

L'ACCÈS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES AU CONSEIL DES AVOCATS ¹

par **Didier Seban**

Avocat-associé au sein du cabinet Seban & Associés

■ L'assistance à maîtrise d'ouvrage de l'avocat

La première question qui se pose aujourd'hui aux personnes publiques concerne la qualité de la maîtrise d'ouvrage. Maîtrise d'ouvrage interne, évidemment, mais également assistance à maîtrise d'ouvrage externe, qu'elle soit publique ou privée. Maîtrise d'ouvrage d'abord parce qu'il y a une asymétrie des puissances entre les opérateurs économiques, qui sont souvent composés autour d'une dizaine de grands groupes et leurs filiales, et qui ont, eux, un retour d'expérience extrêmement important, ces « partenaires » des collectivités territoriales passant des dizaines, des vingtaines, des centaines quelquefois de contrats dans l'eau, dans les transports, dans un nombre important de domaines où une collectivité territoriale ne va passer, quant à elle, qu'un contrat tous les dix, quinze ou vingt ans.

Il y a donc une asymétrie d'information et une asymétrie de puissance. Se pose en conséquence à chaque collectivité la question de la puissance de la maîtrise d'ouvrage. Par exemple, beaucoup de syndicats d'énergie sont « confrontés » à ERDF ² qui « sait tout », tous les contentieux, toutes les stratégies qu'elle a pu avoir, tous les jugements, toutes les décisions qui ont été prises. Or, chaque syndicat se retrouve seul – en principe, puisqu'il existe des fédérations ou d'autres types de structures de regroupe-

(1) Cet article est tiré de l'intervention de M^e Seban lors du colloque organisé le 26 mai 2011 par le Master 2 professionnel de contentieux public et l'Association des juristes de contentieux public, sur « Les collectivités territoriales face au risque contentieux ».

(2) Électricité Réseaux Distribution France

ment de collectivités – face au même interlocuteur qui lui a tous les éléments.

La force de la maîtrise d'ouvrage est donc vraiment le point essentiel. Cette force va d'une conjonction des interventions des services juridiques internalisés et des acteurs externes. Il est d'ailleurs extrêmement important qu'il y ait des services juridiques en tant que tels dans les directions opérationnelles et ce, dans la plupart des collectivités territoriales. Premièrement parce que l'acculturation au droit se fait au quotidien et non forcément par quelqu'un d'extérieur, mais d'abord par un agent interne à la structure publique. Deuxièmement, parce que les avocats ont besoin d'avoir des interlocuteurs qui comprennent leur langage, leur logique et la démarche qui est produite. L'avocat peut intervenir plus efficacement quand il a des interlocuteurs qui sont des juristes comme lui, et qui ont reçu la même formation juridique initiale.

C'est d'autant moins contradictoire qu'il y a vingt ans, il n'y avait quasiment pas d'avocats en droit public. Il y avait des avocats aux Conseils qui faisaient du droit public puisqu'il fallait bien plaider devant le Conseil d'État. Ainsi les collectivités ont été conduites à développer des services juridiques et à recourir à des avocats, notamment dans le domaine du droit public. Mais il ne s'agit pas seulement d'avocats en droit public : un juriste en collectivité ou un avocat de collectivité est forcément généraliste, dès lors que celles-ci sont atteintes par le droit de la concurrence, le droit pénal (ex. Délit de favoritisme), ou encore par des problématiques de droit privé qui se posent à elles. Il importe donc d'être à la fois spécialiste d'un domaine de compétences sans être forcément enfermé dans un droit, au risque de rencontrer des problèmes et de se trouver très rapidement limité. À titre d'exemple, un grand projet comme celui de construction d'un tramway pourra poser des problèmes de domanialité, mais également des problèmes en lien avec le droit des contrats publics, des problèmes de droit de la concurrence, de police administrative, voire même, des problèmes de fonction publique puisque vous devrez, dès lors que vous déléguez un service, consulter les instances du personnel dans votre collectivité. Il est donc nécessaire de pouvoir envisager une transversalité et une convergence des compétences.

■ Les avocats et les marchés publics

Le second thème à aborder est celui des marchés publics d'avocats. En réalité, la question pourrait être celle du caractère soluble de l'avocat dans les marchés publics ? Est-ce que l'avocat, une fois dissout dans les marchés publics, ne devient pas de la « piquette » ?

