit à

notre sens à lui reconnaître un intérêt à agir en l'espèce. Bien que cet argument ne soit guère à son honneur, nous devons aussi vous signaler que la société et ses dirigeants sont susceptibles d'être condamnés définitivement à raison de favoritisme et de recel de favoritisme, pour lesquels ils ont été renvoyés devant les juridictions judiciaires. Cette circonstance ne nous paraît pas déterminante, mais elle renforce, si vous en doutiez, son intérêt à agir s'agissant de dispositions susceptibles de limiter, de ce fait, son accès à la commande publique.

Dernière précision : vous pourrez tout aussi facilement écarter le moyen de légalité externe. Le moyen tiré du vice de forme que constituerait le défaut de contreseing ne peut être utilement soulevé à l'encontre de la décision de refus d'abrogation, conformément à votre jurisprudence d'Assemblée Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT (18 mai 2018, n° 414583, au Recueil).

3. Venons-en au fond. L'unique moyen de légalité interne consiste à soutenir que les articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 sont illégaux en tant qu'ils font application de l'article 39 de l'ordonnance, considéré comme incompatible avec le droit de l'Union.

Contrairement à ce que soutient le ministre, ce moyen est, à notre sens, opérant. Les dispositions réglementaires litigieuses ont bien été prises - nous y reviendrons - pour l'application des dispositions de valeur législative dont l'inconventionnalité est critiquée. Votre jurisprudence C... (13 juin 2016, M. C... et M. M..., n° 372721, aux Tables) a donc vocation à s'appliquer, rendant le moyen opérant. Nous ne voyons pas en effet pourquoi vous devriez réserver un traitement différent dans le cas d'un recours dirigé non contre l'acte réglementaire lui-même, mais contre le refus d'en prononcer l'abrogation, dès lors que c'est toujours la légalité de dispositions réglementaires qui est en cause.

4. Ceci étant précisé, il est nécessaire de vous exposer d'abord ce que sont les exigences du droit de l'Union.

L'article 38 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des concessions pose un principe d'exclusion. Il prévoit, en effet, que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices excluent un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession lorsque cet opérateur a commis un ou plusieurs des manquements énumérés aux paragraphes 4 à 8 de cet article.

Il s'agit notamment de la participation à une organisation criminelle, de la fraude, de la corruption, des infractions terroristes, du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, du travail des enfants ou des autres formes de traite des êtres humains. Pour ces raisons (§ 4), comme pour le non-paiement des impôts, taxes ou cotisations sociales ayant fait l'objet d'une décision judiciaire ou administrative « ayant force de chose jugée » (§ 5), les interdictions de soumissionner sont prévues de façon obligatoire.

D'autres cas (huit) d'interdictions facultatives de soumissionner sont, par ailleurs, prévus (par exemple des manquements aux obligations environnementales, des fautes professionnelles graves ou encore des défaillances dans l'exécution d'une concession antérieure, §7).

Toutefois, qu'il s'agisse des exclusions obligatoires ou facultatives, le paragraphe 9 de ce même article 38 permet en quelque sorte aux opérateurs de « se racheter », si vous nous permettez l'expression ou, en des termes plus choisis, de solliciter un dispositif de « mise en conformité », « réhabilitation » ou « auto-apurement ».

Ce paragraphe prévoit 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. (...)».

Cette faculté de faire preuve de sa fiabilité n'est toutefois pas ouverte dans le cas d'un opérateur économique exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession, pendant la période d'exclusion fixée par le jugement.

Le paragraphe 10 dispose ensuite que « Par disposition législative, réglementaire ou administrative, et dans le respect du droit de l'Union, les Etats membres arrêtent les conditions d'application du présent article.(...)».

Le droit de l'Union prévoit ainsi la possibilité pour un opérateur économique d'attester sa fiabilité auprès d'un pouvoir adjudicateur. Et il renvoie au droit national pour en déterminer les conditions d'application, qu'il a déjà grandement guidées.

Précisons que ces dispositions trouvent leur équivalent à l'article 57 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et que les textes de droit national sont aussi similaires s'agissant des marchés publics.

#### 4. Que disent les textes de droit national ?

Au rang législatif, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (qui a été ratifiée<sup>1</sup>), dont les dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article L. 3123-1 du code de la commande publique, pose le principe d'exclusion, à titre obligatoire (article 39) ou facultatif (42).

Ces articles 39 et 42 ne sont toutefois pas d'une lecture très aisée. D'abord, parce qu'ils ne retracent pas parfaitement la ligne de partage faite par la directive et l'ordonnance entre les exclusions obligatoires et facultatives. Ensuite, parce que certains motifs d'exclusion prévoient des dispositifs d'auto-apurement ou des mécanismes comparables<sup>2</sup>.

