

Dès lors que le Code des marchés publics a été simplifié, que la commande publique a été libérée de contraintes trop lourdes, peut-on imaginer que le risque de commettre un « acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires » soit moindre ?

En d'autres termes, la simplification des règles applicables en matière de passation de marché public impliquera-t-elle une diminution du risque pénal pour les acheteurs et pour les entreprises ?

Le délit de favoritisme naît de l'irrespect des règles prévalant en matière de marchés publics. Avec une présomption d'intention : le responsable étant présumé connaître parfaitement ces règles.

Mais des réformes à répétition sont sources de confusion, donc de risque pénal¹⁰. L'insécurité juridique en matière pénale vient du nombre de règles mais aussi de changements législatifs trop fréquents.

La récente réforme du code des marchés publics accentue donc ce risque.

Surtout, je pense que la contrainte peut être, en la matière, bénéfique. Pour compliquées et nombreuses qu'elles étaient, et demeurent tout de même, les règles imposaient la prudence.

Cela rejoint un sujet de philosophie classique « l'artiste a-t-il besoin d'être libre pour créer ? » Je ne répondrai pas aujourd'hui à cette question mais je vais essayer de l'adapter au droit pénal des marchés publics, ce qui n'est déjà pas si mal.

On sait que c'est compliqué, qu'il y a des règles à suivre. On fait donc attention, on essaie de les suivre pas à pas. Mais à l'inverse, si l'on sait que les règles s'assouplissent, je crains fortement que l'attention ne se relâche.

Et en droit pénal, cette liberté peut devenir le pire des dangers. Tout l'inverse des artistes !

William FEUGÈRE,

Président de la Commission de droit pénal de l'ACE,
Avocat au Barreau de Paris (FBA - Feugère Ballu Associés),
william.feugere@fba-avocats.com

10. Voir dans cette revue l'article « L'insécurité juridique en matière pénale », du même auteur.

Décentralisation et sécurité juridique

Le passage progressif d'un modèle de régulation étatique à un modèle d'autorégulation marqué par une certaine atomisation des pouvoirs et la multiplication des institutions publiques s'est notamment traduit, en France, par une autonomie accrue des collectivités territoriales qui est allée de pair avec le transfert de nouvelles compétences à leur profit.

Ce processus de décentralisation, qui tend à rapprocher la France d'un certain nombre de ses principaux partenaires européens (Italie, Espagne et Allemagne notamment), témoigne également de l'évolution importante du droit administratif français de même que du bouleversement des modes de gestion des affaires publiques.

Devenues des acteurs de premier plan à la faveur de la décentralisation (1), les collectivités locales sont aujourd'hui confrontées à des difficultés - notamment juridiques - de plus en plus nombreuses que n'ont pas su combler les réformes récentes (2). La place croissante du droit dans leur activité soulève plusieurs questions eu égard à l'organisation de la fonction juridique au sein des collectivités territoriales, mais également à leurs relations avec les juristes extérieurs, au premier rang desquels les avocats (3).

I - De la centralisation triomphante à la « République territoriale »

Au 19^e siècle, époque de la centralisation triomphante, le droit administratif faisait totalement corps avec l'Etat, dont il était autant l'émanation que la structure juridique. Strictement national, le droit administratif tendait à faire prévaloir l'intérêt public mais également la supériorité de l'Administration, « autorisée à pénétrer dans la sphère des droits des particuliers en l'absence de privilège du préalable ou de force exécutoire »¹.

A l'inverse, le droit administratif s'imprègne actuellement d'une multitude d'influences extérieures dont pâtissent tant sa cohérence que sa lisibilité. Outre l'influence exercée par le droit communautaire et le droit international, le droit administratif emprunte de plus

1. Sabino CASSESE, *Les transformations du droit administratif du XIX^e au XXI^e siècle*, Droit Administratif, Octobre 2002.

Claude Goy

Votre spécialiste de la publicité des ventes judiciaires de bien mobiliers et immobiliers dans tous les barreaux de France.
Régisseur du quotidien La Tribune pour les annonces judiciaires et légales.



en plus au droit privé en raison du développement des services publics à gestion privée (SPIC) ou de l'extension dans les services publics d'un modèle de gestion inspiré du secteur privé, privilégiant la recherche de la performance et des gains de productivité du fait de contraintes budgétaires récurrentes.

