

FICHE 18

Les conventions de recherche d'économies

Les conventions de recherche d'économies ou « d'optimisation des coûts » peuvent constituer un outil efficace de rationalisation de l'usage des deniers publics.

Deux types, au moins, de conventions de recherche d'économies peuvent être distingués :

- celles qui ont pour objet la recherche d'économies par la mise en œuvre d'actions de réduction des consommations d'énergie, dans le cadre, par exemple, de marchés relatifs à l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'installations de chauffage, de production d'eau chaude et de climatisation de bâtiments¹ ;
- celles qui ont pour objet la recherche d'économies réalisables sur les charges sociales et fiscales supportées par les personnes publiques (charges sociales recouvertes par les organismes de sécurité sociale, de retraite et d'assurances chômage, taxe foncière, taxe d'habitation, taxe sur la valeur ajoutée, impôt sur les sociétés, etc.).

La présente fiche traite, plus particulièrement, de ces dernières, également désignées sous les termes de contrats « d'optimisation fiscale et sociale ». Il s'agit pour les prestataires de services de s'assurer que les charges acquittées par la personne publique sont vraiment dues, que des exonérations, des dégrèvements, réductions de charges n'auraient pas pu être envisagés, et de l'assister, le cas échéant, dans ses démarches auprès des différentes administrations pour récupérer les charges indûment versées.

Les sociétés de conseil qui offrent ce type de prestation n'hésitent pas, depuis quelques années, à démarcher les collectivités territoriales et certains établissements publics afin de leur proposer spontanément leurs services dans ce domaine et la signature de contrats-types. Or, les offres spontanées ne permettent pas à l'acheteur public de contracter directement, sans publicité ni mise en concurrence, avec les entreprises qui en sont à l'origine². La présente fiche a pour objectif d'attirer l'attention des acheteurs publics sur les règles applicables en cette matière.

I. Les conventions de recherche d'économies sont des marchés publics

Conclues entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur contre rémunération, pour répondre au besoin de ce dernier en matière de services, les conventions de recherche d'économies répondent à la définition de marchés publics donnée à l'article 1^{er} du code des marchés publics.

1. CE, 12 mars 2012, *Dynacité et autres*, n°354355 à 354358.

2. Point 10.1.2 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Le caractère onéreux de ces conventions ne fait aucun doute, même dans les hypothèses où le contrat prévoit que le prestataire ne sera rémunéré que sous la réserve qu'il ait identifié des économies potentielles à réaliser. En effet, l'indétermination du prix au moment de la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à ce que le caractère onéreux du contrat soit reconnu³.

De même, la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait été démarché par une société lui ayant proposé une offre spontanée ne répondant pas à un besoin initialement exprimé par celui-ci, est sans incidence sur la qualification de ces conventions de marchés publics. En effet, le fait que le pouvoir adjudicateur ait accepté l'offre du prestataire atteste qu'il a finalement identifié un besoin qu'il souhaite satisfaire en recourant à lui⁴. Aussi, dès lors que le pouvoir adjudicateur décide de donner suite à cette proposition, il doit procéder à une publicité et organiser une mise en concurrence de tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés.

2. La détermination de la procédure de passation des conventions de recherche d'économies.

2.1. Les prestations de recherche d'économies peuvent relever des services de l'article 29 ou de ceux de l'article 30 du code des marchés publics

Ces conventions peuvent se rattacher à la catégorie des services d'audit ou à celle des services de conseil en gestion et services connexes de l'article 29 du code des marchés publics⁵.

Elles peuvent aussi constituer des consultations juridiques relevant de l'article 30 du code⁶. Il a ainsi été jugé que la prestation consistant exclusivement en la vérification, au regard de la réglementation en vigueur, du bien-fondé de cotisations sociales et de taxes sur les salaires versées par un établissement, en la formulation de propositions et en une assistance dans les démarches entreprises pour obtenir la restitution des sommes indument versées relève dans son ensemble d'une activité de consultation juridique⁷. De même, la mission consistant à analyser des documents, rédiger un rapport, effectuer des démarches auprès de l'administration fiscale afin d'obtenir des dégrèvements et à analyser des impositions, présenter des demandes de correction auprès de l'administration fiscale et à en rendre compte à la ville, dans le cadre d'un lot relatif à l'optimisation des bases fiscales des taxes foncière et d'habitation auxquelles sont assujetties des activités économiques d'une ville, relèvent d'une activité juridique⁸.

La détermination de la nature des services en cause, objet de la convention de recherche d'économies, dont dépendent les conditions de passation du contrat (recours à une procé-

3. CE Ass, 4 novembre 2005, *société Jean-Claude Decaux*, n°247298 et 247299.

4. TA Nîmes, 6 mai 2010, *société CTR*, n°0900993 ; TA Pau, 14 décembre 2010, *société CTR*, n°0900090.

5. CAA Bordeaux, 11 janvier 2011, *société CTR*, n°09BX02684 ; CAA Nancy, 4 juin 2012, *société CTR*, n°10NC02028 ; TA Pau, 14 décembre 2010, *société CTR*, précité ; TA Orléans, 25 mars 2011, *société CTR*, n°0904584 ; TA Lille, 8 avril 2011, *société CTR*, n°0706945 ; TA Limoges, 15 mars 2012, *société Exelcia*, n°1001259.

6. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452 et n°11LY01448, TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, n°0902658.

7. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452.

8. TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, précité.

dure formalisée ou adaptée) relève d'une analyse au cas par cas en fonction de l'objet des prestations de chaque convention.

Lorsque les prestations objet de la convention relèvent exclusivement de l'une des catégories de services de l'article 29 du code, le pouvoir adjudicateur doit organiser une procédure formalisée dès lors que les seuils fixés à l'article 26 du code sont atteints. Dans les hypothèses où le prix du marché est fixé en fonction des résultats, en cas d'incertitude sur ce montant, et, par suite, sur celui du marché, il est recommandé de recourir à une procédure formalisée. Cette précaution permettra de se prémunir contre un éventuel dépassement du seuil qui rendrait la procédure irrégulière si le marché était conclu à la suite d'une procédure adaptée.

Lorsque les prestations objet de la convention constituent des services juridiques, le pouvoir adjudicateur peut passer le marché en recourant à une procédure adaptée, quel que soit le montant de celui-ci⁹.

Si le marché comprend à la fois des services de l'article 29 et des prestations relevant de l'article 30, la procédure de passation devra être déterminée en fonction de la catégorie de services, objet du marché, dont le montant estimé est le plus élevé¹⁰.

2.2. La présence de services juridiques affecte la liberté d'accès des candidats à la consultation

Lorsque la convention de recherche d'économies comporte des prestations juridiques, le principe de la liberté d'accès à la commande publique doit être concilié avec la réglementation applicable à cette activité. L'article 54 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques encadre strictement les catégories de personnes susceptibles de délivrer des consultations juridiques. Une consultation juridique ne peut être effectuée à titre onéreux que par des professionnels du droit ou d'autres professions qualifiées à titre accessoire de leur activité principale pour autant qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 60 de la loi. L'attribution d'un marché de services juridiques en méconnaissance de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence prescrites par le code des marchés publics¹¹ susceptible d'entraîner sa nullité¹² pour cause illicite¹³.

L'acheteur public doit donc vérifier que les candidats sont autorisés à donner des consultations juridiques dans le domaine du droit, objet du marché¹⁴. A cet égard, l'avis de publicité ou le règlement de la consultation peut utilement rappeler que le marché ne pourra être attribué qu'à un professionnel autorisé à délivrer des consultations juridiques dans le domaine objet du marché.

L'acheteur public peut se référer sur ce point à la fiche technique sur « Les marchés de services juridiques », notamment son paragraphe 2.2.

9. Fiches techniques sur « Les marchés de services juridiques » et « Les marchés à procédure adaptée ».

10. Article 30-III du code des marchés publics.

11. TA Paris, ord., 27 juillet 2007, *Groupement solidaire Palmier/ Rayssac*, n° 710469.

12. TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, précité.

13. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452 ; (La cause de l'obligation constitue, suivant les dispositions de l'article 1108 du code civil, avec le consentement des parties qui s'obligent, la capacité à contracter et l'objet, l'une des quatre conditions de validité du contrat. Ainsi, un contrat dépourvu de cause ou reposant sur une cause illicite est nul).

14. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, n°11LY01452.

3. La détermination du prix dans les conventions de recherche d'économies

3.1. Le prix de la convention doit être déterminé ou déterminable

La rémunération du prestataire apparaît fréquemment dans les conventions de recherche d'économies sous la forme d'un pourcentage appliqué aux économies réalisées. Ce mode de rémunération présente l'avantage d'être particulièrement incitatif : le pouvoir adjudicateur ne rétribuera la société de conseils que si celle-ci atteint l'objectif qui lui a été assigné. A défaut d'économies réalisées, la personne publique ne supportera aucune dépense.

Aucune règle, ni aucun principe du droit de la commande publique ne s'oppose à ce que le cocontractant soit rémunéré en proportion des objectifs atteints. Il est, en effet, déjà admis que la rémunération d'un marché puisse provenir des recettes nées à l'occasion de son exécution¹⁵. De même, le fait que la rémunération du cocontractant soit exprimée sous la forme d'un taux ne pose pas, non plus, de difficulté : c'est le cas notamment des honoraires rémunérant les missions du maître d'œuvre qui peuvent résulter de l'application du taux de rémunération au coût des travaux¹⁶.

Dans les hypothèses où le prix du marché est fixé en fonction d'un pourcentage appliqué au montant des économies réalisées, le prix ne pourra pas, par définition, être déterminé au moment de la notification du marché. Il devra, en revanche, être déterminable. En effet, l'article 12 du code des marchés publics prévoit que les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement le prix ou les modalités de sa détermination. Bien que cette règle ne soit pas expressément prévue dans le code pour les marchés à procédure adaptée, ces derniers doivent également comporter l'indication du prix ou les modalités de sa détermination. Le prix est, en effet, un élément essentiel d'un contrat conclu à titre onéreux¹⁷, dont l'absence est susceptible de remettre en cause la régularité du marché¹⁸.

