

COMMISSION OUVERTE
DROIT PUBLIC

Responsables : Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY

Jeudi 18 avril 2013
SOUS-COMMISSION OBSERVATOIRE
MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES JURIDIQUES
Responsable : Françoise Sartorio

**État d'avancement des dossiers
en cours.**

**Bilan des réflexions engagées sur
la sous-traitance des prestations
juridiques**



COMMISSION OUVERTE DE DROIT PUBLIC**Observatoire des marchés publics****Compte rendu de la réunion du 18 avril 2013****Présents**

Pierre-Manuel CLOIX
Dominique LUGAND
Richard SINTES
Jean-Louis LESQUINS
Catherine WEBER SEBAN
Françoise SARTORIO

Excusés

Laurent SERY
Fanny MICHEL

L'Observatoire poursuit la réflexion engagée sur la sous-traitance et les offres anormalement basses.

Sur la sous-traitance

Françoise SARTORIO expose qu'à la suite de l'envoi au Comité technique et scientifique du compte-rendu de la réunion de l'Observatoire en date du 28 mars 2013, le Comité lui a proposé de venir exposer les travaux sur la sous-traitance devant le comité de lobbying. La date est fixée au 31 mai 2013.

En ce qui concerne la capacité juridique du non professionnel du droit à contracter pour des prestations juridiques par ailleurs sous-traitées par lui à un professionnel du droit, il est rappelé que sa responsabilité en tant qu'entrepreneur principal nécessiterait en toute logique qu'il contracte une assurance professionnelle couvrant l'ensemble de la mission, (et donc les prestations juridiques) pour lui permettre, en cas d'action en responsabilité du maître d'ouvrage, de faire face à une éventuelle condamnation.

Or, une telle assurance professionnelle « étendue » semble exclue dès lors qu'il n'est pas habilité à délivrer des prestations juridiques au regard des dispositions de la loi de 1971 (articles 54 et suivants notamment) et de ses interprétations jurisprudentielles.

Il est rappelé que le code des marchés publics n'exige pas des candidats qu'ils souscrivent une assurance. Seul le CCAG de fournitures courantes et de services l'impose mais il n'est applicable qu'aux marchés qui s'y réfèrent.

Dans ce cas particulier, le pouvoir adjudicateur devrait donc demander au titulaire une attestation d'assurance. Dans la pratique, on peut sérieusement douter qu'aussi bien l'assureur que le pouvoir adjudicateur ait une telle exigence à l'égard du non professionnel du droit.

Au final, la piste de l'assurance pour limiter la sous-traitance est moins intéressante qu'il n'avait été envisagé dans un premier temps.

Le non professionnel du droit ne devrait avoir à justifier de sa capacité juridique à contracter pour des prestations juridiques par ailleurs sous-traitées par lui à un professionnel du droit, que dans le cas où le marché se réfère au CCAG de fournitures courantes et de services et sous la double réserve qu'il fasse assurer les prestations juridiques d'une part et que l'assureur exige de lui qu'il soit habilité au regard du périmètre du droit d'autre part.

D'autres questions se posent néanmoins :

- Le décalage entre une sous-traitance dérisoire car alibi (pour contourner le périmètre du droit) et l'étendue des responsabilités liées aux prestations juridiques sous-traitées. En cas de litige, la responsabilité professionnelle de l'avocat risquerait d'être recherchée pour une prestation bien plus importante que le montant dérisoire de la sous-traitance.
- L'avocat doit répondre à une couverture assurantielle. Il faudrait vérifier les clauses d'exonération du contrat d'assurance.
- Si on durcit l'approche par rapport à la sous-traitance, les sociétés risquent de se doter de compétences juridiques en interne, plutôt que de s'adresser à des avocats. Il est rappelé qu'il suffit de recruter une personne titulaire d'une licence en droit (article 54 de la loi de 1971 modifiée) pour être habilité au regard du périmètre du droit.

Les membres de l'Observatoire proposent de se rapprocher de la compagnie AON (que Françoise SARTORIO a déjà sollicitée pour approfondir cette question) aux fins d'envisager avec elle une action commune d'information sur le périmètre du droit et ses conséquences en direction à la fois des pouvoirs adjudicateurs et des assureurs.

En ce qui concerne la modification qu'il est proposé d'apporter à la déclaration de sous-traitance DC4, les membres de l'Observatoire débattent sur le point de savoir si elle risque de compliquer les choses pour les trois protagonistes (pouvoir adjudicateur, candidat et avocat) Dans la pratique, il s'agira uniquement de cocher 3 cases et de signer un contrat de sous-traitance (inchangé) conforme aux règles déontologiques des avocats.

