JOURNAL OFFICIEL DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

TE VE'A A TE HAU NŌ PŌRĪNETIA FARĀNI

ACTES PUBLIÉS À TITRE D'INFORMATION

ACTES DES AUTORITÉS DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Circulaires

Circulaire n° 3503 PR/CM du 2 juin 2025 relative à la passation et exécution des marchés publics de consultations juridiques et à leur soumission au visa du secrétariat général du gouvernement

NOR : SGG25201403CN-2

Le Président de la Polynésie française,

à

Mme la vice-présidente,

Mmes et MM. les ministres,

Mmes et MM. les chefs des services administratifs,

Objet : Circulaire relative à la passation et l'exécution des marchés publics de consultations juridiques et à leur soumission au visa du secrétariat général du gouvernement.

D'après le rapport d'observations définitives de la chambre territoriale des comptes relatif aux « prestations intellectuelles (études et conseils), collectivité de la Polynésie française, exercices 2017 et suivants », les dépenses d'études et de conseils apparaissent « faibles, rapportées aux dépenses de fonctionnement du pays hors dépenses de personnel (0,6 % en moyenne des dépenses annuelles du pays), [mais] elles n'en demeurent pas moins importantes en termes d'enjeu tant les services ou ministères y recourent, et tant les domaines d'intervention sont variés (expertise pour 60 %, accompagnement pour 32,8 %, aide à la décision pour 3,1 %, communication pour 2,9 %, accompagnement ressources humaines pour 1,3 %). » (cf. page 5 du rapport).

Au sein des marchés publics de prestations intellectuelles, les marchés publics de services juridiques constituent un domaine spécifique, qui peuvent inclure des conseils juridiques, des analyses approfondies en matière de législation ou de réglementation, ou encore la représentation en justice (NB. Ce dernier point relevant de la compétence exclusive du secrétariat général du gouvernement, il ne sera pas abordé dans la présente circulaire).

Le cadre contractuel employé par les acheteurs publics du pays est ainsi appelé à trouver un équilibre entre la protection des intérêts publics et la flexibilité, pour répondre à des enjeux juridiques souvent complexes et urgents.

La circulaire vise à fournir des recommandations pour la passation et l'exécution des marchés publics de consultations juridiques, en se basant sur les observations de la chambre territoriale des comptes et les recommandations de la direction des affaires juridiques de Bercy.

I – Préparation des marchés de prestations juridiques

1.1 Définition des prestations juridiques

Ni le Code polynésien des marchés publics (CPMP) (cf. son article LP. 321-2), ni aucun autre texte territorial ou national ne précisent pas en quoi consistent les « prestations de services juridiques ».

La doctrine et la jurisprudence, qui excluent d'emblée la « simple » revue documentaire ou d'actualité des domaines législatif, réglementaire, jurisprudentiel ou doctrinal, permettent toutefois de dégager les notions de :
- « prestation intellectuelle personnalisée ». Il s'agit d'accompagner l'acheteur public dans l'identification de la réponse juridique la plus appropriée à la problématique spécifique qui se pose à lui ;
- et de contribution à la « prise de décision », laquelle, plus ou moins directe, pouvant aller jusqu'à la formalisation de la décision elle-même lorsqu'elle doit prendre la forme d'une nouvelle norme réglementaire.

1.2 Typologie des prestations juridiques

Les prestations se différencient organiquement, selon qu'elles relèvent du droit privé ou public, et aussi des grandes catégories présentes au sein de ce dernier : contrats publics, urbanisme, environnement, domanialité, etc.

Ensuite, les marchés se distingueront en fonction de leur caractère ponctuel ou récurrent :
- les premiers porteront sur un projet spécifiquement identifié, permettant à l'acheteur public de se faire accompagner pour la définition, la mise en œuvre et la sécurisation de celui-ci, en disposant à cet effet d'une compétence juridique renforcée ;
- les seconds consisteront à doter les acheteurs d'une assistance juridique « permanente », sollicitable au quotidien, à mesure de l'émergence de leurs besoins sur des questions juridiques diverses.

