

DL Avocats

Laurent DUCROUX

Avocat associé

Avocat près la Cour d'Appel de Montpellier

☎ : 06.99.13.84.84

courriel : l.ducroux@dlavocats.fr

Stéphane LESUEUR

Avocat associé

Avocat près la Cour d'Appel de Grasse

☎ : 06.68.80.64.04

courriel : s.lesueur@dlavocats.fr

**Bâtiments Durables Méditerranéens
Domaine du Petit-Arbois
Bâtiment Marconi
Avenue Louis-Philibert
13857 AIX-EN-PROVENCE CEDEX 3**

Grasse, le 16 mars 2013

Collaborateur :

Michaël MOUAKIL

Avocat au Barreau de Montpellier

☎ : 09.67.05.51.14

courriel : m.mouakil@dlavocats.fr

Dossier : Bâtiments Durables Méditerranéens (BDM) – Note sur la légalité des contrats de prestation de services commandés par BDM à un ou plusieurs membres de son Conseil d'Administration.

A l'attention de : M. Daniel FAURE

Cher Monsieur,

Comme suite au devis d'intervention que je vous ai fait parvenir, je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint la note d'analyse juridique relative à la légalité des contrats de prestation de services commandés par BDM à un ou plusieurs membres de son Conseil d'Administration.

1. Rappel des Faits :

Bâtiments Durables Méditerranéens (BDM), Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 « *relative au contrat d'association* » opérant dans le secteur de la construction, a été créée en mai 2008 et labellisée Pôle Régional d'Innovation et de Développement Economique Solidaire (PRIDES) par la Région PACA en juillet 2008.

Son objet principal est de créer une dynamique de professionnalisation de l'ensemble des acteurs de la filière vers le développement durable.

DL Avocats

SELARL au capital de 8000 euros - N°RCS Montpellier 522 474 972
Siège social : Immeuble le Triangle, 26 allée Jules Milhaud - 34000 Montpellier
n° de TVA intracommunautaire : FR85522474972
☎ : 09.67.05.51.14 - Télécopie : 04.99.62.51.14

Par ailleurs, le Conseil d'Administration de BDM se compose exclusivement de professionnels de la construction, personnes morales de droit privé.

Désireux de commander des contrats de prestation de services auprès d'un ou plusieurs membres de son Conseil d'Administration (CA), BDM s'interroge sur la légalité de tels contrats au regard de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 à laquelle vous êtes organiquement rattaché (voire note sur l'articulation entre BDM et l'ordonnance du 6 juin 2005) « *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* » et par voie de conséquence, s'il est nécessaire de procéder à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

2. Analyse :

2.1. Rappel des conclusions de la note sur l'ordonnance de 2005 :

Par le biais de notre précédente note à laquelle il est fait référence ci-dessus sur les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles doit répondre BDM en sa qualité d'association soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 30 septembre 2005 dans la cadre plus particulier des marchés de prestations de services, il a pu être établi que :

- Sous la double réserve que BDM soit effectivement subventionné à plus de 50% par la région PACA (ou autre collectivités territoriales) et que ce subventionnement soit accordé sans aucune contreprestation à charge de BDM en faveur de la Région PACA, BDM pourrait être effectivement qualifié de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005, et se verrait en conséquence soumis au champ d'application de ladite ordonnance,
- Ce n'est en conséquence que dans un tel cadre (BDM en tant que pouvoir adjudicateur) que la question de la légalité des marchés de prestations de services conclus par BDM, y compris avec des membres de son CA, est susceptible de se poser au regard de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005,
- Dans ce cadre, nous avons pu observer qu'un certain nombre de marchés de prestations de services pouvaient, au regard du principe de proportionnalité et de sécurité des marchés de faibles montants, ce au regard du droit communautaire, échapper à des obligations de publicité et de mise en concurrence, dans la limite de ce que nous vous avons proposé ou que vous pouvez évidemment vous imposer.

2.2. Sur la possibilité d'attribuer des contrats de prestations de services à des membres du Conseil d'administration par ledit Conseil d'administration :

En première analyse, il serait possible de considérer que l'attribution de tels contrats, dans la limite de contrats passés sans publicité ni mise en concurrence, à un membre de votre Conseil d'administration, pourrait s'analyser comme un délit d'avantage injustifié, comme tel codifié à l'article 432-14 du Code pénal :

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

S'il est vrai que, d'un point de vue organique, vous ne ressortez pas, en droit positif, des dispositions prévues par cet article, il n'en reste pas moins que vous êtes soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence au-dessus d'un certain seuil ainsi que nous avons pu l'analyser.

Comme tel, les dispositions de l'article 432-14, par extension, pourraient vous être opposables.

Cependant, nous avons pu observer que, pour les marchés de prestations de services (ou de fournitures), d'un montant inférieur ou égale à 20.000 euros HT, vous pouviez être dispensé de toute obligations de publicité et de mise en concurrence (*a minima* jusqu'à 15.000 euros, par parallélisme avec l'article 28 du Code des marchés publics).

De ce fait, que le marché soit attribué à l'un des membres de votre Conseil d'administration ou à tiers ne change rien, du point de vue pénal.

