

# LA GAZETTE

DE L'INSTITUT DE DROIT  
PUBLIC DES AFFAIRES



## AU SOMMAIRE DE CE NUMÉRO :

### ► LES BRÈVES DE JURISPRUDENCE

Commentaires des dernières jurisprudences | p. 4

---

### ► LES ENTRETIENS

#### L'Entretien du mois avec Thomas Perroud

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas | p. 16

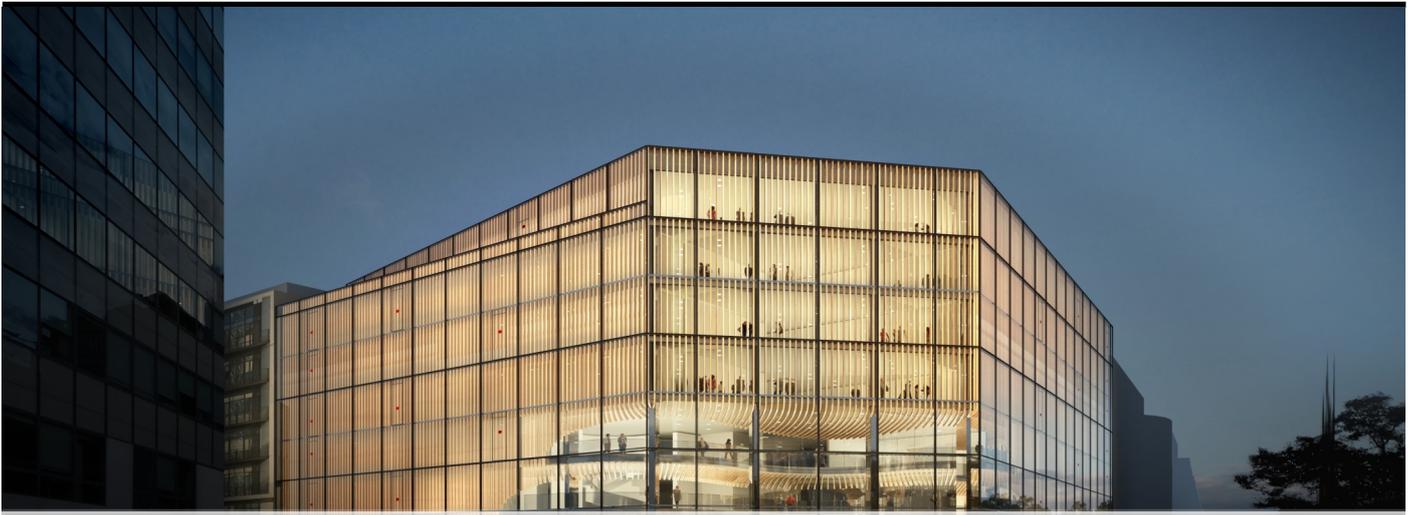
#### Que sont-ils devenus ? Niels Bernardini et Simon Dubois

Avocats associés au sein du cabinet Dorean Avocats | p. 21

---

### ► REGARDS SUR L'ACTUALITÉ JURIDIQUE

**Les exclusions automatiques de la commande publique à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité** - par Gaël Trouiller | p. 26



## Qui sommes-nous ?

L'Institut de droit public des affaires (IDPA) est une formation universitaire (Université Paris-Saclay) visant à préparer de futurs avocats spécialistes du droit public au sein même de l'école de formation professionnelle des barreaux de la cour d'appel de Paris (EFB). Il permet ainsi aux élèves-avocats sélectionnés de bénéficier, en parallèle des cours de l'EFB, d'enseignements d'excellence sur la pratique du droit public.

Créé et géré pendant vingt ans par Maître Jean-Pierre Boivin, l'Institut est aujourd'hui dirigé par Maître Jean-Marc Peyrical.

Les enseignements dispensés par des praticiens de renom traitent des marchés publics, du droit européen, du droit de l'environnement industriel, du droit de l'urbanisme mais aussi des techniques de droit fiscal, du contentieux administratif ou encore de la déontologie de l'avocat publiciste.

Tout admis à l'examen d'entrée d'un centre régional de formation à la profession d'avocat (CRFPA) peut déposer sa candidature pour intégrer l'IDPA. En cas d'admission, le transfert au sein de l'EFB de Paris sera automatiquement pris en charge. Les étudiants doivent obligatoirement débiter leur formation par le stage PPI (Projet Personnel Individualisé).

Existant depuis plus de 30 ans, l'IDPA dispose d'un réseau constituant un tremplin essentiel pour les futurs avocats publicistes.

Les liens tissés entre chaque promotion et perpétués grâce à l'Association de l'IDPA permettent aux élèves-avocats intégrant l'Institut de bénéficier d'un soutien permanent pour leur entrée dans la vie professionnelle.

Futurs élèves-avocats, n'hésitez plus, rejoignez-nous !

Pour plus de renseignements, vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante :

*[contact@association-idpa.com](mailto:contact@association-idpa.com)*

**L'Association de l'IDPA**



## Présentation de l'association de l'IDPA

L'Association de l'IDPA occupe une place centrale au sein de l'Institut.

Très active, l'Association de l'IDPA fédère et entretient un réseau composé de plus de 700 diplômés, avocats ou professionnels du droit.

Elle a également pour objet de promouvoir le droit public des affaires.

À cette fin, elle organise chaque année le Gala de l'IDPA (qui s'est tenu les années passées au Conseil d'État, à la Cour administrative d'appel de Paris, à la Bibliothèque de l'Ordre des avocats...).

L'Association organise également des conférences, sous forme de colloque, les "Jeudi de l'IDPA".

Elle publie en outre la Gazette de l'IDPA contenant des articles de droit et des entretiens avec des professionnels du monde juridique.

Voici les membres de l'Association de l'IDPA.

**Présidente** : Anne-Laure Coirre

**Vice-Président** : Alexandre Radoszycki

**Trésorière** : Jennifer Obrero

**Secrétaire général** : Ahmed Ben Hafsia

**Pôle Gazette** : Mathis Ruocco-Nardo (Réfèrent), Sami Kabra (Réfèrent), Emma Plard, Gaël Trouiller

**Pôle Événementiel** : Alexandre Radoszycki, Anne-Laure Coirre

**Pôle Partenariats** : Anaëlle Degrémont, Thibault Cadet, Marjorie Miagkoff

**Pôle Communication** : Thomas Triquet Le Boeuf, Emma Mestrius



## Brèves juridiques

### CONTRATS PUBLICS

#### Conseil d'Etat, 11 octobre 2021, Société CMEG, n° 438872 – Le juge administratif est Myr'ho en matière d'opération de travaux publics

Par sa décision *Société CMEG*, le Conseil d'Etat élargit sensiblement les fautes dont peut se prévaloir le titulaire d'un marché public à l'encontre des autres participants à une opération de travaux publics.

En effet, le constructeur peut désormais rechercher la responsabilité des autres participants à l'opération « *du fait d'un manquement aux stipulations des contrats qu'ils ont conclus avec le maître d'ouvrage* ».

Le Conseil d'Etat applique ainsi en matière d'opération de travaux publics la jurisprudence *Myr'ho* de la Cour de cassation (AP, 6 octobre 2006, n°05-13.255) confirmée par un arrêt du 13 janvier 2020 (Cass. AP, n°17-19.963).

En l'espèce la société coopérative métropolitaine d'entreprise générale (CMEG) a conclu un marché public avec la ville du Havre et l'établissement public foncier de Normandie pour la réalisation des travaux de gros œuvre du pôle éducatif et familial Molière du lotissement Courbet au Havre.

Consécutivement aux difficultés rencontrées en cours d'exécution, la société a achevé ses travaux six mois après la date initialement prévue.

Estimant qu'une partie de son retard était due au retard pris par le titulaire du lot « charpente » dans l'exécution de ses travaux, elle a demandé au tribunal administratif de Rouen de condamner le titulaire de ce lot à lui verser une indemnité correspondant au préjudice financier qu'elle avait subi.

Tant le tribunal administratif que la cour administrative d'appel ont rejeté la requête de la société CMEG. Elle s'est donc pourvue en cassation.

Le Conseil d'Etat a donc posé le principe suivant :

*« Dans le cadre d'un litige né de l'exécution de travaux publics, le titulaire du marché peut rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat, notamment s'ils ont commis des fautes qui ont contribué à l'inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage, sans devoir se limiter à cet égard à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires. Il peut en particulier rechercher leur responsabilité du fait d'un manquement aux stipulations des contrats qu'ils ont conclus avec le maître d'ouvrage ».*

Comme le rappelle la rapporteure publique Mireille le Corre dans ses conclusions sur cette affaire, le Conseil d'Etat a toujours admis que « *le titulaire d'un marché public puisse rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à la même opération de construction* », notamment sur le terrain

de la faute simple du fait des dommages qu'ils ont pu se causer dans l'exécution de leurs prestations (voir notamment : Conseil d'Etat, 24 juillet 1981, *Société générale d'entreprise*, n°13519).

En revanche le juge administratif, appliquant de manière rigoureuse le principe de l'effet relatif du contrat, avait toujours refusé d'admettre qu'un tiers à un contrat puisse se prévaloir d'une inexécution contractuelle, à l'exception des clauses réglementaires ou des dispositifs particuliers comportant des formes d'engagements pour autrui (voir notamment : Conseil d'Etat, Section, 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, n° 339409).

Ainsi, le maître d'ouvrage public, qui ne peut qu'à titre subsidiaire rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des participants à l'opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat, tel un sous-traitant, (Conseil d'Etat, 7 décembre 2015, *Commune de Bihorel* n°380419), ne saurait se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par ces participants, de leurs propres obligations contractuelles.

Le Conseil d'Etat a donc décidé de faire une entorse à sa jurisprudence au profit des titulaires d'un marché public de travaux. Pour justifier cette évolution, Mi-reille le Corre explique en ce sens que :

- les participants à une opération de travaux publics, s'ils ne sont liés par contrat, n'en sont pas moins liés matériellement, l'intervention des uns ayant des effets sur celle des autres ;

- depuis la décision *Région Haute-Normandie* (Conseil d'Etat, 5 juin 2013, n°352917), et le refus du « guichet unique » auprès du maître d'ouvrage public, le titulaire d'un marché public se voit, souvent, en pratique, contraint de rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à l'opération.

Or si on lui interdit de soulever des manquements contractuels commis par un ou plusieurs des autres participants, « on lui ferme toute voie » s et sans pouvoir y apporter les mêmes justifications que pour la décision *Région Haute-Normandie*.

En conclusion, cette décision vient redonner aux titulaires d'un marché public ce qu'ils avaient « perdu » avec la décision *Région Haute-Normandie*.

Il est en effet assez difficile en pratique de démontrer que des difficultés rencontrées en cours d'exécution, tel un retard pris dans les travaux, sont dues à une faute du maître d'ouvrage public « notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre » (Conseil d'Etat, 12 novembre 2015, *Société Tonin*, n°384716).

En revanche il sera plus aisé pour le titulaire d'un marché public de démontrer, par exemple, qu'un autre participant n'a pas respecté ses délais d'exécution contractuelle et que cela a entraîné des répercussions sur l'exécution de sa prestation.

Si on devait s'aventurer à désigner le véritable bénéficiaire de cet ensemble jurisprudentiel, on s'orienterait vers le maître d'ouvrage public... Sa responsabilité est plus difficile à rechercher depuis la décision *Région-Haute Normandie* tandis que l'engagement de celle des autres participants devient plus aisé avec la décision *Société CMEG*.

**CE 9 novembre 2021 Communauté d'agglomération du Pays-Basque, n° 438388, mentionné aux Tables - Le Conseil d'Etat exerce un contrôle de la qualification juridique des faits sur le vice de consentement de nature à affecter la validité d'un contrat**

Dans sa décision du 9 novembre 2021, *Communauté d'agglomération du Pays Basque*, au n° 438388, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur le pourvoi exercé par plusieurs EPCI dans le cadre de l'exécution de la convention de financement et de réalisation du tronçon Tours-Bordeaux de la ligne de TGV Sud-Europe-Atlantique.

Constituée de plusieurs tronçons, cette ligne de TGV comprend notamment un tronçon central qui rallie Tours à Bordeaux et dont la réalisation et l'exploitation ont été concédées par SNCF Réseau, à l'époque Réseau ferré de France (« RFF »), à un opérateur privé partiellement financé par le concédant.

En application la règle d'or prévue par les dispositions de l'actuel article L. 2111-10-1 du code des transports, ce montage contractuel nécessitait qu'un concours financier soit apporté à la contribution de SNCF Réseau, *ex-RFF*.

C'est ainsi qu'ont été conclues une convention de financement pour le tronçon Tours-Bordeaux entre RFF, l'Etat, l'Agence de financement des infrastructures de transport ferroviaires et des collectivités territoriales impliquées dans le financement (i) et, parallèlement, un protocole d'accord relatif à la branche Paris-Bordeaux entre RFF, l'Etat, les collectivités financeuses et la région Aquitaine (ii).

Parmi les collectivités signataires de la convention de financement, certaines sentant le vent tourner du côté des investissements de l'Etat pour la réalisation des tronçons suivants, ont cessé d'exécuter leur prestation.

C'est dans ce contexte que SNCF Réseau, ayant succédé à RFF, a saisi le juge administratif et a obtenu leur condamnation à payer, confirmée en appel.

Parmi les collectivités condamnées, les communautés d'agglomération du Pays Basque, du Grand Montauban et Mont-de-Marsan agglomération se sont pourvues en cassation, invitant le Conseil d'Etat à se prononcer sur la recevabilité de la demande de première instance de SNCF Réseau eu égard à l'obligation de tentative préalable de règlement amiable prévue par la convention de financement et sur l'existence d'un vice d'une particulière gravité qui aurait justifié d'écarter leur obligation contractuelle.

D'abord sur la recevabilité, les 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies ont relevé que les invitations à procéder au versement des sommes impayées et des intérêts de retard et les courriers émis par SNCF Réseau informant de son intention d'engager une procédure juridictionnelle de recouvrement en l'absence de régularisation permettaient bien de caractériser la tentative préalable de règlement amiable du différend.