1.3 Expression des besoins

La définition précise des besoins est essentielle pour garantir une procédure optimisée et une bonne exécution du marché. Elle doit inclure :
- la nature des prestations : domaine juridique à couvrir, axes stratégiques à suivre, caractère ponctuel (montage d'un projet juridique spécifiquement identifié) ou récurrent (assistance au fil de l'eau) ;
- leur allotissement (NB. Il est, par principe, de rigueur, afin de susciter la plus large concurrence, cf. article LP. 222-1 du CPMP) : par domaines juridiques ou éventuellement en vertu de la nature des prestations demandées (préparations d'actes réglementaires, résolutions de problématiques juridiques).

Le découpage des prestations doit être cohérent, notamment pour éviter que chaque titulaire d'un lot ait alors une approche parcellaire des affaires juridiques de la personne publique.

Attention toutefois à un éventuel découpage excessif des prestations. Celui-ci aurait un effet inverse à celui souhaité sur la concurrence, le montant des prestations par lot trop restrictivement défini pouvant se révéler trop faible pour intéresser des candidats.

- leur étendue : comme tout contrat de commande publique, les marchés publics de services juridiques doivent comporter une durée d'exécution tenant compte de la nature des prestations mais également de l'obligation de remise en concurrence périodique ;

- et enfin, leur consistance, vraisemblablement appelée à varier en fonction de la nature des prestations :
- ponctuelles (projet identifié) : ici, le projet lui-même constitue la source de l'identification des différents types de prestations juridiques attendues : validation de la faisabilité du projet, identification du modèle juridique le plus approprié, rédaction et/ou validation des documents et actes de mise en œuvre, assistance pendant les échanges avec les différents interlocuteurs, prise en charge des éventuelles suites générées par la conduite de ce projet (contentieux dans certains cas), etc. ;
- ou récurrentes (assistance au long cours) : dans ce cas, il doit être possible de dégager différents types d'interventions en fonction de la nature de la sollicitation (demande d'avis ou d'étude approfondie sur une point de droit, confrontation d'un cas concret au cadre juridique applicable, validation ou rédaction d'actes, etc.), et des contraintes de délais (traitement dans des délais habituels ou en urgence).

Attention au cas où le prestataire n'apporte pas de réelle valeur ajoutée spécifique par rapport aux compétences disponibles au sein de l'acheteur public, mais lui fournit des effectifs supplémentaires pour répondre à un pic d'activité ou à une situation qualifiée d'urgence, et au risque de voir ainsi potentiellement son marché qualifié de « prêt de main d'œuvre illicite » en raison du « quasi-salaire » versé à des consultants « quasi-permanents ».

II – Passation des marchés de prestations juridiques

2.1 Modalités de passation

La procédure peut être de droit commun ou dérogatoire, selon la valeur estimée des prestations.

2.1.1. Droit commun

En application de l'article LP. 321-2 du CPMP, les marchés de services juridiques sont passés selon une procédure adaptée, quel que soit leur montant. L'acheteur public doit donc être à même de pouvoir justifier, à tout moment, des motifs de ses choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité de sa procédure.

Du reste, l'article LP. 321-2 précité impose le respect de conditions particulières liées aux spécificités qui peuvent régir les domaines d'activités concernés par ces marchés, ou lorsque leur montant atteint une certaine valeur. Ainsi :

« 1° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à trente-cinq-millions de francs CFP hors taxes pour les acheteurs publics mentionnés au 1° de l'article LP. 121-1 [du CPMP] :

« a) Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse intervient après avis de la commission d'appel d'offres ;

« b) Le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article LP. 334-1.

« 2° L'acheteur public veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ;

« 3° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du livre IV [Exécution des marchés] ».

2.1.2. Procédure dérogatoire

Pour un besoin dont la valeur globale estimée est inférieure à huit-millions de francs CFP hors taxes, l'article LP. 223-3 du CPMP autorise l'acheteur public à passer son marché sans publicité et sans mise en concurrence. En d'autres termes, l'acheteur est autorisé à contracter directement avec l'opérateur économique de son choix.

L'absence (apparente) d'exigences procédurales ne doit toutefois pas conduire l'acheteur à oublier que le CPMP lui impose de veiller « à choisir une offre répondant de manière pertinente [à son] besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre [à son] besoin » (cf. 1° de l'article LP. 223-3 précité).

