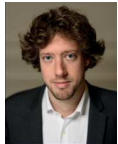


13 Condamnation pénale d'un opérateur économique : comment éviter l'exclusion automatique des marchés publics ?



David APELBAUM,
avocat associé, cabinet
ABPA



Margaux DURAND-
POINCLOUX,
avocate associée, cabinet
ABPA



Jane PEISSEL,
avocate collaboratrice, cabi-
net ABPA

Une sanction implacable contre les opérateurs économiques, qui s'applique sans être prononcée ni même écrite ; un mécanisme d'évitement prévu par le droit européen, que le droit français a omis d'intégrer ; une solution subsidiaire dégagée par le Conseil d'État, qui s'avère impraticable ; une possibilité résiduelle de sauvegarder l'opérateur, qui doit être sollicitée et obtenue à l'audience – après, il sera trop tard. Manifestement, l'exclusion automatique des marchés publics est une sanction malaisée d'approche et mal appréhendée par le droit pénal des affaires, dont elle a vocation à être un outil répressif essentiel. Une analyse critique, et quelques propositions de réforme, s'imposaient.

1 - À la peine capitale favorisée par le Moyen Âge et l'ère moderne, l'antique Athènes préférait une sanction suprême moins sanglante, quoique tout aussi définitive : l'ostracisme, ou bannissement physique et social. Le condamné, dont le nom était alors inscrit sur un tesson de poterie (*ostrakôn*), se voyait physiquement banni de la cité. Si ce bannissement était un jour levé, il devait cependant reconstituer intégralement son être social : statut, allégeances, biens matériels, tout était à reconquérir en partant de rien.

2 - La dernière décennie a été l'occasion, pour les législateurs français et européen, de rechercher quelles peines étaient susceptibles de sanctionner justement les infractions pénales commises par les personnes morales. La création puis l'extension du régime des saisies pénales spéciales¹, ainsi que l'accroissement des peines d'amende encourues pour différentes infractions², n'ont pas apporté les succès escomptés de la stratégie consistant à « frapper les délinquants au portefeuille »³. Aussi, plutôt que d'appauvrir les personnes morales délinquantes, l'Union Européenne a pris le parti de les bannir : à la criminalité économique, répond l'exclusion économique – plus précisément, l'exclusion de la commande publique.

3 - En effet, si la liberté d'accès aux marchés publics (CCP, art. L. 3) est un principe cardinal de la commande publique, elle souffre d'exceptions justifiées par la nécessité pour l'État et ses émanations de contracter avec des tiers irréprochables, afin de ne

pas altérer la confiance publique⁴. Une atteinte avérée à la probité peut ainsi priver l'opérateur économique condamné d'accès aux procédures de passation des contrats de la commande publique.

4 - L'exclusion de plein droit des contrats de la commande publique, sanction particulièrement lourde, automatiquement encourue en conséquence de certaines condamnations pénales, et pourtant méconnue, devrait pouvoir être évitée par un dispositif d'auto-apurement, mais cette exigence du droit de l'Union européenne n'est pas respectée en droit français, ce que la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) n'a pas manqué de relever.

5 - Le mécanisme subsidiaire prévu par le Conseil d'État, qui laisse à la personne publique le soin d'apprécier les mesures correctrices prises par l'opérateur économique frappé d'exclusion, n'est pas satisfaisant et ne laisse, en l'état actuel du droit, qu'une seule solution praticable aux opérateurs économiques : obtenir de la juridiction de jugement prononçant la condamnation qu'elle accorde également un relèvement immédiat de la sanction d'exclusion des marchés publics.

6 - À plus long terme, toutefois, il convient de proposer un mécanisme tout à la fois conforme à l'exigence de probité et compatible avec la pratique économique, qui ne se satisfait pas du bannissement d'un opérateur économique sans recours efficace.

1. L. n° 2010-768, 9 juill. 2010, visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, modifiée par les articles 16 à 20 de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, l'article 84 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, les articles 52 et 56 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

2. En ce qui concerne les atteintes à la probité : L. n° 2013-1117, 6 déc. 2013, art. 6, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. – En ce qui concerne la fraude fiscale : L. n° 2013-1117, 6 déc. 2013, art. 9. – Et L. n° 2018-898, 23 oct. 2018, art. 16 et 23, relative à la lutte contre la fraude.

