



HAL
open science

Inconstitutionnalité des interdictions automatiques de soumissionner

Sophie Corioland

► **To cite this version:**

Sophie Corioland. Inconstitutionnalité des interdictions automatiques de soumissionner. *Actualité juridique Pénal*, 2022, 03, pp.147-150. halshs-03614022

HAL Id: halshs-03614022

<https://shs.hal.science/halshs-03614022v1>

Submitted on 15 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Inconstitutionnalité des interdictions automatiques de soumissionner : une occasion manquée

Cons. const. 28 janv. 2022, n° 2021-966 QPC

Sophie Coriolland, Maître de conférences à l'université polytechnique Hauts-de-France, co-directrice de l'IEJ de Valenciennes

Le 28 janvier 2022, le Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer sur la conformité de deux dispositions du code de la commande publique, rendait un non-lieu à statuer. Les Hauts-magistrats laissaient ainsi en suspens la remise en cause, pourtant espérée, du dispositif d'exclusion automatique des procédures de commande publique, consécutive à une condamnation pénale de l'opérateur économique.

En l'espèce, par une décision du 17 novembre 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait transmis une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur l'exclusion de plein droit, pour une durée de cinq ans, des procédures de passation des marchés publics (1) et des contrats de concession (2), applicable aux personnes condamnées de manière définitive pour diverses infractions ou pour leur recel. Les comportements visés par les deux textes sont nombreux et quasiment identiques. La liste comprend les infractions de trafic de stupéfiants, la traite des êtres humains, certaines atteintes aux biens comme l'escroquerie, l'abus de confiance, le blanchiment, mais aussi des infractions portant atteinte à la Nation, l'État et la paix publique telles que le terrorisme, les atteintes à la probité (concussion, corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, entrave à l'exercice de la justice, etc.), la participation à une association de malfaiteurs ou encore des infractions de fraudes fiscales et de résistance à l'impôt prévues par le code général des impôts. L'article L. 2141-1 du code de la commande publique précise également qu'à cette liste s'ajoutent les infractions équivalentes prévues par un autre État membre de l'Union européenne. Enfin, on notera que ces mesures d'exclusion s'appliquent à la personne morale, lorsque la condamnation a été infligée à l'un de ses organes ou représentants et ce, tant que le condamné exerce ses fonctions (3).

De façon plus précise, la Cour de cassation a considéré qu'en raison de l'automaticité du prononcé de la mesure d'exclusion, les dispositions étaient susceptibles de porter atteinte au principe de nécessité et d'individualisation des peines et au principe d'accès au juge consacrés par les articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Retenant alors le caractère sérieux de la question, la chambre criminelle saisissait le Conseil constitutionnel. Par une telle position, la Cour de cassation rompait avec sa jurisprudence antérieure. À deux reprises auparavant (4), les Hauts magistrats avaient en effet refusé de transmettre une QPC, en qualifiant une telle exclusion automatique de « mesure de police et de sûreté » (5), ayant « pour objet d'assurer l'intégrité et la moralité des candidats à l'accès aux marchés » (6) et non de peine.

Toutefois, une fois saisis, les juges de la rue de Montpensier ne vont pas se prononcer sur la « nature » de ces exclusions. En effet, ils retiennent que les dispositions litigieuses sont le fruit de la transposition de deux directives. En conséquence, et conformément à leur jurisprudence traditionnelle, ils considèrent qu'ils ne peuvent pas contrôler des dispositions qui ainsi se « bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne » (7). Ils précisent malgré tout que les mesures contestées n'instituent pas de sanction ayant le caractère d'une punition.

Cette décision s'inscrit donc dans la droite ligne de la jurisprudence constitutionnelle applicable au contrôle des lois de

transposition de directives. Néanmoins, ce non-lieu à statuer déçoit par l'absence de réponse qu'il apporte et, surtout, prête largement le flanc à la critique en laissant perdurer une situation dont la conformité au droit de l'Union européenne est discutée.

1. Une décision conforme à la jurisprudence développée sur le contrôle des lois de transposition

La lecture de la décision ne surprendra sans doute pas les constitutionnalistes aguerris. Ce n'est pas la première fois que les Sages refusent de se prononcer sur des dispositions de transposition de directives. La jurisprudence est désormais établie par une vingtaine de décisions. Depuis 2004 (8), le juge constitutionnel affirme ne pas être compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. En pareille hypothèse, le contrôle opéré se limite aux « règles et principes ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne » (9), ce que le Conseil désigne sous la formulation « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ». Il l'a d'ailleurs rappelé récemment dans sa décision *Société Air France* (10), dans laquelle, fait « inattendu » (11), il dégage, pour la première fois, l'un de ces principes.

