

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics fixe, en son article 57, les motifs au vu desquels le pouvoir adjudicateur doit exclure ou peut exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation d'un marché. Au nombre des motifs d'exclusion facultative, prévus au paragraphe 4, figure le cas prévu au i), sur lequel nous nous pencherons aujourd'hui. C'est le cas où « *l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution* ». Le paragraphe 6 du même article 57 de la directive prévoit quant à lui, sauf dans le cas d'une exclusion prononcée par un jugement définitif, une procédure contradictoire permettant aux opérateurs économiques de s'expliquer sur les griefs qui leur sont adressés par le pouvoir adjudicateur, et, s'ils arrivent à démontrer leur fiabilité, d'éviter l'exclusion. Enfin, le paragraphe 7 du même article encadre la durée maximale de la période d'exclusion, qui doit être fixée par les Etats membres : cette durée ne peut excéder cinq ans « *à compter de la date de la condamnation par jugement définitif* », en cas d'exclusion obligatoire, et « *trois ans à compter de la date de l'événement concerné* », en cas d'exclusion facultative.

La France a transposé ces dispositions, en les recopiant quasiment mot à mot, à l'article 46 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics s'agissant des exclusions obligatoires et à l'article 48 de cette même ordonnance s'agissant des exclusions facultatives. Les dispositions de l'ordonnance ont, ensuite, été codifiées aux articles L. 2141-1 à L. 2141-14 du code de la commande publique. Le cas que nous avons mentionné, issu du i) du paragraphe 4 de l'article 57 de la directive est désormais prévu au 1° de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique. Quant au paragraphe 6 de l'article 57, qui prévoit la procédure contradictoire, il est maintenant transposé à l'article L. 2141-11 du même code.

Par votre décision *Département des Bouches-du-Rhône* du 24 juin 2019 (n° 428866, p. 230), vous avez retenu une interprétation très large des dispositions de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui figurent donc, désormais, au 1° de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique. Vous avez en effet considéré que ce cas d'exclusion visait une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur, non seulement dans le cadre de la procédure de passation en cause, mais aussi – et c'est là que se situe le point le plus innovant de votre décision – dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique. Cette solution, que vous avez ensuite étendue aux procédures de passation des contrats de concession (CE, 24 mars 2022, *Société EPI et autres*, n° 457733, T. pp. 794-797), nous paraît avoir été confortée très récemment, par un arrêt de grande chambre de la CJUE du 21 décembre 2023 (CJUE, Grande chambre, 21 décembre 2023, *Infraestruturas de Portugal SA et Futrifer Indústrias Ferroviárias SA contre Toscca - Equipamentos em Madeira Lda*, aff. C-66/22). Dans cet arrêt, la cour de Luxembourg juge en effet que la directive s'oppose à une réglementation nationale qui limite la possibilité d'exclure un soumissionnaire ayant eu des comportements répréhensibles à la seule procédure de passation dans le cadre de laquelle ces comportements sont intervenus, et sans permettre de prendre en compte des comportements antérieurs¹.

L'ajout prétorien de la prise en compte de procédures antérieures récentes pour décider de l'exclusion d'un opérateur pose toutefois la question d'une borne temporelle : jusqu'à quand une procédure peut-elle être regardée comme « récente » ? C'est à cette question, inédite, qu'il va vous falloir répondre aujourd'hui.

Notre premier mouvement, sur ce sujet, a été de penser qu'il appartenait au juge d'apprécier *in concreto* le caractère récent d'une procédure, en tenant compte notamment de la gravité des faits commis, du contexte de l'affaire et des enjeux du marché. Mais, à bien y réfléchir, il est impossible de s'en tenir à cette approche. Nous pensons qu'il vous faut en effet nécessairement prendre en compte la borne temporelle fixée par le paragraphe 7 de l'article 57 de la directive lequel, nous vous l'avons dit, prévoit, pour les cas d'exclusion facultative que « *Lorsque la durée de la période d'exclusion n'a pas été fixée par jugement définitif, elle ne peut dépasser (...) trois ans à compter de la date de l'événement concerné* » .

