

N° 375051

Commune de Montreuil

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 31 mars 2014

Lecture du 11 avril 2014

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

Le code des marchés publics peut être, dans une certaine mesure, un instrument au service de politiques publiques. Tel est, en tout cas, l'objet de son article 10, qui institue, à la charge des pouvoirs adjudicateurs, une obligation d'allotir tout marché portant sur des prestations distinctes. Avant l'intervention de cette disposition, issue du code de 2006, vous aviez estimé que, *« quel que soit l'intérêt général qui s'y attache, la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre »* (CE, 13 mai 1987, Société « Wanner Isofi Isolation », p. 171). Vous avez validé, dans son principe, le nouveau mécanisme par votre décision Syndicat EGF-BTP et autres du 9 juillet 2007 (p. 298). Puis vous avez précisé ses conditions d'application. Rappelons que l'obligation d'allotir n'est pas inconditionnelle. Outre la condition tenant à l'existence de prestations distinctes, elle ne joue pas si le pouvoir adjudicateur 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. »* La décision de recourir à un marché global fait l'objet d'un contrôle normal par le juge (CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, T.) ; en revanche, s'agissant du nombre et de la consistance des lots, le contrôle est limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, y compris dans le cadre du référé précontractuel (CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, T.).

La commune de Montreuil a lancé, en 2003, une consultation en vue de la passation d'un marché de services juridiques. Il devait s'agir d'un marché à bons de commande avec cinq attributaires, conclu selon une procédure adaptée. L'article 77 du code des marchés publics permet en effet d'attribuer un marché à bons de commande à plusieurs opérateurs économiques. En ce cas, *« l'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché. »*

L'offre du cabinet de Castenau, classée en sixième position, a été rejetée. Celui-ci a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montreuil, qui a annulé la procédure. La commune se pourvoit en cassation contre cette ordonnance.

Le premier juge a relevé que l'objet du marché portait sur des matières variées : droit des collectivités territoriales, commande publique, droit électoral, droit de la communication, interventions économiques, urbanisme, construction, environnement, droit civil, droit des affaires, assurances, fiscalité, droit pénal, propriété intellectuelle... Après avoir mis en relief le caractère très hétérogène de ces disciplines juridiques, il a estimé qu'il était au moins possible de distinguer des grands domaines distincts, tels que le droit administratif, le droit privé et le droit pénal. Puis il a constaté que la commune ne justifiait pas que le marché relevait de l'une des trois dérogations mentionnées à l'article 10. Il en a conclu qu'elle avait méconnu cet article.

Vous avez déjà eu à connaître, en une occasion, de la question de l'allotissement de marchés de services juridiques : il s'agit de votre décision Commune d'Ajaccio déjà mentionnée, celle-là même qui a prévu l'existence d'un contrôle restreint sur le nombre de lots. Dans cette affaire, la commune avait bien procédé à un allotissement, mais à un allotissement que nous qualifierions de minimaliste, puisque deux lots seulement étaient prévus : un lot « *conseils juridiques* » et un lot « *représentation en justice* ». Pour chacun de ces deux lots, il était prévu que le titulaire serait susceptible d'intervenir dans les domaines du droit public, du droit privé et du droit pénal. Vous avez jugé qu'en se bornant à procéder à une division binaire conseil / représentation en justice, la collectivité n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Dans la présente affaire, un premier point est acquis : le juge du référé précontractuel a correctement manié la grille d'analyse que vous avez dégagée quant à la nature de son contrôle. Ainsi qu'il résulte des termes mêmes de son ordonnance, « *si le contrôle du juge des référés précontractuels est limité à l'erreur manifeste d'appréciation quant au nombre et à la consistance des lots établis par le pouvoir adjudicateur, il doit effectuer un contrôle normal sur les motifs de la décision de regrouper les prestations en un seul lot.* »

Il lui est toutefois reproché une autre erreur de droit, celle consistant à avoir admis que des prestations de services juridiques puissent constituer des prestations distinctes au sens de l'article 10.

La question n'est pas dépourvue de toute pertinence. Quelle que soit la matière précise sur laquelle elles portent, les prestations de services juridiques présentent évidemment des caractéristiques communes. L'activité ne peut être exercée que par des avocats, qui relèvent d'une profession réglementée ; et les avocats à la cour peuvent, au moins en théorie, assurer toutes prestations juridiques, sous réserve du monopole de représentation devant la Cour de cassation et vous-mêmes dont disposent les avocats aux conseils. De plus, l'imbrication entre les diverses branches du droit est croissante et les questions auxquelles les personnes publiques sont confrontées nécessitent fréquemment des compétences croisées. Ajoutons que, pour un même litige, le conseil juridique peut précéder, accompagner et suivre la représentation en justice.

Ceci étant, pour échapper à la logique de l'article 10, il faut que l'objet du marché ne permette pas d'identifier des prestations distinctes. Il est difficile de soutenir qu'aucune distinction pertinente ne peut être faite, tant sur le plan matériel, selon les grands domaines du droit, que sur le plan fonctionnel, selon la nature de l'activité (conseil ou

représentation). Pour le dire autrement, les prestations de services juridiques ne peuvent, à notre sens, être regardées comme exclues, par nature, de la problématique de l'allotissement.

