

## **[Jurisprudence] Jurisprudence « Département des Bouches-du-Rhône » : extension du domaine de la lutte (anticorruption)**

Réf. : CE, 2°-7° ch. réunies, 16 février 2024, n° 488524, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A73012MD](#)

**N8863BZB**



par **Philippe Guellier, Avocat associé, Seban Avocats**

le 28 Mars 2024

**Mots clés :** marchés publics • favoritisme • corruption • probité • condamnation pénale

**Dans un arrêt rendu le 16 février 2024, la Haute juridiction a dit pour droit que, dès lors qu'une condamnation par le juge pénal a été prononcée à raison de celles-ci, la durée de l'exclusion de la procédure de passation d'un marché public pour des faits de nature à remettre en cause le professionnalisme et fiabilité du candidat doit s'apprécier au regard de la date de cette condamnation, même non définitive.**

À l'instar de la commune de Béziers, qui a fortement contribué via la jurisprudence du Conseil d'État, à la consécration de nouveaux principes applicables aux contrats administratifs [\[1\]](#), le département des Bouches-du-Rhône se trouve, par deux arrêts éponymes, au cœur de la consolidation et de l'extension des règles applicables aux candidats ayant entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel d'un acheteur public.

Pour appréhender la récente décision du Conseil d'État du 16 février 2024, « Département des Bouches-du-Rhône », il est nécessaire de rappeler, d'une part, la distinction faite par le droit européen, depuis le paquet législatif « marchés publics » de 2014 (Directives du 26 février 2014, 2014/24/UE sur la passation des marchés publics [N° Lexbase : L8592IZA](#) et 2014/25/UE sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux [N° Lexbase : L8593IZB](#)), et par le droit français, depuis de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics [N° Lexbase : L9077KBS](#), entre motifs d'exclusion de plein droit et motifs d'exclusion facultatifs d'une procédure de marché.

Parmi ces motifs, la condamnation définitive d'une personne pour l'une des infractions au Code pénal et au Code général des impôts visées à l'article L. 2141-1 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L1524MHW](#) constitue un motif d'exclusion de plein droit.

Tandis que la tentative d'une personne d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou la fourniture d'informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution, constitue un motif d'exclusion facultatif aux termes de l'article L. 2141-8-1° du même code [N° Lexbase : L4491LRR](#). La personne dont le comportement est visé à cet article, mais qui n'a pas fait l'objet d'une condamnation définitive, peut être exclue de la procédure de passation d'un marché par l'acheteur public. Cette possibilité est offerte sous réserve de respecter le principe du contradictoire selon les modalités fixées à l'article L. 2141-11 de ce code [N° Lexbase : L1518MHP](#), c'est-à-dire après avoir mis la personne « à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats ».

Il est nécessaire, d'autre part, de remonter le temps jusqu'à l'arrêt du Conseil d'État du 24 juin 2019 « Département des Bouches-du-Rhône » [\[2\]](#) (qu'on pourrait désormais appeler « Bouches-du-Rhône I »). Interprétant le 2° de l'article 48-I de l'ordonnance du 23 juillet 2025 (devenu l'article L. 2141-8-1° du Code de la commande publique), le Conseil d'État a considéré qu'un acheteur public

peut prendre en compte le comportement d'un acteur économique dans d'autres procédures récentes pour l'exclure de celle à laquelle il candidate :

« ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, **dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique**, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats. »

Ce faisant, la Haute juridiction a retenu, à l'invitation du rapporteur public M. Gilles Pellissier, une lecture davantage finaliste<sup>[3]</sup> que littérale de la Directive « marchés publics » <sup>[4]</sup>.

Par un nouvel arrêt « Département des Bouches-du-Rhône » en date du 16 février 2024, le Conseil d'État vient compléter cette construction prétorienne, pour reprendre le terme employé par le rapporteur public M. Nicolas Labrune, en précisant les modalités d'application dans le temps du motif d'exclusion facultatif précité et en étendant son champ d'application.

### **I. Précision des modalités d'application dans le temps du motif d'exclusion facultatif tiré de la tentative d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur**

À titre liminaire, il est très intéressant de noter que l'interprétation retenue par le Conseil d'État dans sa décision du 24 juin 2019 a été récemment confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne par un arrêt de sa Grande chambre en date du 21 décembre 2023 <sup>[5]</sup>. Saisie d'un renvoi préjudiciel relatif au motif d'exclusion facultatif d'un candidat à une procédure de marché en raison d'infractions aux règles de concurrence, la CJUE a affirmé la liberté d'appréciation dont doit jouir le pouvoir adjudicateur pour apprécier l'intégrité et la fiabilité d'un tel candidat <sup>[6]</sup>. Autrement dit, selon l'avocat général M. Manuel Campos Sánchez-Bordona qui retient lui aussi une conception finaliste des motifs facultatifs d'exclusion :

« l'interprétation correcte de l'article 57, paragraphe 4, sous d), de la Directive 2014/24 exige que **la vérification de l'intégrité et de la fiabilité du soumissionnaire s'étende à ses comportements anticoncurrentiels passés, et pas seulement aux arrangements collusoires intervenus dans le cadre de la procédure de passation de marché « spécifique » que le pouvoir adjudicateur doit conduire** <sup>[7]</sup> ».

