

<http://www.moniteurjuris-contratspublics.fr/document/20-13173765>

Contrats publics

REVUE - n°106 - (VIE DES CONTRATS PASSATION)

janvier 2011

Soumission des contrats de recherche d'économies au code des marchés publics

Nicolas Charrel Et Isabelle Ortigosa-liaz, Avocats à La Cour, Scp Charrel Et Associés, Montpellier - Marseille
Le jugement du 6 mai 2010 du tribunal administratif de Nîmes, soumet les contrats de recherche d'économies au code des marchés publics et écarte le principe de loyauté contractuelle en la présence d'un vice d'une particulière gravité appliquant ainsi l'arrêt du Conseil d'État « Commune de Béziers ».

La société CTR, spécialisée dans la réalisation d'audit visant à optimiser les charges sociales auxquelles sont soumises les personnes morales publiques ou privées, a démarché le SDIS du département du Gard. Elle a conclu avec ce dernier un contrat lui confiant une mission de recherche d'économies assortie d'une rémunération représentant un honoraire de 40 % des économies perçues. Toutefois, le SDIS a refusé de procéder au règlement des premières factures reçues au motif que le contrat n'avait fait l'objet ni de mesures de publicité ni de mise en concurrence et était, de ce fait, irrégulier. Dès lors, le contrat n'étant pas entièrement créateur de droits, le SDIS ne pouvait pourvoir à son règlement immédiat.

C'est dans ce cadre que la société CTR a formé une demande d'indemnisation devant le tribunal administratif de Nîmes.

I. L'application du code des marchés publics aux contrats de recherche d'économies

A) Les critères du marché public

Aux termes de l'article 1er du code des marchés publics, les marchés publics sont «les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

En ce sens, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir:

- identifier un besoin préalablement à la conclusion du contrat;
- s'assurer du caractère onéreux du contrat, lequel autorisera sa qualification de marché public et imposera, sa soumission aux règles de la commande publique.

1. L'identification d'un besoin au sens de l'article 5 du CMP

La phase de détermination des besoins constitue un préalable essentiel au choix de la procédure. Aux termes de l'article 5 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit déterminer

avec précision « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire ». Le tribunal relève que le SDIS30 a effectivement déterminé ses besoins préalablement à la conclusion du contrat avec la société CTR, en dépit du fait que la société ait elle-même démarché le SDIS. La phase préalable d'identification des besoins par le SDIS est révélée par le seul recours à la société CTR sans laquelle le SDIS n'aurait pu lui-même effectuer les recherches d'économies. Par suite, le tribunal considère que le démarchage par la société n'exclut pas l'identification par le pouvoir adjudicateur d'un besoin au sens de l'article 5 du code.

2. Le caractère onéreux des contrats de recherche d'économies

Quant au caractère onéreux du contrat, celui-ci est évident, mais sa particularité tient au fait que le prix versé soit un honoraire de résultat correspondant à 40 % des sommes effectivement économisées. Par suite, il s'agit d'un prix indéterminé, fondé sur un pourcentage, ce qui constitue un prix purement proportionnel non prévu par le code des marchés publics qui ne connaît que les prix unitaires ou forfaitaires (article 17 du CMP). Or, une idée fort répandue veut, à tort, que la rémunération, notamment pour les marchés de maîtrise d'œuvre soumis à la MOP, soit déterminée selon un pourcentage qui ne sert en réalité qu'à fixer un forfait de rémunération.

Au-delà de son caractère proportionnel, le prix des contrats de recherche d'économie est également provisoire au moment de sa conclusion. Le code impose que le marché soit conclu à prix définitif (article 18 du CMP) et le prix provisoire n'est possible que dans certaines hypothèses limitativement énumérées (article 19 du CMP). Ainsi, les marchés de maîtrise d'œuvre soumis à la loi MOP peuvent être conclus à prix provisoires jusqu'à la fixation du forfait définitif de rémunération sur le fondement de l'enveloppe prévisionnelle définitive arrêtée après les études d'avant-projet. Ici, le tribunal ne se prononce pas sur le fait de savoir si le contrat de recherches d'économies répond à une des exceptions posées par l'article 19 du code des marchés publics relatif à la fixation du prix définitif. Il considère qu'une irrégularité dans la rémunération du marché reste sans conséquence sur la soumission du contrat aux règles de la commande publique. En effet, la question posée ici au tribunal est de savoir si les contrats de recherche d'économies sont soumis aux règles du code des marchés publics. Et si un prix irrégulièrement fixé reste sans incidence sur l'application des règles de la commande publique relatives à la publicité et à la mise en concurrence, le besoin étant identifié et le contrat conclu à titre onéreux, il demeure soumis au code des marchés publics.