Un tel raisonnement est convaincant. Si la loi opère une simple transposition d'un contenu de directive, en reproduisant fidèlement le texte européen, il n'est pas possible de la remettre en cause. En effet, la norme européenne « fait écran », la loi « épous[ant] exactement le contenu de celle-ci » (12). Se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution qui prévoit que « la République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », le Conseil constitutionnel en déduit qu'« il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne » (13).

Or, en l'espèce, les dispositions déferées au Conseil constitutionnel avaient été intégrées en droit interne par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, pour transposer respectivement l'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Ces deux articles instaurent des motifs d'exclusion pour les opérateurs économiques ayant été condamnés pénalement, soit pour les marchés publics, soit pour les contrats de concession. L'ordonnance précitée (ensuite codifiée dans le code de la commande publique) opérant une reprise fidèle de ces motifs, le non-lieu à statuer semble à ce stade tout à fait justifié.

Toutefois, une lecture plus approfondie des deux directives n'amène pas à la même conclusion. Ainsi, il ressort de l'analyse qu'en transposant les textes, le législateur français n'a pas repris les règles européennes dans leur intégralité. Partant, sur la base de ce constat, le Conseil constitutionnel aurait pu rendre une tout autre décision, comme certains commentateurs l'espéraient au demeurant (14).

2. Une décision décevante laissant perdurer une situation critiquable

La principale critique pouvant être formulée à l'encontre de la décision concerne le fait que le juge constitutionnel n'a pas recherché si les dispositions litigieuses transposaient l'intégralité du texte européen.

En l'espèce, les deux directives concernées, si elles mettent en place des cas d'exclusion automatique des procédures de marchés publics et de concessions, prévoient également, pour les opérateurs économiques condamnés, des possibilités de démontrer leur fiabilité pour échapper à ces mêmes exclusions. Selon ces textes, les opérateurs économiques peuvent faire la preuve qu'ils ont « versé ou entrepris de verser une indemnité de réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale », « clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête », et qu'ils ont « 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 » (15).

Or, pareils mécanismes d'auto-apurement (de « *self cleaning* » pour reprendre l'expression des juges européens) n'existent pas dans notre législation. Il apparaît donc que le droit français n'est pas une reprise exacte du droit européen, ce qui aurait dû permettre au juge constitutionnel d'exercer son contrôle.

Le refus de statuer est d'autant plus décevant que cette incompatibilité de notre législation était connue, comme en témoigne une décision du Conseil d'État du 12 octobre 2020 (16). En effet, faisant suite à une réponse de la Cour de justice de l'Union européenne (17), le Conseil d'État a jugé que les dispositions relatives à l'interdiction de soumissionner à un contrat de concession prévues par l'article L. 3123-1 du code de la commande publique étaient incompatibles avec l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014. Plus précisément, le Conseil d'État a affirmé que les articles qui encadraient la procédure d'exclusion pour un contrat de concession étaient contraires au droit de l'Union, faute de permettre au concessionnaire d'apporter la preuve que des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité avaient été prises. Comme le souligne le Conseil d'État, les dispositifs qui permettent d'échapper aux interdictions automatiques à la suite d'une condamnation pénale visées par le code de la commande publique sont le relèvement judiciaire (18), la réhabilitation judiciaire (19) ou encore l'exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire (20). Des solutions issues du droit commun qui, d'une part, ne permettent pas à la personne condamnée de faire la preuve de sa fiabilité et qui, d'autre part, sont dépendantes d'une décision de l'autorité judiciaire. Pour le Conseil d'État, il ne s'agit donc pas de dispositifs de mise en conformité au sens du droit européen. Tirant alors les conséquences de cette incompatibilité, le juge administratif décidait d'appliquer la solution transitoire proposée par la Cour de justice de l'Union européenne : dès lors que l'opérateur économique était en mesure de démontrer auprès de l'autorité concédante qu'il avait adopté des mesures correctrices, son exclusion de la procédure de passation n'était plus justifiée (21).