Ceci étant précisé, les questions auxquelles a répondu le Conseil d'État le 16 février 2024 découlaient directement de son ajout de 2019.

L'article L. 2141-1, alinéa 3, du Code de la commande publique fixe à « cinq ans à compter du prononcé de la condamnation » définitive d'une personne l'exclusion de la procédure de passation des marchés (« sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive »). En revanche, rien n'était indiqué par le Conseil d'État dans son arrêt du 24 juin 2019 quant à la durée maximale d'exclusion découlant de la notion « d'autres procédures récentes de la commande publique ».

En l'espèce, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché portant sur les peintures et revêtements de sol en vue de la construction d'un collège, la présidente du conseil départemental des Bouches-du-Rhône avait, par une décision du 2 août 2023, pris la décision d'exclure un candidat sur le fondement de l'article L. 2141-8-1° du Code de la commande publique. Le motif retenu est que l'associé majoritaire de l'opérateur économique candidat avait été condamné par un jugement du tribunal correctionnel de Marseille du 2 décembre 2022 pour des faits de corruption dans le cadre de procédures de marchés publics antérieures. En référé, la société évincée avait soutenu que les procédures auxquelles faisait référence la présidente du conseil départemental pour l'exclure ne pouvaient être considérées comme récentes dès lors qu'elles dataient d'une période courant de 2012 et 2016. Le juge des référés du tribunal administratif de Marseille avait fait droit à cette demande.

Le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge des référés pour erreur de droit et, après avoir rappelé le fait que les dispositions des articles L. 2141-8-1° et L. 2141-11 du Code de la commande publique « permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats », précise :

« Il résulte de ces mêmes dispositions, qui doivent être interprétées à la lumière des dispositions de l'article 57 de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 qu'elles transposent en droit national, lesquelles limitent à trois ans la période pendant laquelle un opérateur peut être exclu dans les cas visés au paragraphe 4 de cet article, que **l'acheteur ne peut pas prendre en compte, pour prononcer une telle exclusion, des faits commis depuis plus de trois ans. Toutefois, lorsqu'une condamnation non définitive a été prononcée à raison de ceux-ci, cette durée de trois ans court à compter de cette condamnation.** »

Le Conseil d'État applique ici la durée maximale de la période d'exclusion de trois ans, propre aux motifs d'exclusion facultatifs, qui est définie au point 7 de l'article 57 de la Directive « marchés publics » mais pas dans le Code de la commande publique, faute d'avoir été transposée en son temps. Il en précise le point de départ lorsqu'une condamnation non définitive des faits est intervenue. C'est donc à nouveau par une action prétorienne que le Conseil d'État, ainsi que l'y invitait le rapporteur public dans cette affaire, vient compléter les règles applicables aux candidats ayant entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel d'un acheteur public.

## **II. Le contrôle du motif d'exclusion facultatif tiré de la tentative d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur étendu ... et complexifié**

Un des changements fondamentaux dans l'appréciation des candidatures apporté par la Directive « marchés » fut l'obligation d'exclure un opérateur économique « lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein » [8]. Cette obligation est codifiée à l'article L. 2141-1, alinéa 2, du Code de la commande publique.

L'article L. 2141-8 du même code ne vise pas les personnes contrôlant l'opérateur économique candidat parmi les personnes susceptibles de faire l'objet d'une exclusion facultative. La décision du 16 février 2024 comporte donc une autre « brique » dans la construction prétorienne du Conseil d'État : ce dernier valide l'extension du contrôle opéré par le département des Bouches-du-Rhône à l'associé majoritaire de l'opérateur économique condamné. Le champ d'application du motif d'exclusion facultatif des personnes ayant entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel d'un acheteur public se trouve ainsi étendu aux personnes physiques et morales qui contrôlent l'opérateur économique candidat.

Si l'extension du champ d'application de ce motif d'exclusion facultatif paraît logique, reste que sa mise en œuvre s'en trouve complexifiée.

D'une part, il y a quelques années déjà, certains commentateurs relevaient le caractère large et contraignant du contrôle des motifs d'exclusion de plein droit par l'acheteur public : « il lui incombe de déterminer les relations entre sociétés mères et sociétés filles mais également de connaître la situation pénale des actionnaires majoritaires de celles-ci. Cette seule connaissance paraît pour le moins difficile à assurer. Ce qui complexifie le contrôle du respect de cet article par les candidats à une procédure de marché public » [9].