Mais ce qui est très clair en revanche, c'est qu'hormis ces cas, aucun dispositif de mise en conformité n'est envisagé, au 1° et au 3° de l'article 39. Le 1° de l'article 39 - qui est ciblé par la requête - vise les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues à un certain nombre d'articles énumérés du code pénal ou du code

<sup>1</sup> par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016

<sup>2</sup> Ainsi, les 4° et 5° de l'article 39 qui ont trait aux manquements à certaines obligations dans le domaine du droit du travail comportent des précisions tendant à rendre inapplicable l'interdiction en cas de non-inscription au bulletin n°2 du casier judiciaire, de sursis, d'ajournement ou de relèvement de peine. Surtout, les quatre cas d'interdictions facultatives mentionnés au I de l'article 42 sont assortis (au II du même article) d'une « clause générale d'auto-apurement », aux termes de laquelle l'opérateur ne peut être exclu que « s'il a été mis à même par l'autorité concédante d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause (...) ».

général des impôts et pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre.

Il prévoit en outre que la condamnation définitive pour l'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. Il dispose enfin que l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

L'article 39 de l'ordonnance est explicitement visé par les articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016, qui nous intéressent.

Le I de l'article 19 du décret prévoit que le candidat produit, à l'appui de sa candidature, notamment une déclaration sur l'honneur attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion. Le II prévoit que le candidat produit l'ensemble des documents justifiant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévues par les articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

Le II de l'article 23 du décret prévoit notamment que les candidatures irrecevables sont éliminées, en précisant qu'est notamment irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des mêmes articles de l'ordonnance.

La lecture des articles 19 et 23 du décret nous conduit, à ce stade, à une conclusion qui ne fait guère place au doute : aucune disposition ne prévoit la possibilité, pour un opérateur qui serait condamné par un jugement définitif de mettre en œuvre des mesures destinées à attester de sa fiabilité auprès d'un pouvoir adjudicateur.

Naturellement, si de telles dispositions existaient par ailleurs, la difficulté serait résolue. Mais tel ne nous semble pas être le cas, sauf à estimer que d'autres dispositifs pré existants du droit national permettent d'arriver à une solution identique.

C'est ce que soutient le ministre de l'économie et des finances en se référant aux dispositifs du relèvement judiciaire, de la réhabilitation judiciaire ou de l'exclusion de mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire.

5. Ce cheminement nous conduit à deux questions.

La première est de savoir si le droit de l'Union impose que les Etats membres prévoient des dispositifs d'auto-apurement ou s'il est, au contraire, possible, pour un Etat membre de s'en dispenser, de façon volontaire, dans un souci de moralisation de la commande publique.

Cette option a une conséquence importante puisqu'elle revient à fermer à un opérateur économique la possibilité de fournir au pouvoir adjudicateur des preuves attestant de sa fiabilité et, partant, de présenter sa candidature. Elle répond à un objectif de moralisation de la commande publique ou d'ordre public économique. Mais elle revient à restreindre la concurrence au moins théorique, en termes de nombre de candidats potentiels, et même réelle, en empêchant une entreprise de candidater alors que ces dispositifs l'auraient éventuellement

permis. Autrement dit, cette option « pro-moralisation » restreint la concurrence en droit et en fait.

Est-elle, en conséquence, compatible avec le droit de l'Union ? La réponse à cette première question ne va pas de soi, pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, la directive ne semble pas prévoir une telle option pour les Etats membres, puisqu'elle définit les voies permettant de lever le principe d'exclusion et confie aux Etats 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.

De plus, si nous lisons ces dispositions à la lumière des objectifs définis au point 71 du préambule de la directive, il n'apparaît pas que les Etats membres puissent se dispenser de ces dispositifs. Il y est d'abord indiqué que les opérateurs économiques « devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité », puis il est précisé que « cependant, il convient de laisser aux Etats membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes applicables ». Il n'est pas dit qu'il convient de laisser aux Etats membres le choix d'appliquer ou non ces dispositifs, mais seulement d'en déterminer les conditions exactes.

Enfin, une option serait de considérer que la directive se suffit à elle-même, mais ce serait un grand effort, pour ne pas dire plus, au regard de l'absence d'effet direct des directives à l'encontre des particuliers. En tout état de cause, nous ne la lisons pas ainsi puisqu'elle demande aux Etats membres de prévoir ses conditions d'application. Si elle est précise dans ses objectifs, elle ne l'est pas suffisamment dans les conditions d'application - esquissées et surtout renvoyées - pour être « auto-porteuse ».

La jurisprudence européenne sur les interdictions de soumissionner est peu abondante. Elle a retenu, sous certaines conditions, que d'autres mesures d'exclusion pouvaient être prévues par les Etats membres, ce qui irait plutôt dans le sens d'une acceptation d'exigences plus fortes en termes de moralisation (arrêt Michaniki du 18 décembre 2008 (C-213/07) rendu à l'égard de la directive de 1993). Mais elle ne s'est jamais prononcée sur les dispositifs de mise en conformité.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée une fois, récemment, sur ce mécanisme (CJUE, 24 octobre 2018, Vossloh Laeis GmbH, aff. C-124/17, sur l'article 57 de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics, avec des dispositions proches), mais sans que nous puissions en tirer des conclusions sur la question qui nous intéresse, car l'arrêt porte sur les conditions d'application, en aval, du mécanisme de mise en conformité et non sur son existence.