S'il est vrai que cette décision s'applique spécifiquement aux seuls contrats de concession, au vu des rédactions quasiment similaires des deux dispositions mises en cause, il est légitime de penser que la solution pourrait être étendue aux marchés publics. Cela est d'autant plus probable que, comme le souligne Lorraine Donnedieu de Vabre, le rapporteur public Mireille Le Corre semblait laisser ouverte cette possibilité dans ses conclusions (22).

En tout état de cause, et à la lumière de ces indications, le Conseil constitutionnel aurait pu brandir l'argument d'une transposition incomplète pour apprécier la conformité des règles applicables à la commande publique. On ne peut que regretter qu'il ne l'ait pas fait, donnant ainsi l'impression de « botter en touche » (23).

La seconde critique pouvant être formulée à l'encontre la décision concerne le refus de qualifier de peines les exclusions automatiques, comme l'y invitait pourtant le raisonnement de la Cour de cassation dans sa décision de transmission. Selon les requérants, ces exclusions constituent de véritables peines contrevenant aux principes de nécessité et d'individualisation des peines et du droit à un recours juridictionnel effectif (24).

Il est vrai que l'incompatibilité des exclusions automatiques de soumissionner avec les principes d'individualisation et de nécessité des peines ne paraît guère discutable, notamment parce qu'elles ne sont ni décidées, ni même modulées par une juridiction de jugement. Toutefois, pour apprécier la compatibilité de ces mesures avec les principes susvisés, il aurait fallu que les Sages considèrent que les exclusions étaient bien des peines, ce qu'ils ne font pas. Ils affirment en effet que les dispositions contestées n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics. Ils en concluent qu'il ne s'agit donc pas d'une « sanction ayant le caractère d'une punition ». Partant, les dispositions litigieuses se trouvent hors du champ de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Si de prime abord, la démonstration peut convaincre, il faut néanmoins rappeler que la jurisprudence du Conseil

constitutionnel sur la nature des interdictions automatiques est confuse, « décousue » (25) et à tout le moins incertaine. Il semble ainsi que les décisions soient davantage rendues « au gré du hasard que sur la base d'une analyse implacable » (26).

Concrètement, la jurisprudence constitutionnelle paraît reposer sur la distinction entre le but punitif ou le but préventif de la mesure. Toutefois, ce seul critère de finalité reste discutable, car une même mesure peut avoir plusieurs buts (27). Pour le dire autrement, en procédant de cette façon, le risque est que les Sages qualifient parfois de préventives des mesures non dénuées de tout caractère punitif (et réciproquement), ce qui pourrait être le cas dans la décision commentée. En effet, si les interdictions de soumissionner ne sont pas des mesures punitives, comment expliquer alors qu'elles ne s'appliquent pas lorsque le juge pénal a d'ores et déjà prononcé la peine complémentaire prévue par l'article 131-34 du code pénal simplement pour une durée différente (28) ? En outre, l'objectif de moralisation du droit de la commande publique et la volonté de prévenir certains comportements ont certes, sans doute, poussé le législateur européen à édicter ce type d'interdictions. Il n'en demeure pas moins que les personnes qui en sont frappées le perçoivent tout autant comme une punition, d'autant qu'une telle sanction est susceptible d'impacter la viabilité même de l'opérateur économique.

Pour conclure, il semble que le Conseil constitutionnel ait manqué l'occasion qui lui était offerte de se prononcer sur la conformité de ces interdictions automatiques, « douchant » (29) les espoirs de voir remis en cause un dispositif très contesté et dont les conséquences sont particulièrement lourdes pour ceux qui les subissent.

Face à cette sanction « implacable » (30) pour les opérateurs économiques, il est désormais urgent que le législateur réagisse (31)...

Mots clés :

PEINE * Marché public * Exclusion * Automatique * Constitutionnalité

(1) CCP, art. L. 2141-1 : « Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 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, 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. 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 de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions. Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ».

(2) CCP, art. L. 3123-1 .

(3) Sur ce pt., X. Pin qualifie cette disposition de « remarquable » puisque l'interdiction frappant la personne physique « rejailit » sur la personne morale dans laquelle elle exerce ses fonctions, ce qui s'apparente à une forme de

responsabilité pénale du fait d'autrui (Exclusion des marchés publics, J.-Cl. Pénal, art. 131-34, fasc. 20).

(4) Crim. 6 avr. 2011, n° 11-90.009 , AJDA 2011. 869 ; JCP 2011. 1949 ; Crim. 20 déc. 2017, n° 17-90.018 .