Cette modalité d'achat s'avère la plus fréquemment observée, compte tenu de la fragmentation des prestations et des procédures au niveau de multiples services et ministères prescripteurs. Or, d'un service prescripteur à un autre, ou d'un projet à un autre, et bien que ceux ci puissent concerner des sujets ou des domaines sans rapport les uns avec les autres, il n'est pas rare de retrouver fréquemment les mêmes titulaires de marchés de consultation juridique.

Attention, donc, à ces cocontractants « sociétaires » de l'administration, pouvant de surcroît acquérir une connaissance particulière qui va progressivement leur conférer un avantage sur les autres candidats potentiels. À terme, pareille situation pourrait se trouver constituer une rupture de l'égalité d'accès à la commande publique susceptible d'être sanctionnée par le juge administratif, sans écarter de surcroît tout risque de qualification d'octroi d'avantage injustifié, délit pénalement répréhensible (NB. Pour mémoire, le délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous le nom de délit de favoritisme, est défini par l'article 432-14 du code pénal).

Du reste, pour rétablir un cadre concurrentiel respectueux des grands principes du droit de la commande publique, à compter de l'entrée en vigueur de la loi du pays portant modification du code polynésien des marchés publics et fixant les règles relatives à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics (prévue le 1er septembre 2025), les marchés de services de consultations juridiques devront systématiquement être passés selon une procédure adaptée dès le premier franc pacifique.

2.2 Forme des marchés/Techniques d'achat

Tous les marchés de consultations juridiques peuvent se prêter au fractionnement.

Un marché d'accompagnement sur un projet juridique spécifiquement identifié sera jalonné de plusieurs étapes significatives, ou phases, telles que, par exemple : l'état des lieux d'une réglementation existante, une concertation sur les pistes à privilégier pour sa modernisation, la rédaction des dispositions elles-mêmes et, enfin, l'entrée en application du projet.

Dès lors, il pourrait s'agir d'un marché à tranches. Chacune des phases successives constituant une tranche. La première tranche serait ferme, et les suivantes conditionnelles, la réalisation de chacune dépendant du résultat (et de la validation) de la précédente. Ceci octroie l'avantage non négligeable d'offrir à l'acheteur une « sortie » conventionnelle au terme de l'exécution de chaque tranche, si le résultat obtenu n'offre pas les conditions favorables à l'affermissement de la tranche suivante.

En revanche, un marché d'assistance permanente pourra être utilement fractionné sous la forme d'un marché à bons de commandes, éventuellement reconductible. En effet, il va porter sur l'achat de prestations juridiques récurrentes, sans toutefois que le rythme de survenance ou le volume des besoins correspondant ne puisse, dès la conclusion du contrat, être systématiquement défini avec précision par l'acheteur public.

Ce marché à bons de commandes devra être accompagné d'un bordereau de prix unitaires. Cela nécessite donc un effort de définition des différents types d'intervention, permettant de spécifier des unités d'œuvre suffisamment typiques et représentatives de l'exécution future du marché (par exemple, validation d'acte, réponse à un point de droit précis, étude, participation à une réunion, etc.). À chaque unité d'œuvre correspondra donc un prix unitaire.

Enfin, un accord-cadre, en particulier s'il est multi-attributaire, permettra quant à lui d'organiser une remise en concurrence régulière entre les attributaires. L'offre financière remise pour la conclusion du marché subséquent reposera sur la base d'éléments de prix arrêtés dans l'accord-cadre (notamment : taux horaire ou journalier, taux majoré en cas de traitement en urgence, etc.) et sur d'autres éléments spécifiques au marché subséquent lui-même (par exemple, domaine du droit concerné, volume horaire nécessité pour mener à bien le dossier, etc.).

2.3 Examen des candidatures

2.3.1. Vérification de la recevabilité

Il s'agit de s'assurer de la régularité de la situation fiscale et sociale du futur titulaire, ou qu'il ne fait l'objet d'aucune interdiction de soumissionner aux marchés publics (cf. article LP. 233-1 du CPMP).

Il convient d'ailleurs de rappeler que, cet examen de recevabilité n'est obligatoire qu'en cas de procédure adaptée, à l'évidence, rien n'empêche l'acheteur public de vérifier celle du prestataire avec lequel il entend conclure directement un marché dispensé de publicité et de mise en concurrence préalable.

2.3.2. Habilitation des postulants

L'appréciation des candidatures implique tout d'abord, nécessairement la vérification de l'habilitation des candidats à exécuter les prestations, au regard de la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 portant réglementation de la consultation juridique et la rédaction d'actes sous seing privé.