Cette limite de trois ans n'a été transposée en droit français que pour le cas d'exclusion qui se figure désormais à l'article L. 2141-7 du code de la commande publique, c'est-à-dire l'hypothèse où un soumissionnaire a manqué de façon grave ou persistante à ses obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. Pour les

¹ La Cour se fonde, dans cet arrêt, sur l'item relatif à l'exclusion facultative en cas d'ententes (d du § 4 de l'article 57), mais son raisonnement nous semble directement transposable aux autres cas d'exclusion facultative, dont celui du i), en cause dans la présente affaire

autres cas d'exclusion facultative, le code de la commande publique, comme l'ordonnance du 23 juillet 2015 avant lui, ne fixe aucune borne temporelle. Cette absence de transposition, qui pourrait surprendre à première vue, s'explique en réalité par le fait que les auteurs de ces textes estimaient que tous ces autres cas d'exclusion facultative ne concernaient que la procédure de passation en cours, et n'invitaient pas à prendre en compte des procédures antérieures², de sorte qu'il n'était pas nécessaire, pour eux, de fixer une borne temporelle.

Mais c'était sans compter votre interprétation prétorienne, qui a permis qu'il soit tenu compte par l'acheteur de procédures antérieures. Et, dès lors, nous croyons qu'il est indispensable, pour respecter la directive, que votre élargissement jurisprudentiel s'accompagne de la fixation d'une limite temporelle. Il nous semble donc que vous êtes tenus d'interpréter le caractère « récent » des procédures antérieures à l'aune des dispositions de la directive qui limitent la durée de l'exclusion à « trois ans à compter de la date de l'événement concerné ». La position inverse, qui consisterait à ne pas prendre en compte la borne temporelle fixée par la directive au motif qu'elle n'a pas été transposée en droit national, nous paraît intenable en ce qu'elle traduirait un défaut de transposition susceptible de caractériser un manquement des autorités françaises à leurs obligations européennes. Si vous nous suivez, donc, vous jugerez que seules des procédures antérieures ayant moins de trois ans peuvent être qualifiées de « récentes » au sens de votre décision *Département des Bouches-du-Rhône* de 2019, et, par suite, être susceptibles de fonder une exclusion facultative.

Il vous faudra néanmoins encore préciser le point de départ de cette durée maximale de trois ans. Celui-ci, nous vous l'avons dit, est défini par le paragraphe 7 de l'article 57 de la directive comme la date de « *l'événement concerné* », notion dont les contours ne se laissent pas aisément saisir. Il faut en effet, selon nous, distinguer deux cas.

Le premier est celui où un opérateur économique s'est livré à un comportement relevant d'un cas d'exclusion mais que ces faits n'ont pas – ou pas encore – été sanctionnés par une autorité compétente, juridictionnelle ou administrative. Ces faits peuvent bel et bien justifier une exclusion, et l'acheteur n'a pas à attendre qu'ils soient sanctionnés. Comme l'a écrit la CJUE dans son arrêt précité de décembre dernier une décision de sanction prononcée à l'encontre d'un opérateur « *peut conduire le pouvoir adjudicateur à exclure cet opérateur économique de la procédure de passation du marché public en cause* » mais, « *à l'inverse, l'absence d'une telle décision ne saurait ni empêcher ni dispenser le pouvoir adjudicateur de se livrer à une (...) appréciation* » de l'attitude de cet opérateur³. En pareille hypothèse, puisqu'il n'y a pas eu de sanction, la période d'exclusion ne peut partir que de la commission des faits répréhensibles, ou, pour le dire autrement, « *l'événement concerné* » au sens de la directive ne

² C'était d'ailleurs la position exprimée par le ministère chargé de l'économie dans les observations qu'il avait produites dans le cadre de la précédente affaire *Département des Bouches-du-Rhône*

³ Nous citons là le point 79 de l'arrêt

peut s'entendre, pour le cas d'exclusion qui nous préoccupe, que de la tentative de l'opérateur d'influer indument sur le processus décisionnel de l'acheteur