(5) Crim. 20 déc. 2017, préc.

(6) Crim. 6. avr. 2011, préc.

(7) Décis. commentée, § 5.

(8) Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC , AJDA 2004. 1534 , note J. Arrighi de Casanova ; *ibid.* 1937 ; *ibid.* 1385, tribune P. Cassia ; *ibid.* 1497, tribune M. Verpeaux ; *ibid.* 1537, note M. Gautier et F. Melleray , note

D. Chamussy ; *ibid.* 2261, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2005. 199 , note S. Mouton ; *ibid.* 2004. 1739, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 3089, chron. D. Bailleul ; *ibid.* 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2004. 651, note B. Genevois ; *ibid.* 2005. 465, étude P. Cassia ; RTD civ. 2004. 605, obs. R. Encinas de Munagorri ; RTD eur. 2004. 583, note J.-P. Kovar ; *ibid.* 2005. 597, étude E. Sales ; confirmé par Cons. const. 1^{er} juill. 2004, n° 2004-497 DC , D. 2005. 199 , note S. Mouton ; *ibid.* 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia ; RTD eur. 2004. 583, note J.-P. Kovar ; Cons. const. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC , D. 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia .

(9) Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC , Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri .

(10) Cons. const. 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC , *Sté Air France*, AJDA 2022. 172 , note J. Petit ; *ibid.* 2021. 2060 ; D. 2022. 50 , note J. Roux ; *ibid.* 244, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; JCP 2021. 2100, obs. M. Verpeaux ; JCP A 2021, n° 44, p. 6, obs. M. Charité ; Gaz. Pal. 2021, n° 40, p. 24, note P. Le Maigat.

(11) M. Heitzmann-Patin, Beaucoup de bruit pour rien ? Quand le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, RFDA 2021. 1097 .

(12) G. Trouiller, Les exclusions automatiques de la commande publique à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité, La Gazette de l'Institut de droit public des affaires déc. 2021, n° 47, p. 4.

(13) Cons. const. 10 juin 2004, préc.

(14) G. Trouiller, art. préc.

(15) Dir. 2014/24/UE du 26 févr. 2014, art. 57, § 6 et 2014/23/UE du 26 févr. 2014, art. 38, § 9.

(16) CE 12 oct. 2020, n° 419146 , *Sté vert marine*, Lebon T. ; AJCT 2019. 458, obs. C. Demunck ; JurisData n° 2020-016198 ; Dr. pénal 2021. Étude n° 13 ; JCP A 2020. Actu. 583 ; Rev. CMP 2019. Comm. 274, obs. E. Muller ; *ibid.* 2020. Comm. 332, note G. Eckert.

(17) CJUE 11 juin 2020, aff. C-472-19 , Rev. CMP 2020. Comm. 261, note G. Eckert.

(18) C. pén., art. 132-21 .

(19) C. pén., art. 133-12 .

(20) C. pr. pén., art. 775 ; Exclusion des marchés publics, J.-Cl. Pénal, art. préc.

(21) CE 12 oct. 2020, préc., pt 10.

(22) L. Donnedieu De Vabre, *Marchés publics - Fin de l'exclusion automatique de la passation des marchés publics en cas de condamnation définitive ?*, JCP 2021. 1819.

(23) F. Tenailleau, *Exclusions automatiques des marchés publics en raison de certaines infractions pénales : les parades*, Le Moniteur.fr, 31 janv. 2022.

(24) Cons. const. 28 janv. 2022, n° 2021-966 QPC , § 3.

(25) G. Trouiller, art. préc.

(26) *Ibid.*

(27) En ce sens, B. De Lamy, *Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue*, RSC 2013. 433 .

(28) J.-M. Brigant, *La douche froide du Conseil constitutionnel à propos de l'exclusion automatique des marchés*

publics, JCP 2022. 281.

(29) J.-M. Brigant, art. préc.

(30) D. Apelbaum, M. Durand-Poincloux et J. Pleissel, Condamnation pénale d'un opérateur économique : comment éviter l'exclusion automatique des marchés publics ?, Dr. pénal 2021. Étude 13.

(31) G. Gauch et R. Millard, Exclusions de plein droit de la procédure de passation des contrats de concession : le droit français méconnaît le droit de l'Union, Contrat public 2020, n° 215, p. 42 ; F. Tenailleau, art. préc.