La politique de décentralisation participe de cette entreprise de rationalisation, en même temps qu'elle prend acte de l'incapacité dans laquelle se trouve désormais l'Etat d'assumer seul la gestion d'une société de plus en plus complexe, celui-ci étant contraint de confier à des acteurs plus familiers des réalités locales une partie de la conduite de son action sur le terrain.

Aboutissement d'un processus dont la forme moderne trouve son origine dans le discours prononcé à Lyon en 1968 par le Général de Gaulle, le « premier acte » de la réforme de l'administration locale intervenu au début des années 1980 a été un succès. La suppression des tutelles *a priori*, le transfert de l'exécutif du préfet au président du conseil général ou du conseil régional, l'octroi aux collectivités locales de nouvelles compétences ont montré l'aptitude de ces dernières à gérer les affaires publiques aussi bien, sinon mieux, que l'Etat.

La loi constitutionnelle de 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, pilier du « deuxième acte » de la décentralisation, tend à poursuivre ce processus, certains y voyant le prélude à l'instauration d'une « République Territoriale »².

Cette réforme, qui est d'abord symbolique avec l'inscription dans l'article premier de la Constitution du caractère décentralisé de l'organisation de la République, constitue une avancée majeure dans l'affirmation du rôle que les collectivités locales sont appelées à jouer à l'avenir, et ce à tous les niveaux (politique, économique, social).

Au-delà de cette affirmation de principe, la loi constitutionnelle de 2003 modifie substantiellement la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales en permettant, d'une part, des transferts de compétences expérimentaux du premier aux secondes dans des domaines variés (éducation, santé, culture...) et, d'autre part, en inscrivant dans la Constitution une règle de subsidiarité.

L'article 72 modifié énonce ainsi le principe selon lequel « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ».

La loi relative aux responsabilités locales récemment adoptée vise quant à elle à clarifier les domaines d'action des collectivités locales, à répartir entre elles les compétences et à dessiner la limite de leur champ d'action par rapport à celui de l'Etat.

Les transferts prévus par la loi sont multiples et variés : fin de la cogestion de certaines politiques (à l'instar du transfert aux régions des aides économiques individuelles aux entreprises que gère l'Etat), transfert de l'essentiel du réseau routier national au département à l'exception des grands itinéraires nationaux, transfert des ports et des aéroports aux collectivités locales (à l'exception des plus grands d'entre eux qui demeurent sous la responsabilité de l'Etat), possibilité pour les régions d'établir des programmes régionaux de santé publique en complément des plans de l'Etat et de participer au financement des investissements hospitaliers...

Le montant des compétences transférées au titre de la loi constitutionnelle de 2003 a été estimé à 10 milliards d'Euros³.

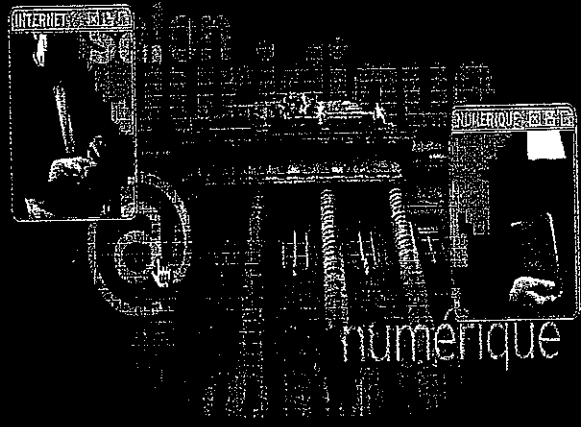
2. *La Décentralisation demain : Vers une République Territoriale*, Les Etats Généraux des Elus locaux, Marseille 15 mars 2001.