La seconde hypothèse est celle où les faits relevant d'un cas d'exclusion ont déjà donné lieu à sanction. Et, dans cette configuration, la CJUE a eu de la notion d'« événement concerné » une interprétation très constructive. En effet, dans un arrêt du 24 octobre 2018 (CJUE, 24 octobre 2018, *Vossloh Laeis GmbH contre Stadtwerke München GmbH*, aff. C-124/17), la cour a jugé, à propos d'un autre cas d'exclusion facultative, que, lorsque le comportement relevant de la clause d'exclusion « a été sanctionné par une autorité compétente », alors, « la durée maximale d'exclusion est calculée à compter de la date de la décision de cette autorité ».

Nous pensons que cette règle, posée pour le cas d'exclusion prévu par le d) du 4 de l'article 57 de la directive, c'est-à-dire les ententes anticoncurrentielles, doit être étendue aux cas relevant du i), c'est-à-dire ceux où l'opérateur a tenté d'influer indument sur le processus décisionnel ou tenté d'obtenir des informations confidentielles. Il existe certes des différences entre ces deux cas, ce qui pourrait plaider contre l'extension de la solution retenue par la CJUE : pour les ententes anticoncurrentielles, le délai entre la commission des faits et leur révélation est en général très long, et cette révélation est quasiment toujours le fruit d'une sanction prononcée par les autorités en charge de la concurrence ; alors que c'est moins systématiquement le cas pour les hypothèses d'exclusion visées par le i). Mais ces arguments ne nous semblent pas résister à une analyse plus approfondie de l'arrêt de la Cour. En effet, même si cet arrêt porte sur un autre cas d'exclusion facultative que celui qui nous intéresse, la solution qu'il retient repose sur une interprétation de la notion d'« événement concerné », notion qui, comme nous vous l'avons dit, est commune à tous les cas d'exclusion facultative. Ajoutons que la Cour justifie cette solution par un souci de parallélisme entre le régime des exclusions facultatives et celui des exclusions obligatoires, raisonnement qui nous semble valoir, de la même façon, pour tous les cas d'exclusions facultatives⁴.

Par ailleurs, si, dans cet arrêt, la CJUE a envisagé le cas où la sanction des faits relevant d'une clause d'exclusion est une sanction administrative, nous ne voyons aucune raison qui justifierait de ne pas transposer sa jurisprudence au cas où la sanction résulte non pas d'une décision administrative mais d'un jugement pénal non définitif. Le cas où la sanction résulte d'un jugement pénal définitif, quant à lui, relève en revanche d'un autre régime puisque l'opérateur est alors automatiquement exclu, pour une durée maximale de 5 ans. Notons au demeurant que permettre à un acheteur public de faire jouer une clause d'exclusion facultative

⁴ Par ailleurs, si la Cour mentionne, au point 39 de son arrêt, que « l'existence de comportements restrictifs de la concurrence ne peut être tenue pour établie qu'après l'adoption d'une telle décision [de sanction], qui qualifie juridiquement les faits en ce sens », elle n'avance cet élément qu'à titre confortatif (comme en témoigne la formule « cette solution paraît d'autant plus justifiée lorsque... »), sans en faire un élément décisif pour parvenir à la solution qu'elle retient

