

LETTRE D'ACTUALITE JURIDIQUE N°13

SEPTEMBRE 2010

SUJET DU MOIS

Marché de prestations juridiques et règles : un assouplissement bienvenu

Depuis l'annulation par le Conseil d'Etat du seuil des 20.000 € HT (CE, 10 février 2010, *M. Perez*, req. n° 329100), les achats des collectivités publiques doivent désormais faire l'objet, en principe, d'une publicité préalable et d'une procédure de mise en concurrence dès lors qu'ils dépassent 4.000 € HT.

Or, il est aujourd'hui acquis que les achats de prestations juridiques n'échappent pas, ou plus, à cette règle. En effet, il n'existe aucune exception à la soumission au Code des marchés publics pour une collectivité publique souhaitant s'adjoindre les services d'un avocat.

Toutefois, le caractère d'*intuitu personae* qui qualifie, sans aucune contestation possible, la relation qui unie l'avocat à son client, ainsi que les règles déontologiques entourant l'exercice de cette profession, ont justifié que des modalités particulières de mise en concurrence soient réservées à l'achat de ces prestations de service particulières.

Ainsi, conformément à l'article 30 du Code des marchés publics, **les marchés de prestations de services juridiques peuvent être conclus, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée.** Il importe de souligner qu'il ne s'agit pas de marchés à procédure adaptée classiques puisque, par exemple, ils seront, à partir de 193.000 € HT (seuil de procédure formalisée), attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. De même, ils doivent faire l'objet d'un avis d'attribution dès lors qu'ils dépassent le seuil précité.

En raison du caractère particulier des marchés de prestations juridiques, ou de la qualité spécifique de leurs protagonistes, ces marchés servent régulièrement de support à des jurisprudences intéressantes.

L'année 2009 a par exemple été celle de la consécration de la possibilité pour les collectivités publiques d'exiger des références nominatives, et pour les avocats celle de répondre à cette exigence, sans violer leurs règles déontologiques, en sollicitant de leurs clients leur autorisation (CE, 6 mars 2009, *Ville d'Aix en Provence*, req. n° 314610).

Le premier semestre de l'année 2010 a, pour sa part, surtout permis de clarifier la situation des marchés de services juridiques au regard du principe d'allotissement.

En effet, malgré la particularité des marchés de prestations juridiques, les dispositions générales figurant au titre II du Code des marchés publics leur sont applicables.

Au titre de ces dispositions générales figure le principe d'allotissement mentionné à l'article 10 du Code des marchés publics aux termes duquel :

« Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions [...].

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination [...] ».

Le Code des marchés publics a ainsi consacré le **principe de l'allotissement**, tout en préservant un espace de liberté aux collectivités publiques dans le choix d'allotir et dans le cas d'un allotissement, du nombre de lots.

La jurisprudence assez stricte des juridictions administratives permet tout d'abord de se rendre compte que la justification du recours au marché global est, en réalité, assez difficile à établir.

Mis à part le cas du recours au marché global faute de pouvoir établir la présence de prestations distinctes, ou en raison de l'effet potentiellement néfaste sur la concurrence, le juge administratif adopte une position assez stricte sur l'interprétation de la notion de « *risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations* ».

Ainsi, dans un arrêt du 11 août 2009, le Conseil d'Etat a refusé de voir dans une économie d'échelle estimée à environ 2% du marché un motif économique suffisant pour justifier le recours à un marché global (*Communauté urbaine de Nantes*, req. n° 319949).

L'appréciation du principe de l'allotissement par le juge administratif, pouvait donc légitimement pousser les collectivités publiques à allotir leurs marchés.

Les achats de prestations juridiques ne devaient pas échapper à cette tendance et ce, même si l'allotissement des prestations est susceptible d'apparaître contreproductif compte tenu de la complexité de nombreuses affaires qui font évidemment appel à des compétences multiples.

Un avocat se doit ainsi par exemple de vérifier qu'une consultation qu'il donne en contrat n'a pas de conséquence en droit de la concurrence, en droit de l'institution considérée, en droit fiscal, voire en droit pénal.

L'allotissement pour des dossiers complexes (construction d'un stade, mise en œuvre d'un réseau de chaleur, reprise d'une association par un acteur public...) n'a donc pas de sens compte tenu de la porosité des droits.

Enfin, comment nouer une relation de confiance durable avec un avocat lorsqu'on ne lui confie qu'un dossier sans qu'il connaisse les enjeux et les logiques intellectuelles de l'acteur public ?

Les marchés de prestations juridiques ont pourtant eu à subir eux-mêmes les foudres du contrôle opéré par le juge administratif en matière de respect du principe d'allotissement des marchés.

C'est ainsi à propos d'un marché d'assistance juridique que le juge administratif a restreint également la liberté des collectivités publiques dans le choix du nombre lots devant composer le marché.