En retenant implicitement que la saisine du comité de suivi n'était pas nécessaire, le juge adopte une lecture stricte des termes de la convention qui stipulaient seulement que : « *les Parties s'efforceront de le résoudre à l'amiable, notamment en organisant des contacts et échanges entre les dirigeants de chacune des Parties, en particulier dans le cadre du comité de suivi prévu à l'article 9.* »

Ensuite sur le fond, le Conseil d'Etat est amené à examiner et à rejeter trois moyens visant à caractériser l'existence d'un vice d'une particulière gravité au sens de sa jurisprudence de principe du 28 décembre 2009 *Commune de Béziers* « 1 », au terme d'un contrôle de l'erreur de qualification juridique des faits.

En premier lieu, les EPCI tentaient de soulever leur propre incompétence *ratione materiae* pour signer la convention de financement à l'origine.

Comme l'indique le rapporteur public dans ses conclusions, M. Philippe Ranquet, il s'agit là d'une « *contestation inédite* » dans la mesure où ce n'est pas la compétence d'une autorité pour engager la personne publique qui est mise en cause et qui ne serait d'ailleurs pas constitutive d'un vice d'une particulière gravité (CE 19 avril 2013, *CCI d'Angoulême*, n° 340093), mais son « *incompétence radicale* ».

Celle-ci, toujours selon le rapporteur public, pourrait bien conduire à estimer que « *le contrat est nul car illicite ou dépourvu de cause* ».

Néanmoins il relève que l'exigence de loyauté des relations contractuelles qui prévaut dans Commune de Béziers rend l'incompétence difficilement invocable dès lors que les EPCI ont eux-mêmes conclu, approuvé et partiellement exécuté la convention.

Le Conseil d'Etat n'adopte cependant pas la suggestion de son rapporteur public visant à juger qu'en tout état de cause et dans les circonstances de l'espèce, les collectivités requérantes ne pouvaient utilement invoquer leur propre compétence.

Il se contente de confirmer le caractère infondé du moyen au motif de l'existence d'un intérêt communautaire en matière de développement économique spécifiquement défini en la matière au sens de l'article L. 5216-5 du code général des collectivités territoriales, qui prévoit que « *La communauté d'agglomération exerce de plein droit au lieu et place des communes membres les compétences suivantes : 1° En matière de développement économique : (...) actions de développement économique d'intérêt communautaire (...)* ».

Il admet ainsi que le principe de spécialité des EPCI ne les empêche pas de réaliser des investissements à l'extérieur de leurs territoires à condition que ces investissements servent leurs intérêts, en l'espèce leur accessibilité en particulier depuis Paris.

En deuxième lieu, il s'intéresse à l'articulation entre la convention de financement du tronçon Tours-Bordeaux et le protocole d'accord relatif à la construction de la branche Bordeaux-Espagne de la ligne.

Il confirme la position des juges du fond selon laquelle ces deux actes ne formaient pas un ensemble contractuel.

Aussi, le moyen tenant à la disparition de la cause de la convention en raison de l'abandon allégué du projet de branche Bordeaux-Espagne est inopérant et il n'y a plus lieu d'invoquer l'interdiction pour les collectivités territoriales de consentir des libéralités.

Enfin en troisième et dernier lieu, le fait que l'ensemble des collectivités sollicitées pour le financement n'aient finalement pas signé la convention litigieuse n'a entraîné aucun vice du consentement des signataires.

En effet, il ne s'agissait pas pour eux d'un élément déterminant et par ailleurs ni la convention ni le protocole ne les engageait sur la réalisation de la branche Bordeaux-Espagne.

## CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

### Conseil d'État, 9 novembre 2021, n° 440028 – De nouvelles précisions quant à la possibilité offerte au juge de surseoir à statuer en vue de régulariser un vice affectant une décision d'urbanisme et ses limites.

Parmi les techniques de régularisation mises à la disposition du juge administratif en matière de contentieux des autorisations d'urbanisme, figure le mécanisme désormais bien connu de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme.

Régularisation dite « *dans le prétoire* », ce mécanisme offre la possibilité au juge administratif, dans le cadre d'un recours introduit à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme, de surseoir à statuer jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe afin de permettre au titulaire de l'autorisation attaquée de régulariser le ou les vice(s) entraînant l'illégalité de cet acte.

Dans l'arrêt commenté en date du 9 novembre 2021, le Conseil d'État vient une nouvelle fois préciser l'office du juge administratif quant à l'application de ce mécanisme.

C'est donc à Wasquehal, commune du Nord intégrée à la métropole européenne de Lille, que nous conduit le présent litige.

Par arrêté en date du 26 juin 2015, son maire délivra à la société civile de construction vente (SCCV) Lucien Viseur un permis de construire portant sur la réalisation de onze logements sur le territoire communal.

A la suite du rejet implicite de leur recours gracieux, Mme U...P... et dix-huit autres riverains formèrent devant le Tribunal administratif de Lille un recours en excès de pouvoir visant l'annulation de ce permis de construire.

Par un jugement avant-dire-droit en date du 12 juillet 2018, le tribunal administratif de Lille décida de surseoir à statuer sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, en invitant la pétitionnaire à justifier sous quatre mois de la délivrance d'un permis de construire modificatif propre à régulariser les vices identifiés.

Toutefois, par arrêté en date du 31 octobre 2018, le maire de Wasquehal refusa de délivrer à la SCCV Lucien Viseur un tel permis de construire modificatif.

Statuant à nouveau le 28 décembre 2018, le tribunal administratif de Lille, après avoir constaté l'absence de production de l'acte de régularisation demandé, prononça l'annulation de l'arrêté de permis de construire du 26 juin 2015.

La SCCV Lucien Viseur releva appel de ce dernier jugement et, en vertu de l'article R. 811-1-1 du code de justice administrative, l'affaire fut directement portée devant le Conseil d'État : Wasquehal faisant partie des communes dans lesquelles s'applique la taxe annuelle sur les logements vacants, le tribunal administratif de Lille était compétent en premier et dernier ressort.

Ce n'est pas la première fois que la haute juridiction administrative est amenée à se prononcer sur l'office du juge en la matière.

Depuis un arrêt du 19 juin 2017, « *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal et autres* » (n°394677), on sait par exemple qu'à compter du sursis à statuer, ne sont plus invocables devant le juge administratif que les moyens dirigés contre l'éventuelle mesure de régularisation et la contestation de cette mesure doit se faire dans la même instance.

On sait également que les parties peuvent, à l'appui de la contestation de l'acte de régularisation, invoquer des vices affectant sa légalité externe et soutenir qu'il n'a pas pour effet de régulariser le vice que le juge a constaté dans sa décision avant-dire-droit.

Elles ne peuvent soulever aucun autre moyen, qu'il s'agisse d'un moyen déjà écarté par la décision avant-dire-droit ou de moyens nouveaux, à l'exception de ceux qui seraient fondés sur des éléments révélés par la procédure de régularisation (CAA Lyon 09 février 2021 M. J...B..., req. n°19LY02573).

En l'espèce, il était attendu du Conseil d'État qu'il se prononce sur le cas particulier d'un pétitionnaire se voyant refuser la mesure de régularisation demandée à l'administration à la suite d'un jugement avant-dire-droit rendu sur la base de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme.

Sur les trois moyens soulevés par la SCCV, le premier lié au défaut de signature de la minute du jugement manque en fait.

Le deuxième soulève une erreur de droit relative au refus du tribunal administratif de Lille de se prononcer sur la légalité du rejet de la demande de permis de construire modificatif.

Le troisième concerne le recours, demandé à titre subsidiaire, à l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme, aux fins d'obtenir l'annulation seulement partielle du permis de construire litigieux.

Le Conseil d'État statue à l'encontre de la SCCV Lucien Viseur et juge que, **dans l'hypothèse où aucune mesure de régularisation n'est notifiée au juge, il lui appartient de prononcer l'annulation de l'autorisation de construire litigieuse, sans que puisse être contestée devant lui la légalité du refus opposé, le cas échéant, à la demande de régularisation présentée par le bénéficiaire de l'autorisation.**

Une telle contestation ne pourra intervenir que dans le cadre d'une nouvelle instance, qui devra alors être regardée comme dirigée contre le refus d'autoriser le projet dans son ensemble, y compris les modifications qu'il était envisagé d'y apporter.

Selon les conclusions du rapporteur public M. Philippe RANQUET, une telle solution, bien qu'imparfaite, s'insère dans l'esprit des textes, lesquels permettent au juge de laisser au pétitionnaire une chance de trouver, avec l'administration, une solution aux vices dont le permis de construire initial est affecté.

Aucun texte n'est toutefois allé jusqu'à consacrer un quelconque droit à cette régularisation, qui se traduirait dans l'office du juge par l'injonction de l'accorder.

**Conseil d'État, Sect. 19 novembre 2021, Association des avocats ELENA France et autres, n° 437.141 & 437.142 – Office du juge - Pouvoir d'abrogation du juge pour excès de pouvoir**

Par une décision de section du 19 novembre 2021, le Conseil d'État apporte d'importantes précisions sur l'office du juge pour excès de pouvoir en lui conférant un pouvoir d'abrogation des actes administratifs devenus illégaux du fait d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton.

Par deux requêtes l'association des avocats ELENA France et autres et de l'association Ardhis et autres, ont demandé au Conseil d'État d'abroger la délibération du 5 novembre 2019 par laquelle le conseil d'administration de l'OFPPA a décidé de ne pas modifier la liste des pays d'origine sûrs fixée par délibération du 9 octobre 2015.

Le Conseil d'État a, tout d'abord, rappelé la règle cardinale selon laquelle lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation d'un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de cet acte à la date de son édicton (CE, 22 juillet 1949, *Société des Automobiles Berliet*, n° 85735 et 6680).

De manière novatrice, il considère que le juge pour excès de pouvoir peut être saisi, à titre subsidiaire, de conclusions tendant à l'abrogation d'un acte administratif au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton.

Le Conseil d'État donne alors un mode d'emploi au juge administratif saisi de conclusions tendant à l'abrogation d'une décision administrative.

Il rappelle que le juge administratif statue prioritairement sur les conclusions à fin d'annulation.

Puis, dans l'hypothèse où il ne ferait pas droit aux conclusions à fin d'annulation, et où l'acte n'aurait pas été abrogé par l'autorité compétente depuis l'introduction de la requête, il se prononce sur les conclusions subsidiaires tendant à l'abrogation de la décision.

Le juge de l'excès de pouvoir statue alors au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision.

S'il constate, au vu des échanges entre les parties, un changement de circonstances tel que l'acte est devenu illégal, le juge en prononce l'abrogation.

Enfin, le juge administratif peut, eu égard à l'objet de l'acte et à sa portée, aux conditions de son élaboration ainsi qu'aux intérêts en présence, prévoir dans sa décision que l'abrogation ne prend effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine.

Comme le préconisait la rapporteure publique Sophie Roussel dans ses conclusions, le Conseil d'État a ainsi conféré « *un outil contentieux de plus au juge pour excès de pouvoir* » privilégiant « *une approche fonctionnelle du recours pour excès de pouvoir sur une conception figée de l'orthodoxie conceptuelle* ».

Cette évolution jurisprudentielle est justifiée par le risque « *d'une démonétisation du recours pour excès de pouvoir au profit notamment des procédures de référés* ».

Symboliquement important, le pas franchi n'est en réalité pas si grand eu égard aux évolutions déjà consenties (voir par ex. CE, 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216).

Par cette nouvelle décision, le Conseil d'État tire les conséquences de cette évolution jurisprudentielle consacrant le pouvoir d'abrogation du juge pour excès de pouvoir.

Le rapport au temps des justiciables et de leur juge a changé, le Conseil d'État a fait le choix d'une justice administrative aux prises avec le présent.

## URBANISME ET ENVIRONNEMENT

### CE, 22 novembre 2021, n°441118, Sté Taninges Distribution - Précisions sur les recours exercés contre l'octroi ou le refus de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale.

L'arrêt rendu par les 4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies du Conseil d'Etat le 22 novembre dernier offre des précisions sur les recours exercés contre l'octroi ou le refus de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale.

Dans l'affaire en cause, la société Les Cluses du Marais avait déposé le 25 octobre 2017 une demande de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale pour la construction d'un supermarché sur le territoire de la commune de Châtillon-les-Cluses.

Par un avis en date du 20 décembre 2017, la Commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) de Haute-Savoie a favorablement accueilli le projet.

Plusieurs concurrents, en particulier la société Taninges Distribution, ont alors saisi la Commission nationale d'aménagement commerciale (CNAC) d'un recours contre cet avis.

La CNAC a alors, le 26 avril 2018, émis un avis défavorable contre le projet. Conséquemment, le maire de Châtillon-les-Cluses a refusé l'octroi du permis demandé dans un arrêté en date du 4 juillet 2018.

La société Les Cluses du Marais a alors demandé l'annulation de cet arrêté à la Cour administrative d'appel (CAA) de Lyon.

Cette dernière a, par un arrêt daté du 30 janvier 2020, fait droit à sa demande et a, en outre, enjoint, d'une part à la CNAC de rendre un avis favorable sur le projet et, d'autre part, au maire de la Châtillon-les-Cluses de statuer à nouveau sur la demande de permis.

La société Taninges Distribution ainsi que la CNAC ont alors formé un pourvoi contre cet arrêt.

Dans son arrêt du 22 novembre 2021, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la CAA de Lyon du 30 janvier 2020.

Plusieurs précisions en matière de recours exercés contre des arrêtés refusant ou octroyant des permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale sont ainsi apportées par le Conseil d'Etat.

En premier lieu, au point 7 de l'arrêt, la Haute-Juridiction affirme que dans les litiges tendant à l'annulation de la décision prise par l'autorité administrative compétente sur la demande de permis de construire en tant qu'elle concerne l'autorisation d'exploitation commerciale, le Président de la CNAC a qualité pour représenter l'Etat.

A la lecture de l'arrêt, il apparaît qu'une telle règle de représentation découle des dispositions à la fois du code de commerce en matière de relation entre la CNAC et les ministères chargés du commerce mais également de celles du code de justice administrative en matière de représentation de l'Etat.