Pour qu'un prix soit déterminable, les clauses du marché doivent indiquer les éléments entrant dans la détermination du prix et la méthode de calcul applicable. Ce prix doit pouvoir être établi en vertu des seules clauses du contrat, par application de paramètres ne dépendant pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties¹⁹. Il est recommandé de s'assurer que l'application de la méthode de calcul ne soit pas susceptible d'aboutir à un montant de rémunération disproportionné et sans lien avec la valeur réelle des prestations réalisées. A cet égard, l'acheteur public a la possibilité notamment d'introduire un plafonnement de la rémunération.

L'acheteur public peut également prévoir une rémunération mixte assise à la fois sur un prix forfaitaire et une clause de rémunération incitative visant à intéresser le prestataire aux résultats obtenus lors de l'exécution du marché. Si les conditions déterminées contractuellement sont réunies, le titulaire pourra percevoir, en sus du prix de règlement initialement prévu, une prime. Plus il aura été performant par rapport à l'objectif fixé *a minima*, plus il sera récompensé, sa rémunération étant modulée en fonction du score atteint²⁰.

15. CE Ass., 4 novembre 2005, *société Jean-Claude Decaux*, précité.

16. Voir aussi CAA Paris, 20 octobre 2011, *Société Brame et Lorenceau*, n°09PA05557 : dans le cadre d'un marché d'expertise ayant pour objet la fixation du prix d'une œuvre d'art, les honoraires de l'expert étaient formulés en pourcentage de la valeur estimée de cette œuvre.

17. CE, 28 mars 1980, *Société « Cabinet 2000 »*, n° 07703.

18. CE, 20 mars 1936, *Sieur Loof*, n°33503 ; CE, 9 mars 1960, *Sieur Massida*, n° 39717.

19. Cass, civ., 19 février 1974, pourvoi n°73-10325.

20. Guide « Le prix dans les marchés publics », paragraphe 4.2.

3.2. La présence de services juridiques doit être prise en compte dans la rédaction des clauses définissant le prix

Lorsque le contrat comporte des services juridiques, le prix du marché ne peut pas dépendre exclusivement de la réalisation du résultat imparté. En effet, le troisième alinéa de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prohibe les honoraires d'avocats calculés exclusivement en fonction du résultat. Par suite, le pouvoir adjudicateur ne peut prévoir, dans des marchés comprenant des services juridiques, une rémunération du titulaire qui serait exclusivement fonction des résultats obtenus. Cela aurait pour conséquence de priver les avocats de la possibilité de soumettre une offre régulière et conforme à leurs obligations professionnelles²¹. Le marché doit donc prévoir une part du prix rémunérant les prestations effectuées quels que soient les résultats obtenus.

L'acheteur public conserve la possibilité de prévoir une rémunération mixte qui, outre la rétribution des prestations effectuées, comprendrait une rémunération complémentaire qui serait versée au prestataire en fonction de l'atteinte des objectifs fixés.

4. Les conséquences de la nullité de la convention

Dans le cadre du contentieux de l'exécution, en cas de nullité de la convention prononcée par le juge pour méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence²² ou cause illicite²³, le paiement des prestations effectuées ne pourra, en conséquence, intervenir sur le fondement du contrat.

Le prestataire pourra réclamer une indemnisation au titre de la théorie de l'enrichissement sans cause. Cette théorie lui permet d'obtenir, sous réserve de justifications, le remboursement des seules dépenses exposées qui ont été effectivement utiles à la collectivité publique. La notion de « dépenses utiles » renvoie à celle de « coût de revient » des prestations, qui exclut la marge bénéficiaire que le prestataire aurait pu escompter de l'exécution de la convention.

Cependant, en cas de dommage imputable à la faute de la collectivité publique résultant notamment de la signature par celle-ci d'une convention illégale, le prestataire pourra être indemnisé du gain manqué, c'est-à-dire du bénéfice dont il a été privé du fait de la nullité du contrat²⁴. Néanmoins, le juge peut décider que la charge de cette indemnisation sera partagée entre les ex-contractants : une part de la responsabilité est laissée au prestataire dès lors qu'il ne pouvait ignorer, en démarchant la collectivité publique, qu'il lui proposait la signature d'un contrat illégal ; son comportement est, également, par suite, à l'origine de la perte des revenus qu'aurait pu lui procurer l'exécution du contrat²⁵.

21. TA Orléans, 5 février 2010, *M. Le Scouezec*, précité.

22. L'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence ne saurait entraîner la nullité du marché qu'à la condition que cette irrégularité présente une gravité suffisante et ait été commise dans des conditions particulières (CE, 28 décembre 2009, *commune de Béziers*, n°304802 ; CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n°338551 ; CE, 29 septembre 2014, *société Grenke location*, n°369987).

23. CAA Lyon, 22 mars 2012, *société CTR*, précité.

24. CE, 20 octobre 2000, *Citecâble Est*, n°196553.

25. CE, 10 avril 2008, *société Decaux*, n°244950 ; CE, 26 mars 2008, *société SPIE Batignolles c/ département de La Réunion*, n°270772.