À noter que la préparation des actes nécessaires à un marché public, dans le cadre d'un marché d'assistance à la préparation et à la passation des marchés publics, ne constitue pas des actes sous seing privé.

En effet, la Cour administrative d'appel de Marseille, dans son arrêt du 18 mars 2019 (n° 17MA01750) a considéré qu'une « mission d'assistance à la collectivité contractante afin de lui permettre de passer des marchés publics, et notamment de sélectionner les candidats dans le respect des dispositions du code des marchés publics, sans concourir, par une expertise spécifiquement juridique, à la prise de décision » ne peut être regardée « comme constituant à titre principal des consultations juridiques ».

Par conséquent, la rédaction de tels documents n'est pas réservée aux personnes habilitées à réaliser des consultations juridiques au regard de la délibération n° 2002-162 APF du 5 décembre 2002 susmentionnée.

2.3.3. Appréciation des capacités

En matière de prestations intellectuelles, l'examen des capacités techniques et professionnelles est à privilégier pour présélectionner les candidats. Elles peuvent être appréciées au travers : des diplômes, des mentions de spécialisation (des avocats) ou, encore, des références, qui rendent mieux compte de la réalité des compétences particulières acquises au fil des ans.

Du reste, un indicateur tel que la « qualité des références » se doit être défini avec suffisamment de précision par l'acheteur afin de ne pas lui prêter en retour une marge de choix indéterminée, ni créer de rupture d'égalité entre les candidats potentiels.

Ainsi, le fait notamment que les soumissionnaires soient chargés d'enseignement, ne peut pas avoir de caractère déterminant (cf. Réponse ministérielle n° 01616, JO Sénat, 8 mai 2014, p. 1084) et suffire à lui seul à satisfaire à l'examen qualitatif d'abord, puis quantitatif ensuite, des références fournies. Cette seule exigence serait discriminatoire à l'encontre d'autres concurrents (avocats, notaires, conseils en propriété intellectuelle) pouvant disposer des compétences requises, mais ne se livrant pas à une activité d'enseignement, doctrinale ou de publication.

Les professions juridiques, et en particulier la profession d'avocat, étant soumises par la législation et la déontologie à l'obligation de respecter le secret professionnel, l'exigence de communication de références doit être formulée de manière à permettre aux opérateurs de les produire sans contrevenir aux règles applicables à leur profession.

2.3.4. Sous-traitance

En vertu des règles déontologiques régissant la profession d'avocat, le principe de responsabilité individuelle auquel ils sont soumis se prête mal à ce qu'ils soient sous-traitants de marché public, dès lors qu'ils ne sont alors pas directement partie à celui-ci (cf. article 18.6 du règlement intérieur national de la profession d'avocat).

Ces règles ne s'appliquant pas aux autres personnes habilitées par la délibération n° 2002-162 APF précitée, la sous-traitance n'apparaît donc pas pouvoir être interdite de façon absolue dans les marchés de services juridiques.

2.3.5. Candidatures groupées

Les marchés de prestations juridiques se prêtent bien à la cotraitance, qui permet à plusieurs prestataires de mutualiser leurs moyens professionnels, techniques et financiers, dans le cadre d'un groupement momentané d'opérateurs économiques. Une telle solution garantit que chaque intervenant du groupement interviendra bien dans son domaine de compétences.

À noter qu'eu égard au principe de responsabilité individuelle qui les régit (cf. point 2.3.4 ci-dessus), les avocats ne peuvent être membres que de groupements conjoints, dans lesquels ils ne peuvent pas davantage être mandataires solidaires.

2.4 Analyse des offres

2.4.1. Le critère de la valeur technique

Ce critère permet de juger des éléments renseignés par le candidat à l'appui de son offre, généralement sous la forme d'un mémoire ou d'une note. Cela suppose donc que l'acheteur précise, dans les documents de la consultation, quels sont les éléments attendus du candidat et selon quels critères ceux-ci seront évalués pour juger de la valeur technique des offres.