La combinaison des différents articles permet au Conseil d'Etat de déduire la compétence du Président de la CNAC pour représenter l'Etat ainsi que la dispense du ministère d'avocat auquel il est dès lors autorisé.

Cette affirmation permet au Conseil d'Etat d'écarter le moyen soulevé par la société Les Cluses du Marais quant à la prétendue irrecevabilité du recours en ce qu'il aurait été exercé au nom de l'Etat par le président de la CNAC.

Dans un second temps, le Conseil d'Etat s'attarde sur les conditions de mise en œuvre par le juge administratif de son pouvoir d'injonction.

Sur le fondement des articles L.911-1 et L.911-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat rappelle que « *le juge administratif peut, s'il annule la décision prise par l'autorité administrative sur une demande de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale et en fonction des motifs qui fondent cette annulation, prononcer une injonction tant à l'égard de l'autorité administrative compétente pour se prononcer sur la demande de permis qu'à l'égard de la Commission nationale d'aménagement commercial* ».

Ainsi, quand bien même la CNAC est chargée, d'après les dispositions du code de commerce, d'instruire les recours dont elle est saisie, le juge administratif est en mesure de l'enjoindre à une prendre une

décision dans un sens déterminé dès lors que cela se trouve nécessaire.

Toutefois, dans la mise en œuvre de ce pouvoir, le Conseil d'Etat précise – et cela constitue l'apport clé de cet arrêt – que l'injonction doit viser, en principe, au réexamen du projet par la CNAC. Ce n'est que lorsque les motifs de l'annulation impliquent nécessairement la délivrance d'un avis favorable que ce type d'injonction doit être prononcée par le juge.

Appliqué au cas d'espèce, ce raisonnement conduit le Conseil d'Etat à censurer pour erreur de droit le raisonnement de la CAA de Lyon. Il estime en effet que l'injonction ne devait pas nécessairement avoir pour objet l'adoption par la CNAC d'un avis favorable dès lors que lors dans son avis défavorable du 26 avril 2018, elle n'avait examiné que deux des trois critères d'évaluation des projets posés par l'article L.752-6 du code de commerce.

Cet arrêt, aux termes aisément applicables par les juridictions du fond, vient clarifier un pan de la jurisprudence en matière d'aménagement commercial et offrira une uniformité accrue – et nécessaire - aux solutions rendues dans ce domaine.

**Conseil d'Etat, 22 novembre 2021, Conseil national des centres commerciaux, n° 431724 - Inconventionnalité des modifications apportées par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi « ELAN », à l'article L. 751-2 du code de commerce**

Par une décision du 22 novembre 2021 le Conseil d'Etat se prononce sur la conventionnalité des modifications apportées par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi « ELAN », à l'article L. 751-2 du code de commerce. Cette disposition, portant sur la composition des commissions départementales d'aménagement commercial.

Dorénavant, prennent part au processus de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale trois personnalités qualifiées, ne disposant pas de droit de vote, et à qui est dévolu un rôle de conseil puisqu'elles présentent le tissu économique de la zone de chalandise et l'impact du projet sur ce tissu économique.

Elles sont nommées respectivement par les chambres de commerce et d'industrie, les chambres de métiers et de l'artisanat et les chambres de l'agriculture.

Le Conseil national des centres commerciaux avait introduit un recours contre le décret n° 2019-331 du 17 avril 2019, relatif à la composition et au fonctionnement des commissions départementales d'aménagement commercial et aux demandes d'autorisation d'exploitation commerciale, qui portait application des dispositions de la loi ELAN.

A cette occasion, fut soulevée l'inconventionnalité des dispositions de l'article L. 751-2 du code de commerce telles que modifiées par la loi ELAN. Il soutenait que ces dispositions étaient incompatibles avec le 6) de l'article 14 de la directive 2006/123/CE dite directive « services », qui interdit toute participation directe ou indirecte d'opérateurs concurrents dans les organes délivrant les autorisations.

La Cour de justice ne s'étant jamais prononcée sur l'interprétation à donner du 6) de l'article 14 de la directive services dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat a par une décision avant-dire droit du 15 juillet 2020, décidé de renvoyer la question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (*v. en ce sens La gazette de l'IDPA n°42, sept. 2020, pp. 12-13*).

Dans un arrêt du 15 juillet 2021, BEMH, Conseil national des centres commerciaux, affaire C-325/20, la Cour de justice a jugé que le 6) de l'article 14 de la directive services devait être interprété comme interdisant la présence de concurrents actuels ou potentiels, ainsi que de personnalités désignées par ces concurrents, qui même s'ils ne disposent pas de droit de vote, font partie de l'instance collégiale et prennent ainsi part au processus d'adoption de l'autorisation d'exploitation commerciale.

Au regard de l'interprétation donnée par la Cour de justice, le Conseil d'Etat a statué sur l'inconventionnalité de la disposition en distinguant les personnalités qualifiées nommées par les chambres du commerce et de l'industrie et par les chambres des métiers et de l'artisanats, de celles nommées par les chambres d'agriculture.

Il estime que la présence de deux personnalités qualifiées nommées par les chambre du commerce et de l'industrie et par les chambres des métiers et de l'artisanats, rend possible l'intervention indirecte de personnes désignées par des opérateurs concurrents.

Le rôle prétendument limité de ces opérateurs dans le processus décisionnel des commissions départementales d'aménagement commercial n'est pas de nature à écarter l'inconventionnalité de la disposition litigieuse.

Tel n'est pas le cas des dispositions prévoyant la participation de personnalités nommées par les chambres d'agriculture.

Ces dernières ne sont pas, selon le Conseil d'Etat, constituées d'opérateurs concurrents en raison des missions qui leurs sont dévolues par les articles L. 510-1 et L. 510-11 du code rural et de la pêche maritime.

Ces chambres sont chargées de représenter l'intérêt de l'agriculture auprès des pouvoirs publics, les chambres départementales d'agriculture représentant les intérêts agricoles dans chaque département.

Elles contribuent au « *développement durable des territoires ruraux et des entreprises agricoles, ainsi qu'à la préservation et à la valorisation des ressources naturelles, à la réduction de l'utilisation des produits phytopharmaceutiques et à la lutte contre le changement climatique* » (article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime).

Il s'agit là d'activités ne relevant pas du champ des autorisations d'exploitation commerciale de sorte que ces chambres ne pourraient être conduites à nommer au sein des commissions départementales d'aménagement commercial des représentants des opérateurs concurrents.

Le Conseil d'Etat en conclut que l'article L. 751-2 du code de commerce est incompatible avec les objectifs fixés au point 6) de l'article 14 de la directive services en tant qu'il prévoit que la présence de personnalités qualifiées désignées tant par les chambres de commerce et d'industrie que par les chambres de métiers et de l'artisanat au sein des commissions départementales d'aménagement commercial.

Sont, par voie de conséquences illégales, les dispositions des articles 1er et 2 du décret du 17 avril 2019 prises pour leur application.

Il juge les dispositions divisibles et se cantonne à annuler l'article 1er du décret en tant qu'il s'applique aux personnalités qualifiées et les mots : « et le nombre de personnalités qualifiées mentionnées au 3°

du II, au 3° du III et au 3° du IV de l'article L. 751-2 ne peut excéder deux », à l'article 2 du décret.

### **Conseil constitutionnel, décision n°2021-953 QPC du 3 décembre 2021**

Par une décision du 3 décembre 2021, le Conseil constitutionnel déclare conforme à la Constitution le cumul des poursuites pour violation d'une mise en demeure prononcée par le préfet en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

En l'espèce, la question prioritaire de constitutionnalité posée était relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 171-8 du Code de l'environnement et du paragraphe II de l'article L. 173-1 du même code, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019.

Le premier de ces textes permet au préfet d'ordonner à un exploitant d'ICPE, indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées à son encontre, de payer une amende administrative au plus égale à 15.000 € en cas de non-satisfaction d'une mise en demeure dans le délai imparti par celle-ci.

En vertu du second texte, ce même exploitant peut, en outre, se être reconnu coupable du délit d'exploitation d'une ICPE en violation d'une mise en demeure et se voir notamment infliger une peine de deux ans d'emprisonnement et une peine d'amende de 100.000 €.

A cet égard, la requérante dénonçait comme contraire au principe *non bis in idem* le cumul possible entre l'amende administrative et les sanctions pénales, prévu par les dispositions susmentionnées.

Selon ce principe *non bis in idem*, découlant des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines énoncés à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, une personne ne peut être punie deux fois pour le même fait.

Dans sa décision du 3 décembre 2021, le Conseil constitutionnel commence par rappeler que le principe *non bis in idem* ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étend « à toute sanction ayant le caractère d'une punition ».

Les sages rappellent ensuite la portée des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines : « *Il découle du principe de nécessité des dé-*

*lits et des peines qu'une même personne ne peut faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux.*

*Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. ».*

Le cumul de sanctions n'est donc pas illicite en tant que tel. Il l'est uniquement sous certaines conditions.

Cela étant, le Conseil constitutionnel déclare le cumul des sanctions prévu par les articles L. 171-8 et le paragraphe II de l'article L. 173-1 conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines, sans procéder à l'examen de l'ensemble de ces conditions.

Il relève uniquement que « *les faits prévus et réprimés par les dispositions contestées doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente.* ».

Cette décision vient consolider l'arsenal répressif en matière ICPE, et ce, dans un contexte de pénalisation croissante des atteintes à l'environnement et à la santé humaine, comme en témoigne la loi Climat et Résilience du 22 août dernier.

En revanche, sa motivation est juridiquement discutable et conduit à s'interroger sur le rôle dont jouit encore le principe *non bis in idem* en droit de l'environnement industriel.

## Rédacteurs et Rédactrices des brèves de ce numéro



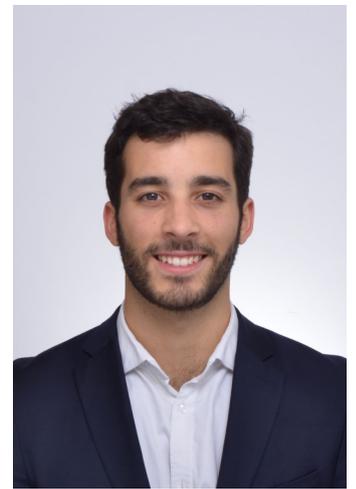
**Emma Plard**



**Victoria Priest**



**Marie Guéna**



**Sami Kabra**



**Domitille Favre**



**Lucie Montanari**



**Alexandre Radoszycki**

## L'ENTRETIEN DU MOIS



« Il y a tout à faire en France pour bâtir la publicité des sources du droit de demain et comprendre concrètement le travail du juge. »

### Entretien avec Thomas Perroud

*Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas*

Par Mathis Ruocco-Nardo

#### M. le Professeur, pouvez-vous nous présenter votre parcours ?

Mon parcours est résolument interdisciplinaire et ouvert à l'international.

J'ai commencé mon parcours par une prépa, et suis allé à HEC afin d'y étudier la gestion. Ensuite, je suis passé par SciencesPo où j'ai découvert le droit public, à travers le cours de Bernard Stirn qui m'a ouvert les yeux sur tout un univers que je ne connaissais pas, avant d'intégrer par la suite le Master 2 en Droit public des affaires à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne.

J'ai ensuite rédigé une thèse sous la direction de Gérard Marcou et John McEldowney, en cotutelle avec le Royaume-Uni et l'Université de Warwick.

C'est à ce moment que j'ai vraiment commencé à enseigner le droit administratif et le droit constitutionnel en France et au Royaume-Uni dans mes deux universités de rattachement.

J'ai ainsi pu commencer ma carrière à la fois en France et à l'international, ce que je recommande vivement à tous les jeunes, car c'est très enrichissant.

S'en est suivi un parcours plus classique : la thèse, la maîtrise de conférences (j'ai travaillé deux ans à l'Université Paris Est-Créteil), puis j'ai exercé en tant que Professeur à Aix-Marseille avant de revenir à Paris au sein de l'Université Paris II Panthéon-Assas.

#### Quels rôles remplit un professeur de droit en 2021 ?

En France, il est compliqué de donner une réponse générale, car la profession est devenue très variée, des profils peuvent être très différents d'un collègue à l'autre.

Théoriquement, notre travail est divisé en trois parties : la partie recherche, la partie enseignement et la partie administrative. En fonction de ces trois éléments, les conditions d'exercice peuvent différer.

Dans les autres systèmes juridiques, il est clair qu'on est là pour faire de la recherche : par exemple aux États-Unis, vous ne serez recruté que sur vos écrits.

En France, c'est un peu complexe et l'on retrouve plus de tensions dans une université qui recherche son identité, *a fortiori* en droit, où il y a ce rapport complexe avec la pratique que vous avez commencé à évoquer. Il n'est pas rare qu'il y ait des collègues en cabinet, ce qui est certainement enrichissant, mais soulève également des questions sur notre identité.

On a donc cette variété de profils où chacun panache. Personnellement, mon profil reste résolument celui de la recherche et de l'international.

#### Y a-t-il une journée type ?

Cela dépend. La journée idéale serait consacrée à la recherche et à un enseignement.

Mais malheureusement, la situation universitaire actuelle est aujourd'hui telle qu'il existe une grande part « d'administratif ».

Par exemple, j'ai pris la direction de l'IPAG de Paris II, donc mes journées sont ponctuées par beaucoup de réunions et de questions administratives.

En définitive, la journée idéale reste la journée d'écriture...

**Depuis ces dernières années, il semble qu'il y ait une tendance à la multiplication des changements du monde universitaire, qu'il s'agisse des récentes réformes concernant le recrutement des enseignants, des problèmes récurrents de rémunération ou encore de la professionnalisation des Masters au détriment de ceux consacrés à la recherche. Dans cette perspective globale, la recherche universitaire est-elle toujours attractive aujourd'hui selon vous ?**

Il y a plusieurs conflits, notamment entre la logique professionnelle et les logiques institutionnelles, qui restent difficiles à gérer.

