

M. Hervé Letellier

avocat

Symchowicz-Weissberg et associés

Hervé Letellier, avocat associé du cabinet Symchowicz-Weissberg, revient sur la problématique du contrôle des capacités techniques, professionnelles et financières opéré par les acheteurs publics sur les sociétés récemment créées et candidates aux marchés.

Par une décision du 19 juin 2013 (voir CE, 19 juin 2013, soc. Philippe Védiaud publicité), refusant d'admettre le pourvoi intenté contre une décision de la cour administrative d'appel de Bordeaux (voir CAA Bordeaux, 30 octobre 2012, commune de Royan) engageant la responsabilité d'une collectivité ayant irrégulièrement évincé une société nouvellement constituée, le Conseil d'Etat a mis fin, sans malheureusement avoir l'occasion d'apporter certaines précisions utiles, à l'affaire commune de Royan abondamment commentée ici. L'occasion nous est, ce faisant, donnée de revenir sur cette problématique de contrôle des capacités des entreprises récemment créées, candidates à l'attribution de marchés publics.



L'obligation de contrôle des capacités et le nécessaire accès à la commande publique des sociétés récentes : deux exigences potentiellement antinomiques

Toute la difficulté afférente à la démonstration des capacités des sociétés de création récente, et plus pragmatiquement encore des documents susceptibles d'être remis par ces dernières pour justifier de leurs compétences, a trait finalement à l'antinomie quasi naturelle existant entre deux exigences. La première tient à l'obligation faite aux acheteurs – afin notamment de s'assurer de la bonne exécution des prestations – d'opérer un examen rigoureux des capacités des candidats.

Cela leur impose de procéder, non seulement à un véritable contrôle qualitatif de ces dernières, lequel ne peut se résumer à l'analyse de la présence des documents sollicités, mais aussi à une analyse de fond de chacune des capacités – listées par l'article 45 du Code des marchés publics (cf. par exemple également article 17 du décret du 30 décembre 2005) – professionnelles, techniques et financières (voir par exemple CE 26 mars 2008, communauté urbaine de Lyon ; CE 29 avril 2011, Garde des sceaux, ministre de la Justice et des Libertés).

Un candidat ne peut ainsi devenir attributaire d'un contrat que s'il dispose des trois capacités requises. La seconde tient, elle, à la nécessité – au nom notamment du principe de libre accès à la commande publique – de ne pas exclure du processus d'attribution des sociétés candidates, au seul motif qu'elles seraient de création récente. Et c'est précisément sur ce point que réside toute la difficulté dès lors, pour paraphraser Bertrand Dacosta, que la manière dont le contrôle des capacités doit être opéré « *ne laisse guère de place à la fantaisie et l'arbitraire* » (voir conclusions sous CE, 9 mai 2012, commune de Saint-Benoît). S'agissant ainsi des marchés publics, l'article 45 du code du même nom renvoie à un arrêté du 28 août 2006, lequel fixe une liste précise et exhaustive de documents susceptibles d'être demandés aux candidats, dont certains ne pourront, par nature, être remis par les sociétés nouvellement constituées. On pense notamment ici au chiffre d'affaires ou aux bilans des trois dernières années ou encore aux références sur les trois ou cinq dernières années qui, par construction, n'existent pas encore.

Un candidat ne peut ainsi devenir attributaire d'un contrat que s'il dispose des trois capacités requises.

Une évolution progressive favorable aux sociétés nouvellement constituées

Afin de contourner cette difficulté et éviter que les entreprises récentes ne soient artificiellement exclues de la commande publique, juges et pouvoir réglementaire ont progressivement identifié des règles assouplissant les possibilités de démonstration des capacités par les sociétés récentes. Pour ce qui est de l'œuvre prétorienne, évoquons d'abord, sous l'empire du code des marchés publics de 2004, la décision Bronzo par laquelle le Conseil d'Etat a admis que l'acheteur public puisse autoriser (en le mentionnant dans le règlement de consultation) les entreprises nouvellement créées à justifier leurs capacités par d'autres moyens que les références ou éléments financiers sollicités (voir CE, 10 mai 2006, Société Bronzo). Assouplissant encore davantage cette position, la Haute assemblée a considéré, dans l'arrêt commune de Saint-Benoît (voir CE, 9 mai 2012), que l'accès des entreprises de création récente au marché n'était pas une simple faculté mais une obligation. En d'autres termes, la possibilité qui leur est offerte de présenter des documents et pièces alternatives visant à justifier leurs capacités ne doit pas, pour exister, être prévue dans le règlement de consultation.