3. Jean-Bernard AUBY, *La loi constitutionnelle relative à la décentralisation*, Droit Administratif, avril 2003.



16 DECEMBRE 2004 - PARIS

**2^e SALON JURIDIQUE
DE L'INTERNET ET DU NUMERIQUE**



**17 DECEMBRE 2004 - JOURNÉE SPÉCIALE
L'INSTALLATION DU
PROFESSIONNEL JURIDIQUE**

**17, rue de l'Aubrac - 75012 Paris - Organisé par les Éditions LEGITEAM
en partenariat avec l'ACE-Jeunes Avocats**


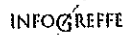


Prix d'entrée : 10 euros - Prix des colloques : 60 euros/colloque -
Ateliers gratuits - Pass VIP : 250 euros par jour
50% pour les étudiants et demandeurs d'emploi
Pré-inscription obligatoire par mail, fax ou courrier
LEGITEAM : legiteam@free.fr
Tel : 01 49 10 38 73 - Fax : 01 49 10 38 94
17, rue de Seine - 92 100 Boulogne-Billancourt
www.salonjuridique.com

PRE-PROGRAMME Vendredi 17 décembre 2004




<p>ACE-Jeunes Avocats : Le point sur l'installation du professionnel juridique, la communication et le marketing, la gestion financière, la gestion des hommes et des femmes des Cabinets d'Avocats, le knowledge et le management au sein du cabinet, et enfin l'analyse des structures sociales.</p> <p>Conférences coordonnées par Maria Lanci, Bénédicte Bury et William Feugère, membres de l'ACE-JA.</p> <p>Mouvement Jeune Notariat : Présentation des questions juridiques de l'installation d'un jeune professionnel, avec les divers méthodes d'installation et parallèle avec l'installation du notaire et notamment les garanties financières</p>	<p>et l'expérience du parrainage développée par le Mouvement Jeune Notariat.</p> <p>Conférence des Bâtonniers : enquête dans les barreaux sur les aides à l'installation mises en place par les Ordres.</p> <p>Laurence MOATTI-NEUER journaliste la sécurité informatique du cabinet juridique, confidentialité, intégrité et disponibilité avec Danièle Kaminsky (chercheur) et Eric DETOISIEN (Ingénieur)</p> <p>INTERFIMO : Le financement de l'installation.</p> <p>Village-Justice.com : Le recrutement du personnel juridique avec un forum recrutement.</p>
---	--


A suivre

TOP SPONSORS

PARTENAIRES INSTITUTIONNELS : CONFERENCE DES BATONNIERS, JEUNES HUISSIERS





Devenues des acteurs de premier ordre du fait d'un poids économique renforcé, les collectivités territoriales seront encore davantage les interlocuteurs privilégiés des administrés au plan local, comme en atteste la faculté dont celles-ci disposent d'organiser des référendums locaux sur des projets de délibération ou d'acte relevant de leur compétence. On citera également la reconnaissance d'un droit de pétition aux électeurs d'une collectivité les autorisant à demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante d'une question relevant de la compétence de celle-ci.

Les collectivités territoriales seront par ailleurs amenées à développer de plus en plus leur action extérieure, via l'élaboration de politiques de coopération transfrontalière ou décentralisée.

2 - Les collectivités territoriales se heurtent à des difficultés de plus en plus nombreuses dans la conduite de leur action que n'ont pas su combler les réformes récentes

L'affirmation de ce rôle ne va pas sans créer de nouvelles difficultés - notamment juridiques - auxquelles les collectivités territoriales sont d'ailleurs fréquemment confrontées dans la conduite de leur action, et ce d'autant plus que leur champ d'intervention gagne en étendue.

On rappellera à cet égard les trois principaux domaines dans lesquels intervient la fonction juridique s'agissant des collectivités territoriales :

- d'une part, les démarches que les collectivités sont amenées à faire en demande ou en défense lorsqu'elles se trouvent confron-

- tées à une décision, à un acte ou à une délibération ;
- d'autre part, les dispositions sujettes à un contrôle de légalité interne ;
- enfin, l'organisation de dispositifs d'aide juridique à destination de la population locale.

Outre le volet institutionnel proprement dit, plusieurs réformes récentes ont contribué à doter les collectivités territoriales d'un cadre juridique propre à accompagner le développement de leurs activités.

