

Commission ouverte

# DROIT PUBLIC

Responsables : Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY

## SOUS-COMMISSION OBSERVATOIRE

Le risque de non allotissement des prestations juridiques avant l'attribution des marchés



## COMMISSION DE DROIT PUBLIC

### SOUS COMMISSION OBSERVATOIRE

#### Le risque de non allotissement des prestations juridiques avant l'attribution des marchés.

#### ENJEUX DU SUJET

En amont de l'attribution d'un marché de prestations juridiques, se pose la question pour les pouvoirs adjudicateurs du choix d'allotir ou pas le futur marché. L'objectif de la présente contribution est de déterminer l'opportunité d'une éventuelle intervention de la part de l'Ordre des Avocats, lorsque des difficultés particulières liées à la question de l'allotissement seront soumises à son appréciation.

On rappellera que les dispositions de l'article 10 du Code des marchés publics, dans leur rédaction issue du décret n° 2006-975 du 1er août 2006, posent le principe de l'allotissement dès lors que la consultation porte sur des prestations distinctes.

Toutefois, même dans le cas de prestations distinctes, il est possible de ne pas allotir des prestations si la personne publique « *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* ».

Pour répondre à la question posée, il est apparu utile de distinguer le cas de consultations portant exclusivement sur des prestations juridiques de celui où l'objet de la consultation associe des prestations juridiques à d'autres prestations.

#### **I Les consultations publiques portant sur des prestations exclusivement juridiques**

Le fait d'associer dans un même lot deux catégories de compétences juridiques qui sont sans aucun lien entre elles, a tout d'abord été jugé comme illégal (TA Lille, ordonnance, *Société d'avocats Huglo Lepage et associés conseil*, req. n° 080463, AJDA 2008, p. 1831, note J.D. Dreyfus). 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.

Une telle position jurisprudentielle était de nature à faire adopter par les collectivités publiques une attitude prudentielle dans la définition des marchés de prestations juridiques. 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 pu apparaître délicat de regrouper des prestations de conseil et de représentation en justice.

Plusieurs décisions, toutefois, se sont par la suite attachées à laisser une marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs. Ainsi, par deux jugements en date du 30 mars 2010, le Tribunal Administratif de Montreuil a validé le non allotissement d'un marché de prestations juridiques, englobant des prestations de conseil et de représentation en justice dans différents domaines du droit et 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).

Le Tribunal Administratif de Toulon a également validé le choix opéré par une commune de diviser son marché de prestations de conseil juridique 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 aux « *procédures administratives du droit de l'urbanisme et du droit du sol* », (TA Toulon, 20 mai 2010, *Cabinet MPC Avocats*, req. n° 0805844, Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 328, note François Llorens). Dans ce jugement, le Tribunal Administratif a justifié sa décision 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 et surtout, la Haute Assemblée a validé le choix fait par la Commune d'Ajaccio de diviser son marché de services juridiques en deux lots, l'un relatif à des prestations de conseil et l'autre à celles de représentation en justice, alors même que chacun de ces lots regroupait différents domaines du droit.

Le Conseil d'Etat a alors précisé « *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* » (CE 21 mai 2010, n°333737, *Cne Ajaccio*, Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 237, note . P. Devilliers).

Pour le Conseil d'Etat en conséquence, seul un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation doit être opéré par le juge administratif s'agissant du choix sur l'allotissement. Il apparaît dès lors que seul un choix manifestement erroné, de ne pas allotir ou de regrouper spécifiquement certains domaines juridiques dans un seul et même lot, peut être sanctionné.

On relèvera toutefois que la Cour administrative d'appel de Lyon vient de juger :

*« qu'il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la communauté d'agglomération de Villefranche-sur-Saône, l'objet du marché d'assistance juridique qui concernait tous les secteurs du droit public et du droit privé liés à l'exercice de ses compétences statutaires, ainsi qu'au fonctionnement et au travail de ses services, permet l'identification de prestations différentes ; que la communauté d'agglomération de Villefranche-sur-Saône n'établit ni que l'allotissement du marché rendrait son exécution techniquement difficile, ni qu'elle ne serait pas en mesure d'assurer par elle-même ce qui correspond pour un tel marché aux missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; que la passation d'un marché global a donc méconnu les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics » (CAA Lyon, 19 mai 2011, Mme Marie-Pierre A, 09LY02352, achatpublic.info, 7 juin 2011).*

Cette décision est surprenante au regard de l'arrêt *Cne d'Ajaccio* précité mais sa motivation ne devrait pas selon nous le remettre en cause, la collectivité semblant ici être sanctionnée par le fait qu'elle n'apporte au juge dans le cadre de son contrôle, aucun élément aux fins de justifier son choix de ne pas allouer.