Elle s'impose dans tous les cas (Cf. sur ce point, ACCP, n° 129, Preuve de la capacité financière des entreprises de création récente : la DAJ de Bercy répond). Et c'est cette position qui a été confirmée par la CAA de Bordeaux, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité du 19 juin dernier, retenant, que le règlement de consultation l'autorise explicitement ou

Ce n'est que dans l'hypothèse où les éléments de preuve alternatifs seraient

non, que « s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, il doit néanmoins, lorsque cette exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, permettre aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le règlement de la consultation, de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen » (CAA Bordeaux, 30 octobre 2012, commune de Royan). Mais, ce faisant, les juridictions administratives n'ont fait là que tirer toutes les conséquences des évolutions réglementaires, notamment induites par le Code des marchés publics de 2006, dont l'article 45.III, par transposition de l'article 48 de la directive 2004/18, prévoit que : « si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur » ; tandis que l'article 52 énonce que « l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ». En d'autres termes, dès lors que l'entreprise de création récente n'est pas en mesure de produire les documents attestant des capacités professionnelles (autrement dit les références) et des capacités financières, sa candidature ne peut être rejetée pour ce seul motif. Ce n'est que dans l'hypothèse où les éléments de preuve alternatifs seraient insuffisants que la candidature pourrait être régulièrement écartée.

insuffisants que la candidature pourrait être régulièrement écartée

Comment démontrer la capacité des sociétés nouvelles ?

Cela étant dit, et puisque les textes et la jurisprudence laissent une certaine liberté aux entreprises pour déterminer ce qui doit être (ou non) regardé comme justifiant suffisamment des capacités attendues, deux possibilités sont concrètement offertes aux sociétés nouvelles. La première consiste, de manière indirecte, à se prévaloir des dispositions du Code des marchés publics laissant la possibilité à une entreprise candidate de se référer – soit dans le cadre d'un groupement, soit dans le cadre d'une simple relation d'affaires – aux capacités professionnelles, techniques et financières d'entreprises disposant déjà d'une expérience avérée dans le domaine de la commande publique. A cet égard, rappelons les termes de l'article 45.III du Code précisant que « pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché » ou encore de l'article 52.I dernier alinéa rappelant que « l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché ». La seconde, plus directe, vise à faire remettre par la société nouvellement créée des justifications ou documents équivalents à ceux attendus par la personne publique et démontrant la capacité professionnelle et financière suffisante de l'entreprise (sachant que pour la capacité technique, il appartiendra en tout état de cause, par exemple, à l'entreprise de lister le personnel ou les moyens matériels dont elle dispose). La difficulté a trait ici au fait qu'aucune liste précise et exhaustive n'existe – précisément pour laisser une certaine liberté aux entreprises – et que tout dépendra de la situation de l'espèce, et notamment du type et de l'ampleur du marché considéré. On peut toutefois supposer, sans doute pour contrebalancer l'appréciation souple des principes, que les entreprises nouvellement créées devront faire l'effort d'élaborer un dossier suffisamment étayé et probant.

C'est ainsi que sera considérée comme insuffisante une simple « attestation de bonne tenue de compte », pour reprendre l'hypothèse de l'affaire Commune de Saint-Benoit, une telle attestation démontrant, au mieux, l'existence d'un compte bancaire non déficitaire et non une capacité d'assurer, notamment financièrement, l'exécution de la prestation attendue (Et ce même si une réponse ministérielle n° 101273, JOAN du 17 mai 2011, a considéré que pouvait être suffisante une déclaration appropriée de banque, dont la « forme est laissée à la discrétion de l'établissement de crédit »). En revanche, devrait être considérée comme suffisante, selon certains auteurs (Anne Froment, Nouvelles précisions quant aux documents à fournir par les sociétés récemment créées, ACCP, octobre 2012), la fourniture d'un document précisant l'étendue des fonds propres de la société (à supposer qu'ils soient en adéquation avec le volume du marché considéré) afin de recenser les actifs possédés, déduction faite de l'ensemble des dettes. Et, plus certainement encore, peut-on concevoir que la société candidate, afin de combler son absence de références ou d'éléments financiers, produise, outre une attestation bancaire, un accord de financement de son établissement financier ainsi qu'une attestation d'assurance professionnelle. C'est d'ailleurs ce cumul d'éléments qui, dans la décision commune de Royan précitée, avait conduit la cour administrative d'appel de Bordeaux à considérer comme suffisants les éléments équivalents produits (celle-ci relevant l'existence d'une garantie bancaire attestant d'un accord de financement, d'une attestation d'assurance, de l'existence de titres, d'études et d'expérience professionnelle des associés de la société, ou encore de moyens et matériels précisément détaillés).

les entreprises nouvellement créées devront faire l'effort d'élaborer un dossier suffisamment étayé et probant

Au final, s'il est recommandé aux acheteurs publics de rappeler aux candidats nouvellement créés la possibilité qui leur est offerte de produire tous documents probants pour démontrer leurs capacités professionnelles et financières, il semble en revanche difficile d'empiéter sur les prérogatives des entreprises en fixant une liste précise de documents considérés, en amont, comme équivalents.

Ces dernières disposeront donc d'une certaine marge de manœuvre, qu'il conviendra de mettre à profit pour, par le biais d'un faisceau d'indices concordants, démontrer l'existence de capacités suffisantes.

www.achatpublic.info