Il n'en résulte pas que tout marché de services juridiques comporte des prestations distinctes. Il serait déraisonnable de considérer que chaque discipline juridique, y compris la plus pointue, revêt un tel caractère. Plusieurs approches sont possibles. On peut s'en tenir à une distinction binaire droit public / droit privé, telle celle retenue par le conseil national des universités pour la définition de ses sections. On pourrait aussi, à l'inverse, se fonder sur la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat, telle qu'elle est actuellement fixée par un arrêté du 28 décembre 2011 du ministre de la justice ; mais elle en compte vingt-six et distingue, par exemple, le droit public, le droit de l'environnement, le droit des étrangers et le droit fiscal... Notre préférence irait vers la première solution. Ajoutons que la taille de la collectivité et l'importance du marché sont sans doute des éléments à prendre en compte. Une petite commune pourra avoir simplement besoin d'un généraliste du droit, au cas où elle serait confrontée à des litiges ; la simple circonstance que, potentiellement, celui-ci soit amené à travailler dans des domaines divers ne devrait pas faire obstacle à la passation d'un unique marché global.

Quoi qu'il en soit, ici, nous l'avons vu, le marché portait sur l'intégralité des matières susceptibles d'intéresser une collectivité territoriale et avait pour objet tant le conseil que la représentation. La notion de prestations distinctes n'est pas dotée d'une très grande densité juridique, ce qui pourrait plaider pour que la question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, il n'appartient pas au juge de disséquer le marché pour mettre sur la table toutes les unités élémentaires qu'il sera parvenu à identifier. Il lui revient seulement de rechercher si, oui ou non, une segmentation est envisageable. Nul besoin de manier le scalpel. Une telle appréciation justifie donc d'un contrôle de qualification juridique en cassation. Mais le moyen doit être écarté.

Il est également soutenu que le juge du référé précontractuel a commis une erreur de qualification juridique en ne retenant pas le moyen tiré de ce que l'allotissement aurait été de nature à rendre techniquement difficile l'exécution des prestations. Là encore, un tel contrôle s'impose, s'agissant du maniement par le juge de premier ressort des différentes hypothèses de dérogation à la règle de l'allotissement prévues par le texte

Sur ce point, notre conviction est bien que l'obligation d'allotir doit céder si la collectivité, faute d'un service juridique suffisamment étoffé, est dans l'incapacité d'assurer efficacement la coordination que peut impliquer le recours à des cabinets d'avocats différents. L'article 10 ménage expressément la possibilité d'une telle dérogation. Toutefois, ici, le premier juge a relevé que la commune de Montreuil était suffisamment outillée, ce qui est peu contestable pour une ville de plus de 100 000 habitants. L'argument de la complexité n'est guère convaincant, d'autant plus que la commune avait prévu, nous l'avons dit, un marché à bons de commande multi-attributaires. Vous écarterez donc également ce moyen.

Le moyen suivant est plus original. Il est tiré de ce que le juge du référé précontractuel aurait commis une erreur de droit en ne soulevant pas d'office l'irrecevabilité du moyen invoqué par le cabinet de Castelnau et tiré du défaut d'allotissement. En effet, selon le pourvoi, l'exigence de loyauté des relations contractuelles, que vous avez dégagée dans votre décision Commune de Béziers du 28 décembre 2009, aurait vocation à régir également la phase précontractuelle. Elle ferait obstacle à ce qu'un candidat qui estime que la procédure

est viciée ab initio attende que son offre soit rejetée pour saisir le juge du référé précontractuel.

Ce moyen de cassation nous paraît voué au rejet. En tant que telle, l'exigence de loyauté des relations contractuelles n'est pas susceptible de déborder en-deçà ou au delà des limites temporelles du contrat. Vous n'avez jamais jugé irrecevable un moyen au seul motif qu'il aurait pu être soulevé plus en amont dans une procédure. Les textes relatifs au référé précontractuel auraient pu prévoir des délais pour contester les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; de tels butoirs n'auraient pas méconnu la directive « recours ». Ce n'est pas le parti qui a été retenu : sous réserve que le manquement invoqué soit encore susceptible de léser celui qui s'en prévaut, le seul butoir réside dans la signature du contrat. Vous pourriez certes consacrer par la voie prétorienne un principe de loyauté dans les relations processuelles, mais nous ne voyons pas très bien quels seraient ses fondements et ses contours. Il n'est pas interdit de réfléchir à cette question, et nous renvoyons d'ailleurs à l'intéressant article que le professeur B. Seiller a consacré à « La loyauté hors des relations contractuelles » dans les récents « Mélanges en hommage au professeur Laurent Richer ». Mais, en l'état de votre jurisprudence, nous nous en tiendrons là.

L'ordonnance est enfin contestée en tant qu'elle juge que le manquement relevé – la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics – a été de nature à léser le cabinet de Castelnau. Il est vrai que le juge a mobilisé, à l'appui de sa démonstration, divers éléments, dont certains n'étaient pas d'une totale pertinence. Mais l'absence irrégulière d'allotissement est susceptible d'affecter le sort de l'ensemble des candidats qui ont présenté une offre (pour autant que celle-ci n'ait pas été irrégulière) : il s'agit d'un manquement qui, même après la jurisprudence Smirgeomes, produit des conséquences quasi-mécaniques. Il est en effet impossible d'affirmer que l'allotissement n'aurait eu aucune incidence, directe ou indirecte, sur le sort du cabinet de Castelnau. Le premier juge n'a donc pas davantage commis d'erreur de qualification juridique sur ce point.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que soit mis à la charge de la commune de Montreuil le versement au cabinet de Castelnau d'une somme de 3500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.