

**N° 419146**  
**Société Vert Marine**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 25 septembre 2020**  
**Lecture du 12 octobre 2020**

## **Conclusions**

### **Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

Lors de notre séance du 27 mai 2019, nous vous avons proposé de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, que nous avons alors abusivement résumée autour de l'alternative « Moralisation ou libre concurrence ». En ne prévoyant pas de dispositif de mise en conformité pour les candidats exclus de la possibilité de candidater à un contrat – en l'espèce de concession - le droit français respectait-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. Dressons un bref rappel du litige et des textes en question

La société Vert Marine vous a demandé 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 a aussi demandé 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 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.

Cet article 38 pose un principe d'exclusion : 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<sup>1</sup>.

Toutefois, qu'il s'agisse des exclusions obligatoires ou facultatives, le paragraphe 9 de ce même article 38 permet aux opérateurs de solliciter un dispositif dit de « mise en conformité », « réhabilitation » ou « auto-apurement ». Il 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 (...)* ».

Au plan national, au rang législatif, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (qui a été ratifiée<sup>2</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).

Certains motifs d'exclusion prévoient des dispositifs d'auto-apurement ou des mécanismes comparables<sup>3</sup>. 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 général des impôts et pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre.

Il prévoit également 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

---

<sup>1</sup> par exemple des manquements aux obligations environnementales, des fautes professionnelles graves ou encore des défaillances dans l'exécution d'une concession antérieure, §7

<sup>2</sup> par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016

<sup>3</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 (...) ».

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, et sont aujourd'hui repris aux articles R. 3123-16 à R. 3123-21 du code de la commande publique

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.

Aucune disposition ne prévoit ainsi 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. Le ministre de l'économie et des finances soutenait devant vous que d'autres mécanismes permettaient toutefois d'arriver à la même solution.

Vous avez décidé, par votre décision du 14 juin 2019, de transmettre deux questions à la CJUE que nous résumons ainsi :

1. le droit de l'Union impose-t-il de prévoir des dispositifs de mise en conformité ?
2. si oui, les autres dispositifs présentés en défense par le ministre peuvent-ils être considérés comme équivalents à des dispositifs de mise en conformité ? Cette interrogation provenait notamment de ce qu'ils sont mis en oeuvre par les autorités judiciaires.

3. Par son arrêt du 20 juin dernier, la CJUE vous a apporté les réponses suivantes.

A la première question, elle a clairement répondu « oui » : « L'article 38 paragraphe 9 de la directive (...) 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 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 ».

A la seconde question, la Cour a répondu que la directive ne s'opposait pas, par principe, à ce que l'examen du caractère approprié des mesures correctrices prises par un opérateur économique soit confié aux autorités judiciaires, mais elle y a posé deux conditions :

- l'ensemble des exigences posées à l'article 38 paragraphe 9 doivent être respectées
- et la procédure applicable doit être compatible avec les délais imposés par la procédure de passation des contrats de concession.

Elle a, en outre, précisé que les procédures judiciaires existantes devaient ainsi répondre effectivement aux conditions posées, et en particulier permettre, 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, ce qu'il vous appartient désormais de vérifier.

3.Or, les trois procédures mises en exergue par le ministre ne permettent pas de répondre à ces exigences.

Pour mémoire, il s'agit de l'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire (article 775-1 du code de procédure pénale), du relèvement (article 132-21 du code pénal) qui permet à la juridiction judiciaire de relever en tout ou partie une personne d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque résultant d'une condamnation pénale et de la réhabilitation (article 133-12 du code pénal) qui permet d'effacer toutes les incapacités et déchéances résultant d'une condamnation.

Or, ces dispositifs comprennent notamment des délais qui ne sont pas compatibles avec les exigences posées par la Cour, sauf à créer des référés ad hoc, mais ce n'est pas l'état du droit. Ainsi, le relèvement, s'il n'est pas prononcé simultanément avec la condamnation, peut être différé, mais des délais doivent alors être respectés pour le demander, qui peuvent être de six mois. Le mécanisme est ressemblant s'agissant de l'exclusion de la mention au bulletin n°2 du casier judiciaire. Et, s'agissant de la réhabilitation, ces délais peuvent être de trois ans.

De plus, leurs conditions de mise en œuvre apparaissent peu en phase avec les exigences posées par la Cour. Ainsi, le relèvement ne s'applique qu'aux peines complémentaires et non aux peines de substitution à l'emprisonnement prononcées à titre de peines principales<sup>4</sup>. Autrement dit, les opérateurs économiques qui feraient l'objet d'une peine principale d'exclusion des marchés ne peuvent recourir à cette procédure.

Surtout, s'agissant de leurs effets, ils 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.

Ils ne peuvent donc pas être regardés comme des dispositifs de mise en conformité au sens du droit de l'Union.

---

<sup>4</sup> Ch. Crim., 31 mai 1994, n° 93-83.486 ; Bull. crim. 1994, n° 214

L'article L. 3123-1 du code de la commande publique, qui a codifié le 1° de l'article 39 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> février 2016, est donc incompatible avec la directive 2014/23, en tant qu'il ne prévoit pas de dispositif de mise en conformité.