3. P. Januel, Comment muscler la confiscation des biens des délinquants ? : Dalloz actualité, 26 nov. 2019 (www.dalloz-actualite.fr/flash/comment-muscler-confiscation-des-biens-des-delinquants#.YGstBMzZE4).

4. Article III de l'accord révisé sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce du 30 mars 2012.

1. L'exclusion de plein droit des contrats de la commande publique, conséquence fantôme de certaines condamnations pénales

7 - Le 1^{er} avril 2016, les transpositions⁵ des directives européennes 2014/24/UE⁶ et 2014/23/UE⁷ prévoyant une exclusion de plein droit des marchés publics et contrats de concession des personnes définitivement condamnées par la justice pénale pour avoir commis certaines infractions sont entrées en vigueur en France sous les articles L. 2141-1 et suivants, L. 2341-1 et suivants et L. 3123-1 et suivants du Code de la commande publique⁸.

8 - Les personnes définitivement condamnées du chef de trafic de stupéfiants, de traite d'êtres humains⁹, d'escroquerie, d'abus de confiance, d'association de malfaiteurs, de corruption ou infractions assimilées, de faux, de terrorisme, de blanchiment ou de fraude fiscale, ou pour le recel de ces infractions sont ainsi exclues de plein droit des procédures de passation des marchés publics, des contrats de partenariat et des contrats de concession (ci-après dénommés « *contrats de la commande publique* »).

9 - Cette exclusion est automatique pour une durée de 5 ans. Par exception, en cas de prononcé d'une peine d'exclusion des marchés publics (*C. pén.*, art. 139-39, 5°) par une juridiction de jugement pour une durée différente, ladite durée s'appliquera en lieu et place de celle prévue par le Code de la commande publique.

10 - En dépit de sa gravité, l'existence de cette sanction et son automaticité paraissent méconnues de la justice pénale – les magistrats, avocats et justiciables ne prenant pas toujours conscience de la conséquence d'une condamnation pénale sur l'accès du condamné aux contrats de la commande publique.

11 - En effet, dans la mesure où cette sanction ne nécessite pas d'être prononcée (même sous la forme d'un constat, comme c'est par exemple le cas pour les inscriptions automatiques à des fichiers de justice ou les annulations automatiques du permis de conduire) et n'est pas mentionnée dans la minute de la décision, elle passe parfois totalement inaperçue – jusque dans le Code pénal, au sein duquel elle ne figure pas, même en annexe des grandes éditions.

12 - Certaines décisions pénales peuvent ainsi exclure une personne de tous les contrats de la commande publique pendant 5 ans, sans qu'il soit possible de savoir si cette exclusion a véritablement été voulue par la juridiction de jugement, sans qu'elle soit retranscrite dans la décision pénale, et sans même que l'intéressé n'en soit informé. L'information du condamné est moins explicite encore que dans l'Athènes de l'antiquité : pas même un tesson de poterie n'est remis par la juridiction à l'ostracisé.

13 - Paradoxalement, la peine d'exclusion des marchés publics prévue à l'article 131-39, 5°, du Code pénal doit, pour sa part, faire l'objet d'un prononcé et d'une motivation particulière, alors qu'elle est d'application moins large.

5. *Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 45, relative aux marchés publics.* – *Et D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 188, relatif aux marchés publics.* – *Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 39, relative aux contrats de concession.* – *Et D. n° 2016-86, 1^{er} févr. 2016, art. 55, relatif aux contrats de concession.*
 6. *PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 57, sur la passation des marchés publics.*
 7. *PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014, art. 38, sur l'attribution de contrats de concession.*
 8. *Ord. n° 2018-1074, 26 nov. 2018, portant partie législative du Code de la commande publique.*
 9. *Pour être parfaitement précis, les articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code pénal réprimant la traite des êtres humains ne sont visés que pour l'exclusion des marchés publics ainsi que l'exclusion des contrats de concession, excepté les contrats de concession de défense ou de sécurité (V. CCP, art. L. 2141-1 et L. 3123-1).*

14 - Pour autant, cette exclusion de plein droit est parfois bien plus lourde de conséquences sur la viabilité de l'opérateur économique que toutes les peines prononcées par la juridiction pénale.