Ces éléments peuvent relever des différentes natures suivantes.
2.4.1.1. La méthodologie

Cet aspect d'un mémoire technique reposera sur la description des méthodes de travail proposées par le candidat pour répondre spécifiquement au besoin :
- pour un marché d'accompagnement de projet, la description doit permettre d'évaluer la méthodologie proposée pour mener à bien chaque étape du projet et d'appréhender le savoir-faire du candidat pour chacune d'elle, ainsi que la cohérence globale de la proposition ;
- pour les marchés de prestations juridiques récurrentes, le mémoire méthodologique doit permettre notamment de jauger, concernant des prestations à venir et dont le contenu n'est donc uniquement déterminable à l'avance que d'un point de vue générique, les modalités de prise en charge d'un dossier, celles du traitement d'une demande en urgence, ou encore le format des notes remises avec synthèse du problème juridique.

2.4.1.2. Les productions antérieures

Pour juger les offres d'un point de vue technique, il peut s'avérer intéressant de demander aux candidats de fournir :
- soit des exemples d'anciennes notes juridiques sur des sujets recoupant certaines des thématiques du marché ;
- soit une présentation des ouvrages et écrits doctrinaux qu'ils ont pu réaliser dans les revues spécialisées ;
- ou encore un aperçu des enseignements qu'ils peuvent éventuellement prodiguer.

Ces publications ne peuvent cependant suffire à démontrer l'aptitude du candidat à prodiguer des conseils juridiques, mais participent à l'évaluation de ses compétences (CE, 7 mars 2005, « Communauté urbaine de Lyon (COURLY) », n° 274286).

2.4.1.3. La mise en situation

L'acheteur public peut être tenté de mettre les candidats en situation de consultation juridique réelle, en leur demandant de rédiger une note d'analyse sur une question particulière.

Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'effet d'une telle exigence sur le nombre d'offres qui seront déposées. En effet, celle-ci nécessite une forte mobilisation de la part des candidats, sans aucune garantie de succès (c'est à dire d'attribution du marché) à l'issue de celle-ci. Aussi plusieurs candidats potentiels pourraient-ils renoncer à candidater pour cette raison.

Sauf à prévoir, dès le stade de la mise en concurrence, une prime en contrepartie de la production de cette mise en situation (à l'image de ce qui se fait en concours de maîtrise d'œuvre), ce type d'exigence est donc à éviter.

2.4.1.4. La particularité de l'expérience professionnelle en prestations juridiques

D'ordinaire un critère lié à la capacité des candidats, l'expérience professionnelle (ou l'appréciation des références selon les cas) peut, en procédure adaptée, être retenue comme critère de jugement des offres.

Dans un marché de consultations juridiques, il permettra de mesurer la qualité technique des offres reçues au regard de l'expérience revendiquée par les soumissionnaires. Dans ces conditions, la composition de l'équipe dédiée à son exécution est l'un des enjeux majeurs de l'évaluation de la performance de l'offre. La présentation de celle-ci doit donc être accompagnée de tous les documents pertinents, à commencer notamment par les *curriculum vitae*, permettant d'apprécier les profils de compétences et l'expérience des intervenants pressentis.

2.4.2. Le critère du délai d'exécution des prestations

Pour un marché d'accompagnement de projet, il s'agira vraisemblablement d'apprécier la pertinence du séquençage et/ou de la durée des différentes phases (tranches, le cas échéant) qui jalonneront celui-ci.

Pour les marchés de prestations juridiques récurrentes, les candidats peuvent être évalués sur les délais qu'ils revendiquent pour répondre à une consultation classique ou en urgence. Des délais anormalement courts proposés par les candidats peuvent cependant nuire à la qualité des prestations remises.

Considérant les enjeux susceptibles d'entourer l'exécution d'un marché de prestations juridiques (NB. que celui-ci relève du premier ou du deuxième alinéa ci-dessus), il apparaît le plus souvent préférable de faire du délai d'exécution une condition d'exécution du contrat plutôt qu'un critère d'attribution, l'acheteur ne devant pas privilégier la rapidité par rapport à la qualité de la prestation.

2.4.3. Le critère prix

Dans le domaine juridique en général, les honoraires des professionnels sont fixés en fonction de la difficulté de l'affaire et du temps qui y est consacré, des travaux de recherche, de l'importance des intérêts en cause, des frais exposés par l'avocat dans l'exécution du marché public, de ses diligences, de l'incidence des frais et charges du cabinet auquel il appartient, de sa notoriété, de ses titres, de son ancienneté et de son expérience.