(3) CE, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, req. n° 275531, AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 2008. 911, étude J.-J. Israël ; RDI 2006. 480, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2006. 1048, concl. D. Casas ; RTD com. 2006. 774, obs. G. Orsoni.

Le litige entre la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) et l'ordre des avocats au barreau de Paris est désormais révolu. Le Conseil d'État a rendu une décision, la MAPPP existe et si l'ordre des avocats était inquiet, il y a aujourd'hui la preuve que cette inquiétude n'avait finalement pas de fondement³. L'expérience montre que les échanges entre la MAPPP, les collectivités et les avocats sont utiles pour tous. Cette polémique est donc désormais dépassée.

Parallèlement, le Conseil d'État a reconnu depuis plusieurs années déjà que les avocats devaient être soumis aux marchés publics et donc que les collectivités publiques, pour choisir leurs conseils, devaient procéder à des mises en concurrence. Il n'a pas décidé la même chose pour les notaires, ni pour les huissiers parce que ce sont des professions réglementées semble-t-il. Il n'a pas décidé la même chose pour les banquiers, en tout cas pas de manière explicite... Pourtant, on peut s'interroger sur la question de savoir pourquoi les contrats d'emprunt pourraient ne pas faire l'objet de mise en concurrence, ce qui aurait peut-être évité les emprunts toxiques. En tout état de cause, il a été décidé que pour les avocats, leurs règles étaient solubles dans le code des marchés publics. Mettons-les donc en œuvre.

Se pose alors la question de savoir si l'avocat est, au fond, un prestataire de service à part. Oui, parce que le code des marchés publics a prévu – par la soumission à l'article 30 qui est évidemment dérogatoire aux règles habituelles de mise en concurrence – que c'est un prestataire de service particulier : il a fallu tenir compte du fait que l'avocat a une déontologie, à la fois atout et contrainte de cette profession : l'obligation de faire état de conflits d'intérêt (on ne peut évidemment pas être à la fois conseil d'une entreprise et de la personne publique sur un même dossier) et l'obligation de confidentialité, que souvent les gens méconnaissent. D'une part, l'avocat ne peut pas parler des affaires dont il est saisi, mais d'autre part, cela lui permet très souvent de négocier avec des confrères. À ce titre, s'il a pu être dit que la transaction était difficile à mettre en place en droit public – le Conseil d'État tentant malgré tout de développer cette technique – l'avocat est justement celui qui peut permettre la faisabilité de cette transaction du fait de son obligation de secret : ce qu'il dit ne peut pas ressortir le lendemain dans la presse ou ailleurs.

Ce *corpus* déontologique confère également une véritable responsabilité de conseil qui peut aller jusqu'à des obligations de moyens, très resserrées du point de vue de la jurisprudence, et qui amène les avocats à avoir des atouts non négligeables tout en s'appuyant sur les compétences juridiques qui existent dans les collectivités territoriales.

■ Articulation du conseil juridique interne et externe

Dans ces conditions, la réponse à la question du caractère alternatif ou complémentaire du conseil interne et externe est simple. La réponse est bien évidemment qu'ils doivent être complémentaires. La maîtrise d'ouvrage est un bon exemple : un grand projet industriel en maîtrise d'ouvrage privée, c'est à peu près 10 % de coût de maîtrise d'œuvre, comprenant non seulement des avocats, mais aussi des financiers, des techniques... qui viennent à l'appui du projet de l'industriel. Souvent les acteurs publics ne savent pas payer ce coût de maîtrise d'œuvre parce qu'ils estiment avoir la compétence en interne. Des projets sont ainsi menés avec 3 ou 4 % de coût de maîtrise d'œuvre. Lorsqu'on sort de tels projets, on remet la collectivité aux mains des entreprises, qui elles, ont en plus la compétence naturelle du fait de leur candidature.

Il faut donc que cette maîtrise d'œuvre, au sens large, soit internalisée pour une partie, et externalisée pour une autre, pour réus-

sir des projets et négociateur d'égal à égal avec le partenaire privé, qui n'est évidemment pas l'ennemi, mais qui possède une logique propre.