B) La nécessité d'une publicité et d'une mise en concurrence

1. L'exclusion du recours au marché à procédure adaptée

Le recours à la procédure adaptée pour de tels marchés permettrait d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence. C'est sur le fondement de l'indétermination du prix que la société CTR a soulevé le moyen suivant : le prix du marché n'étant pas connu, ce marché n'est pas soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence. Or l'absence de prix et l'indétermination du montant du marché ne garantissent pas que le montant du marché soit inférieur au seuil des 20 000 euros alors applicable [1]. Une rémunération provisoire, dont il est impossible de donner par avance le montant définitif, ne peut conduire à considérer le marché comme inférieur aux seuils des procédures formalisées. De plus, le tribunal relève que le marché en cause ne correspond à aucune des hypothèses visées par l'article 35-II du code, aux termes

duquel certains marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence. Dès lors que le prix d'un marché reste indéterminé au jour de sa conclusion, en raison de la particularité même de son objet, il ne peut être considéré comme inférieur aux seuils des procédures formalisées. Dans deux autres espèces, le tribunal administratif de Versailles [2] n'a pas exclu de tels contrats de la procédure adaptée aux termes de laquelle ils avaient été conclus. Et cela pour deux raisons : le moyen n'était pas invoqué et la convention prévoyait une rémunération totale ne pouvant excéder le premier plafond du code des marchés publics, soit 4 000 €. Ainsi, le prix du marché n'était pas véritablement indéterminé puisqu'il ne pouvait dépasser le seuil fixé par l'article 28 du code des marchés publics, soit 4 000 €. Dès lors, ces contrats pouvaient valablement être passés aux termes de la procédure adaptée.

2. La nature de la prestation de recherche d'économies : un service d'audit

L'article 1er du code des marchés publics précise de manière quelque peu tautologique, que « les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services ». L'article 29 du code des marchés publics, qui définit les marchés de services, les soumet aux règles de publicité et de mise en concurrence. Les contrats de recherche d'économies sont considérés par le tribunal administratif de Nîmes, suivant l'article 29, comme des contrats ayant pour objet des services d'audit en ce qu'ils « consistent à examiner les déclarations de versement des cotisations dues par le SDIS ». En soumettant ces contrats de recherche d'économies au code des marchés publics, le jugement du tribunal administratif de Nîmes fait une stricte application des critères posés par l'article 1er du code. Il procède ce faisant à un rappel à l'ordre des cocontractants des personnes publiques. Dans le même sens, une circulaire du ministère de la Santé et des sports [3] est venue rappeler à l'ensemble des établissements de santé que « les contrats ayant pour objet une mission de diagnostic portant sur l'optimisation des charges Urssaf supportées par les établissements publics, constituent des marchés publics répondant à la définition de l'article 1er du code des marchés publics ». Bien que limitée aux établissements de santé, cette circulaire, est applicable à toutes les personnes publiques dans le principe qu'elle énonce. Le jugement du tribunal administratif confirme ainsi la soumission de ces contrats aux règles de la commande publique.

II. L'exigence de loyauté dans les relations contractuelles

A) L'irrégularité du contrat

1. La force obligatoire du contrat

L'arrêt Commune de Béziers [4] pose le principe selon lequel lorsque le juge « constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité, relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ». Le Conseil d'État applique le principe de la loyauté et de la stabilité des relations contractuelles aux termes duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi par les parties. Ainsi, le juge du contrat, saisi d'un litige relatif à son exécution, doit faire application de ce contrat.

Saisi d'une demande tendant à déclarer nul un contrat, le juge doit exercer son contrôle au regard du principe de loyauté des relations contractuelles. Depuis l'arrêt Commune de Béziers, plusieurs cours administratives d'appel appliquant ce principe ont confronté la loyauté contractuelle et la stabilité des relations contractuelles aux irrégularités pouvant affecter le contrat [5] .

2. Un vice d'une particulière gravité

Appliquant la jurisprudence Commune de Béziers, le tribunal administratif de Nîmes constate l'existence d'un vice d'une particulière gravité justifiant la nullité de la convention.

La gravité du vice tient ici à l'absence de publicité et de mise en concurrence lors de la conclusion du contrat. Et ce alors même que les conventions de prestations de recherches d'économies sont soumises aux règles de la commande publique.

Bien plus, le tribunal administratif considère que la société CTR, consultante des collectivités locales, ne pouvait ignorer les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles le SDIS est soumis. En proposant ses services au SDIS, sans l'avoir informé des risques d'irrégularité entourant la conclusion de la convention, la société CTR a méconnu ses obligations de conseil. Elle ne peut donc se fonder sur le terrain de la responsabilité contractuelle du fait de la gravité de ce vice.