La contestation d'un marché de prestations juridiques non alloué pour ce seul motif n'est donc pas systématiquement susceptible de prospérer.

## **II Les consultations publiques qui associent des prestations juridiques à d'autres prestations**

Dans ce cas également, un recours sur le seul fondement d'un non alloué n'est pas plus évident.

La question se pose toutefois de savoir si ces consultations sont critiquables lorsqu'elles imposent que des groupements solidaires soient constitués entre leurs membres, alors qu'un de ces membres est un cabinet d'avocat. La même question se pose lorsque la personne publique impose que le mandataire du groupement soit solidaire.

On rappellera sur ce point que l'article 51 du Code des marchés publics autorise la constitution de :

- groupements conjoints, lorsque chacun des membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ; dans ce cas, la personne publique peut demander que le mandataire du groupement soit solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur,
- groupements solidaires, lorsque chacun des membres est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Or, le pouvoir adjudicateur impose fréquemment, dans le cadre de consultations multidisciplinaires, la solidarité entre les co-traitants ou, encore, celle du mandataire du groupement.

Il en résulte tout d'abord que dans l'appréciation de leurs prestations, les cabinets candidats sont jugés en considération de la qualité de l'offre commune. En conséquence, le choix du ou des autres consultants est déterminant. Et le résultat en théorie positif (un seul cocontractant, une coordination assurée par le groupement lui-même notamment) n'est pas nécessairement démontré pour la personne publique. Ce regroupement, potentiellement, a par ailleurs pour effet de limiter la concurrence, dès lors qu'un cabinet d'avocat doit nécessairement se rapprocher d'autres cabinets ou bureaux hors du domaine juridique pour répondre.

Mais surtout, cette exigence rend la situation des cabinets très délicate au regard de leurs obligations et responsabilités.

On doit rappeler que l'article 55 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose que :

*« Toute personne autorisée par le présent chapitre à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé, pour autrui, de manière habituelle et rémunérée, doit être couverte par une assurance souscrite personnellement ou collectivement et garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle qu'elle peut encourir au titre de ces activités.*

[...].

| Selon, en outre, l'article 18 relatif à la collaboration interprofessionnelle du règlement intérieur national applicable à la profession d'avocat :

**« 18.1 Principe général**

*L'avocat qui participe de manière ponctuelle à l'exécution d'une mission faisant appel à des compétences diversifiées en collaborant avec des professionnels n'ayant pas la qualité d'avocat peut à cet effet conclure avec ceux-ci et le client commun une convention tendant à organiser les modalités de cette collaboration.*

[...]

**18.3 Indépendance et incompatibilités**

*La collaboration entre membres de professions différentes ne pouvant s'effectuer que dans le strict respect des règles d'indépendance applicables à chacun des professionnels concernés, l'avocat ne peut accepter ni une relation de contrôle hiérarchique de ses prestations par un autre professionnel ni une quelconque immixtion dans l'organisation et le fonctionnement de son cabinet de la part des professionnels avec lesquels il collabore.*

*Avant d'accepter d'intervenir dans une mission à caractère pluridisciplinaire, l'avocat doit s'assurer que les conditions dans lesquelles son intervention est envisagée ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux règles d'indépendance formulées par sa réglementation professionnelle, et ce tant vis-à-vis des autres intervenants que du client prescripteur de la mission commune.*

[...]

## **18.6 Responsabilité civile professionnelle**

*« L'avocat doit veiller à ce que les prestations effectuées par lui au titre de la mission commune soient effectivement couvertes par son contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle.*

*Il ne peut participer à un contrat de mission commune comportant une clause de responsabilité solidaire des intervenants, chaque professionnel participant à une mission commune devant être personnellement seul responsable de ses interventions et diligences.*

[...] ».

Par analogie enfin avec la jurisprudence relative à l'illégalité des groupements solidaires imposés aux architectes ou aux géomètres, on rappellera que le Conseil d'Etat considère également que la clause de solidarité a pour effet d'imposer à tous les membres, en cas de défaillance de l'un d'eux, d'accomplir des actes ou missions étrangers à leur profession, en infraction avec les règles régissant leur statut (s'agissant d'architectes : CE 10 mai 1968, *Syndicat des architectes de la Seine*, Rec. p. 296 ; CE, 7 novembre 1986, *Ville de Toulouse*, req. n°55131 ; S'agissant de géomètres : CE, 20 février 2008, *Société SOGEFRA*, req. n°293635).