Un débat est ensuite engagé sur les difficultés respectives de la sous-traitance et de la cotraitance.

Le constat est fait qu'il existe également des difficultés en cas de cotraitance (responsabilité parfois plus floue, difficulté pour petits candidats,...).

Sur les offres anormalement basses

Pierre Manuel Cloix expose le résultat de sa réflexion engagée sur une approche de la méthode de définition d'un coût horaire objectif et la présentation des offres de prix pouvant être recommandée auprès des pouvoirs adjudicateurs afin de mieux identifier la prestation en rapport avec le prix lorsque celui-ci est forfaitisé.

Il précise qu'il ne s'agit pas d'une analyse sur le « juste prix » des prestations juridiques.

I – Méthode de définition du taux horaire d'un cabinet

A. Définition du taux horaire

Le taux horaire se définit comme le quotient entre la somme des charges et la rémunération de l'avocat par le temps vendu, exprimé en heures.

Exemple :

B. Définition des charges

Pour déterminer un taux horaire fiable, il faut donc dans un premier temps évaluer ses charges.

On peut distinguer dans un premier temps les charges fixes des charges variables.

Charges fixes (charges obligatoirement dépensées) :

- Loyer (+ charges, assurance et taxes)
- Coût secrétariat
- Documentation
- Téléphonie
- Informatique
- EDF/GDF / Eau
- Cotisation ordinale (dont assurance)
- Transport (non lié à un dossier particulier)
- Emprunt

Charges variables

- Coût collaborateur (s)
- Rémunération avocat associé (+ cotisations sociales)
- Frais financiers

Les charges peuvent être définies soit par rapport à un exercice antérieur connu, soit par rapport à un prévisionnel.

C. Définition du volume horaire facturé

Ce volume horaire peut être défini, soit à partir d'un exercice passé, si le cabinet dispose d'un logiciel de facturation ou d'un recensement précis des temps facturés, soit à partir d'un prévisionnel raisonnable.

Chaque cabinet peut évidemment avoir ses objectifs ou contraintes propres pour la facturation.

D. Synthèse

La diversité des structures, des façons d'exercer et des positionnements, rend évidemment impossible une définition d'un taux horaire plancher.

II – Présentation des prix dans les offres

Il est rappelé que le juge administratif laisse une très grande marge de manœuvre, voire une autonomie quasiment totale quant à la façon dont les offres doivent présenter les prix proposés.

De même, les conditions dans lesquelles les offres financières sont comparées offrent une grande latitude au pouvoir adjudicateur, dès lors que l'imprécision n'est pas de nature à rompre l'égalité de traitement des candidats.

Une illustration récente en est donnée par la décision de la Cour administrative de Marseille du 27 février 2012, *Cabinet MPC / Commune de Narbonne* (req. n°09MA01937).

Dans cette affaire, la commune de Narbonne a lancé une consultation en matière de conseil juridique et de représentation contentieuse, répartie en différents lots.

S'agissant de la possibilité d'établir une proposition financière adéquate, la Cour estime successivement que :

- l'absence d'estimatif du volume des prestations se justifie par la variabilité intrinsèque en matière de contentieux ou de dossiers juridiques dont la commune ne saurait maîtriser les facteurs de création et de développement,
- la ville n'était pas tenue d'indiquer dans les documents de la consultation si les montants des honoraires devaient être exprimés en tarifs horaires, journaliers ou forfaitaires quand bien même ils constituaient le troisième critère utilisé pour l'attribution du marché, dans la mesure où l'absence de cette précision n'était susceptible ni de nuire à l'égalité entre les candidats, ni d'empêcher la comparabilité des offres.

Dans ce contexte passablement hostile à l'établissement d'une rigidité pour le pouvoir adjudicateur quant à la présentation des offres de prix, qui fait peser sur les candidats les risques d'une mauvaise évaluation, il peut paraître utile de proposer des modes de présentation des offres financières qui pourraient inciter la personne à solliciter davantage de précisions quant aux modalités d'établissement des prix, en particulier lorsque celui-ci est forfaitisé.

Ceci permettrait de contribuer en outre à détecter des prix anormalement bas en mettant en évidence le mode de fabrication du prix.