Nous avons pu également observer qu'il était préconisé une publicité sur votre site internet pour les marchés de prestations de services jusqu'à 90.000 euros HT, puis dans un Journal d'Annonces légal, pour les marchés de prestations de services d'un montant supérieur à 90.000 euros HT.

Dans le cadre des marchés de prestations de services soumis à ces seuils, la question se pose de savoir si les membres du Conseil d'administration de BDM peuvent répondre.

***Sur le principe de l'égalité de traitement des candidats et sur le principe de la transparence de la procédure :**

Dans cette hypothèse, les arrêts de références tant au regard du droit interne que communautaire sont respectivement les arrêts « *CE, 29 juillet 1998, Société GENICORP, req.n°177952* » et « *CJCE FABRICOM SA, 3 mars 2005, aff. C-21/03* ».

La jurisprudence interne pose le principe suivant :

« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier soumis au juge du fond que ce dernier ait dénaturé les faits de l'espèce, ou se soit fondé sur des faits matériellement inexacts, en estimant que la société "Genicorp" n'a pas, à l'occasion d'un marché antérieur conclu pour assister le responsable du projet de "gestion informatisée des détenus en établissement" pendant la phase préliminaire correspondant à la conception de l'application en cause, recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats ;

Considérant qu'en jugeant que le GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE ne fournissait aucun élément propre à établir que la société "Genicorp" aurait été en possession d'informations relatives aux conditions financières de l'attribution du marché litigieux, le président du tribunal administratif a constaté souverainement, sans commettre d'erreur de droit, que le ministre n'avait pas utilement contesté les affirmations en sens contraire de la société "Genicorp" ; »

La jurisprudence communautaire pose quant à elle le principe suivant :

Du point de vue de l'égalité de traitement des candidats, le risque est double.

Il réside tout d'abord dans la circonstance que l'entreprise qui a participé aux travaux préparatoires au lancement du marché a pu obtenir à cette occasion certaines informations privilégiées susceptibles de l'avantager pour l'élaboration de son offre. Il consiste ensuite en ce que l'entreprise a également pu profiter de sa participation à la préparation du marché pour influencer les conditions de dévolution de celui-ci dans un sens qui lui soit favorable.

C'est ainsi que ne peut-être écarté le risque qu'elle ait exercé à son avantage une influence sur le contenu du cahier des charges et sur les spécifications techniques des prestations à réaliser. L'existence de telles situations serait incontestablement de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires.

Pour autant, il est bien des cas dans lesquels il apparaît indispensable aux pouvoirs adjudicateurs d'être en mesure de s'associer les compétences de professionnels pour préparer le lancement d'un marché. Faut-il alors imposer clairement la règle selon laquelle l'entreprise qui a ainsi assisté un pouvoir adjudicateur ne peut en aucun cas soumissionner ?

Il n'est pas certain qu'une telle règle soit, au final, plus respectueuse du principe d'égal accès à la commande publique. En effet, écarter systématiquement une entreprise sous prétexte qu'elle a pu être associée à l'élaboration d'un marché, sans distinguer si elle a ou non réellement retiré un avantage de sa participation à la préparation dudit marché, peut également être perçu, du point de vue de l'entreprise en cause, comme discriminatoire.

Ce sont alors deux conceptions de l'égalité de traitement des candidats qui s'affrontent et qu'un récent arrêt de la Cour de justice des communautés européennes invite à concilier.

La réponse de la Cour offre une voie de conciliation entre les deux conceptions de l'égalité de traitement des candidats sus évoquées.

Cette voie de conciliation réside dans l'appréciation au cas par cas du fait de savoir si la participation d'une entreprise aux travaux préparatoires au lancement d'un marché public a eu, ou non, pour effet d'avantager cette entreprise.

Pour la Cour, toute interdiction systématique « aurait en effet, un caractère disproportionné » et « va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires ».

Par là même se trouve explicitement reconnue la possible existence de cas dans lesquels une entreprise pourrait effectuer des travaux préparatoires sans que ces prestations lui confèrent un avantage concurrentiel tiré de l'obtention d'informations privilégiées ou d'une influence exercée sur les caractéristiques du futur marché.

En fin de compte, la Cour affirme la nécessité de laisser à la personne qui a participé à la préparation d'un marché « de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence ».

Il s'ensuit que le principe est de démontrer que l'un des membres du Conseil d'administration de BDM, qui de droit à la possibilité de participer à la procédure et conséquemment d'être en capacité d'être attributaire du marché, n'a pas été destinataire d'informations susceptibles de fausser le jeu de la concurrence à son profit.

Concrètement, il sera nécessaire de produire dans le cahier des charges l'ensemble des études préliminaires, ou des informations dont disposerait la société membre du Conseil d'administration de BDM à l'ensemble des candidats potentiellement intéressés.

De ce fait, BDM répondrait aux exigences du droit interne mais également communautaire, en ne violant pas les principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure.

Restant à votre entière disposition, je vous prie d'agréer, Cher Monsieur, l'expression de mes plus respectueuses salutations.

Me Stéphane LESUEUR