L'Université traverse une crise d'identité, je faisais à l'instant référence aux collègues qui ont des profils et donc des visions diverses de l'université, de sorte que la recherche est la plus sacrifiée à l'Université : cela explique le manque de motivation qui se constate également parmi les étudiants.

Dans ce que vous dites effectivement, il y a une tendance forte, qui date en réalité de la création des premiers Masters dits « Professionnels » (DESS), à la professionnalisation à l'intérieur même de l'Université, ce qui contraste fortement avec ce que je connais à l'étranger.

En France, les cabinets d'avocats estiment que l'étudiant doit arriver formé alors qu'au contraire dans la plupart des autres pays, c'est au cabinet de faire ce travail. Aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Italie ou encore en Belgique, vous êtes formés pendant une période de trois ans à la pratique concrète de ce métier.

Pour nous au contraire, c'est l'Université qui a pris en charge ce travail-ci et cela pose des problèmes d'identité sérieux.

Cette tendance crée également des problèmes sur le fond de la recherche : on privilégie l'ouverture de postes dans des disciplines qui sont plus représentées, de sorte que les conflits disciplinaires s'accroissent.

L'agrégation en droit, à ce titre, ratifie les rapports de force entre ces disciplines et crée des pénuries graves.

L'innovation se situe dans les nouvelles disciplines (numérique, environnement etc...) qui ont du mal à se faire une place en droit privé comme en droit public.

L'agrégation pose un véritable problème pour l'excellence de la recherche, puisque celle-ci n'est pas mise en centre du processus de sélection, pour la diversité de la recherche et son évolution (les nouvelles disciplines ne sont ainsi pas représentées au concours) pour l'insertion des facultés de droit française dans la recherche internationale.

À titre d'exemple, les universitaires en droit sont de plus en plus des européanistes (dans l'ensemble des disciplines des droits public et privé des affaires, mais pas uniquement) et le droit de l'Union européenne n'est pas représenté à l'agrégation de droit privé...

Toutes les thèses qui se trouvent à cheval sur le droit public et le droit privé auront du mal à trouver leur place à l'université. En d'autres termes, le système n'est pas aujourd'hui tourné vers la promotion de l'innovation dans la recherche.

Plus précisément, à propos de l'attractivité en tant que telle, cela fait longtemps que les meilleurs étudiants des Masters 2 ne vont plus vers la recherche, particulièrement en droit privé, tant pour de bonnes que pour de mauvaises raisons.

On ne montre pas suffisamment en France qu'il y a des carrières internationales passionnantes et que beaucoup de places peuvent être prises à cette échelle-ci.

Être un juriste et un chercheur au XXI<sup>e</sup> siècle peut être aussi stimulant qu'un avocat d'affaires, on est tout le temps en contact avec une communauté très dynamique.

Pour moi, tout l'enjeu pour les facultés de droit à l'avenir est de montrer que ce monde international existe, mais il faut travailler en anglais !

## Quelle est la place de la doctrine en droit public de l'économie ? Manquons-nous de thèses ?

Il y a des thèses et des recherches effectivement, mais il me semble que nous en sommes à un point où la doctrine en droit public de l'économie a besoin d'un tournant critique, car nous en sommes dans un *statu quo* d'idées qui ne favorise pas la progression de la recherche, c'est ce que j'avais pour ma part essayé de démontrer pour les questions de privatisation par exemple.

Je dirais qu'on n'a pas tant besoin de plus de thèses, nous en avons.

Selon moi, nous avons surtout besoin de plus d'idées, de plus de critiques dans ce domaine.

Le droit public de l'économie reste un agrégat de matières et de disciplines différentes (droit des contrats, services publics, régulation...) dont l'état reste assez stabilisé, sans toutefois qu'il n'y ait suffisamment d'interrogations sur les idées politiques sous-jacentes, alors qu'elles sont évidentes pour qui pratique cette discipline, ni suffisamment d'ouverture à d'autres champs nouveaux.

Je n'ai pas de données à l'appui de cette affirmation, mais si le droit public de l'économie n'attire plus autant, c'est peut-être justement parce que l'on a l'impression qu'il ne s'y passe plus grand-chose...

Ainsi, l'avenir de la doctrine en droit public de l'économie résiderait dans la remise en cause de ce *statu quo* intellectuel, de reconceptualiser le domaine en tant que tel et de commenter de nouveaux objets.

## Y a-t-il ainsi une limite à la recherche ? Sommes-nous arrivés au bout de la conceptualisation en Droit ?

Comme je vous le disais, il me semble que nous sommes arrivés au bout d'un certain type de recherche orientée sur des notions, même s'il y a toujours des sujets donnés là-dessus.

Pour moi, l'avenir réside notamment dans le questionnement de nos méthodes en tant que juristes.

À titre d'exemple, j'ai par exemple pu tenter de remettre en question nos méthodes de recherche dans un article consacré au marché public de la ville de Paris passé avec Streeteo et Moovia pour la verbalisation des stationnements : il n'y a pas que la jurisprudence qui a des effets juridiques, il faut aller chercher le contrat lui-même, qui reste une source de nombreux questionnements en droit.

Avec la seule jurisprudence, on ne se rendrait pas compte qu'il existe des phénomènes de justice privée, dans le droit public, qui se mettent en place.

De même dans ma façon d'aborder la jurisprudence, je ne travaille plus que sur les archives, c'est ce que j'ai voulu faire dans les *Grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, que je continue avec les *Grandes décisions politiques du Conseil constitutionnel* où le Conseil nous a ouvert toutes ses archives pour ses décisions de plus de 25 ans et où l'on peut ouvrir cette boîte noire que constitue l'élaboration de la décision de justice, alors que ce type de recherche est effectué aux États-Unis depuis longtemps.

Il y a tout à faire en France pour bâtir la publicité des sources du droit de demain et comprendre concrètement le travail du juge : j'ai par exemple demandé au Conseil d'État l'accès aux écritures des parties dans un contentieux.

Il faut accepter de travailler autrement : à titre d'exemple, à Paris II, nous avons une doctorante que j'ai poussée à aller faire son LLM à Yale et qui en est revenue transformée. Elle veut depuis travailler sur des cas, consacrés aux communs naturels complexes en comparant deux systèmes de préservations de l'Ours dans le Montana et dans les Pyrénées.

Cette méthode n'est pas canonique pour la recherche en droit public en 2021, alors que c'est totalement accepté dans d'autres disciplines, et en droit, dans d'autres pays.

## Quels sont les nouveaux enjeux de la régulation ?

Ce qu'ont récemment révélé les enjeux en matière régulatoire, et c'est lié à mes recherches, c'est concrètement de savoir comment intégrer l'expertise dans la décision juridictionnelle, ou plutôt comment le juge peut forcer l'administration à avoir une décision, des politiques publiques basées sur des faits, des preuves scientifiques expertes.

Là, on a bien vu récemment toutes les tensions et la façon dont cette question extrêmement politique mettait en rapport le droit, la science, ainsi que les politiques publiques.

Selon moi, la question se trouve dans la possibilité pour le juge - non pas de faire de la politique - mais de forcer le politique à baser sa décision sur le consensus scientifique ou, à défaut, qu'il explique pourquoi et rende des comptes à ce titre.

Il y a une différence très nette entre le juge administratif et constitutionnel français avec ses homologues, européens ou américains.

La Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, demande au législateur de prouver que l'option choisie permet, d'une part d'atteindre l'objectif, et que d'autre part, on a choisi - parmi les options permettant de répondre à l'objectif poursuivi - celle qui permet de le faire en violant le moins possible les droits fondamentaux.

En France, le juge et la science sont inféodés au politique et ne veulent pas suffisamment prendre en charge le fait que l'on ne peut pas faire de politiques publiques sans effet.

**Face à la multiplication des textes limitatifs de libertés afin d'assurer la sécurité de tous, voyez-vous des moyens à la réconciliation du citoyen d'aujourd'hui - qui irait jusqu'à brader ses libertés selon certains observateurs - avec l'attachement des rédacteurs de la Déclaration de 1789 à la préservation indéfectible de nos droits et libertés ?**

J'en vois deux dans lesquels le droit peut aider.

D'une part, selon moi, la question de la sécurité est mise à l'agenda politique parce que notre espace public est pollué et monopolisé.

D'autre part, il faut renforcer la société civile.

Il faudrait d'abord mettre en place un droit de la concurrence de l'espace public extrêmement violent, axé sur les concentrations économiques dans le domaine des médias.

Typiquement, par exemple, le fait qu'une personne utilise son empire dans les médias pour soutenir un candidat à la présidentielle est-il acceptable en démocratie ?

Cet empire couvre la presse, la télévision, la radio et des entreprises d'affaires publiques.

Cet état de choses est parfaitement incompatible avec une démocratie saine.

Ensuite, je pense qu'il faut réfléchir aussi aux idées de Julia Cagé qui, en ayant écrit *Sauver Les Médias*, a réfléchi à des structures que devrait adopter l'ensemble des médias français pour séparer l'actionnariat du journalisme : il n'est pas normal qu'une personne puisse peser sur le cours des idées politiques. Le droit doit intervenir.

Il me semble que l'on n'arrivera pas nécessairement à résoudre les problèmes de conflits d'intérêts, c'est pourquoi les sociétés civiles doivent quant à elles être mieux armées pour développer leurs capacités de contre-expertise, et contrebalancer à la fois des intérêts économiques puissants et ceux des agences de l'État.

Dans cette optique-ci, il faudrait développer un système de *class actions* plus performant, des systèmes de financement des associations beaucoup plus massifs et, surtout, indépendants de l'État. L'État capture la société civile (presse, association) à travers le financement.

Il faut à toute force, au niveau local comme national, trouver des moyens pour couper le cordon entre l'État et la société civile.

C'est pour cela d'ailleurs que je trouve très intéressante la perspective tracée par le Conseil d'État dans l'affaire *Les amis de la Terre* dans laquelle l'association a pu récupérer une partie des astreintes prononcées contre l'État pour son inaction.

Il faut aussi qu'on ait une recherche universitaire qui puisse aider ces associations, éventuellement qu'elle dispose de droits de tirage sur des recherches pour aider des associations de façon indépendante.

**Vous pratiquez le droit public comparé, quelle valeur ajoutée voyez-vous aux juristes français vis-à-vis de ceux d'autres États ? Et inversement ?**

Ce qui fait la force du juriste français c'est sa formation et sa culture juridique très complète : le *barrister* anglais, dans le modèle classique, n'a pas nécessairement fait du droit.

Il n'y a pas de tradition en Angleterre pour les avocats plaidants d'avoir fait du droit, ils sont souvent plus attirés auparavant par la littérature ou la philosophie.

À mon sens, l'enjeu pour le juriste français du XXI<sup>e</sup> siècle serait surtout d'être un juriste européen, alors que le droit est resté très nationaliste.

Le droit de l'Union européenne est souvent enseigné de la même manière aux étudiants : il vient perturber les normes et reste une question de source.

Aux États-Unis, on fait du droit administratif fédéral alors qu'en France, on fait du droit administratif français. Le droit public de l'économie, alors qu'il est majoritairement de source européenne, est souvent présenté de façon « nationalisée ».

Désormais, il y a un hiatus entre la pratique où tout le monde doit faire de l'anglais et où la perspective européenne est totalement intégrée, et les facultés de droit qui restent encore trop nationales.

Si le populisme ne l'emporte pas au sein de l'Union, l'avenir serait donc de faire des facultés de droit européennes des universités où l'on donne véritablement l'impression que l'on est en Europe.

**Quels conseils souhaitez-vous prodiguer aux jeunes avocats et avocates publicistes ?**

Ce que je trouve fascinant en tant qu'avocat par rapport à la recherche, c'est qu'on peut changer les choses : on se rend compte, quand on est proche des associations, que la grande force du droit réside dans cette faculté.

On peut être une Gisèle Halimi, un Robert Badinter, ce qui peut s'avérer être plus difficile dans d'autres professions.

Et en droit public, il y a également plein de choses à changer : vous êtes les premiers à être confrontés à l'action de l'État, à son manque de transparence, à la façon dont il traite les gens.

À cet égard, le droit public des affaires est assez dérogoratoire vis-à-vis du droit commun, vous êtes avec des gens puissants qui parlent d'égal à égal avec l'État, et peuvent donc faire changer les choses.

L'avenir en droit public des affaires, selon moi, ne réside toutefois pas dans le fait de servir seulement certains intérêts puissants, mais d'en faire un droit plus équilibré.

Le processus réglementaire, ou d'élaboration des politiques publiques par les régulateurs, sera biaisé si les parties faibles ne sont pas suffisamment représentées.

En définitive, l'avocat en droit public des affaires pourrait notamment aider à solvabiliser les intérêts diffus pour qu'on ait un droit plus équilibré, en représentant l'ensemble des discours et des intérêts de la société civile.

## QUE SONT-ILS DEVENUS ?



### Entretien avec Maître Niels Bernardini et Maître Simon Dubois

*Avocats à la Cour, Dorean Avocats*

Par Anne-Laure Coirre et Thibault Cadet

#### Pouvez-vous nous présenter votre parcours ?

**Niels Bernardini (N.B.) :** J'ai obtenu une double licence de droit et d'administration publique à l'université d'Aix-Marseille puis un Master I en droit public et un master II en droit public des affaires au sein de cette même université. J'ai ensuite passé l'examen du CRFPA à l'université Paris II – Panthéon Assas et intégré l'IDPA (*Promotion 2017-2018*).

Ensuite, j'ai effectué mon stage final au département de droit public du cabinet Latournerie Wolfrom – où j'ai rencontré Simon (quelques semaines après le GALA 2017 de l'IDPA). J'ai prêté serment en 2018. Ma première collaboration a eu lieu au sein du cabinet Lapisardi avocats et a duré neuf mois sans que je ne m'y retrouve totalement...

J'ai donc intégré le département de droit public des affaires et transports publics du cabinet Cloix et Mendès-Gil pendant deux ans. Maître Cloix était un associé formidable, à l'écoute, humainement appréciable et ayant une seule idée en tête : pousser son collaborateur à prendre des décisions de façon autonome.