Ainsi, le juge administratif est venu sanctionner une collectivité publique qui avait **regroupé au sein d'un même lot des prestations considérées comme trop hétérogènes** (TA Lille, ordonnance, *Société d'avocats Huglo Lepage et associés conseil*, req. n° 080463). En l'espèce, il s'agissait du regroupement de prestations de « *droit privé, droit public et social* » au sein d'un même lot dans le cadre d'un marché comptant trois lots distincts. Il ressort de cette ordonnance que, même alloti, un marché n'en demeure pas moins susceptible d'être critiqué dès lors que les prestations regroupées au sein d'un seul et même lot sont hétérogènes. Le juge administratif a indiqué ici qu'un lot ne doit pas pouvoir être considéré, au regard de l'hétérogénéité des prestations qu'il regroupe, comme étant lui un marché global.

Une telle position jurisprudentielle était, bien évidemment, de nature à faire adopter aux collectivités publiques une attitude très prudente dans la définition de leurs besoins en matière de prestations juridiques et dans la conception des marchés permettant de désigner l'avocat destiné à y répondre.

Ainsi, il aurait été logique de bannir les marchés regroupant des prestations de droit public et de droit privé par exemple. De même, il aurait été très difficile de justifier le regroupement de prestations de conseil et de représentation en justice.

Il est heureux qu'un revirement jurisprudentiel de nature à redonner une marge de manœuvre aux collectivités publiques ait été amorcé en ce premier semestre 2010.

Ainsi, par deux jugements en date du 30 mars 2010, le Tribunal Administratif de Montreuil est tout d'abord venu valider le non allotissement d'un marché de prestations juridiques englobant des prestations de conseil et de représentation en justice dans différents domaines du droit, ce en raison du caractère modeste du volume de prestations et « *des difficultés techniques pour tracer des lignes claires entre les domaines du droit applicables aux collectivités territoriales* » (TA Montreuil, 30 mars 2010, *Mme. Marie-Pierre Chanlair*, req. n° 0904772 ; TA Montreuil, 30 mars 2010,

Mme. Marie-Pierre Chanlair, req. n° 0901584). On relèvera toutefois que les marchés contestés dans ces deux affaires avaient vocation à couvrir les besoins de deux communes, une de plus de 30.000 habitants, et l'autre de plus de 70.000 habitants.

Le Tribunal Administratif de Toulon a également validé le choix opéré par une commune de diviser en deux lots, l'un relatif au « *droit lié aux marchés publics, aux délégations de services publics et aux contrats de partenariat public-privé, droit public général, droit budgétaire, droit fiscal, droit de l'environnement, droit de la fonction publique territoriale, droit privé, droit de la construction, droit pénal, droit communautaire et droit portuaire* » et l'autre ayant trait aux « *procédures administratives du droit de l'urbanisme et du droit du sol* »(TA Toulon, 20 mai 2010, Cabinet MPC Avocats, req. n° 0805844).

Dans ce jugement qui concernait le marché d'une commune de plus de 40.000 habitants, la position du Tribunal Administratif est justifiée par le fait que « *eu égard aux caractéristiques techniques des prestations demandées, au montant global du marché, aux besoins juridiques d'une collectivité de la taille de la commune [...] et à l'intérêt pratique et économique de la division ainsi opérée, la commune [...] a pu, sans méconnaître les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics, se contenter de diviser le marché en deux lots* ».

Enfin, le Conseil d'Etat a validé le choix fait de la Commune d'Ajaccio de diviser son marché de services juridiques en deux lots, l'un relatif aux prestations de conseil, et l'autre aux prestations de représentation en justice, étant entendu que chacun de ces lots regroupaient différents domaines du droit.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat précise « *que s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions, s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ; que le juge des référés du tribunal administratif de Bastia, en relevant l'existence d'une méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics au motif que les deux lots retenus par la COMMUNE D'AJACCIO, comprenant des prestations dans les domaines du droit public, du droit privé ou du droit pénal, par l'ampleur et l'hétérogénéité des matières qu'ils regroupent présentent en réalité les caractéristiques d'un marché global, sans limiter son contrôle à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination du nombre et de la consistance des lots eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché, a commis une erreur de droit* »

Pour le Conseil d'État, seul un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation doit être opéré par le juge administratif concernant le nombre de lots choisi par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché public.

En conclusion, la tendance jurisprudentielle qui se dégage de ces différentes décisions permet aux acteurs publics de pouvoir envisager de manière plus sereine la passation d'un marché global.

En outre, dans le cas où il est fait le choix d'un allotissement, la liberté qu'elles recouvrent avec l'arrêt *Commune d'Ajaccio* dans la détermination du nombre et de la

composition de lots devrait permettre d'éviter une mise en concurrence donnant lieu à un nombre très important de lots pour des prestations de service juridique.

Il s'agit certainement d'une évolution permettant aux collectivités publiques d'envisager une meilleure rationalisation de leurs achats de prestations juridiques sans risquer de contrevenir aux règles de la commande publique.

Olivier Metzger