Bien que devant être saluées dans leur principe, ces réformes sont également à l'origine d'incertitudes diverses tandis que la complexité croissante de l'environnement dans lequel interviennent les collectivités locales génère un surcroît d'insécurité juridique pré-occupant.

A titre d'exemple, on citera la réforme du Code des Marchés Publics du 7 janvier 2004, dont l'objectif était de simplifier et de moderniser la commande publique (ce que le Code de 2001 n'était pas parvenu à réaliser)⁴.

Or, les interrogations soulevées par celle-ci sont multiples, qu'il s'agisse des marchés pouvant être passés sans formalités préalables (eu égard notamment au calcul des seuils ou au choix d'une mise en concurrence adaptée au marché concerné ou réduite à la seule obligation de publicité), des critères d'attribution de ces marchés ou de l'ambiguïté de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse.

Certains aspects de cette réforme posent des problèmes pratiques qui ont soulevé de nombreuses critiques, à l'instar des « procédures adaptées » que les acheteurs publics sont libres de déterminer en-deçà du seuil de 230 000 euros. Soucieuses de corriger

4. Michel GUIBAL, *La réforme du Code des Marchés Publics*, JCP Edition Générale, n°4, 21 janvier 2004.

**Une équipe à votre disposition pour vous conseiller
et effectuer toutes vos formalités et démarches**



**Formalités sur toute la France - Annonces légales
BALO - BODACC - Adjudications
Urbanisme - Hypothèques - Règlements de copropriété
Traductions - Certificats de coutume
Légalisations - Apostilles - INPI**

**12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 PARIS
Tél. : 01 49 49 08 20 - Fax : 01 49 49 08 25**

les lacunes du Code, plusieurs collectivités ont par ailleurs tenté d'apporter des précisions là où celui-ci n'en donne pas en élaborant des guides de procédure.

Le risque est toutefois que ces documents soient contraires à l'esprit du Code. Sous couvert de pallier l'insécurité juridique résultant des lacunes du décret de 2004, les acteurs concernés, en choisissant de mettre en place leur propre procédure, risquent de produire l'effet inverse en aggravant les incertitudes.

En outre, dans la mesure où l'acheteur public a le choix des supports de publication (« modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de son objet et de ses caractéristiques »), il est à craindre que se développe un contentieux – notamment pré-contractuel – important sur le choix opéré et sur le caractère adapté de la procédure choisie.

Il en va de même avec l'ordonnance du 17 juin 2004 qui donne naissance aux contrats de partenariat public-privé, visant à permettre à l'Etat ou à des collectivités locales « d'associer par contrat un tiers au financement, à la conception, à la réalisation ou à la transformation, l'exploitation et la maintenance d'équipements publics ou au financement et à la gestion des services publics ».

Or, ces contrats de partenariat reposent sur des critères de performance et un encadrement juridique très stricts, ceux-ci ne pouvant être conclus qu'au terme d'une évaluation rigoureuse de chacune des possibilités juridiques ouvertes à l'administration pour la réalisation du projet.

D'autres problèmes se posent également, compte tenu du fait que ces partenariats doivent être mis en œuvre dans le cadre de procédures de publicité et de mise en concurrence respectueuses des principes généraux de la commande publique, qu'il s'agisse de la liberté d'accès, de l'égalité entre les candidats ou de la transparence de la procédure.

Procédures complexes, judiciarisation croissante de la vie économique, multiplication des droits applicables... Les collectivités territoriales n'échappent plus à ces phénomènes dont la dénonciation est récurrente et dont la résolution s'avère, en pratique, extrêmement difficile.

Autre difficulté : le risque juridique, et notamment le risque pénal, dont attestent les nombreuses mises en cause d'élus locaux ou de fonctionnaires territoriaux, et ce malgré les améliorations enregistrées depuis l'adoption de la loi du 10 juillet 2002 visant à préciser la définition des délits non intentionnels.

Quatre-vingt-quinze pour cent des élus ont aujourd'hui encore le sentiment d'être exposés au risque pénal dans l'exercice de leurs fonctions.

Or, le risque juridique doit être identifié, évalué, géré et aller de pair avec la conduite d'une politique de prévention efficace.