Il m'a ainsi propulsé sur des sujets importants, des négociations sur des délégations de service public maritime ou encore du droit aérien et ce toujours avec une réelle bienveillance. J'ai ensuite intégré le cabinet Dorean Avocats le 1<sup>er</sup> avril 2021 en qualité de second associé.

**Simon Dubois (S.D.) :** J'ai obtenu une licence de droit à l'université de Lille II puis un master 1 de droit public général à l'université Paris I – Panthéon Sorbonne. J'ai ensuite effectué un premier stage au sein du tribunal administratif d'Amiens et cette expérience m'a conforté dans l'idée de faire du droit

public et de passer les concours administratifs. J'ai donc intégré le master 2 d'administration et politiques publiques et j'ai fait mon stage de fin d'études au Conseil d'Etat, ce qui a également renforcé ma volonté de passer les concours de la fonction publique. J'ai ainsi intégré la Prép'ENA de l'université de Paris-Dauphine.

A la fin de ce parcours, n'ayant pas eu l'ENA, le concours pour être directeur d'hôpital, celui de la banque de France et l'INET, j'ai intégré, afin de gagner en maturité professionnelle, le ministère de l'Intérieur en tant que consultant juridique pendant deux ans. J'y ai joué un rôle d'avocat sans robe en représentant l'Etat devant les juridictions administratives. Par ailleurs, cela a été aussi pour moi l'occasion de travailler avec Madame Pascale Léglise qui a participé à la création de l'IDPA avec Maître Jean-Pierre Boivin. C'est elle qui m'a donné le goût du travail et de l'acharnement.

J'ai ensuite repassé les concours administratifs. Étant admissible tant au concours de directeur d'hôpital qu'au CRFPA et leurs épreuves orales tombant le même jour, j'ai dû faire un choix. Plusieurs avocats m'ont conseillé l'avocature et les directeurs d'hôpitaux m'ont eux-mêmes recommandé la profession d'avocat. J'ai donc sans regret opté pour l'examen du CRFPA.

J'ai ensuite intégré l'EFB et l'IDPA (*Promotion 2015-2016*) dont j'ai présidé l'association. J'ai ensuite effectué mon stage final au sein du cabinet Lefèvre-Pelletier sous la bienveillante protection de Maître Olivier Ortega.

Puis, j'ai intégré l'équipe de Maître Laurent de La Brosse au sein du cabinet Latournerie Wolfrom. Enfin, j'ai décidé de fonder mon propre cabinet : Dorean.

## **Vous aviez tous les deux peu d'années de barre avant de vous installer. Pourquoi avoir décidé de le faire aussi tôt ?**

**S.D.** : Tout d'abord, lorsque j'ai intégré l'équipe de Maître Laurent de La Brosse, j'avais déjà une expérience professionnelle et surtout la même vision que lui du client. Il m'a laissé une certaine d'autonomie pour les réponses aux appels d'offres, le traitement des dossiers, la facturation, etc. Finalement, c'est cette autonomie m'a permis de réaliser que je pouvais prendre en charge des dossiers pour mon propre compte.

J'ai aussi pu développer, en parallèle de ma collaboration, une clientèle personnelle. Il y avait notamment un client, pour lequel j'avais travaillé lors de mes précédentes expériences, qui était à l'époque une petite entreprise de transition énergétique.

Cette entreprise a eu un problème juridique important sur un sujet assez technique et le cabinet m'avait envoyé au ministère pour le résoudre. Le client, avec mes conseils, a réussi à trouver une issue favorable à ce litige avec le ministère. Ce client a été convaincu par mon travail et m'a retrouvé lorsque j'ai quitté le cabinet dans lequel j'étais. Il se trouve que ce client est devenu une des plus grosses entreprises en matière de transition énergétique.

Ensuite, j'ai intégré la Commission Permanente de l'Union des jeunes avocats (UJA) de Paris, ce qui m'a donné une vision humaine, sociale et philosophique de la profession. J'ai donc voulu créer un cabinet qui défendait cette vision et ce avec ma propre identité.

Enfin, créer mon propre cabinet était évidemment une opportunité financière car très rapidement quand on se lance, on se rend compte que les marges de manœuvre sont beaucoup plus intéressantes en tant qu'installé qu'en tant que collaborateur.

Finalement, le seul coût de l'installation, c'était d'accepter de vivre ce sentiment de peur liée à l'incertitude de la situation mais il se trouve que ce sentiment s'est rapidement transformé en énergie et en volonté de faire prospérer cette « *aventure* ».

**N.B.** : Pour ma part, cette volonté de s'installer est liée en grande partie à la période de confinement pendant laquelle je me suis retrouvé seul sur un certain nombre de sujets et où je me suis rendu compte que j'arrivais à m'en sortir par moi-même de l'étape

du contact-client à celle de la facturation.

Cela m'a également permis de réaliser que j'arrivais à développer de bonnes relations avec le client : j'arrivais à me faire entendre, à exprimer mes désaccords avec eux et à avoir une appréciation positive du client par la suite.

A la sortie du confinement, j'ai eu un entretien annuel qui n'a pas été aussi satisfaisant que je l'aurais souhaité, ce qui m'a poussé à réfléchir sur le fait de m'installer. N'ayant pas de clientèle personnelle, je me suis laissé deux mois pour en trouver une et en un mois et demi, il s'est avéré que j'avais plus de la moitié de ma rétrocession en clientèle personnelle.

Dans le cadre de ma réflexion, j'avais aussi sondé d'autres membres de l'UJA et de leur part les réponses étaient souvent : « *vas-y fonce !* », des « *on ne regrette jamais* » ou des « *au pire, qu'est-ce qui peut t'arriver ? Au pire, tu reprends une collab...* ».

Ces discours m'ayant aisément convaincu, j'ai décidé de m'associer avec Simon.

## **Pourquoi avez-vous décidé de vous associer ensemble ? Comment s'est faite cette association ?**

**S.D.** : Très rapidement, je me suis dit qu'il fallait que quelqu'un m'aide sur la communication autour de Dorean, qu'il était nécessaire que j'ai un support sur les dossiers que je ne pouvais pas traiter et surtout qu'il fallait que Dorean grandisse...

Au même moment, j'ai eu un déjeuner avec Niels - qui était déjà un très bon ami - et à cette occasion, il m'a fait part de sa réflexion sur sa volonté de s'installer. Je l'ai donc écouté et questionné sur sa vision du métier d'avocat.

J'ai pu observer que nous avons une vision assez similaire de la profession et surtout, que nous avons la même volonté de bienveillance dans le rapport avec les collaborateurs, les clients, les stagiaires, etc.

Nous avons tous deux appris de nos précédentes expériences qu'il était possible d'être avocat avec beaucoup de bienveillance et de générosité et qu'il y avait que de cette façon que nous pouvions apprécier de venir au travail le matin.

**N.B.** : Finalement, cette association a été décidée autour d'un verre à une soirée. J'ai fait part à Simon de ma volonté définitive de m'installer et il m'a ensuite proposé que l'on s'associe.

A ce moment, j'ai eu plusieurs pensées : « *Dorean avocat je ne connais pas* », « *ça veut dire quoi Dorean ?* » « *Simon, j'ai travaillé 6 mois avec lui mais dans la réalité quotidienne je ne sais pas ce que cela vaut* ». Nous avons ensuite discuté de ce projet et évoqué nos valeurs. J'ai sincèrement aimé sa façon d'appréhender les choses et nous n'avons d'ailleurs évoqué les questions financières qu'en dernier. Nous nous sommes laissés trois mois de réflexions sur mes conditions d'entrée dans la structure et mis d'accord.

Nous avons signé le contrat d'association et durant trois mois, nous avons travaillé sur la répartition des compétences, sur l'identité visuelle de Dorean, sur nos objectifs, etc.

En résumé, ce qui m'a donné envie d'intégrer Dorean en tant qu'associé c'est un mélange d'amitié, de volonté personnelle et d'opportunité professionnelle.

**Quelles ont été les différentes étapes de la création de Dorean ? Et éventuellement, est-ce que vous pouvez nous parler du coût d'entrée dans la profession ?**

**S.D.** : J'ai commencé par une domiciliation. Au moment de m'installer, j'ai discuté avec Maître Emmanuelle Clément, que j'avais rencontrée à l'UJA, et qui m'a proposé de me domicilier. Au bout d'un mois, j'en avais assez de travailler chez moi et je me suis rendu compte qu'un bureau m'était nécessaire.

J'ai donc appelé Maître Emmanuelle Clément laquelle m'a dit qu'au premier étage de son immeuble, Maître Claude Hyst disposait de grands locaux qu'il occupait seul avec son assistante. Ce dernier a accepté de me sous-louer un bureau et aujourd'hui encore nous nous trouvons dans ces locaux. Depuis, Dorean est devenu le locataire principal, et sous-loue leur bureau à Me Hyst et son assistante.

**N.B.** : Concernant le coût d'entrée, si on exagère le trait, si vous disposez d'un ordinateur portable, vous pouvez devenir avocat. Cela étant, il y a effectivement le coût des différentes bases de données - même si bien souvent il est possible de trouver des offres adaptées aux avocats s'installant - et le coût de la domiciliation.

Finalement, il est possible de s'installer à Paris avec un coût d'entrée entre 300 et 500 euros par mois.

**Quelle a été votre stratégie de développement pour Dorean ?**

**S.D.** : L'adaptation est le maître-mot. Il faut s'adapter à sa clientèle, aux domaines et ce toujours dans le respect de la déontologie. Il ne faut jamais créer de doute dans l'esprit du client.

Par principe, je ne dis jamais non *ab initio* à un client, mais je regarde le dossier, son importance, ses enjeux. Ensuite, je me demande : « *est-ce que je sais faire ?* » « *Est-ce que je dois le faire avec l'aide de quelqu'un ?* » ou « *est-ce que je suggère un autre avocat au client ?* ».

A titre d'exemple, mon premier dossier, portait sur la garantie d'un moteur de voiture de luxe. A première vue, je ne connaissais pas ce domaine, mais en étudiant le cas, j'ai compris que le dossier irait très probablement vers un protocole transactionnel, pour lequel j'étais compétent. J'ai donc pris le dossier. Progressivement, c'est ainsi que l'on prend confiance tout en étant transparent avec le client.

Ensuite, il faut aussi s'adapter financièrement au client.

Évidemment, en s'installant, il faut avoir un coût à la hauteur de son expérience. Personnellement, je discute en toute transparence avec le client des honoraires. En procédant ainsi, le client a toujours une connaissance exacte, en temps réel, du montant des honoraires.

**N.B.** : Notre stratégie est également de faire comprendre que chez Dorean on va pouvoir gérer la prestation du client à 360°.

L'idée en faisant rentrer un client, c'est de se familiariser avec lui, de comprendre ses besoins et de lui faire comprendre qu'on va pouvoir gérer tous ses problèmes.

Nous faisons comprendre au client que nous sommes réactifs et que nous nous adaptons à ses besoins.

Nous avons également opté pour une présence sur les réseaux sociaux et une identité visuelle qui est importante.

## Quelle est votre stratégie de communication ? Avez-vous recours au Legal Design ?

**N.B.** : Chez Dorean, on a une volonté d'être clair auprès de nos clients. Nous le sommes tant dans ce que l'on dit que dans ce que l'on remet. Nous avons parfaitement conscience que les consultations juridiques ne terminent pas que dans les mains du correspondant juridique et qu'elles ont vocation à tourner plus largement au sein de la structure.

Par conséquent, nous utilisons des méthodes de *Legal Design* dans nos consultations. Nous adoptons un langage clair en rendant le syllogisme accessible et rendons une consultation synthétique, notamment en utilisant des visuels (tableaux, schémas, etc.). Néanmoins, il ne s'agit pas là d'une simplification du droit : le fond demeure aussi complexe mais l'information juridique devient accessible en une page.

Nous sommes également présents sur les réseaux sociaux (LinkedIn, Twitter, Instagram), sur lesquels il faut allier deux impératifs : se faire connaître et respecter nos règles déontologiques.

Il faut dire quelque chose et savoir le dire. Ainsi, nous avons développé une veille juridique sur les réseaux sociaux en *Legal Design*, en partenariat avec Monsieur Valentin Lamy, Maître de conférences en droit public. Notre but c'est de résumer un article juridique en 5 ou 6 slides accessibles.

Ensuite, nous avons une vision du cabinet qui n'est pas seulement un lieu où l'on fait du droit. Nous souhaitons que le cabinet soit un lieu de rencontres et d'échanges. Nous allons d'ailleurs transformer les murs de notre cabinet en les dédiant à des expositions continues d'œuvre d'art.

**S.D.** : La stratégie de communication de Dorean peut se résumer en trois lettres : A, D, S.

« A » pour « accessibilité », aussi bien financièrement que géographiquement. L'accès au droit est pour nous essentiel. À titre personnel, j'ai toujours dans ma mallette un dossier *pro bono*.

« D » pour « disponibilité », cela ne coûte rien à chaque fois de répondre au téléphone même pour dire que l'on est sur un dossier et que l'on rappellera plus tard. Le constat que j'avais fait avant de m'installer, c'était toujours le même : pour les clients, les avocats sont chers et ne sont pas disponibles.

Enfin, le « S » de « simplicité », et c'est ce qu'évoquait Niels, nous devons parler le langage du client.

Ce qu'on fait souvent, c'est qu'on rédige une note d'analyse juridique mais on remet également en parallèle un *executive summary* ou un mail résumant simplement la note. Ainsi, à chaque fois, nous avons toujours une synthèse avec recommandation du décideur et une analyse détaillée à destination des juristes et du service juridique.

## Aujourd'hui, quels sont les domaines d'expertise de Dorean ?

**SD** : Nous avons un domaine d'expertise en commun : le droit public des affaires, et nous développons chacun une compétence complémentaire. En ce qui me concerne, c'est le droit de l'énergie, et pour Niels, c'est le droit immobilier.

**NB** : Personnellement, je traite des questions de droit de la commande publique, droit public général, des questions de fonction publique ou encore de responsabilité administrative, de droit immobilier. Enfin, je me passionne actuellement pour un domaine - qui arrive au compte-goutte - qui est le droit des artistes.