sur la base d'un jugement pénal non définitif ne nous semble pas incohérent avec ce que vous avez déjà pu juger s'agissant des cas d'exclusion obligatoire. Par une décision *Ministre des armées c/ Société Icare* du 2 novembre 2022 (n° 464479, T. pp. 795-797-906), vous avez en effet précisé qu'une personne condamnée par le juge pénal à une peine complémentaire d'exclusion des marchés ne pouvait être exclue d'une procédure de passation, au titre de l'article L. 2141-4 du code de la commande publique, que si sa condamnation était définitive, dès lors qu'un jugement pénal frappé d'un recours en appel n'est pas exécutoire. Mais, dans ce précédent, était en cause une exclusion obligatoire, prononcée par le juge pénal à titre de peine complémentaire. La situation est bien différente dans l'hypothèse que nous envisageons aujourd'hui, celle d'une exclusion facultative, qui relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Dans cette hypothèse, en réalité, l'exclusion ne résulte pas en tant que telle du jugement pénal, qui ne la prononce pas, elle résulte d'une décision de l'acheteur public, prise au vu notamment du jugement pénal. Et l'effet suspensif des voies de recours en matière pénale est, par construction, sans incidence sur cette décision de l'acheteur public, de sorte que ce dernier, s'il estime que les faits sanctionnés par le juge pénal sont de nature à fonder une exclusion, peut prononcer cette exclusion sans attendre que la condamnation pénale devienne définitive.

Au total, donc, nous vous proposons de marcher sur les traces de la CJUE. Vous jugerez par conséquent, si vous nous suivez, que la période maximale de trois ans que peut durer une exclusion facultative s'apprécie à partir des faits justifiant cette exclusion, lorsque ces faits n'ont pas été sanctionnés, mais à partir de la décision sanctionnant ces faits, lors ces faits ont fait l'objet d'une sanction administrative ou d'une condamnation pénale non définitive⁵.

Notons que cette solution nous semble avoir ceci d'étrange qu'un opérateur économique pourra être exclu par un acheteur public une première fois dans les trois ans qui suivent le comportement répréhensible, puis une seconde fois dans les trois ans qui suivent la sanction de ce comportement. Il y a là quelque chose de contre-intuitif dès lors que cela revient en quelque sorte à considérer qu'il peut y avoir deux « événements concernés » successifs et donc deux points de départ successifs du délai maximum de trois ans fixé par la directive pour les exclusions facultatives, de sorte qu'il n'est pas exclu qu'un opérateur économique puisse être exclu pendant une période totale non pas de 3 ans mais de 6 ans – 3 ans à compter des faits qui lui sont reprochés, puis de nouveau 3 ans à compter de la sanction de ces faits. Mais, à la réflexion, ce phénomène nous semble découler directement de la jurisprudence constructive de la CJUE et nous ne voyons pas comment il serait possible de l'éviter sans revenir sur cette jurisprudence, sauf à poser que le point de départ du délai de 3 ans applicable à un opérateur est en réalité cristallisé par la première décision d'exclusion prononcée par un

⁵ Cette proposition n'est pas contradictoire avec ce que vous avez jugé en 2019 dans l'affaire *Département des Bouches-du-Rhône* : dans cette précédente affaire, aucune sanction n'avait été prononcée et il s'était écoulé moins de trois ans entre la dernière procédure de passation affectée par une tentative d'influence induite et la décision d'exclusion qui était alors contestée

pouvoir adjudicateur : si celui-ci s'est prononcé avant la sanction des faits justifiant l'exclusion, ce serait alors toujours à compter des faits qu'il faudrait raisonner pour cet opérateur ; dans le cas contraire, ce serait toujours à compter de la sanction qu'il faudrait raisonner. Mais cette construction, outre qu'elle serait éminemment prétorienne – plus encore même que l'arrêt de 2018 de la CJUE – supposerait que la première décision d'exclusion, quoique prise par un pouvoir adjudicateur donné, s'impose en réalité à tous les pouvoirs adjudicateurs, ce qui serait aussi contestable en droit que difficile à mettre en œuvre en pratique. Quoiqu'il en soit, il nous semble que vous n'aurez pas aujourd'hui, pour statuer sur le cas d'espèce dont nous allons vous entretenir dans quelques minutes, à trancher la question de la possibilité de cumuler plusieurs exclusions facultatives successives à raison des mêmes faits⁶, question qui pourrait d'ailleurs sans doute mériter un renvoi préjudiciel à la CJUE le jour où elle se posera.