C'est pourquoi :

*« lorsque l'acte d'engagement est présenté au nom d'un groupement d'entreprises solidaires, les justifications des identifications requises ou des références équivalentes doivent être fournies par l'ensemble des entreprises pour la totalité des lots ou travaux, chaque entreprise étant tenue de pallier les insuffisances des membres du groupement ; CAA Paris, 10 octobre 2000, Préfet de la Seine-Saint-Denis / Cne de Pantin, Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 117, note F. Llorens).*

Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'un groupement comprenant comme membre un cabinet d'avocats ne peut être solidaire, la solidarité se heurtant à la règle d'incompatibilité de la profession d'avocat avec toute autre profession.

Le groupement, ne pouvant dès lors être solidaire, il doit nécessairement être conjoint.

Mais il faut immédiatement relever que, dans le cas d'un tel groupement, s'il est demandé que le mandataire soit solidaire, ce dernier souscrit alors un engagement pour l'exécution du marché de chacun des membres du groupement. Si l'un des membres du groupement connaît une défaillance, il appartient en effet dans ce cas au mandataire de réaliser les prestations de ce membre défaillant, ou de présenter un sous-traitant.

La jurisprudence a ainsi confirmé que seul le mandataire solidaire des autres membres du groupement était tenu de justifier de l'ensemble des qualifications requises, les autres membres n'ayant à présenter que celles nécessaires à l'exécution des prestations à l'exécution desquelles elles s'engagent (

... » *qu'en cas de groupement d'entreprises conjointes, seul le mandataire qui s'engage solidairement avec les autres membres du groupement doit justifier de la totalité des identifications ou références, les autres membres du groupement ne devant fournir que les qualifications ou références correspondant aux lots ou travaux pour l'exécution desquels ils ont contracté avec le maître d'ouvrage (CAA Paris, 10 octobre 2000, Préfet de la Seine-Saint-Denis / Cne de Pantin précité),*

Ainsi, les règles susvisées qui s'imposent aux avocats, ne leur permettent pas d'avoir la qualité de mandataire solidaire d'un groupement.

Mais on doit également s'interroger sur la légalité des consultations imposant que le mandataire soit solidaire lorsqu'un avocat fait partie d'un groupement.

## **CONCLUSION**

**S'agissant des marchés de prestations exclusivement juridiques**, à la question de savoir si, par principe, le respect du périmètre du droit impose une obligation d'allotir les prestations juridiques, il convient de répondre par la négative.

La contestation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence dans le domaine des prestations juridiques au seul motif qu'elle ne prévoirait pas un tel allotissement n'est donc pas systématiquement susceptible de prospérer.

**S'agissant des marchés de prestations non exclusivement juridiques**, un recours sur le seul fondement d'un non allotissement n'est pas plus évident.

Le fait en revanche d'imposer la constitution d'un groupement solidaire ou la solidarité du mandataire d'un groupement conjoint pose en l'état une réelle difficulté pour les cabinets d'avocats, au regard des règles déontologiques qui leurs sont applicables.

## **PRECONISATIONS**

**S'agissant des marchés de prestations exclusivement juridiques**, en l'état du droit en conséquence, il apparaît délicat que l'Ordre des Avocats pointe cette question dans le courrier qu'il serait amené à transmettre aux personnes publiques dont la consultation serait estimée litigieuse.

Un non-allotissement qui ne pourrait pas faire l'objet d'une justification par la collectivité, ou encore le regroupement non justifié ou incohérent de certains domaines du droit dans un même lot, pourraient en revanche constituer des preuves supplémentaires du caractère irrégulier de consultations déjà critiquables au regard, par exemple, d'un défaut total de recensement des besoins.

**S'agissant des marchés de prestations non exclusivement juridiques**, il reviendrait en revanche à l'Ordre des Avocats de contester au cas par cas des consultations ne permettant pas aux avocats de répondre hors d'un groupement solidaire ou leur imposant d'être le

mandataire solidaire d'un groupement conjoint. De même, on est sérieusement en droit de s'interroger sur la possibilité pour un mandataire non avocat d'être solidaire d'un groupement dans lequel un avocat interviendrait comme sous-traitant.