2. Le droit à l'auto-apurement, exception prévue par le droit européen à l'exclusion de plein droit des contrats de la commande publique

15 - En droit français, l'exclusion de plein droit des contrats de la commande publique en cas de condamnation pénale d'un opérateur économique ne peut être écartée qu'aux conditions cumulatives suivantes :

- l'absence d'exclusion est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ;

- le contrat ne peut être confié qu'à ce seul opérateur économique, et un jugement définitif n'a pas expressément exclu l'opérateur concerné desdits contrats (*CCP, art. L. 2141-6 et L. 3123-6*).

16 - Pourtant, les directives européennes 2014/23/UE et 2014/24/UE prévoyaient également la possibilité pour l'opérateur économique d'échapper à cette exclusion en démontrant avoir pris des mesures pour remédier à sa défaillance. Chaque État devait donc permettre aux opérateurs économiques repentis de prouver qu'ils s'étaient « auto-apurés ».

17 - En effet, l'article 57, § 6, de la directive 2014/24/UE, de la même manière que l'article 38, § 9, de la directive 2014/23/UE, prévoit que tout opérateur économique qui se trouve dans une situation d'exclusion de plein droit pour cause de condamnation pénale définitive, « *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. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché* ».

18 - Ces directives détaillent, d'une part, les mesures correctives attendues pour permettre la réintégration de l'opérateur économique dans les procédures de passation de contrats de la commande publique. Ainsi, ce dernier doit prouver :

- avoir « *versé ou entrepris de verser une indemnité de réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale* » ;

- avoir « *clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête* » ;

- et avoir « *pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale* ».

19 - D'autre part, elles détaillent les éléments à prendre en compte lors de l'évaluation de ces mesures correctives, à savoir la gravité de l'infraction pénale ainsi que de ses circonstances particulières.

20 - En revanche, ces directives ne précisent pas l'identité de l'autorité chargée d'évaluer le caractère approprié des mesures correctives mises en place par l'opérateur économique. Liberté est donc laissée à chaque État de choisir le dispositif le plus opportun, en adéquation avec le système juridique national, tant qu'il respecte les objectifs fixés par les directives.

21 - En tout état de cause, et en dépit de son caractère contraignant, cette exception n'a pas été transposée en droit français. Ainsi, le droit français prévoit, comme accessoire à de nombreuses sanctions pénales, une exclusion automatique et invisible des marchés publics, mais le législateur n'a pas cru bon d'y adjoindre le tempérament prévu par le droit européen, à savoir une possibilité d'auto-apurement.

3. Un droit français jugé incompatible avec les directives européennes par la CJUE

22 - La CJUE, se prononçant par un arrêt du 11 juin 2020¹⁰ sur une question préjudicielle, a affirmé que l'article 38, § 9, de la directive 2014/23/UE relative aux contrats de concession s'opposait à une réglementation nationale qui n'accorderait pas à un opérateur économique condamné de manière définitive pour l'une des infractions visées à l'article 38, § 4, de cette directive, la possibilité d'éviter l'exclusion de plein droit des contrats de la commande publique en apportant la preuve qu'il a pris des mesures susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité.

23 - L'interprétation par la CJUE de la directive 2014/23/UE s'applique donc, par analogie, à la directive 2014/24/UE.

24 - Or, les transpositions françaises de ces directives n'ont effectivement pas mis en place de tels mécanismes. Par conséquent, la législation française n'est pas compatible avec le droit de l'Union européenne sur ce point.

25 - Par ailleurs, la CJUE a affirmé qu'il appartenait à chaque État de déterminer l'identité de l'autorité habilitée à procéder à l'évaluation des mesures correctrices, pour permettre à l'opérateur économique d'exercer de manière effective le droit qui lui est conféré par ladite directive, précisant ne pas s'opposer à ce que l'autorité judiciaire endosse ce rôle.