3 – La place croissante du droit dans l'activité des collectivités territoriales

Selon le Professeur Jean-Bernard AUBY, la fonction juridique dans les collectivités doit désormais « se spécialiser, ne plus se cantonner dans la seule gestion des contentieux, mais être orientée vers la prévention du risque, voire l'utilisation stratégique du droit. C'est-à-dire placer les responsables de la fonction juridique à un haut niveau du fonctionnement de la collectivité, et les associer en amont aux décisions. C'est-à-dire encore de rationaliser les relations avec les conseils extérieurs »⁵.

5. Jean-Bernard AUBY, *L'avenir de la fonction juridique dans l'administration locale*, Petites Affiches, 15 avril 1999, n° 75.



La protection sociale adaptée au personnel des avocats et des avoués

Deux institutions, créées par les conventions collectives des avocats, gèrent, dans le cadre d'un guichet unique, des couvertures sociales totalement adaptées au personnel des cabinets d'avocats et des études d'avoués près les cours d'appel.

La CREPA

Institution de Prévoyance régie par le Code de la Sécurité Sociale, intervient dans le domaine :

- de la Prévoyance avec des garanties décès, incapacité, invalidité, dépendance, rente orphelin ou conjoint survivant
- de la Retraite supplémentaire
- de l'Indemnité de Fin de Carrière
- de la gestion des fonds sociaux
- de la collecte des fonds pour le financement de la formation professionnelle du personnel salarié des cabinets d'avocats et des études d'avoués près les Cours d'Appel.

La CREPA-REP

- Caisse de Retraite du Personnel des Avocats et des Avoués près les Cours d'Appel, membre de l'ARRCO, gère :
- la retraite obligatoire ARRCO
 - le fonds social ARRCO.

UN GROUPE
DYNAMIQUE



Si l'on pouvait déplorer, il y a quelques années encore, « que dans les collectivités locales, les compétences techniques et financières priment largement la compétence juridique »⁶, ce constat doit cependant être nuancé aujourd'hui, les collectivités territoriales ayant pris conscience de l'importance de la dimension juridique de leur activité.

Les collectivités territoriales demeurent toutefois, de leur propre aveu, insuffisamment armées à ce jour pour parer aux difficultés auxquelles elles sont confrontées à cet égard, qu'il s'agisse d'expertise interne, d'information ou des conseils auxquels elles peuvent avoir recours.

Or, le droit et l'analyse juridique, intimement liés à l'action des collectivités locales, sont progressivement devenus des outils indispensables d'aide à la décision.

Il ressort d'une étude⁷ menée en 2003 auprès de 400 directeurs ou responsables des services juridiques des communes, départements, régions et groupements de communes que 35 % des collectivités n'estiment pas posséder les moyens nécessaires pour faire face au traitement des questions juridiques ou judiciaires (42 % pour les communes) tandis que 33 % des collectivités (48 % pour les conseils généraux et régionaux) estiment que le développement de ces problèmes les obligera à recruter prochainement.

La maîtrise de la dimension juridique de leur action compte parmi les défis à relever par les collectivités territoriales à l'avenir.

Parmi les enjeux majeurs, tant juridiques que judiciaires, identifiés par celles-ci figurent notamment les contestations des administrés (62 %, dont 72 % pour les communes), la nécessité de consolider l'aspect juridique des dossiers et des projets (59 %, dont 80 % pour les conseils généraux et régionaux), mais également l'application des normes européennes, les contestations du personnel, les contentieux avec l'Etat ainsi que les conflits intercommunaux.

L'importance accordée à la « consolidation du dossier » confirme par ailleurs le souhait exprimé par de nombreux responsables de collectivités, au premier rang desquels les élus, tendant à minimiser les risques juridiques et judiciaires.

Les collectivités territoriales devront donc, à l'avenir, étoffer leurs capacités juridiques internes mais également intégrer l'activité de conseil externe en articulation avec leurs propres ressources.

En effet, sans se substituer aux directions juridiques des collectivités dont le rôle s'affirme de plus en plus, le recours à des juristes extérieurs, et notamment à des avocats, permet à celles-ci de bénéficier d'une expertise plus fine et de disposer d'un regard extérieur et détaché.