Dorean c'est également un champ géographique très large allant de Paris à Marseille et étant donné mes origines, nous avons des clients en Corse mais aussi aux Antilles, d'où sont issus aujourd'hui 40% de mes clients.

## Quels conseils donneriez-vous à la promotion actuelle de l'IDPA ?

**SD** : Vous n'êtes pas là par hasard. Si vous êtes à l'IDPA c'est parce que vous avez des qualités et que vous représentez des forces. Chacun et chacune doit avoir confiance en ce qu'il ou elle est et ce qu'il ou elle croit être bon. Vous devez vous écouter. Croyez en vous.

Ensuite, il ne faut pas craindre d'être audacieux, d'être le caillou dans la chaussure parfois, de dire non, car, et surtout dans notre métier, c'est en disant non qu'on existe.

Également, il ne faut pas négliger le réseau. Plus vous allez élargir votre réseau, moins l'exercice de la profession sera difficile, plus vous allez vous intéresser à la profession, plus vous allez vous faire aider et plus il sera facile de s'installer par la suite.

Ce réseau à l'intérieur de la profession, il va également vous permettre d'être recommandé, sinon d'être cotraitant ou sous-traitant des dossiers, ce qui est essentiel quand on commence.

**NB** : Vous allez embrasser la plus belle profession du monde. La seule profession où vous représentez l'intérêt d'un tiers. Cette profession est unique et on veut souvent lui imposer des lignes. Sachez qu'il y a autant de lignes que d'avocats.

Il faut savoir créer son propre chemin et rien n'est impossible.

Ayez confiance en vous, vous êtes des avocats ! Foncez ! Rien n'est interdit. La trajectoire que vous allez créer sera la seule bonne pour vous.

Et je terminerai également par vous dire de vous engager ! Vous avez l'impression que vous entrez dans une profession où vous allez être seul mais pas du tout. Soyez acteur de votre propre profession. Mobilisez-vous.

**SD** : Je rejoins ce qu'a dit Niels, il y a plein de façons de s'engager dans la profession. Vous pouvez vous engager dans un syndicat d'avocats, dans une association, ou encore tout simplement prendre des dossiers *pro bono*. Quand vous êtes avocats, vous devez quelque chose à votre profession mais aussi à la société, au justiciable.

## REGARDS SUR L'ACTUALITE JURIDIQUE



### Les exclusions automatiques de la commande publique à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité

Par Gaël Trouiller

Les exclusions de candidater aux contrats de la commande publique sont multiples et leurs causes sont diverses. Figurent, parmi ces dernières, les interdictions de soumissionner pour les personnes – physiques comme morales – ayant été condamnées définitivement pour certaines infractions pénales ou recel de celles-ci [1]. Pour les marchés publics, elles peuvent être infligées en tant que peines complémentaires par le juge pénal ayant prononcé la peine principale [2]. À défaut ou pour les concessions, elles s'appliquent de plein droit, sous l'effet de la loi [3], à titre de peines accessoires. C'est cette seconde catégorie d'exclusions qui est aujourd'hui remise en cause.

Fragiles juridiquement, les interdictions automatiques de soumissionner n'en finissent pas de défrayer la chronique du contentieux de la validité des lois.

Sur le volet du droit de l'Union européenne, après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice [4], le Conseil d'État a déclaré inconstitutionnel le régime français des exclusions automatiques de candidater en ce qu'il ne prenait pas en compte les mesures correctrices adoptées par les entreprises condamnées pour démontrer le rétablissement de leur fiabilité. Faute de prévoir un mécanisme de « *self-cleaning* », le droit interne est jugé incompatible avec le droit dérivé de la commande publique [5].

C'est, désormais, sur le volet constitutionnel que les interdictions de plein droit de soumissionner sont contestées. Après une première question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») en droit de la

commande publique en 2020 [6], c'est au tour des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique (« CCP ») d'être passés au crible du contrôle de constitutionnalité des lois. La chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 17 novembre 2021, a renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la conformité des exclusions automatiques des procédures de passation aux principes de nécessité et d'individualisation des peines ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif [7].

À l'aune de ces principes, les arguments juridiques au soutien de l'inconstitutionnalité sont nombreux (II) mais ne seront examinés que si le Conseil constitutionnel accepte d'opérer un contrôle entier sur des dispositions issues de la transposition de directives communautaires (I).

#### I. La délicate question du contrôle des lois de transposition

L'étape préalable du contrôle de constitutionnalité se situera sur le terrain épineux de l'examen des lois de transposition du droit dérivé de l'Union européenne. Pour cause, les dispositions législatives déferées au Conseil constitutionnel ont été intégrées, en droit interne, pour transposer 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 des concessions*.

Formulé par les décisions *Économie Numérique* [8] et *Droit d'auteur* [9], le raisonnement du Conseil constitutionnel sur le contrôle de constitutionnalité

des lois de transposition des directives communautaires est aujourd'hui bien établi, en contrôle *a priori* [10] comme *a posteriori* [11]. Le juge constitutionnel ne s'estime pas 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, la directive, dont la transposition est une exigence constitutionnelle [12], fait écran puisque la loi « épouse exactement » [13] le contenu de celle-ci. En contestant la loi, c'est en réalité la conformité de la directive à la Constitution qui est remise en cause, ce qui n'est pas de la compétence du Conseil constitutionnel. Par suite, « il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne » [14]. Seul un contrôle minimum est opéré par les Sages au regard de la catégorie insaisissable et mouvante des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, c'est-à-dire les règles et principes « ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne » [15]. *A contrario*, si la loi ne transpose pas fidèlement la directive communautaire, un contrôle entier s'applique au regard de l'ensemble des droits et libertés que la Constitution garantit [16]. Le débat se cristallise donc sur l'existence, au profit du législateur, d'une marge de manœuvre dans la transposition.

Le Conseil d'État [17] et la Cour de cassation [18], dans leur rôle de filtre, ont intégré cette jurisprudence du Conseil pour apprécier le caractère sérieux des QPC soulevées devant eux. Pour ce faire, les juridictions suprêmes procèdent à une analyse comparative concrète et séquencée des dispositions de la directive et des dispositions législatives de transposition [19]. À titre d'illustration, dans une configuration textuelle identique aux articles contestés du CCP, le Conseil d'État a distingué les dispositions relatives au principe de la sanction et celles concernant les conditions de sa mise œuvre. Pour la Haute juridiction administrative, les premières sont le fruit d'une transposition fidèle de dispositions précises et inconditionnelles d'une directive à la différence des secondes qui sont laissées à l'appréciation de l'État membre [20]. Selon cette méthode privilégiant l'analyse concrète du contenu à celle de l'objet abstrait d'une loi, il est possible d'isoler un échantillon d'un texte de transposition pour le confronter aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

C'est précisément cette grille de lecture qui justifie d'examiner, au fond et sur la base d'un contrôle

entier, la QPC soulevée à l'encontre des interdictions de plein droit de candidater aux contrats de la commande publique. En effet, il est certain que les directives de 2014 font écran s'agissant des motifs d'exclusion automatique à la suite d'une condamnation pénale définitive. En revanche, tel n'est pas le cas des conditions de mise en œuvre des exclusions de plein droit. En effet, les directives *marchés publics* et *concessions* laissent le soin aux États membres d'en arrêter « les conditions d'application » [21]. De telles dispositions ne sont pas précises et, à tout le moins, pas inconditionnelles. À ce sujet, notamment, si les directives prévoient que les exclusions de plein droit ne peuvent « dépasser cinq ans à compter de la date de la condamnation par jugement définitif », elles n'imposent aucunement que cette durée soit mécaniquement portée à son maximum en toutes hypothèses [22]. Au contraire, elles laissent le soin aux États membres de « déterminer[r] la durée maximale de la période d'exclusion » [23]. En outre, le droit dérivé de la commande publique n'écarte nullement la possibilité pour les États membres de prévoir que seul un juge pourra prononcer une exclusion de soumissionner en conséquence d'une condamnation pénale définitive pour certaines infractions. Aussi, la France, en instituant des interdictions automatiques de candidater pour une durée fixe et sans intervention d'un juge, a agi dans la marge de manœuvre que lui ont octroyé les directives.

Dès lors, il nous paraît que le Conseil constitutionnel devrait se considérer compétent pour examiner la QPC selon un contrôle entier. Le renvoi de la QPC par la Cour de cassation est, d'ailleurs, un indice fort en ce sens puisque, à l'inverse, elle l'aurait jugée non sérieuse faute de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France invocable en l'espèce [24].

## II. Les arguments au soutien d'une déclaration d'inconstitutionnalité

À la lumière de la question renvoyée au Conseil constitutionnel se dessinent une inconstitutionnalité conditionnée à l'égard des garanties pénales (A) et une constitutionnalité contestable sous le prisme du droit à un recours juridictionnel effectif (B).

### A) Une inconstitutionnalité conditionnée au regard des garanties pénales

Les exclusions automatiques de soumissionner paraissent intrinsèquement incompatibles avec les principes d'individualisation et de nécessité des

peines (2). Encore faut-il cependant, pour que ces principes trouvent effectivement à s'appliquer, que ces interdictions de plein droit soient qualifiées de sanctions punitives, ce qui n'est pas évident au regard de la jurisprudence du Conseil (1).

### 1) La qualification incertaine de sanction punitive

L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« DDHC ») dispose que « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Il en résulte que les principes de nécessité et d'individualisation ne s'appliquent qu'en présence d'une peine ou d'une sanction ayant le caractère d'une punition [25]. Or, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est pour le moins confuse en la matière puisqu'elle n'a jamais esquissé la moindre définition de la peine [26]. À cela s'ajoute le fait que les exclusions de soumissionner s'inscrivent dans la jurisprudence décousue des interdictions, déchéances et incapacités [27].

Par pure « *opportunité* » [28] afin de « *re-légitimer* » [29] le mécanisme des peines accessoires automatiques qui était voué à disparaître à la faveur de l'instauration de la QPC, le Conseil constitutionnel a créé *ex nihilo* une dichotomie entre les sanctions punitives fondées sur une logique de répression et les mesures de moralisation – et, donc, de sûreté – basées sur un objectif de prévention. Les premières peuvent prétendre au bénéfice de l'article 8 de la DDHC quand les secondes en sont exclues.

Symbole de l'imprévisibilité de la jurisprudence constitutionnelle, cette distinction conduit à ce que certaines interdictions de plein droit soient considérées, plus au gré du hasard que sur la base d'une analyse implacable, tantôt comme des peines, tantôt comme des mesures de moralisation. Ainsi, le Conseil juge, d'un côté, que l'interdiction automatique d'exploiter un débit de boissons à la suite d'une condamnation à certaines infractions est une mesure de sûreté [30] mais il constate, de l'autre, que l'interdiction de gérer attachée de plein droit à une faillite personnelle constitue une sanction punitive [31]. Il nie la qualification de peine à l'inéligibilité des juges consulaires du tribunal de commerce condamnés pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs [32] alors qu'il reconnaît, par ailleurs, qu'une incapacité d'exercer une fonction publique élective est une sanction ayant le caractère d'une punition [33]. Il rejette la qualification de peine pour l'inéligibilité définitive des notaires aux chambres, organismes et conseils attachée de plein droit au prononcé d'une peine d'interdiction ou de

destitution [34] quand il l'accueille pour l'interdiction de plein droit d'exercer une fonction publique en conséquence d'une condamnation à une peine d'inéligibilité [35].

Appliquée aux exclusions automatiques de soumissionner, cette distinction a conduit, à deux reprises en 2011 [36] et 2017 [37], la Cour de cassation à rejeter les QPC soulevées à leur rencontre pour défaut de caractère sérieux. Dans les deux cas, elle déniait la qualification de sanction ayant le caractère de punition à ces peines accessoires en estimant qu'elles visent à préserver la moralité et l'intégrité des soumissionnaires ainsi que l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Dès lors, elles ne pouvaient donc pas méconnaître des garanties – celles de l'article 8 de la DDHC – qui ne leur étaient pas applicables. La transmission par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 17 novembre dernier, d'une QPC similaire quasiment en tout point à celle de 2017 s'apparente à un changement de perception. Reste au Conseil constitutionnel à suivre ce mouvement nouveau initié par la Haute juridiction judiciaire [38]. D'ailleurs, les arguments en faveur de la qualification de sanctions punitives des peines accessoires automatiques, en général, et des interdictions de plein droit de soumissionner, en particulier, ne manquent pas.

Tout d'abord, la distinction entre les sanctions punitives et les mesures de moralisation, fondée sur la notion de prévention, ignore la logique même de la peine. Celle-ci, en plus de sa portée répressive, tend à dissuader la commission d'infractions et prévenir la récidive. La prévention irrigue tant les mesures de sûreté que les peines. À ce sujet, le Conseil constitutionnel serait bien inspiré de s'imprégner de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la définition de la peine. Elle n'érige aucune distinction exclusive entre prévention et répression pour sa qualification puisque, précisément, « *l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine* » [39].

Ensuite, à supposer que les déchéances, incapacités et interdictions participent effectivement à moraliser l'exercice de certaines professions, ce n'est qu'une conséquence induite par leur objet premier qui est de sanctionner. Elles visent prioritairement à punir précisément parce qu'elles n'ont aucune autonomie propre. Elles ne se déclenchent qu'après une condamnation définitive à une peine principale à laquelle elles sont greffées. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la Cour de Strasbourg, dans le contrôle

qu'elle opère sur la qualification de la peine, examine en priorité « *si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction"* » [40]. L'accessoire suivant le principal, l'exclusion de candidater adopte inévitablement la visée répressive de la peine principale. Sinon comment expliquer que les interdictions de soumissionner, quand elles sont prononcées par un juge pénal à titre de peines complémentaires, sont considérées comme des sanctions punitives, satisfaisant notamment au principe d'individualisation des peines [41] ? Il serait plus sage de s'en remettre à l'adage *ubi eadem ratio, ibi idem jus* [42] et d'en finir avec le régime dual des exclusions de candidater.