26 - En revanche, répondant à la question préjudicielle posée, la CJUE a estimé qu'elle n'avait pas à se prononcer sur la compatibilité des procédures françaises existantes avec le régime des mesures correctrices institué dans la directive 2014/23/UE.

27 - La CJUE laissera donc la juridiction nationale de renvoi répondre à la question de savoir si les procédures de relèvement, de réhabilitation judiciaire et d'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire – qui pourraient à première vue se rapprocher de l'objectif visé par la directive – peuvent être considérées comme des mécanismes d'auto-apurement au sens de la directive interprétée.

28 - La CJUE a tout de même précisé qu'il convenait de respecter deux conditions pour que ces procédures soient compatibles avec la directive européenne :

- l'autorité habilitée doit nécessairement être tenue d'évaluer le caractère approprié des mesures correctrices prises avant de relever l'opérateur économique de son interdiction de plein droit de participer à des procédures de passation de contrats de concession, afin de garantir au pouvoir adjudicateur le rétablissement de la fiabilité de l'opérateur économique ;

- le mécanisme mis en place doit être à même d'assurer, en temps utile, à un opérateur économique désireux de participer à une procédure de passation, la possibilité d'apporter la preuve des mesures correctrices prises.

4. La solution insatisfaisante apportée par le Conseil d'État : l'évaluation des mesures correctrices par l'opérateur public

29 - À la suite de cet arrêt, il appartenait donc au Conseil d'État¹¹ de juger si les procédures de relèvement, de réhabilitation judiciaire et d'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire pouvaient être regardées comme des dispositifs d'auto-apurement au sens de la directive 2014/23/UE telle qu'interprétée par la CJUE.

30 - Sa réponse a été clairement négative : « eu égard à leurs conditions d'octroi, notamment de délai, et à leurs effets », le relèvement, la réhabilitation et l'exclusion du bulletin n° 2 ne sauraient être considérés comme des mécanismes d'auto-apurement.

31 - S'agissant plus particulièrement de la procédure de relèvement prévue par le Code de procédure pénale (cette procédure est prévue à l'article 702 du Code de procédure pénale), qui permet de relever de toute interdiction résultant de plein droit d'une condamnation pénale, et donc en l'occurrence de relever un opérateur économique d'une exclusion de plein droit des marchés publics, son incompatibilité avec les exigences de la CJUE était manifeste :

- d'abord, l'octroi du relèvement n'est conditionné à aucune preuve de mise en place de mesures correctrices par le requérant ;

- en outre, les délais d'audiencement se comptent en mois, parfois en années, et, en cas de refus opposé à une première demande de relèvement, l'opérateur économique ne peut présenter une nouvelle demande qu'après l'écoulement d'un délai de 6 mois (CPP, art. 702-1, § 3) ; ces délais ne sont donc absolument pas compatibles avec la volonté d'un opérateur économique de participer à un appel d'offre en cours.

32 - Dans l'attente de l'édition de textes compatibles avec le droit européen, le Conseil d'État fait une application directe de la directive européenne, estimant que l'exclusion de la procédure de passation n'est pas applicable à la personne qui établit auprès de l'opérateur public qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions pour lesquelles elle a été définitivement condamnée et que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

33 - Ainsi, à défaut d'autorité spécialement habilitée par la loi française à évaluer les mesures correctives, le Conseil d'État octroie ce rôle à l'opérateur public, à l'instar de la transposition belge¹². En d'autres termes, c'est à l'autorité concédante elle-même d'évaluer la qualité des mesures correctives mises en œuvre par l'opérateur économique exclu des marchés publics.

34 - Cette solution trouvée par le Conseil d'État est pourtant ubuesque : il est inenvisageable, en pratique, qu'un opérateur public accepte de contracter avec un opérateur économique repris de justice, notamment pour des atteintes à la probité – sauf si le marché en cause ne peut être confié à aucun autre opérateur économique pour des raisons impérieuses d'intérêt général, mais cette exception est déjà prévue par la loi (CCP, art. L. 2141-6, L. 2341-4 et L. 3123-6).

