



## LE MOT DE LA SEMAINE

# Marchés publics

1040

## Fin de l'exclusion automatique de la passation des marchés publics en cas de condamnation définitive ?



www.lexisnexis.fr



Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, avocate associée, Jeantet Associés, experte du Club des juristes

**E**n droit français, le Code de la commande publique prévoit une exclusion automatique des candidats de la procédure de passation des marchés publics faisant l'objet d'une condamnation définitive en matière d'atteinte à la probité. Le principe d'exclusion a une double nature : la sanction est soit administrative (CCP, art. L. 2141-1), soit pénale prise comme peine complémentaire (C. pén., art. 131-39, 5°).

Si le caractère automatique de l'exclusion résultant de la sanction administrative peut surprendre, l'article L. 1241-1 du Code de la commande publique est le fruit de la transposition de la directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. En matière de contrat de concession, le régime est similaire en application de la directive 2014/23/UE, prise, elle aussi, le 26 février 2014.

Toutefois, la transposition de la directive n'a pas été faite entièrement puisque le droit européen prévoit une possibilité pour le soumissionnaire d'éviter cette exclusion. La récente jurisprudence du Conseil d'État (CE, 12 oct. 2020, n° 419146, *Sté Vert Marine* : *JurisData* n° 2020-016198) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 11 juin 2020, aff. C-472/19, *Sté Vert Marine* : *JurisData* n° 2020-011108) laisse présager la modification du régime de droit français et ce afin de se conformer aux exigences du droit européen.

Dans son arrêt, le Conseil d'État affirme que les articles qui encadrent la procédure d'exclusion pour un contrat de concession sont 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 ont été prises. Le Conseil d'État reprend ainsi la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans son arrêt du 11 juin

2020, soutient que les articles du Code de la commande publique sont contraires à la disposition 38 de la directive 2014/23/UE.

Ainsi, les dispositions nationales doivent, pour être en conformité avec le droit de l'Union, prévoir un dispositif de « mise en conformité » ou de réhabilitation. Le droit français devrait permettre au soumissionnaire la possibilité de démontrer le rétablissement de sa fiabilité. Le Conseil d'État demande par conséquent une réforme du Code de la commande publique afin d'intégrer cette possibilité. Malheureusement, les délais étaient sans doute trop courts pour permettre au législateur de tirer les conséquences de ces décisions lors de l'adoption de la loi n° 2020-1525 d'accélération et simplification de l'Action Publique (ASAP) du 7 décembre 2020.

L'intérêt de cette décision ne réside pas uniquement dans ce qu'elle confirme, mais aussi dans ce qu'elle ouvre comme possibilités dans le futur. De toute évidence, le Conseil d'État ne va pas limiter cette approche au seul contrat de concession et ce pour deux raisons.

Il est fort probable que cette possibilité d'auto-réhabilitation soit applicable au régime des marchés publics puisque la directive qui régit ce domaine est en tout point similaire à la directive 2014/23/UE sur laquelle se fonde la Cour de justice et le Conseil d'État. La directive marchés publics prévoit à l'article 57, § 6 que tout opérateur économique « peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent ».

Mme Le Corre, rapporteur public, écrit dans les conclusions de l'arrêt « Société Vert Marine » : « 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 ? » On remarque dans sa rédaction que Mme Le Corre ne rappelle qu'à titre subsidiaire qu'il s'agit d'un contrat de concession, laissant ouverte la possibilité d'appliquer un tel régime aux contrats de marchés publics.

Cette évolution prise sur le fondement d'une directive européenne laisse penser à une évolution similaire en matière de marchés publics, tant la rédaction des directives en matière de contrats de concessions et en matière de marchés publics est semblable. ■