Nous pensons donc plutôt être face à un risque d'inconventionnalité, du moins il nous paraît délicat que vous puissiez affirmer le contraire avec certitude.

Sous réserve de la réponse à cette première question – autrement dit, si le droit de l'Union impose de prévoir des dispositifs de mise en conformité - la seconde question consiste à savoir si les autres dispositifs présentés en défense par le ministre peuvent être considérés comme équivalents à des dispositifs de mise en conformité.

S'agissant du relèvement, le second alinéa de l'article 132-21 du code pénal dispose que « *Toute personne frappée d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale, peut, par le jugement de condamnation ou par jugement ultérieur, être relevée en tout ou partie, y compris en ce qui concerne la durée, de cette interdiction, déchéance ou incapacité, dans les conditions fixées par le code de procédure pénale.* ».

Le juge judiciaire est libre de le prononcer à l'occasion du jugement ou ultérieurement. Il s'apparente à un aménagement de la sanction pénale. Par un arrêt récent (Chambre criminelle, 20 décembre 2017, 17-90018), la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le 1° de l'article 45 de l'ordonnance marchés publics en relevant que cette mesure visait à garantir l'intégrité et la moralité des professionnels susceptibles de candidater à des marchés publics ainsi que l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qu'elle constituait une mesure de police et de sûreté, non soumise aux principes de nécessité et d'individualisation de la peine. Au-delà de la caractérisation ainsi donnée au relèvement, cette question prioritaire de constitutionnalité et son rejet nous renseignent peu sur la question qui nous intéresse ici. Ce qui ressort des textes, c'est que le relèvement ne fait pas disparaître la sanction pénale. Surtout, il ne donne pas de garanties en termes de prévention de nouvelles infractions ou de nouvelles fautes.

S'agissant de la suppression de la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire, prévue à l'article 775-1 du code de procédure pénale, elle peut être prononcée soit dans le jugement de condamnation, soit par jugement rendu postérieurement sur la requête du condamné. Elle n'apporte, elle non plus, aucune preuve de plus grande fiabilité à l'avenir.

S'agissant enfin de la réhabilitation judiciaire, prévue à l'article 133-12 du code pénal, si elle efface, comme l'amnistie, toutes les incapacités et déchéances résultant d'une condamnation, elle ne présente pas plus de garanties en termes de prévention de survenance de nouvelles fautes. Ses conditions, prévues par le code de procédure pénale, sont, de plus, différentes de celles des mises en conformité puisqu'elle ne peut être demandée immédiatement, mais à l'issue d'un certain délai (respectivement de cinq, trois et un ans pour les crimes, délits et contraventions<sup>3</sup> pour les personnes physiques et de deux ans pour les personnes morales<sup>4</sup>).

Leur logique comme leurs effets nous semblent ainsi très différents de ceux recherchés par la directive. Celle-ci vise à ce que les candidats exclus fassent la preuve de leur fiabilité en apportant des garanties 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...).

Outre leur logique et leurs effets différents, ces dispositifs posent une autre difficulté tenant à leur auteur : ils ont pour point commun d'être mis en œuvre par l'autorité judiciaire. C'est elle qui se prononce et non le pouvoir adjudicateur lui-même.

Or, la directive semble plutôt renvoyer à une appréciation portée par le pouvoir adjudicateur. Mais son considérant 71 évoque « d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé », laissant ainsi penser que la mise en conformité pourrait relever d'autres autorités que le

<sup>3</sup> Article 786 du code de procédure pénale

<sup>4</sup> Article 799 du code de procédure pénale

pouvoir adjudicateur, administratives, voire juridictionnelles. Dans son arrêt Vossloh précité, la CJUE s'est référé au considérant 102 de la directive 2014/24 (identique du considérant 71 de la directive 2014/23 qui nous intéresse) pour estimer que les Etats membres « devraient être libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé ».

Cette seconde question peut aussi se poser dans l'hypothèse où la lecture de la directive serait qu'elle n'oblige pas la mise en place de dispositifs de conformité, mais que, dès lors que les Etats-membres en prévoient, ils doivent alors correspondre à la description qu'elle en fait.

Au total, nous pensons que ces deux questions n'appellent pas de réponse évidente : moralisation de la commande publique versus garantie d'accès large à celle-ci, dispositifs de mise en conformité versus dispositifs judiciaires, ces alternatives ne sont pas aisées à déterminer. Elles supposent, selon nous, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur ces deux points.

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il soit sursis à statuer sur la requête présentée par la société Vert Marine jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les questions suivantes :

- *La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des concessions doit-elle être regardée comme permettant aux Etats membres, dans un objectif de moralisation de la commande publique, de ne pas donner à un opérateur économique condamné par un jugement définitif pour une des infractions énumérées au § 4 de son article 38 et faisant l'objet pour ce motif d'une mesure d'interdiction de participer à une procédure de passation d'un contrat de concession 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 Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des concessions permet aux Etats 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, les dispositifs de relèvement, de réhabilitation judiciaire et d'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire prévus par le droit interne peuvent-ils être assimilés à des dispositifs de mise en conformité au sens de la même directive ?*