Il nous reste toutefois, avant d'en venir au cas d'espèce⁷, à souligner encore une autre étrangeté. Parmi les cas d'exclusion obligatoire, en effet, figure notamment celui prévu par l'article L. 2141-1 du code de la commande publique, qui vise « *les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive* » pour l'une des infractions énumérées, dont celle de corruption active réprimée par l'article 433-1 du code pénal. Or les agissements d'un soumissionnaire qui a tenté d'influer indûment sur la prise de décision d'un acheteur dans le cadre de procédures récentes de la commande publique sont, même s'ils sont *in fine* condamnés définitivement comme constitutifs de corruption, susceptibles de justifier en amont, avant même cette condamnation définitive, une exclusion facultative, sur le fondement du 1° de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique.

Il s'ensuit que, si une entreprise a tenté de corrompre un acheteur public au cours d'une procédure de passation, l'acheteur peut l'exclure d'une procédure ultérieure, sur le fondement du 1° de l'article L. 2141-8, pendant une première période de trois ans courant à compter des faits de corruption, tant que ceux-ci n'ont pas été condamnés, ou à compter du jugement du tribunal correctionnel, une fois celui-ci rendu, puis, en l'absence de jugement définitif ou de nouvelle tentative de corruption, ne le pourra plus, mais qu'il pourra de nouveau l'exclure (et

⁶ Relevons qu'un tel « cumul » ne serait en tout état de cause pas en délicatesse avec le principe *non bis in idem* dès lors que les procédures d'exclusion obligatoires – et donc, *a fortiori*, les procédures d'exclusion facultatives – ne constituent pas des sanctions, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022. Nous renvoyons à cet égard, pour plus de précisions, aux conclusions de notre collègue Marc Pichon de Vendeuil sur l'affaire *Ministre des armées c/ Société Icare précitée*

⁷ Précisons aussi, pour mémoire, que n'évoquerons pas aujourd'hui une autre question qui est de déterminer la date à laquelle l'acheteur qui envisage d'exclure d'une procédure de passation un soumissionnaire doit se placer pour prendre en considération les faits commis par ce soumissionnaire à l'occasion de procédures antérieures : s'agit-il de la date d'engagement de la procédure de passation en litige, de la date de dépôt de candidature, de la date à laquelle l'acheteur décide d'exclure le candidat de la procédure de passation en litige ou de la date d'attribution du contrat ? Il n'est en effet pas nécessaire de prendre position sur cette question, qui nous paraît délicate, pour statuer sur le cas d'espèce.

même qu'il devra l'exclure), en application de l'article L. 2141-1, durant une période de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation pénale définitive.

Cette possibilité d'exclusion « à éclipses » n'est certainement pas très satisfaisante mais il nous semble qu'elle est en réalité la conséquence inévitable de ce que les textes prévoient à la fois un régime d'exclusion obligatoire et un régime d'exclusion facultative, de ce que la directive impose des durées maximales des périodes d'exclusion, et de ce que la durée des procédures pénales est par nature aléatoire et bien souvent fort longue. Dès lors, la possibilité « d'éclipses » ne nous conduit pas à renoncer à ce que nous vous avons proposé précédemment. Comme nous vous l'avons dit, et quels qu'en soit les inconvénients pratiques, vous ne sauriez renoncer à appliquer aux exclusions facultatives une durée maximum de trois ans sans mettre en lumière une absence de transposition complète de la directive. Quant à ce que nous vous avons exposé sur le point de départ de ce délai de trois ans, nous ne croyons pas que l'éventualité d'une exclusion à éclipses soit de nature à le remettre en cause : cette éventualité résulte avant tout de la succession d'exclusions facultative et obligatoire à raison des mêmes faits et de la durée des procédures pénales, et, même si vous refusiez de faire vôtre la jurisprudence de la CJUE, vous ne l'éviteriez donc pas.