Ce caractère large et contraignant nous paraît renforcé par les jurisprudences « Département des Bouches-du-Rhône » s'agissant des motifs d'exclusion facultatifs : la connaissance qu'a un acheteur public de tentatives d'un candidat d'influer indûment sur le processus décisionnel d'un autre acheteur dans le cadre de procédures récentes est nécessairement limitée, voire inexistante.

La connaissance de l'existence d'une condamnation pénale d'un candidat et de son caractère définitif, ou non, n'est pas évidente non plus : depuis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique **N° Lexbase : L6482LBP**, dite « Sapin II », les acheteurs publics ne peuvent demander à un candidat qu'« une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du Code du travail. » La vérification du bulletin n° 2 du casier judiciaire d'un candidat, permettant de connaître les condamnations définitives d'une personne physique ou morale en matière de marchés publics, n'est pas automatique et n'est d'ailleurs pas ouverte à tous les acheteurs publics aux termes des articles 776 **N° Lexbase : L4965L8E** et 776-1 **N° Lexbase : L8456IM7** du Code de procédure pénale [10]. L'existence d'une condamnation pénale d'un candidat aura plus de chances d'être connue de l'acheteur s'il a lui-même été victime des agissements frauduleux objet de cette condamnation, comme c'était le cas dans l'affaire récemment jugée par le Conseil d'État, ou en cas de dénonciation du candidat condamné par un concurrent évincé.

D'autre part, à ces contraintes, il convient d'ajouter l'existence de durées maximales d'exclusion et de points de départ de ces durées différents selon les situations. Comme le résume le rapporteur public M. Nicolas Labrune, il existera des possibilités d'exclusion « à éclipses » :

- le candidat ayant entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel d'un acheteur public pourra être exclu pour une première durée de trois ans à compter des faits ;
- en cas de condamnation non définitive, il pourra à nouveau être exclu pour une durée de trois ans à compter du jugement du tribunal correctionnel ;
- en cas de condamnation définitive, il devra être exclu pour une autre durée de cinq ans à compter de la condamnation définitive [11].

Face à des tentatives d'influer sur une ou plusieurs procédures, il appartiendra donc à l'acheteur public d'identifier l'existence éventuelle d'une condamnation pénale, et son caractère définitif ou non, pour déterminer s'il se trouve en présence d'un motif d'exclusion de plein droit ou facultatif. Dans ce dernier cas et si la durée maximale d'exclusion n'est pas échue, l'acheteur public devra mettre en œuvre la procédure contradictoire prévue à l'article L. 2141-11 du Code de commande publique avant de pouvoir appliquer le motif d'exclusion facultatif.

En l'espèce, réglant l'affaire au fond, le Conseil d'État a facilement écarté les arguments avancés par le candidat évincé pour tenter de démontrer sa fiabilité. On peut toutefois penser qu'il existera des situations plus complexes à appréhender, notamment dans les cas où les actes incriminés constituent une tentative d'influer le processus décisionnel mais n'ont pas encore fait l'objet d'une qualification pénale claire par un jugement ou si le lien entre la personne condamnée et l'opérateur économique candidat montre un contrôle relatif du premier sur le dernier.

---

[1] CE Ass., 28 décembre 2009, n° 304802 [N° Lexbase : A0493EQC](#), dite « Béziers I » ; CE, 21 mars 2011, n° 304806 [N° Lexbase : A5712HIE](#), dite « Béziers II ».

[2] CE, 2<sup>e</sup>-7<sup>e</sup> ch. réunies, 24 juin 2019, n° 428866, publié au recueil Lebon [N° Lexbase : A3721ZGW](#).

[3] Monsieur Gilles Pellissier indique, dans ses conclusions : « Cette marge d'appréciation nous paraît en premier lieu découler de l'esprit ou de la finalité des interdictions de soumissionner (...) ».

[4] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE [N° Lexbase : L8592IZA](#).

[5] CJUE, 21 décembre 2023, aff. C-66/22, Infraestruturas de Portugal SA, Futrifer Indústrias Ferroviárias SA contre Toscca - Equipamentos em Madeira Lda [N° Lexbase : A997319A](#).

[6] En l'absence de décision de l'autorité de concurrence nationale.

[7] **Conclusions** de l'Avocat général Manuel Campos Sánchez-Bordona.

[8] Article 57, point 1, dernier alinéa.

[9] J. Brulas, *L'interdiction de soumissionner liée à une condamnation pénale : un contrôle renforcé* Contrats Publics, n° 187, mai 2018.

[10] Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, *L'examen des candidatures*, Fiche mise à jour le 1er avril 2019.

[11] Sous réserve des dispositions des articles L. 2141-6 [N° Lexbase : L4440LRU](#) et L. 2141-6-1 [N° Lexbase : L1517MHN](#) du Code de la commande publique.

*© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*