Dans ce cadre, il semble que l'avocat ait un intérêt par rapport à la personne publique. En matière de restauration collective, de partenariat public-privé, quand un cabinet d'avocat va devoir négocier dix ou quinze contrats, il va évidemment avoir un retour d'expérience que la personne publique elle-même n'aura pas même si elle se renseigne, même si elle assiste à des colloques.

À titre d'exemple, une collectivité qui négociait un contrat du type « Vélib' » se disait être contente d'avoir pu se passer d'avocat et d'avoir réussi à gérer la passation en interne. Elle s'est aperçue quelques temps après qu'une des problématiques essentielles résidait dans les vélos volés, détruits, cassés, et que la clause qu'elle avait introduite au contrat - qui stipulait qu'au-delà de 2 % de vélos volés, cassés, abimés, la collectivité prenait en charge les frais - engendrait un coût absolument énorme. Le juriste ou le financier qui l'aurait assistée et qui aurait déjà négocié trois ou quatre contrats de vélos en libre service aurait su en principe la prévenir. Elle aurait alors peut-être porté attention à cette clause, et les dépenses qu'elle aurait eues en coût d'assistant à maître d'ouvrage, lui auraient permis de faire des économies en coût d'exécution du contrat.

On achète finalement souvent, quand on prend des assistants à maître d'ouvrage, du retour d'expérience. C'est cela qui semble important, et c'est véritablement comme ça qu'il faut se positionner et réfléchir.

■ Le monopole des avocats en question

Une série de décisions ont été rendues, s'agissant de la question du monopole d'avocat, pour les marchés, telles que la décision *SVP* ⁴. Il a été jugé que la société SVP ne pouvait pas répondre à un marché d'assistance juridique parce qu'il y avait un monopole des avocats. La même chose a été jugée pour un centre d'information départemental pour des conseils juridiques ⁵. Il y a également l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* ⁶ qui pose l'idée selon laquelle les personnes publiques peuvent se doter de moyens pour répondre à leurs besoins, que ce soit des moyens d'État ou des moyens mutualisés. Cette solution n'est pas transposable dans le secteur privé.

■ Quelle mise en concurrence envisager ?

Pour choisir un avocat, c'est évidemment la procédure adaptée qui est requise, mais de nombreuses collectivités, étrangement, mettent en place des procédures formalisées, quelquefois des appels d'offres, et prévoient même, dans certaines hypothèses, des accords-cadres avec remise en concurrence chaque fois qu'elles confient une affaire à un avocat.

Or, la particularité de l'avocat fait qu'il y a une relation personnelle qui se noue. Il faut insister sur ce point, et cette relation est importante. Par exemple, si une collectivité propose dix lots, et choisit cinq avocats par lot, qu'elle remet en concurrence chaque fois qu'elle a un contentieux, elle va engendrer une forte production administrative : son service juridique ne travaillera plus que sur des mises en concurrence d'avocats. Si le cinquantième avocat décède, par exemple, un risque pénal, envoie un courrier à l'exécutif de la collectivité en lui précisant qu'il considère que le projet en cause comporte un risque pénal, il empêche définitivement le projet de se réaliser, puisqu'évidemment la collectivité ne continuera pas le projet. Si la collectivité ne traite régulièrement qu'avec deux ou

trois avocats, l'avocat contactera directement le directeur général des services ou le directeur des affaires juridiques pour lui expliquer qu'il existe un problème sur le dossier et pour lui proposer des solutions pour limiter les risques. Ainsi, le projet pourra être réalisé. L'avocat aide donc à la décision et peut permettre de faire aboutir un projet important, puisque l'objectif n'est évidemment pas de commettre un délit mais de réaliser un projet public ce qui peut supposer d'accepter un certain degré d'insécurité juridique, si cela est fait de manière éclairée.

Ainsi, même s'il y a des marchés publics, il doit exister également une relation *intuitu personae* qui se crée entre l'avocat et la personne publique qu'il conseille. Il ne faut donc pas exagérer la formalisation de ces mises en concurrence. Par ailleurs, le prix ne doit pas être observé comme étant le premier critère, parce qu'une fois que le prix domine le contrat, la liberté de choix n'existe plus. Il apparaît en pratique que certaines collectivités « mettent le prix et la rapidité », estimant qu'un bon avocat est celui qui est devant son fax, qui lui répond en un quart d'heure, et qui n'est pas cher. Essayez d'appliquer ce principe en amour, vous n'aurez pas grand-chose de réussi !