Enfin, le Conseil constitutionnel lui-même se perd dans la distinction entre prévention et répression qui est pourtant l'élément discriminant entre les peines et les mesures de moralité. Il a notamment qualifié de peine une mesure dont il constate, en même temps, qu'elle renforce « *l'exigence de probité et d'exemplarité des élus et la confiance des électeurs dans leurs représentants* » [43]. Pire encore, il arrive au Conseil de capituler face à cette distinction en refusant de l'appliquer, signe de l'insaisissabilité de cette jurisprudence y compris pour son créateur. C'est ainsi qu'il n'a pas qualifié de punition ou de mesure de sûreté l'inéligibilité de plein droit à l'élection des conseils régionaux pour violation des règles de financement des campagnes électorales tout en précisant que cette interdiction « *ne méconnaît pas les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines* » [44]. Pour échapper à cette distinction, il va même, parfois, jusqu'à sacrifier l'autonomie de la notion constitutionnelle de peine pour s'en remettre à l'interprétation des Hautes juridictions en se liant à leur jurisprudence pour sa qualification [45].

Aussi, cette distinction étant dénuée de toute logique et ne reposant sur aucun argument théorique irréfutable, il est insatisfaisant et même inquiétant qu'elle conditionne le bénéfice de garanties aussi fondamentales que celles découlant de l'article 8 de la DDHC. Une clarification s'impose et un revirement, absorbant dans la notion de sanction punitive l'ensemble des peines automatiques accessoires, serait bienvenu. Sous cette condition, le Conseil constitutionnel considérera l'exclusion automatique de soumissionner comme une sanction ayant le caractère de punition et examinera sa conformité à la Constitution à travers les principes de nécessité et d'individualisation des peines.

## 2) Une méconnaissance flagrante des principes de nécessité et d'individualisation des peines

Le principe de nécessité des peines suppose que la loi n'institue que des sanctions qui sont proportionnées – *in abstracto* – aux faits qu'elle tend à réprimer (a). Le principe d'individualisation des peines, quant à lui, implique que le juge ait la possibilité d'adapter – *in concreto* – la sanction à chaque espèce (b). Les interdictions automatiques de soumissionner nous paraissent méconnaître ces deux garanties pénales constitutionnelles découlant de l'article 8 de la DDHC.

### a) Le principe de nécessité des peines

Bien qu'il le pourrait [46], le Conseil constitutionnel ne contrôle pas en tant que telle la nécessité des peines. Il considère qu'il n'a pas « *un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* » [47] et qu'ainsi « *la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur* » [48]. En revanche, le juge constitutionnel veille à la proportionnalité des peines selon un contrôle restreint. Tout d'abord, il recherche si la peine instituée par le législateur est en adéquation avec l'objectif qu'il poursuit [49]. Ensuite, il s'assure de « *l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* » [50], au regard de la gravité des faits que le législateur a entendu réprimer. Pour cela, sont pris en compte tant la peine que son régime juridique d'exécution [51].

Ce « *principe de proportionnalité* » [52] s'applique aux sanctions punitives automatiques.

D'une part, le Conseil sanctionne les peines automatiques en ce que leur « *automaticité pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés* » [53]. Cette logique semble être méconnue par les exclusions de plein droit de soumissionner. En particulier, leur durée intangible de cinq ans peut rendre cette sanction manifestement disproportionnée dans certains cas par rapport aux faits ayant conduit à la condamnation définitive pour la peine principale.

D'autre part, le Conseil a, dans un premier temps, censuré l'exigence d'individualisation des peines sur le fondement du principe de nécessité. C'est ainsi qu'il a jugé contraire à l'article 8 de la DDHC une sanction automatique d'interdiction du territoire pour une durée fixe d'un an à la suite d'un arrêté de

reconduite à la frontière [54] ou une incapacité d'exercer une fonction publique élective d'au moins cinq ans en conséquence d'une faillite personnelle [55], celles-ci s'appliquant sans l'intervention d'un juge modulant leur prononcé au regard des circonstances. Cet ancien volet du principe de nécessité est désormais clos, substitué par le principe d'individualisation des peines qui est devenu, depuis la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle [56], le vecteur privilégié de contrôle des prohibitions automatiques.

#### b) Le principe d'individualisation des peines

S'imposant y compris dans le silence de la loi [57], le principe d'individualisation des peines implique que la sanction punitive ne puisse être prononcée qu'expressément par un juge [58] en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce [59]. Inhérent à la séparation des pouvoirs, il veille à la nécessaire préservation du « *pouvoir souverain d'appréciation des juges* » [60]. Ce principe ne fait toutefois pas obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions [61]. En outre, il n'impose pas que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction [62]. Mais, en tout état de cause, le principe d'individualisation des peines s'oppose systématiquement à leur automaticité [63].

C'est pourquoi, quand il accepte de contrôler leur constitutionnalité au regard de l'article 8 de la DDHC en les qualifiant de sanctions punitives, le Conseil censure systématiquement les interdictions de plein droit d'exercer une profession. Il a ainsi pu juger qu'une incapacité automatique d'exercer une fonction publique élective d'une durée de cinq ans méconnaît le principe constitutionnel d'individualisation des peines puisque cette sanction professionnelle est « *attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément [et] qu'il ne [puisse] davantage en faire varier la durée* » [64]. À l'inverse, dès lors qu'elle est « *prononcée expressément par le juge, à qui il revient d'en moduler la durée [et qui] peut, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, décider de ne pas [la] prononcer* » [65], la peine d'inéligibilité est conforme au principe d'individualisation.

Or, l'interdiction de soumissionner aux contrats de la commande publique s'applique de plein droit à la suite d'une condamnation pénale définitive pour certaines infractions. Elle n'est prononcée par aucun

juge. Sa durée, alors qu'elle est un élément déterminant de l'individualisation des peines [66], n'est pas modulable en fonction des circonstances propres à chaque espèce. Il n'est notamment pas pris en compte, pour son prononcé ou son régime, la nature ou la durée de la condamnation pour la peine principale, les antécédents judiciaires du condamné ou encore la gravité des faits commis par lui. C'est une sanction figée et aveugle, l'exact opposé d'une peine individualisée. Sa constitutionnalité est donc sérieusement contestable, d'autant que la prise « *en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* » [67] sont des éléments essentiels du contrôle du respect du principe d'individualisation [68].

Ce n'est d'ailleurs pas la possibilité d'un relèvement [69] qui permettrait aux interdictions de soumissionner d'échapper à la censure. Le Conseil constitutionnel considère « *que, même si l'intéressé peut être, en tout ou partie, y compris immédiatement, relevé de [l']incapacité dans les conditions définies au second alinéa de l'article 132-21 du code pénal, cette possibilité ne saurait, à elle seule, assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines* » [70]. Cette position a été confirmée par une décision du 3 février 2012 qui précise que la possibilité d'une exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire [71], emportant relèvement de la peine accessoire automatique, « *ne saurait, à elle seule, assurer le respect des exigences qui découlent du principe d'individualisation des peines* » [72]. Nous voyons mal comment le juge constitutionnel pourrait se départir de cette solution puisque le relèvement ne permet qu'*a posteriori* de revenir sur la peine. Mais, en tout état de cause, « *la peine en elle-même [trouve] à s'appliquer sans que le juge l'ait prononcée* » en méconnaissance de la « *prohibition des peines automatiques* » [73].

#### **B) Une constitutionnalité contestable au regard du droit à un recours juridictionnel effectif**

Se pose, également, la question de la conformité des exclusions automatiques de soumissionner au droit à un recours juridictionnel effectif [74].

Disposant d'une valeur constitutionnelle [75], le droit à un recours juridictionnel effectif découle de l'article 16 de la DDHC selon lequel « *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Invocable en QPC [76], il est le socle commun de la garantie effective de l'ensemble

des droits et libertés [77]. Il veille à ce que ne soient pas portées « *d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » [78]. Faisant application de ce droit en matière pénale [79], civile [80] et administrative [81], le Conseil constitutionnel sanctionne systématiquement les hypothèses où la loi ne permet aucun accès au juge [82]. Parfois, il interprète l'absence de voie de recours comme privant de garanties légales la protection constitutionnelle de certains droits et libertés comme la liberté d'entreprendre [83] ou le droit au respect de la vie privée [84]. À l'inverse, le juge constitutionnel, dans une approche globale, refuse de censurer une loi si un recours juridictionnel – direct ou indirect – est envisageable [85].

S'agissant des exclusions automatiques de soumissionner, elles ne paraissent pas être exclues de tout recours juridictionnel. En effet, la procédure de relèvement leur est ouverte et nous paraît devoir être prise en compte dans le contrôle exercé par le Conseil au titre de l'article 16 de la DDHC (à la différence de celui opéré au regard de l'article 8 de la DDHC). En effet, la conformité au droit au recours ne suppose pas qu'une interdiction soit prononcée par un juge mais seulement qu'elle puisse, en toutes hypothèses, être contestée devant celui-ci. L'existence d'une voie juridictionnelle de contestation permet donc de s'assurer de cette exigence.

Le relèvement confère à la juridiction qui a prononcé la condamnation pénale définitive la possibilité d'effacer l'interdiction, la déchéance ou l'incapacité – au titre desquelles figure l'exclusion de plein droit des contrats de la commande publique – résultant automatiquement de ladite condamnation. L'exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n° 2 du casier judiciaire [86] et la réhabilitation [87] emportent également relèvement des peines accessoires.

Face à une interdiction automatique de candidater, le justiciable n'est donc pas dépourvu de tout recours. En revanche, il n'est pas évident que ce recours soit effectif. À ce sujet, la jurisprudence du Conseil constitutionnel précise qu'en l'absence de tout délai pour que le juge se prononce sur le recours exercé devant lui, la loi viole le droit à un recours juridictionnel effectif [88]. Le juge constitutionnel assimile cette situation à une absence de recours. Par exemple, méconnaît le droit à un recours effectif une loi qui ne prévoit aucun délai imparti au juge d'instruction, ou toute autre juridiction, pour se prononcer sur une demande de restitution d'un bien placé sous main de justice [89]. Réitérant cette

approche, le Conseil constitutionnel a explicitement énoncé que l'absence de délai déterminé dévolu au juge d'instruction pour répondre à une demande de permis de visite d'un membre de la famille de la personne placée en détention provisoire doit être considérée comme « *n'ouvr[ant] aucune voie de recours* », ce qui méconnaît les exigences de l'article 16 de la DDHC [90].

Or, aucun texte ne fixe un délai impératif dans lequel le juge pénal doit obligatoirement se prononcer sur la demande de relèvement de l'exclusion automatique de soumissionner [91]. L'ineffectivité de ce recours est, d'ailleurs, mise en exergue par les praticiens qui appellent de leurs vœux la création d'un « *référé-relèvement* » [92] pour que l'opérateur économique pénalement condamné puisse être relevé, dans un délai utile, de sa peine accessoire et, ainsi, candidater à un contrat de la commande publique. Plus encore, l'inefficacité du relèvement s'agissant des exclusions automatiques de soumissionner est constatée par le Conseil d'État lui-même « *eu égard à [ses] conditions d'octroi, notamment de délai, et à [ses] effets* » [93].

Le Conseil constitutionnel aurait ainsi matière à censurer les articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du CCP pour violation du droit à un recours juridictionnel effectif.

**En conclusion**, si les arguments au soutien de l'incompatibilité à la Constitution des exclusions automatiques de soumissionner sont sérieux, l'incertitude règne toutefois sur le sens de la décision que rendront les Sages tant les obstacles sont nombreux jusqu'à la déclaration d'inconstitutionnalité – contrôle d'une loi de transposition, qualification de sanction punitive et effectivité du recours en relèvement. Qu'importe l'issue, cette saisine du Conseil a néanmoins le mérite d'alimenter le mouvement émergent du contentieux QPC des contrats publics. Qui sait, cette affaire marquera-t-elle peut-être un tournant en concrétisant la première censure d'une loi, dans le contentieux *a posteriori*, en droit de la commande publique. Une telle hypothèse appelle, alors, deux remarques.

D'une part, le CCP ne sera pas entièrement vidé de toutes les exclusions automatiques de soumissionner. Survivront notamment, à la faveur de textes différents de ceux déferés devant le Conseil [94],

celles concernant les contrats de défense ou de sécurité pour la commission d'infractions spécifiques [95], à charge pour le législateur de revoir sa copie ou le justiciable de soulever contre elles une nouvelle QPC.

D'autre part, le législateur français se trouvera dans la délicate situation de devoir réécrire le CCP en ménageant tant les exigences constitutionnelles que les impératifs du droit dérivé de la commande publique. Cette tâche, si elle n'est pas impossible, sera néanmoins délicate, ces deux corps de règles supra-législatives étant pour partie animés par des objectifs distincts – la préservation des garanties juridiques pour le premier et l'efficacité économique du marché pour le second.



**Gaël TROUILLER**

Élève-avocat

## Références :

[1] Trafic de stupéfiants, escroquerie, abus de confiance, blanchiment, actes de terrorisme, concussion, corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme, soustraction et détournement de biens, entrave à l'exercice de la justice, faux, participation à une association de malfaiteurs, fraude fiscale, infractions de résistance à l'impôt et traite d'êtres humains (art. L. 2141-1 et L. 3123-1 du CCP).

[2] Les articles 131-34 et 131-39, 5°, du code pénal ne visant que « les marchés publics », le principe d'interprétation stricte de la loi pénale nous paraît ainsi exclure les concessions ; v. en ce sens : D. APELBAUM, M. DURAND-POINCLoux, J. PEISSEL, « Condamnation pénale d'un opérateur économique : comment éviter l'exclusion automatique des marchés publics ? », *Droit pénal*, n° 6, juin 2021, étude 13 ; v. toutefois pour une interprétation téléologique contraire : X. PIN, « Exclusion des marchés publics », *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20, 18 juin 2021.

[3] CCP, art. L. 2141-1 (pour les marchés publics) et L. 3123-1 (pour les concessions).

[4] CE, 14 juin 2019, *Société Vert Marine*, req. 419146 ; CJUE, 11 juin 2020, *Vert Marine SAS c. Premier ministre*, aff. C-472/19.

[5] CE, 12 octobre 2020, *Société Vert Marine*, req. n° 419146.

[6] Cons. const., déc. n° 2020-857 QPC, 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*.