Seule une définition précise, détaillée et claire du besoin de l'acheteur permettra aux soumissionnaires de remettre une offre de prix adaptée et cohérente.

L'acheteur peut comparer le forfait proposé par le candidat pour des consultations juridiques, avec le taux horaire usuellement pratiqué par les cabinets d'avocats du même secteur d'activité et/ou le taux horaire affiché sur son site internet. Cette comparaison peut conduire l'acheteur à s'interroger sur les modalités de travail (notamment le temps nécessaire pour assurer la charge de travail) et, en conséquence, sur le caractère anormalement bas d'une offre. Dans ce cas, il est tenu de demander les explications appropriées au soumissionnaire concerné (cf. article LP. 235-3 du CPMP).

2.5 Négociation

La négociation permet d'ajuster l'offre aux besoins de l'acheteur. Elle peut porter sur tous les éléments de l'offre, y compris le prix, sans toutefois conduire à modifier les caractéristiques principales du marché ou à abandonner un critère de jugement en cours de procédure (Cf. CE, 27 avril 2011, « président du Sénat », n° 344244). Pour répondre à l'exigence de transparence, l'acheteur devra veiller à la traçabilité des échanges.

Elle doit être organisée dans des conditions identiques avec tous les soumissionnaires. Le règlement de la consultation (ou le document en tenant lieu) peut toutefois préciser qu'elle ne sera menée qu'avec un nombre limité d'entre eux, sélectionnés dès lors en vertu du premier classement provisoire, établi à l'issue de l'analyse des offres initiales.

Enfin, l'acheteur peut, conformément à l'article LP. 321-1, II, du CPMP, attribuer son marché de services juridiques « sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire ».

III – Exécution des marchés de prestations juridiques

3.1 Obligation de confidentialité

Une clause de confidentialité est essentielle pour protéger les informations sensibles et garantir la sécurité des données.

L'acheteur doit également disposer des moyens de s'assurer de son respect, et pouvoir sanctionner un éventuel manquement, en prévoyant par exemple une clause de pénalité dédiée (La résiliation pour faute pourra par ailleurs être prononcée dans les cas les plus extrêmes).

À noter que le Cahier des clauses administratives générales polynésien applicable aux prestations intellectuelles (CCAG- PI) prévoit systématiquement les clauses de principe (article 5) et de sanction (article 14.2) et qu'il suffit donc au marché de s'y référer pour que celles-ci lui deviennent applicables.

3.2 Prévention des risques de conflit d'intérêt

Afin de prévenir les conflits d'intérêt, notamment en cas de conseil à des acteurs économiques privés, il est recommandé aux marchés de consultations juridiques de prévoir une obligation de déclaration de potentiels conflits d'intérêt. Celle-ci peut être éventuellement assortie d'une limite expresse à l'exercice de la consultation juridique pour des tiers.

3.3 Clauses financières/Prix à retenir

Les prix peuvent être unitaires, forfaitaires, ou mixtes, selon la nature des prestations. Les prix unitaires sont adaptés aux prestations récurrentes, tandis que les prix forfaitaires conviennent aux projets spécifiques.

3.3.1. Prix unitaires

Ces prix trouveront davantage à s'appliquer dans le cadre de prestations juridiques récurrentes, vraisemblablement exécutés sous forme de marchés à bons de commande.

Le prix unitaire peut être déterminé à l'heure ou à la tâche. Les prestations de services juridiques peuvent être facturées au taux horaire. Il est toutefois recommandé de ne pas choisir un prestataire juridique sur le seul critère du prix horaire le plus bas.

En effet, celui-ci est ensuite appelé à être appliqué au nombre d'heures passées par le titulaire pour répondre à la sollicitation de l'acheteur public. Dès lors, si la détermination de ce nombre d'heures ne repose, quant à elle, que sur la seule déclaration du prestataire, sans vérification volumétrique possible de la part de l'acheteur, rien ne prémunit celui-ci contre le risque de voir ledit volume d'heures (très) extensivement évalué par le titulaire, afin, par exemple, de compenser le taux horaire a priori particulièrement compétitif qu'il avait initialement présenté en tant que candidat (et qui lui avait permis, au moins en partie de remporter le marchés.)

Il est donc important que les unités d'œuvre correspondant à chaque prix unitaire soient définies le plus précisément possible.