Il est temps d'en venir au cas d'espèce. Le département des Bouches-du-Rhône a engagé, il y a quelques mois, une procédure de passation d'un marché public en vue de la construction d'un collège à Châteauneuf-les-Martigues. La société Rénovation peinture a déposé une offre au titre du lot 2.04 de ce marché, pour les peintures et revêtements de sol. Mais, par une décision du 2 août 2023, la présidente du conseil départemental l'a exclue de la procédure de passation, sur le fondement des dispositions du 1° de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique, au motif que son associé majoritaire avait été condamné par un jugement du tribunal correctionnel de Marseille du 2 décembre 2022 pour des faits de corruption commis lors de procédures récentes de la commande publique, alors qu'il était gérant de cette même société⁸.

La société Rénovation peinture a alors formé un référé précontractuel devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille qui, par une ordonnance du 7 septembre 2023, a annulé cette décision au motif que ni la société Rénovation peinture ni son associé majoritaire ne pouvaient être regardés 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. Le juge des référés a notamment relevé à cet égard que les

⁸ Il s'agit là d'une des condamnations pénales prononcées dans le cadre de l'affaire dite « des marchés à bons de commande », vaste affaire de corruption dans l'attribution de marchés publics passés par le département de janvier 2012 à mai 2016, d'ailleurs déjà en cause dans votre précédente décision *Département des Bouches-du-Rhône* de 2019. Notons que, puisque le jugement du tribunal correctionnel, frappé d'appel, n'est pas devenu définitif, l'entreprise n'est pas dans le champ de l'exclusion de plein droit prévue par l'article L. 2141-1 du code de la commande publique

procédures qui ont donné lieu à condamnation par le tribunal correctionnel le 2 décembre 2022 s'étaient déroulées au cours des années 2012 à 2016 et n'avaient pas de caractère récent. C'est ce motif de l'ordonnance que conteste, par son pourvoi, le département des Bouches-du-Rhône.

Et nous pensons que vous pourrez accueillir le moyen d'erreur de droit qu'il soulève. En effet, il résulte de ce que nous vous disons il y a quelques minutes que la période d'exclusion de trois ans n'a commencé à courir qu'à compter du jugement du tribunal correctionnel, de sorte que le département ne pouvait pas se heurter à son expiration. Et, puisqu'une condamnation par le juge pénal avait été prononcée à raison des procédures au cours desquelles la société Rénovation peinture ou ses associés avaient entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur, la durée de l'exclusion devait s'apprécier au regard de la date de cette condamnation et non pas, comme l'a fait le juge des référés du tribunal administratif, au regard des dates de ces tentatives d'influence.

Le pourvoi redouble son moyen d'erreur de droit en critiquant aussi, sous le double timbre de la dénaturation et de l'erreur de qualification juridique des faits, l'appréciation portée par le juge des référés sur le caractère récent des procédures à l'occasion desquelles le comportement répréhensible avait été commis. Mais mieux vaut, selon nous, annuler l'ordonnance attaquée sur le terrain de l'erreur de droit, d'autant que nous pensons que l'appréciation de ce caractère récent des procédures antérieures relève de l'appréciation souveraine du premier juge. Le contrôle du respect de la durée maximale de trois ans et de la date à partir de laquelle cette durée court nous semble en effet relever avant tout d'un contrôle de l'erreur de droit et, à l'intérieur de cette limite de trois ans, nous ne croyons pas qu'il vous appartienne de contrôler la qualification que les juges du fond donnent à une procédure en la regardant comme récente ou non : ainsi que l'écrivait le président Stahl, vous ne contrôlez pas, en règle générale « *les appréciations de bon sens portées par les juges du fond sur certaines notions définies par un adjectif* »⁹.

Vous pourrez, après cassation, et comme vous le faites généralement en matière de référé, régler l'affaire au titre de la procédure engagée par la société Rénovation peinture.

Celle-ci soutient tout d'abord que les dispositions du code de la commande publique sur lesquelles est fondée la décision de l'exclure méconnaîtraient les paragraphes 4 et 7 de l'article 57 de la directive du 26 février 2014, dans la mesure où elles ne prévoient pas de limitation dans le temps de la durée de l'exclusion qu'elles prévoient. Mais vous pourrez écarter ce moyen compte tenu de ce que, comme nous vous l'avons exposé, vous aurez interprété conformément à la directive et à la jurisprudence de la CJUE ces dispositions ou,

⁹ Nous citons là son fascicule « *Recours en cassation* » du répertoire de contentieux administratif Dalloz, auquel nous renvoyons pour tous les précédents illustrant cette ligne jurisprudentielle

plus exactement, la portée que vous avez donnée à ces dispositions par votre décision *Département des Bouches-du-Rhône* de 2019.