[7] Cass. crim., 17 novembre 2021, pourvoi n° 21-83.121.

[8] Cons. const., déc. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

[9] Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

[10] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2018-768 DC, 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, § 3.

[11] V. par ex. : Cons. const., 17 décembre 2010, déc. n° 2010-79 QPC, *Kamel Daoudi*, § 3.

[12] Art. 88-1 de la Constitution.

[13] Concl. M. GUYOMAR sur CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. n° 287110.

[14] CE, 8 juillet 2015, *M. B....*, req. n° 390154, cons. 4.

[15] Cons. const., déc. n° 2021-940 QPC, 15 octobre 2021, *Société Air France*, § 13 ; v. également pour une logique jumelle dans le contrôle de la conformité à la Constitution des règlements devant le juge administratif : CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. n° 287110, cons. 11.

[16] V. par ex. : Cons. const., déc. 2014-373 QPC, 4 avril 2014, *Société Séphora*, § 5 à 7 ; v. également : Cons. const. déc. n° 2020-857 QPC, 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*, § 14 à 17.

[17] V. par ex. : CE, 26 janvier 2018, *M. A... B. c. OFPRA*, req. n° 397611, § 6 à 8 ; CE, 10 décembre 2021, *SNC MCC Axes*, req. n° 457050, § 11.

[18] V. par ex. : Cass. soc., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-27.130.

[19] Concl. S. ROUSSEL sur CE, 9 juillet 2021, *Société Air France*, req. n° 450480.

[20] CE, 13 mars 2019, *Mme. A... C....*, req. n° 424565, § 7 à 9.

[21] Art. 57, paragr. 7, de la directive 2014/24/UE et art. 38, paragr. 10, de la directive 2014/23/UE.

[22] *Ibid.*

[23] *Ibid.*

[24] Le Conseil constitutionnel est toutefois libre, même si la Cour de cassation ne l'a pas retenu, de considérer que la directive fait écran (v. en ce sens : CE, 9 juillet 2021, req. 450480 et Cons. const., déc. n° 2021-940 QPC, 15 octobre 2021).

[25] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2010-84 QPC, 13 janvier 2011, *SNC Eiffage Construction Val de Seine*, § 3.

[26] E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale : la QPC et les attentes déçues... », *JCP G*, n° 37, 12 septembre 2021, p. 976 ; B. DE LAMY, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue », *RSC*, 2013, p. 433.

[27] J.-H. ROBERT, « Interdictions, déchéances et incapacités - Un ostracisme non punitif », *Droit pénal*, n° 6, juin 2011,

comm. 82 : « *Le régime des interdictions, déchéances et incapacités encourues "de plein droit" évolue donc vers une grande diversification et il faudra, à l'avenir, apprendre leurs variations comme on apprend par cœur la liste de verbes irréguliers quand on étudie une langue étrangère* ».

[28] A. MARON, J.-H. ROBERT, « Droit pénal - Droit pénal et procédure pénale – Chronique », *JCP G*, n° 43-44, 24 octobre 2011, doctr. 1176.

[29] E. DREYER, « Question prioritaire de constitutionnalité - Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale La QPC et les attentes déçues... », *JCP G*, n° 37, 12 septembre 2011, p. 976.

[30] Cons. const., déc. n° 2011-132 QPC, 20 mai 2011, *M. Ion C*, § 7.

[31] Cons. const., déc. n° 2016-570 QPC, 29 septembre 2016, *M. Pierre M*, § 5.

[32] Cons. const., déc. n° 2011-114 QPC, 1<sup>er</sup> avril 2011, *M. Didier P*, § 5.

[33] Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, § 5 ; v. également en ce sens : Cons. const., déc. n° 99-140 DC, 15 mars 1999, *Loi relative à la Nouvelle-Calédonie*, § 42.

[34] Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC, 27 janvier 2012, *M. Eric M*, § 4.

[35] Cons. const., déc. n° 2017-752 DC, 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, § 4 à 10.

[36] Cass. crim., 6 avril 2011, pourvoi n° 11-90.009.

[37] Cass. crim., 20 décembre 2017, pourvoi n° 17-90.018.

[38] À noter que le Conseil constitutionnel peut, même si la Cour de cassation a jugé la QPC sérieuse, écarter celle-ci au motif que l'article 8 de la DDHC n'est pas applicable faute pour la disposition déférée d'instituer une sanction ayant le caractère d'une punition (v. not. : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 mars 2011, pourvoi n° 10-24.180 et Cons. const. déc. n° 2011-132 QPC, 20 mai 2011, § 6).

[39] CEDH, 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, § 130.

[40] CEDH, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, n° 17440/90, § 28 ; v. pour une application concernant une interdiction perpétuelle d'exercer une profession qualifiée de peine : CEDH, 12 janvier 2016, *Gouarré Patte c. Andorre*, 33427/10, § 30).

[41] C. pén., art. 132-1, al. 2.

[42] « Là où la raison d'être de la loi est la même, là, la disposition de la loi est la même » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 1999).

[43] Cons. const., déc. n° 2017-752 DC, 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, § 8 ; v. également : Cons. const., déc. n° 2010-40 QPC, 29 septembre 2010, *M. Thierry B*, § 4.

[44] Cons. const., déc. n° 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H*, § 11.

[45] Cons. const., déc. n° 2011-218 QPC, 3 février 2012, *M. Cédric S.*, § 6 : « *Considérant qu'il ressort d'une jurisprudence*

*constante du Conseil d'État, que, pour un militaire, la perte du grade constitue une peine ; que le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789 implique que cette peine ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce* ».

[46] Sur le fondement de l'article 8 de la DDHC mais, également, sur celui de l'article 5 qui dispose que « *la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* ».

[47] Cons. const., déc. n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, § 12.

[48] Cons. const., déc. n° 2021-942 QPC, 21 octobre 2021, *Société Décor habitat 77*, § 5.

[49] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, § 43 ; Cons. const., déc. n° 2013-679 DC, 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, § 10.

[50] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2021-908 QPC, 26 mai 2021, *Société KF3 Plus*, § 3.

[51] V. not. : Cons. const., déc. n° 2015-501 QPC, 27 novembre 2015, *M. Anis T*, § 8.

[52] Cette notion est également utilisée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (v. par ex. : Cons. const., déc. n° 2015-501 QPC, 27 novembre 2015, *M. Anis T.*, § 11 ; Cons. const., déc. n° 2019-827 QPC, 28 février 2020, *M. Gérard F.*, § 17).

[53] V. Cons. const., déc. n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, § 52 (à propos de la censure d'une loi instituant une sanction automatique d'insertion d'un communiqué dans les programmes pour les éditeurs audiovisuels ayant manqué à leurs obligations) ; v. également pour une peine complémentaire d'interdiction d'entrer dans une enceinte de transports publics de longue distance : Cons. const., déc. n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T*, § 19.

[54] Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, § 49.

[55] Cons. const., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, § 42.

[56] Cons. const., déc. n° 2005-520 DC, 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, § 3.

[57] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2007-553 DC, 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, § 28.

[58] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2010-40 QPC, 29 septembre 2010, *Thierry B*, § 3.

[59] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *Alain D. et autres*, § 3 ; Cons. const., déc. n° 2010-41 QPC, 29 septembre 2010, *Société Cdiscount*, § 3.

[60] P. GAÏA et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> édition, p. 585.

[61] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2018-742 QPC, 26 octobre 2018, *M. Husamettin M*, § 5.

[62] V. par ex. : Cons. const., déc n° 2007-554 DC, 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, § 13.

[63] V. not. : Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2007-554 DC, 9 août 2007, p. 3.

[64] Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, § 5 ; v. concernant la perte de grade de plein droit pour un militaire condamné à un crime ou à certains délits : Cons. const., déc. n° 2011-218 QPC, 3 février 2012, *M. Cédric S.*

[65] Cons. const., déc. n° 2017-752 DC, 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, § 9.

[66] Cons. const., déc. n° 2010-40 QPC, 29 septembre 2010, *M. Thierry B.*, § 5.

[67] Cons. const., déc. n° 2007-554 DC, 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, § 14.

[68] V. pour le faisceau d'indices employé par le Conseil constitutionnel pour le contrôle qu'il exerce au regard du principe d'individualisation des peines : Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2016-619 QPC, 16 mars 2017, *Société Segula Matra Automotive*, p. 12 et 13.

[69] Prévu à l'article 132-21, al. 2, du code pénal, lequel renvoie, pour son régime, aux articles 702-1 et 703 du code de procédure pénale.

[70] Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, § 5 ; v. également en ce sens : Cons. const., déc. n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, § 41.

[71] CPP, art. 775-1, al. 2.

[72] Cons. const., déc. n° 2011-218 QPC, 3 février 2012, *M. Cédric S.*, § 7.

[73] Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, p. 5.

[74] À noter que la Cour de cassation vise, dans sa décision de renvoi, le droit d'« accès au juge » (v. également en ce sens : Cass. crim., 30 janvier 2019, pourvoi n° 18-85.581 ; Cass. crim., 8 juin 2021, pourvoi n° 21-90.012). Cette dénomination n'est toutefois pas employée par le Conseil constitutionnel qui lui préfère celle de « droit à un recours juridictionnel effectif » ou « droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

[75] Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, § 83.

[76] V. not. : Cons. const., déc. n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*.

[77] V. not. : Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, § 3.

[78] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2016-561/562 QPC, 9 septembre 2016, *M. Mukhtar A.*, § 8 ; Cons. const., déc. n° 2020-857 QPC, 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*, § 18.

[79] V. par ex. : Cons. const., déc. 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G.*

[80] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, § 36.

[81] V. par ex. : Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, § 85 ; Cons. const., déc. n° 2011-138 QPC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry*, § 7.

[82] Tel fut, par exemple, le cas lorsque le Conseil a constaté l'inconstitutionnalité des dispositions du code de procédure pénale relatives aux demandes de mise en liberté pour les personnes placées en détention provisoire en ce qu'elles ne prévoyaient « aucun recours devant le juge judiciaire ne permettant au justiciable d'obtenir qu'il soit mis fin aux atteintes à sa dignité résultant des conditions de sa détention provisoire » (Cons. const., déc. n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre*, § 16) ; v. également : Cons. const., déc. n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014, *Jacques J.*, § 7 ; Cons. const., déc. n° 2015-499 QPC, 20 novembre 2015, *Hasan B.*, § 4.

[83] Cons. const., déc. n° 2014-375 QPC, 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres*, § 14.

[84] Cons. const., déc. n° 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd*, § 8.

[85] Par exemple, le Conseil a jugé qu'une loi fermant la possibilité d'invoquer l'exception d'illégalité d'un acte administratif ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif dès lors que la personne intéressée dispose, par ailleurs, de la possibilité d'exercer un recours en annulation par voie d'action ou de former un recours devant le juge administratif contre le refus que lui a opposé l'administration (Cons. const., déc. n° 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, *M. Antoine de M.*, § 12) ; v. également : Cons. const., déc. n° 2015-722 DC, 26 novembre 2015, *Loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales*, § 17 et 18.

[86] CPP, art. 775-1, al. 2.

[87] C. pén., art. 133-16, al. 1<sup>er</sup>.

[88] V. à ce propos : Commentaire sous : Cons. const., déc. n° 2020-857 QPC, 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*, p. 17 : « le Conseil censure des dispositions conduisant à priver le requérant de tout recours contre une décision emportant des conséquences particulières ou ne lui offrant qu'un recours dénué de toute efficacité ».

[89] Cons. const., déc. n° 2015-494 QPC, 16 octobre 2015, *Consorts R.*, § 7.

[90] Cons. const., déc. n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons*, § 16.

[91] V. not. : D. APELBAUM, M. DURAND-POINCLoux, J. PEISEL, « Condamnation pénale d'un opérateur économique : comment éviter l'exclusion automatique des marchés publics ? », *Droit pénal*, n° 6, juin 2021, étude 13.

[92] *Ibid.*

[93] CE, 12 octobre 2020, req. n° 419146, § 6.

[94] CCP, art. L. 2341-3, 1°, (pour les marchés publics de défense ou de sécurité) et art. L. 3123-13, 1°, (pour les concessions de défense ou de sécurité).

[95] Atteinte au secret professionnel ; trafic d'armes ; atteinte au secret de la défense nationale ; fabrication et commerce illégal de matériels de guerre, armes ou munitions ; importations, exportations ou transferts de matériels de guerre, armes ou munitions ; porter ou transporter des armes ou munitions.



## FORMULAIRE D'ADHESION

Année 2021-2022

### BENEFICIAIRE

NOM / Prénom : .....

Promotion : ...../.....

Email : .....

Profession : .....

Structure : .....

Je souhaite recevoir les offres de collaborations du réseau IDPA

### PAIEMENT DE LA COTISATION

- Conformément à l'article 8 alinéa 2 des statuts de l'Association de l'IDPA précisant que « *la qualité de membre bénéficiaire de l'Association est subordonnée au renseignement et au retour du formulaire d'inscription ainsi qu'au paiement d'une cotisation annuelle d'un montant de 25 euros (vingt cinq euros).* », **j'acquiesce la cotisation annuelle de 25 euros :**

- par paiement sécurisé en ligne, à l'adresse suivante : <https://www.cotizasso.com/participation/cotisation-annuelle-anciens-etudiants/2706> (l'envoi du présent formulaire n'est pas nécessaire) ;
- par chèque à l'ordre **Association de l'IDPA** (chèque à envoyer avec le présent formulaire à l'adresse : Mme Jennifer OBRERO, 5 rue Pasteur, 94130 Nogent-Sur-Marne) ;
- par virement bancaire (avec envoi du présent formulaire à Mme Jennifer OBRERO, 5 rue Pasteur, 94130 Nogent-Sur-Marne) sur le compte :

Association de l'IDPA

IBAN : FR76 3000 4019 6000 0104 2908 155 BIC : BNPAFRPPXXX

- Dès réception du présent formulaire et du paiement, un reçu vous sera envoyé par mail au format pdf.





Association  
IDPA

1, rue Pierre-Antoine Berryer  
93130 Issy-les-Moulineaux  
[contact@association-idpa.com](mailto:contact@association-idpa.com)