3.3.2. Prix forfaitaires

Ce type de prix sied particulièrement aux marchés d'accompagnement de projets juridiques spécifiquement identifiés (les règles déontologiques de la profession d'avocat ne font pas obstacle).

L'acheteur peut, par exemple, demander un prix forfaitaire pour le traitement de l'ensemble d'une procédure, depuis la prise en charge du dossier jusqu'à la fin de la procédure. Dans ce cas, dès le stade de la consultation, les candidats doivent pouvoir évaluer la consistance, la portée et la durée des prestations afin de proposer une rémunération adaptée.

En tout état de cause, il est interdit de décorréler le paiement d'une partie de la prestation de toute production, en prévoyant par exemple un règlement partiel survenant dès la signature du marché, alors qu'aucun des livrables prévus n'a été réalisé (ce qui s'apparente alors *de facto* à une avance).

Il en va de même d'un marché à montant forfaitaire qui stipulerait que les honoraires du prestataire sont payés en fin de chaque mois, sur présentation d'une note d'honoraires globale retraçant l'ensemble des diligences effectuées, soit ici encore un système purement déclaratif rendant difficile l'appréciation de la juste réalité de la dette. Une telle clause pose, de surcroît, une difficulté puisque selon l'article 95 alinéa 2 de la délibération n° 95-205 AT du 23 novembre 1995 « *les paiements ne peuvent intervenir avant soit l'échéance de la dette, soit l'exécution du service* ».

3.4 Gestion des données nominatives

Les clauses RGPD doivent être intégrées pour protéger les données personnelles et médicales.

L'acheteur public doit systématiquement se référer au clausier type mis à disposition par la déléguée à la protection des données et la direction du système d'information, en identifiant précisément les obligations de chacune des parties selon la terminologie spécifique employée par le document (« *le responsable de traitement* », « *le sous-traitant* »...), et préciser notamment le type de données mises à disposition ainsi que la durée.

3.5 Pénalités

Les clauses de pénalités doivent être systématiques pour sanctionner les manquements aux obligations contractuelles.

Pour ce faire, l'acheteur public peut soit faire référence au CCAG- PI, soit préciser expressément la règle dans son Cahier des clauses administratives particulières (CCAP). Celle-ci peut ainsi déroger au CCAG, en prévoyant notamment que, par dérogation à l'article 14.1.3. de celui-ci, le titulaire n'est pas exonéré des pénalités quel que soit leur montant.

Le CCAP peut également prévoir plusieurs types de pénalités. Par exemple :

- une pénalité « classique », pour retard dans l'exécution des prestations ;

- des pénalités « complémentaires » :
- en cas de violation de l'obligation de confidentialité (voir point 3.1 ci-dessus) ;
- pour non-respect du niveau d'expertise de l'équipe dédiée à l'exécution de la mission.

En effet, l'offre du candidat retenu repose sur un niveau d'expertise précis qui détermine, par extension, le niveau de sa rémunération. Si la composition de l'équipe change, le niveau d'expertise doit toutefois être maintenu et ainsi rester conforme au standard contractuellement établi.

Cette dernière pénalité doit donc se montrer suffisamment dissuasive, au mieux pour limiter le risque qu'une telle hypothèse se produise ou, à défaut, pour inciter le prestataire à faire diligence dans le prompt rétablissement du niveau d'expertise promis.

L'absence définitive de rétablissement du niveau d'expertise doit logiquement conduire l'acheteur public à prononcer la résiliation du marché, le prix contractuellement fixé pour celui-ci ne s'avérant dès lors plus justifié.

3.6 Vérification de l'exécution des prestations

Le suivi de l'exécution des prestations est crucial pour garantir la qualité et la conformité des livrables.

3.6.1 Les livrables

Pour les marchés de prestations juridiques récurrentes, les avis du titulaire seront traditionnellement donnés par l'intermédiaire de notes écrites ou de rapports qui constitueront logiquement autant de « livrables ».

Dans le cas de marchés d'accompagnement d'un projet juridique spécifiquement identifié, c'est le projet lui-même : code, loi du pays, délibération, arrêté qui constituera le « livrable final », production principale attendue au terme du marché.