Et, compte tenu de cette interprétation conforme vous pourrez aussi, dans le prolongement de votre motif de cassation, d'une part considérer que la société Rénovation peinture avait bel et bien entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur dans le cadre d'une autre procédure de la commande publique – puisque les faits de corruption pour lesquels l'associé majoritaire de cette société a été condamné peuvent être regardés comme tels – et, d'autre part, estimer que ces faits étaient suffisamment récents pour fonder une exclusion de la procédure – puisqu'ils avaient été sanctionnés moins d'un an plus tôt, par le jugement du 2 décembre 2022.

La société Rénovation peinture soutient ensuite que les preuves qu'elle avait apportées, dans le cadre de la procédure contradictoire conduite, avant son exclusion, en application de l'article L. 2141-11 code de la commande publique, étaient suffisantes pour démontrer son professionnalisme et sa fiabilité. Elle s'appuie, à cet égard, sur le courrier du 18 juillet 2023 par lequel elle avait fait valoir que la personne condamnée pour corruption active par le tribunal correctionnel de Marseille n'était désormais plus son gérant. Il nous semble toutefois que ces allégations ne suffisent pas à établir que la société aurait pris des mesures concrètes suffisantes afin que cette personne, qui détient toujours un pouvoir de contrôle de la société¹⁰ en sa qualité d'associé majoritaire, ne puisse plus s'immiscer dans sa gestion. Dès lors, en estimant que les preuves apportées par la société n'étaient pas de nature à démontrer sa fiabilité, le département ne nous paraît pas avoir inexactement qualifié les faits de l'espèce¹¹.

Enfin, si la société fait valoir que le département des Bouches-du-Rhône ne l'a pas exclue d'autres procédures de passation de marchés publics conduites postérieurement au jugement du tribunal correctionnel, cette circonstance, quoiqu'elle témoigne d'un certain manque de cohérence du département, nous semble sans incidence sur la légalité de la décision

¹⁰ Bien que les textes sur les exclusions facultatives ne le prévoient pas expressément, il nous semble possible de faire un parallèle avec les cas d'exclusion obligatoire prévus à l'article L. 2141-1, qui prévoient que la condamnation fondant l'exclusion peut concerner une personne qui « *détient un pouvoir de contrôle d'une personne morale* », ce qui est le cas d'un associé majoritaire. A ce propos, certes, le seul fait d'être associé majoritaire n'implique pas une participation effective à la gestion ni ne présume la qualité de gérant de fait de la société (CA Paris 3e ch, 10 mai 1989, *R... c. D...*, JCP notariale n° 46, 17 nov. 1989 101447) mais le risque en l'espèce, compte tenu du contexte, est que l'intéressé soit toujours le gérant de fait de cette société en s'immisçant dans cette gestion. Or la société s'est contentée d'allégations en sens contraire sans démontrer avoir pris des mesures concrètes destinées à parer ce risque.

¹¹ Il nous semble ressortir de votre décision *Département des Bouches-du-Rhône* de 2019 que le juge des référés doit bien effectuer un contrôle normal à ce titre. Il faut en effet vérifier, notamment, que l'acheteur a pris une mesure proportionnée (cf. art. L. 2141-11 du code de la commande publique : « *Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations* »).

d'exclusion en litige. Ce n'est pas parce que l'acheteur a été indulgent ou négligent lors d'une première procédure qu'il devrait nécessairement l'être à nouveau sur la suivante.

PCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet des conclusions présentées par la société Rénovation peinture devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille ;
- et à ce que vous mettiez à la charge de cette société une somme de 3 500 euros à verser au département des Bouches-du-Rhône au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.