35 - En effet, aux termes des recommandations de l'Agence française anti-corruption (ci-après « AFA »), les opérateurs publics se voient imposer des règles de contrôle de leurs prestataires. L'AFA recommande notamment aux acteurs publics d'évaluer l'intégrité de leur potentiel cocontractant, précisant que « si elle n'est pas suffisamment vigilante sur l'intégrité des tiers avec lesquels elle est entrée ou envisage d'entrer en relation, l'organisation peut se trouver impliquée, plus ou moins directement, dans la commission d'atteintes à la probité susceptibles de ternir sa réputation, d'avoir des conséquences défavorables sur le développement de ses activités, d'engager sa responsabilité ainsi que celle de son instance dirigeante »¹³.

36 - Dans ces conditions, quel opérateur public prendrait le risque de se porter garant de l'intégrité d'un opérateur économique

10. CJUE, 11 juin 2020, aff. C-472/19, Vert Marine SAS c/ Premier ministre et min. Économie et Finances.

11. CE, 12 oct. 2020, n° 419146, Sté Vert Marine.

12. Article 70 de la loi belge de transposition du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

13. Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, § 46 : JO 12 janv. 2021. – V. également Guide de l'achat public – Maîtriser le risque de corruption dans le guide de l'achat public de l'Agence française anticorruption (www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Guide_maitrise_risque_corruption-Hyperlien.pdf).

récemment condamné par le juge pénal – sur la simple foi de l'interprétation d'une directive européenne par la juridiction administrative ?

37 - Les opérateurs économiques ne pouvant donc ni compter sur un relèvement de l'exclusion des marchés publics par une juridiction au moment de la passation d'un marché, au regard des délais dont le Conseil d'État constate lui-même qu'ils rendent la procédure impraticable, ni sur la preuve de leur auto-apurement auprès de l'opérateur public, qui ne prendra évidemment jamais ce risque, quelle solution leur reste-t-il, en l'état du droit, pour échapper à l'exclusion des contrats de la commande publique ?

5. L'unique moyen d'échapper à une exclusion de plein droit des marchés publics : le relèvement *ab initio* par la juridiction prononçant la condamnation

38 - La lecture combinée des articles 132-21 alinéa 2 du Code pénal¹⁴ et 702-1 du Code de procédure pénale¹⁵ permet à la juridiction de jugement qui prononce une condamnation de relever immédiatement la personne condamnée de toute interdiction ou déchéance qui découle automatiquement de ladite condamnation.

39 - Ce relèvement *ab initio* de l'exclusion des contrats de la commande publique par la juridiction de jugement, qui peut être motivé par la prise de mesures correctrices par l'opérateur économique depuis les faits reprochés, est à ce jour le seul contournement efficace à cette sanction.

40 - En effet, le prononcé du relèvement concomitamment au jugement de condamnation, motivé par la mise en place, par l'opérateur économique, de mesures correctrices, devrait suffire à ce que ce dernier ne soit pas exclu des procédures de passation dans le respect des exigences européennes.

41 - Finalement, le choix à effectuer par les juridictions de jugement est aujourd'hui le suivant :

- soit la juridiction accepte de prononcer un relèvement *ab initio* de l'interdiction motivée par son auto-apurement, l'activité de l'opérateur économique n'est donc pas mise en danger, et il peut continuer à soumissionner à des contrats de la commande publique malgré sa condamnation ;

- soit la juridiction refuse de prononcer un relèvement *ab initio*, et l'opérateur économique voit alors sa viabilité mise en danger pendant une ou plusieurs années, sans qu'un relèvement ultérieur soit une solution viable au vu de ses délais d'octroi ;

- soit la juridiction prononce une peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de quelques mois ou de quelques années afin d'écourter la période d'exclusion, qui serait à défaut d'une durée de 5 ans (*C. pén.*, art. 131-39, 5°. – *CCP*, art. L. 2141-1,

14. « 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. »

15. « [...] Sauf lorsqu'il s'agit d'une mesure résultant de plein droit d'une condamnation pénale, la demande ne peut être portée devant la juridiction compétente qu'à l'issue d'un délai de six mois après la décision initiale de condamnation. [...] »

al. 3), possibilité qui n'existe cependant que pour les marchés publics et non pas pour les contrats de concession¹⁶.

