

Acheteurs publics : attention aux conventions de recherches d'économie !

► Etienne COLSON, avocat au barreau de Lille (contact@colson-avocat.fr)

Soucieux d'alléger leurs dépenses, nombre d'acheteurs publics signent des conventions de recherche d'économies fondées sur une particularité : la rémunération du titulaire prend la forme d'un pourcentage – généralement substantiel¹ – des économies réalisées. Séduisante, l'idée l'est assurément. Mais les faits incitent à la prudence. Explications.

Juridiquement, que sait-on des contrats de recherches d'économie ? D'abord, que le juge administratif les qualifie de marchés publics de "conseil en gestion et services

connexes", au sens de l'article 29 du code des marchés publics (CMP). Ils sont donc justiciables d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables² (CAA Bordeaux, 11 janvier 2011, sté CTR, req.

n°09BX02684). Aucune circonstance ne semble autoriser l'acheteur à se dispenser d'une telle exigence, s'engager dans cette voie pouvant entraîner la nullité du contrat (CAA Bordeaux précité ; TA Nîmes,

6 mai 2010, CTR c/ SDIS, req. n°0900993).

Ensuite, il est jugé que de telles prestations relèvent dans leur ensemble d'une activité de consultations juridiques. Le 22 mars 2012, la cour administrative d'appel de Lyon en a jugé ainsi aux termes de sept arrêts signalés dont on retiendra ce qui suit : "La prestation réalisée par la société CTR consistait exclusivement en la vérification, au regard de la réglementation en vigueur, du bien-fondé des cotisations sociales ►►

Abonnez-vous à LA GAZETTE

Nord - Pas de Calais

Retrouvez l'actualité économique sur :

- Votre smartphone
- Votre tablette
- Votre ordinateur
- En version papier

Pour décoder ce Flashcode, téléchargez gratuitement l'application mobiletag :
 • sur www.mobiletag.com • sur le store de votre mobile
 Flashez le Tag avec votre Smartphone, et choisissez votre formule d'abonnement.
Ou rendez vous sur www.gazettenpdc.fr

►►► *versées aux organismes sociaux et des taxes assises sur les salaires payées par l'Ehpad de Châtel-Censoir, en la formulation de propositions, puis, le cas échéant, en une assistance dans les démarches entreprises par l'établissement pour obtenir la restitution des sommes versées indûment ; que cette mission relève dans son ensemble d'une activité de consultation juridique.*" Dès lors se pose la question des opérateurs économiques habilités à présenter une offre. En clair, doivent-ils se compter parmi ceux auxquels la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 réserve le monopole des consultations juridiques, c'est-à-dire, notamment, les avocats ? Pour les juges lyonnais (voir l'arrêt précité), la réponse est affirmative. Le 22 mars 2012, ils confirmaient donc l'annulation de ce chef de sept contrats passés avec une société spécialisée dans "l'optimisation budgétaire pour le secteur public", l'agrément attribué à cette société étant regardé par la Cour comme "ne l'autorisant à effectuer des consultations juridiques qu'à titre accessoire de son activité principale"...

Quatre questions en suspens. En premier lieu, quel type de consultation les acheteurs publics doivent-ils choisir ? La logique comptable voudrait que l'on raisonnât en termes de montant estimatif : point de consultation en dessous de 15 000€ HT (art.28 CMP), procédure adaptée en deçà de 200 000€ HT et procédure formalisée au-delà (art.26 CMP). Mais, précisément, le montant de ce genre de marché est par nature impossible à prévoir puisqu'il dépend du montant des économies réalisées. En pareil cas, la prudence commanderait de lancer une procédure formalisée. En second lieu, un prix exclusivement proportionnel au montant des économies réalisées est-il légal ? On peut en douter, au regard de l'article 17 du CMP qui ne vise que prix unitaires ou forfaitaires. Aux yeux de la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy, les choses sont claires : la réponse est négative, la DAJ préconisant, d'une part, que le prestataire soit rémunéré pour la seule prestation de l'audit et, d'autre part, que l'acheteur public bénéficie de la totalité des économies obtenues ("Le prix dans les

marchés publics", avril 2013). Cette position nous paraît excessive. Nous faisant l'écho d'une circulaire du ministre de la Santé du 20 février 2009, il nous paraît qu'une solution satisfaisante pourrait consister en l'insertion dans le prix d'une part forfaitaire destinée à rémunérer le coût des prestations effectuées à laquelle s'ajouterait un pourcentage incitatif sur les économies réalisées. En troisième lieu, le critère de sélection lié au prix des offres pourrait-il être pertinent ? Il ne nous semble pas contre-indiqué pour autant, bien entendu, que le marché prévoie un prix contenant, à côté d'une part variable, une part fixe qui, sans être nécessairement majoritaire, ne devra pas être marginale. En quatrième lieu, si, comme on l'a vu, la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 en ses articles 54 et 60 "réserve" les contrats de recherches d'économie aux avocats et aux candidats bénéficiant d'un agrément les autorisant "à des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale", il serait bon de connaître précisément ces agréments. A

défaut, on imagine sans peine la difficulté des acheteurs publics au moment d'examiner la portée des agréments présentés par les candidats. Faut-il le rappeler, c'est pour s'être prévalu d'un agrément jugé insuffisant par la cour administrative de Lyon que, le 22 mars 2012, la société CTR voyait l'annulation de ses marchés confirmée par ladite Cour...

On le voit, la passation par les acheteurs publics de conventions de recherches d'économie est hérissée d'importantes difficultés juridiques. Il serait vain de les éluder car, en ce cas, la nullité du contrat n'est jamais loin. Et avec elle, pour ne parler que du titulaire, une quasi-certitude : celle de jamais récupérer le bénéfice escompté...

1. Entre 35% et 60%.
2. Sauf ceux dont le montant estimatif serait inférieur à 15 000 € HT (art. 28 CMP). Toute la difficulté réside évidemment dans l'incertitude qui entoure une telle estimation puisque celle-ci dépend du montant d'économies retenu par le prestataire. Montant, par essence, inconnu au moment de la passation du contrat.