A cet égard, il pourrait être recommandé que le prix forfaitaire fasse l'objet d'une décomposition permettant d'évaluer le temps passé par le candidat à l'étude du dossier :

Exemple 1 : Grille théorique de présentation des forfaits :

- Représentation contentieuse :

Objet	simple	moyen	complexe
Réunion			
Examen des pièces			
Rédaction projet + avis			
Validation			
2nd mémoire			
audience (déplact CR)			
Exécution			
Total temps			
Tarif horaire			
forfait			

- Prestations de conseil :

Objet	Simple	Intermédiaire	complexe
Prise de connaissance			
Echanges téléphoniques / mails			
rédaction de l'avis / validation			
document			
réunion de travail			
Total			
Tarif horaire			
Forfait			

L'intérêt de ces formules est dans un premier temps d'attirer l'attention de l'acheteur public sur une éventuelle offre anormalement basse, tout en demeurant lié par l'appréciation de la seule ligne forfaitaire.

Exemple 2 : Mise en œuvre de la grille (cas des contentieux) :

Objet	Candidat 1	Candidat 1
	Dossier simple	Dossier simple
Réunion	0	0
Examen des pièces	1	2
Rédaction projet + avis	3	4
Validation	0	1
2nd mémoire	1	2
audience (déplact CR)	0,5	2
Exécution	0	1
Total temps	5,5	12
Tarif horaire	150	150
Forfait	825	1800

Dans cet exemple, on constate que le prix est nettement en faveur du candidat 1, mais cela s'explique par le peu de temps passé (en supposant un tarif horaire identique). La notation sera donc en faveur sur ce plan du candidat 1, **mais le pouvoir adjudicateur devra examiner la pertinence de la méthode de traitement présentée au titre de la notation technique pour voir si celle-ci est en lien avec le temps passé proposé par le candidat.**

Dans un troisième temps, on peut envisager que la notation au titre du prix ne soit pas la seule prise en compte du prix forfaitaire, mais une pondération entre le prix unitaire et le temps passé.

En effet, le forfait est le produit entre un temps passé et un tarif horaire, il semble donc admissible que l'évaluation du critère prix s'effectue par une pondération entre le temps passé sur un type de dossier et le coût unitaire, dès lors que cette méthode est connue des candidats. Il est vraisemblable que cette question mériterait un approfondissement.

Si l'on admet à ce stade cette possibilité d'une comparaison non pas uniquement sur la base du prix final mais sur celle d'un prix et d'une quantité, le comparatif entre les prix peut aboutir à neutraliser les effets des forfaits manifestement sous-évalués.

On peut en tout état de cause contourner la difficulté en prévoyant un critère spécifique relatif aux temps de traitement (les meilleures notations étant alors celles prévoyant les temps les plus importants).

Exemple 3 : Méthode de notation

Dans cet exemple, repris de l'exemple 1, la comparaison s'effectue non pas entre les montants des forfaits mais sur la base de deux sous-critères temps et tarif horaire, pondérés chacun à 50%.

Ainsi, alors que la comparaison des forfaits aboutit à une offre du candidat 2 deux fois supérieure au candidat 1, **la méthode « temps/tarif horaire » aboutit à resserrer très fortement l'écart facial et apporte une évaluation sans doute plus objective du prix réel.**

	Candidat 1	Candidat 2
Objet	Dossier simple	Dossier simple
Réunion	0	0
Examen des pièces	1	2
Rédaction projet + avis	3	4
Validation	0	1
2nd mémoire	1	2
audience (déplact / compte-rendu)	0,5	2
Exécution	0	1
Total temps	5,5	12
Tarif horaire	150	150
Forfait	825	1800
Notation (50% PU + 50% Tps)	77,75	81

En conclusion :

Au regard de la grande latitude laissée aux pouvoirs adjudicateurs en matière de définition et de mode d'appréciation des prix, il paraît nécessaire de pouvoir présenter des formules permettant, d'une part, de mieux identifier les offres anormalement basses et, d'autre part, de proposer des modes de notation tenant objectivement compte de ce qui est effectivement compris dans le prix proposé.

Il semble en revanche plus délicat de pouvoir **imposer** de telles formules, le juge administratif étant encore aujourd'hui assez peu réceptif à cette argumentation, faute peut-être de voir son attention suffisamment attirée sur cette problématique.

L'Observatoire décide de se rapprocher de l'ANAAFA pour voir les outils et les statistiques dont elle dispose permettant d'approcher les méthodes de calcul des charges et de la rentabilité des cabinets d'avocats.

Par ailleurs, l'Observatoire décide de réfléchir à des actions permettant de sensibiliser et d'informer les pouvoirs publics pour l'élaboration d'outils de détection des offres anormalement basses.

En ce qui concerne la sous-traitance, il serait intéressant de mobiliser les assureurs sur le périmètre du droit et de connaître leur pratique quand ils doivent assurer un non professionnel du droit pour des activités juridiques.