4. Vous devez donc en tirer les conséquences s'agissant du recours dont vous êtes saisi.

Etant rappelé que vous avez regardé le moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions législatives comme opérant dans votre décision du 14 juin 2019, la société Vert Marine est fondée à demander l'annulation de la décision implicite du Premier ministre rejetant sa demande d'abrogation des dispositions des articles 19 et 23 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016. Ces articles, qui fixent la liste des documents permettant de justifier qu'un candidat ne fait l'objet d'aucune exclusion de soumissionner, doivent en effet être regardés comme ayant été pris pour l'application de ces dispositions législatives. Vous avez admis qu'ils pouvaient être contestés « en tant que ne pas », c'est-à-dire en l'espèce en ce qu'ils ne prévoient pas de dispositif de mise en conformité.

Au-delà de l'annulation, comment traiter les demandes d'injonction de prendre les dispositions nécessaires ?

Vous avez précisé, avec votre jurisprudence d'Assemblée Vassilikiotis (29 juin 2001, n° 213229, au Recueil), les conséquences à tirer d'une annulation « en tant que ne pas », à travers d'une part, le pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration pour qu'elle prenne une réglementation nouvelle pour combler le vide sanctionné, d'autre part, le pouvoir, pour le juge administratif, de définir lui-même un régime juridique comblant ce vide à titre transitoire, dans l'attente des mesures définitives.

Comment procéder lorsque c'est la loi elle-même qui est incompatible avec le droit de l'Union ?

Avec votre décision Association La Cimade (30 juillet 2014, n° 375430, au Recueil, conclusions Edouard Crépey), vous avez retenu que « *lorsqu'il est clair que les dispositions nationales existantes n'assurent pas pleinement la mise en œuvre des dispositions du droit de l'Union européenne, et dans l'attente de l'édition des dispositions législatives ou réglementaires qu'appelle, selon les cas, le plein respect des exigences qui en découlent, il appartient aux ministres, d'une part, de prescrire aux services placés sous leur autorité de ne pas appliquer ces dispositions et, d'autre part, le cas échéant, de prendre, sous le contrôle du juge, les mesures qui sont strictement nécessaires au bon fonctionnement de ces services dans des conditions conformes avec les exigences découlant du respect du droit de l'Union européenne et dans le respect des règles de compétence de droit national* »

En l'espèce, au minimum, vous devez donc définir, dans la période intermédiaire précédant les modifications des textes, les mesures permettant d'assurer le respect de la directive. Dans cette hypothèse, vous vous inspirez parfois de l'état des textes antérieurs lorsque cela est possible (31 juillet 2019, Association La Cimade et autres, n°s 428530, 428564, au Recueil, conclusions Guillaume Odinet).

Vous pourriez ici retenir une formule similaire à celle que l'ordonnance de 2016 a prévue dans le cas des interdictions facultatives de soumissionner (article 42 de l'ordonnance), reprise à l'article L. 3123-11 du code de la commande publique. Ainsi, l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession ne serait pas applicable si la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations et a établi qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions 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.

Pouvez-vous aller au-delà en enjoignant au Premier ministre de prendre des dispositions réglementaires ?

Il va de soi que vous ne pouvez pas procéder par injonction s'agissant de ce qui relève du domaine de la loi. Vous faites clairement interdiction au pouvoir réglementaire d'empiéter sur les compétences que l'article 34 de la Constitution confie au seul législateur pour remédier à une méconnaissance du droit de l'Union (30 juillet 2003, Association Avenir de la langue française, n° 245076, au Recueil). Autrement dit, vous ne pouvez pas résoudre une inconvencionnalité par une inconstitutionnalité.

Dans l'attente de la nécessaire modification législative, vous ne pouvez pas non plus enjoindre de prendre des mesures réglementaires d'application de la loi. Non pas parce que cela reviendrait, même indirectement, à prononcer une injonction à l'égard du pouvoir législatif, car votre décision ne comporterait évidemment aucune contrainte de la sorte. Mais vous placeriez ainsi 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.

Nous n'avons pas identifié de précédent dans votre jurisprudence dans lesquels vous auriez fait droit à une injonction d'édicter des mesures réglementaires d'application lorsque les dispositions législatives doivent préalablement être modifiées pour être compatibles avec le droit de l'Union. Dans ces cas, vous annulez les dispositions réglementaires attaquées et vous indiquez au pouvoir réglementaire la marche à suivre en termes de mesures provisoires, dans l'attente des modifications législatives et réglementaires (décisions La Cimade de 2014 et de 2019 précitées).

Vous pourriez sans doute envisager de procéder par injonction au pouvoir réglementaire de prendre des mesures réglementaires si la loi était elle-même intervenue dans le domaine réglementaire ou dans l'hypothèse du pouvoir réglementaire au moins en partie autonome. Mais nous sommes ici dans le pouvoir réglementaire d'application de la loi et sont en jeu des libertés – la liberté du commerce et de l'industrie – ainsi que la libre administration des collectivités territoriales pour leurs contrats, qui ne permettent pas, nous semble-t-il, d'enjoindre directement au pouvoir réglementaire de prendre un décret, à loi inchangée.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de la décision implicite attaquée, cette annulation comportant pour les autorités concédantes les obligations précédemment énoncées, dans l'attente des modifications législatives et réglementaires nécessaires au plein respect des exigences découlant du droit de l'Union
- à ce que l'Etat verse à la société Vert Marine la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- au rejet du surplus des conclusions.