Le droit se mature. C'est pourquoi, en cabinet, il peut être utile de se réunir à trois ou quatre avocats sur une affaire, pour échanger, partager les points de vue de chacun, les compétences, les idées. Il y a également besoin d'allers-retours avec la personne publique. Or, on ne peut considérer que la rapidité soit absolument la garantie d'un conseil efficient. Un projet public doit évidemment se réaliser vite, mais il doit aussi se faire avec un important niveau d'échange.

Il importe donc que les collectivités optent pour des critères autres que le prix. Une décision rendue par le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise ⁷ a pu faire sourire les avocats : une collectivité publique de 30 000 habitants avait procédé à une mise en concurrence pour l'ensemble de ses besoins juridiques, pour toute l'année. Un cabinet d'avocat avait répondu pour tous ses besoins, toute l'année, pour uniquement 5 000 €. Le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a considéré qu'il s'agissait d'une offre anormalement basse : les marchés d'avocats sont donc aussi soumis à cette qualification.

Enfin, le Conseil d'État a décidé, dans une jurisprudence concernant la commune d'Ajaccio ⁸, qu'il n'était pas nécessaire de beaucoup allotir pour choisir un cabinet d'avocats : un lot conseil et un lot contentieux par exemple suffisent. Il n'est pas sûr qu'il soit très pertinent de différencier celui qui vous

(4) CAA Nancy, 23 mars 2009, *Sté SVP cf Cne de Besançon*, req. n° 08NC00594, AJDA 2009. 1421, chron. M. Wallerich.

(5) TA Cergy-Pontoise, 3 févr. 2011, req. n° 1100321, AJCT 2011. 186, obs. J.-D. Dreyfus.

(6) CE 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n° 275531, AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 2008. 911, étude J.-J. Israël ; RDI 2006. 480, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2006. 1048, concl. D. Casas ; RTD com. 2006. 774, obs. G. Orsoni.

(7) TA Cergy-Pontoise, 18 févr. 2011, *SCP Claisse et associés*, req. n° 1100716, AJCT 2011. 356, obs. O. Didriche.

(8) CE 21 mai 2010, *Cne d'Ajaccio*, req. n° 333737, AJDA 2010. 1046 ; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse.

donne un conseil de celui qui vous défend. Mais il y a des collectivités qui vont jusqu'à faire des lots au nombre de dix ou quinze... distinguant ainsi parfois la concurrence, puis dans la concurrence la concurrence entre personnes publiques, puis entre personnes publiques et privées. En matière de droit des sols, il peut arriver que soient séparés l'aménagement, l'urbanisme et la domanialité. Vous arrivez vite à dix, quinze lots, ce qui fait qu'un projet public qui requiert quelquefois des compétences absolument transversales, devient difficile à attribuer une fois alloti à ce point. Moins les collectivités allotisent, plus elles peuvent choisir, quelquefois plusieurs conseils – vous pouvez faire du multi-attribu-

taire si vous voulez vous garantir – qui pourront l'accompagner plus globalement.

La seule décision sur cette question d'allotissement, qui juge qu'une collectivité s'est trompée, concerne la chambre de commerce d'industrie Grand Lille, qui avait décidé d'allotir en un lot « Droit privé, public et social », un lot « Droit de la propriété intellectuelle » et un lot « Droit des affaires publiques et droit pénal ». Ce qui a été sanctionné était l'hétérogénéité des matières que regroupait le lot n° 1 que seule une minorité d'opérateurs du secteur économique concerné pouvait offrir sans avoir à constituer un groupement. De fait, le lot n° 1 présentait en lui-même les caractéristiques d'un marché global. Le juge administratif a donc jugé qu'il y avait eu un allotissement d'une manière inintelligente et inopportune et de nature à restreindre l'accès à la commande publique et a, en conséquence, annulé le marché ⁹. Aujourd'hui, les droits se rejoignent, s'entrechoquent, il est dès lors important de pouvoir, pour certains projets, conserver une réelle transversalité.

(9) TA Lille, 3 juill. 2008, *Huglo Lepage*, req. n° 080463, AJDA 2008. 1831, note J.-D. Dreyfus.