Outre de disposer de l'avis d'un spécialiste sur des questions très pointues, le recours à l'avocat présente d'autres avantages pour les collectivités locales tels que l'externalisation de tâches répétitives ou chronophages, le gain en crédibilité auprès d'un interlocuteur, la possibilité de faire « passer des messages » ainsi que le partage des risques encourus en matière de responsabilité.

L'étude précitée révèle que, situé loin devant les services juridiques préfectoraux, l'avocat est aujourd'hui le premier des partenaires juridiques externes des collectivités. Plus des deux tiers d'entre elles ont en effet recours à des cabinets locaux et plus du tiers à des cabinets parisiens, tant en matière de conseil qu'en matière de contentieux.

L'intervention de l'avocat s'explique notamment par l'accroissement de la complexité juridique des dossiers qui impose aux collectivités territoriales de faire appel à un spécialiste, 53 % d'entre elles déclarant qu'il s'agit là du premier motif du recours aux services d'un avocat. On notera que le pourcentage s'élève de façon très sensible (74 %) pour les conseils généraux et régionaux.

Les autres motifs ont notamment trait aux enjeux politiques et/ou économiques des dossiers (la neutralité face à la situation locale et la distanciation étant ici prioritairement recherchées), la bonne connaissance des arcanes du système juridique et la nécessité de disposer de la « signature » d'un cabinet de grande notoriété.

Comme l'écrivait, il y a quelques années, le Professeur Yves JEGOUZO, « il y a une écriture juridique des problèmes, des politiques et des actions qu'on est amené à mettre en œuvre. Et faute de bien comprendre cette écriture juridique des actions publiques, on se heurte à des difficultés dans leur mise en œuvre qui les ralentissent »⁸.

Nul ne songerait aujourd'hui à remettre en cause ce constat, de même que l'impérieuse nécessité de gérer le risque juridique le plus en amont possible en vue de minimiser la probabilité de survenance ultérieure d'accidents compte tenu du « retour en force du droit »⁹ observable à l'heure actuelle, dont atteste tant la multiplication des recours des administrés que l'extension du contrôle du juge.

Agissant tous deux dans la sphère juridique, le juriste de la collectivité territoriale et l'avocat ont des fonctions complémentaires, comme l'avocat et le juriste d'entreprise.

La progression considérable de la fonction juridique au sein des entreprises ne s'est pas traduite par une diminution du recours aux avocats de leur part, bien au contraire. L'intervention de l'avocat se justifie compte tenu de sa plus grande distanciation, de sa spécialisation et de la flexibilité de manœuvre d'un cabinet.

Ce constat est similaire s'agissant des collectivités territoriales. Quarante pour cent d'entre elles sont aujourd'hui désireuses d'établir une vraie relation de partenariat avec les avocats, pour autant que ces derniers prennent l'exacte mesure de leurs attentes, au premier rang desquelles une plus grande disponibilité et une meilleure connaissance des spécificités locales.

Gageons que les avocats sauront relever ce défi et se révéler des interlocuteurs performants, indépendants et engagés.

Patrick VOVAN,

Avocat au Barreau de Paris,
Membre du Conseil de l'Ordre,
Délégué du Bâtonnier aux Relations Européennes
et Internationales,
Secrétaire de la Commission des Textes
et de la Prospective de l'Ordre de Paris,
Cabinet VOVAN & ASSOCIÉS

David LUTRAN,

Avocat au Barreau de Paris,
Membre de la Commission des Textes
et de la Prospective de l'Ordre de Paris,
Cabinet VOVAN & ASSOCIÉS

6. François TUTIAU, *L'évaluation du métier de juriste et de la fonction juridique dans l'administration locale*, Petites Affiches, 15 avril 1999, n° 75.

7. « Le traitement des questions juridiques par les collectivités territoriales : freins et motivations du recours à un avocat ». Etude réalisée en septembre 2003 par l'institut TNS SOFRES à la demande de la Commission des Textes et de la Prospective du Barreau de Paris.

8. Yves JEGOUZO, Conclusion du dossier spécial sur l'avenir de la fonction juridique dans l'Administration locale, Petites Affiches, 15 avril 1999, n° 75.

9. Ibid.