Préalablement à la conclusion du contrat, le SDIS devait procéder à des obligations de publicité et de mise en concurrence. La société CTR aurait du le savoir. Et c'est ce manquement qui lui est finalement reproché dans le jugement, bien plus que l'absence de publicité et de mise en concurrence.

Dès lors, la société ne saurait arguer d'une quelconque obligation de respecter les termes du contrat alors qu'au moment de sa conclusion elle le savait irrégulier.

B) L'exclusion du terrain extra-contractuel

1. La théorie de l'enrichissement sans cause

Le contrat ayant été écarté par le tribunal administratif, la société CTR se fonde sur le terrain extra-contractuel, ou plus exactement quasi contractuel, qu'elle avait soulevé à titre subsidiaire, et plus particulièrement sur le terrain de l'enrichissement sans cause. En effet, il est de jurisprudence constante que « le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer, en tout état de cause, le remboursement de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité, envers laquelle il s'est engagé » [6] .

Par suite, le contrat conclu entre la société CTR et le SDIS ayant été annulé, la société se fonde, à bon droit, sur le terrain de l'enrichissement sans cause, lequel lui donne droit à une indemnité.

2. La faute du cocontractant

Dans l'hypothèse où le cocontractant se place sur le terrain de l'enrichissement sans cause, le juge procède à un partage de responsabilité entre l'administration et le cocontractant [7] . Ainsi, aux termes d'une jurisprudence établie, le tribunal administratif de Nîmes reprenant un considérant de principe énonce clairement que « les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait

obstacle à l'exercice d'une telle action » [8] . Dès lors, dans l'hypothèse où le cocontractant de la personne publique s'est placé, avant la conclusion du contrat, dans une situation dont il ne pouvait ignorer qu'elle conduirait à l'illégalité du contrat, celui-ci n'est plus fondé à demander l'indemnisation du préjudice. C'est la raison pour laquelle la responsabilité quasi contractuelle de la personne publique ne peut être engagée. Par conséquent le demandeur appauvri ne peut prétendre à aucune indemnité sur ce fondement.

La société CTR ne pouvait donc ignorer les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis les contrats de recherche d'économies passés avec des personnes publiques soumises au code des marchés publics.

Conclusion

Les contrats de recherche d'économies sur les charges sociales ou d'optimisation des bases fiscales, bien que peu nombreux, sont soumis aux règles de la commande publique. D'une part, la notion de prix proportionnel lié au résultat (clause de « success fees ») reste problématique au regard de la nécessité d'un prix unitaire ou forfaitaire. D'autre part, sauf à prévoir une clause de prix plafond, le caractère indéterminé du prix ne semble pas non plus conforme au code. Ces contrats sont pleinement soumis aux règles classiques de mise en concurrence et notamment, en l'absence de clause plafond, aux règles de l'appel d'offres européen, à l'instar des marchés à bons de commande ou des accords-cadres sans maximum. Il n'en demeure pas moins que le mode de rémunération, initialement proposé par les sociétés réalisant ce type de prestation, doit être réapproprié par les pouvoirs adjudicateurs sur des bases forfaitaires traditionnelles correspondant notamment à l'estimation des temps de mission, éventuellement assorties de clauses d'intéressement telles qu'autorisées par le code, des « clauses incitatives » pouvant être insérées « aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production » (art. 17 dernier alinéa).

Références

TA Nîmes, 6 mai 2010, CTR c/ SDIS30, req. n°0900993; CE sect., 28 décembre 2009, Cne de Béziers, req. n° 304802

Mots clés

Marché public • Critère du marché • Objet • Prestation de service • Recherche d'économies • Prix du marché • Procédure adaptée • Publicité et mise en concurrence • Loyauté des relations contractuelles • Force obligatoire du contrat

SOURCES OFFICIELLES

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée.

Loi | 09/12/2010

Article 28

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/05/2010

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 4ème chambre - formation à 3, 22/04/2010, 07LY01357, Inédit au recueil Lebon

Arrêt, Lyon | 22/04/2010

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 17/03/2010, 316721, Inédit au recueil Lebon

Arrêt, Conseil d'Etat | 17/03/2010

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 10/02/2010, 329100, Publié au recueil Lebon

Arrêt, Conseil d'Etat | 10/02/2010

Article 18

Code des marchés publics (édition 2006) | 21/12/2008

Article 29

Code des marchés publics (édition 2006) | 19/12/2008

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 24/11/2008, 291607

Arrêt, Conseil d'Etat | 24/11/2008

Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 22/02/2008, 266755

Arrêt, Conseil d'Etat | 22/02/2008

Article 5

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/09/2006

Article 17

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/09/2006

Article 19

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/09/2006

SUR LE MÊME SUJET

[PDF de l'article](#)

08/01/2011