42 - Ce système n'est donc absolument pas satisfaisant puisqu'il ne permet pas à l'autorité judiciaire de proposer une réévaluation à court terme des mesures correctrices prises par l'opérateur économique ; c'est pourtant l'état du droit, en l'absence de mise en conformité avec les règles européennes.

6. Deux pistes pour une réforme : droit commun ou droit spécial

43 - Un an après que la CJUE a alerté sur la non-conformité du droit français au droit de l'Union européenne, aucun nouveau dispositif n'a été mis en place. Il apparaît pourtant urgent que le législateur français propose un mécanisme qui, en plus de se conformer aux exigences européennes, soit compatible avec la pratique économique et sa nécessité de célérité. Deux solutions peuvent, à notre sens, être envisagées.

44 - En droit commun, cette mise en conformité pourrait être l'occasion d'instaurer – enfin – un délai maximum pour qu'une juridiction saisie d'une demande de relèvement statue sur ladite demande. Il s'agit là d'une demande très ancienne de la pratique : les délais souvent supérieurs à 1 an pour statuer sur une demande de relèvement (ou, dans le même sens, sur une demande d'exclusion du bulletin n° 2 du casier judiciaire) ont souvent pour conséquence de paralyser totalement le projet de la personne physique ou morale qui en fait la demande¹⁷. Un délai de 3 ou 6 mois, avec un même délai limité en cas d'appel, et le maintien de l'interdiction de solliciter une nouvelle fois la mesure pendant 6 mois en cas de rejet, seraient de nature à rendre à ce mécanisme son utilité.

45 - Alternativement, une mesure spéciale pourrait être instaurée : une sorte de « *référé-relèvement* », permettant à un opérateur économique désireux de candidater à une procédure d'appel d'offre, de saisir, en urgence, le juge judiciaire afin d'obtenir le relèvement de l'exclusion des marchés publics résultant d'une condamnation passée. Une procédure appropriée aurait l'avantage de permettre la mise en œuvre de conditions restrictives conformes au droit européen ; elle pourrait ainsi être limitée aux cas d'exclusion de plein droit (et donc fermée aux exclusions prononcées à titre de peine), et imposer au juge d'examiner strictement les critères de l'auto-apurement (à l'exclusion de critères de proportionnalité ou d'opportunité).

46 - Dans tous les cas, face à une sanction aussi inconnue et inconnue qu'elle est lourde de conséquence, et face au constat d'une non-conformité au droit européen que le mécanisme subsidiaire mis en place par le Conseil d'État ne peut pallier, il est urgent de légiférer. ■

Mots-Clés : Marchés publics - Exclusion - Relèvement - Union européenne

16. L'article L. 3123-1, a. 3, du Code de la commande publique ne prévoit pas d'exception à l'exclusion de 5 ans en cas de condamnation à une peine d'exclusion des marchés publics, ce qui se comprend par le fait que la peine prévue à l'article 131-39, 5°, du Code pénal concerne seulement les marchés publics et non pas les marchés de concession ; précisons tout de même qu'aux termes de l'article L. 3123-4 du Code de la commande publique, la peine d'exclusion des marchés publics a pour conséquence d'exclure les personnes des procédures de passation des contrats de concession pour la durée prononcée par le juge pénal ; en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, le délai prévu à l'article L. 3123-1 du Code de la commande publique devrait primer sur le délai prévu à l'article L. 3123-4 du même code lorsqu'il s'agit de condamnations pénales pour des infractions visées par l'article L. 3123-1.

17. Nombreux sont les avocats qui se souviennent du regard éfarré du client qui, souhaitant se voir relever d'une interdiction ou exclure une mention du bulletin n° 2 du casier judiciaire en vue d'un projet professionnel pratiquement abouti, s'entend dire que la procédure durera 18 mois, voire le double en cas d'appel – et abandonne dès lors ledit projet.