En tout état de cause, l'acheteur ne doit jamais hésiter à entendre comme un « livrable » toutes les réalisations intermédiaires fournies, le cas échéant, par le titulaire et ponctuant l'exécution de la prestation. En ce compris, les études préalables (état des lieux, étude de faisabilité), les tableaux synoptiques planning projet, la/les simulation(s) financière(s) de mise en œuvre, la/les documentation(s) associée(s), le/les « prototype(s) » de texte, la ou les expérimentation(s) ciblées et, tout particulièrement, ou encore les instructions de mise en œuvre du livrable.

Dans tous les cas, la liste des différents livrables attendus doit être établie dès le cadrage du projet de marché. Elle doit être exhaustive et reportée dans le cahier des charges pour servir de référentiel entre l'acheteur public et son prestataire.

En effet, disposer d'un listing de livrables complet permettra également aux opérateurs économiques, que ceux-ci soient directement sollicités ou mis en concurrence, d'avoir une vision globale de la prestation attendue par l'acheteur et de faciliter leur démarche de planification et de budgétisation. En d'autres termes, la ou les propositions d'offres reçues en retour n'en seront que plus précises, plus sincères et plus compétitives.

Pour ce motif, il est impératif que l'acheteur ne reste pas vague dans son expression de besoins. D'évidence, les mentions n'invitant qu'à produire « divers travaux, notes, synthèses, rapports relatifs à la mise en œuvre du texte/projet/dispositif » sont donc à proscrire.

À noter que, lorsque le marché prévoit la possibilité de consulter le titulaire oralement, notamment du fait que celui-ci est appelé à participer à diverses réunions de travail (voire conseils d'administration), dans ce cas, le contrat doit impérativement prévoir que le titulaire est tenu de consigner ensuite par écrit (sous forme résumée) les avis et/ou les observations qu'il aura préalablement formulés par oral.

3.6.2. Point de vigilance sur les supports accompagnant les livrables

La production de l'esprit attendue au titre des résultats d'un marché de consultation juridique, principalement destinée à éclairer une prise de décision ou à entrer en application en tant que nouvelle réglementation, doit constituer un tout cohérent, auto-documenté et autonome, que ce soit dans sa compréhension ou dans sa mise en application. Cela induit donc une certaine exhaustivité et un niveau de détail appelés à laisser le moins de marge possible aux potentielles divergences d'interprétation.

Or des supports tels que des diaporamas, de type « PowerPoint » par exemple, bien qu'ils permettent certes de faciliter la présentation ou la vulgarisation des résultats du marché, ne demeurent jamais que la synthèse ou le résumé de la production intellectuelle susmentionnée. Par conséquent, le niveau d'exhaustivité précisément attendu de l'exécution de la prestation leur fait défaut, et le risque de glissement interprétatif augmente parallèlement à due proportion du manque de détail observé.

Dans ces conditions, les présentations Powerpoint et autres types de support analogues ne peuvent en aucun cas, en eux-mêmes ou à eux seuls, constituer un « livrable ». Du reste, ceci n'empêche pas de les intégrer au dossier documentaire qui accompagne le ou lesdits livrables.

3.6.3. La validation des travaux

La validation des travaux doit être formalisée par une notification écrite et tout dispositif de validation tacite doit être proscrit. C'est le préalable indispensable, non seulement à l'utilisation du résultat du marché (ou de la commande en cas de prestations récurrentes), mais également à l'appel en responsabilité du titulaire, dans l'hypothèse où ce résultat s'avérerait insatisfaisant.

Par défaut, l'article 24.2 du CCAG PI, à condition toutefois que celui-ci soit visé par le marché, accorde à l'acheteur un délai de deux mois pour procéder aux vérifications des livrables et notifier sa décision d'admission, d'ajournement, de réception avec réfaction ou de rejet. Idéalement, il demeure toujours préférable de privilégier des mesures *ad hoc* dans les Cahiers des charges administratives particulières (CCAP), en instaurant par exemple un dispositif formalisé de contrôle des prestations.

Les marchés d'accompagnement d'un projet juridique spécifiquement identifié peuvent également inclure la validation de chaque livrable par un comité technique composé de spécialistes, et l'émission d'un procès-verbal de réception. Pour les marchés les plus significatifs, la procédure de validation des travaux peut même se doubler d'un comité de pilotage constitué de différents ministres.

IV – Exploitation des résultats

4.1 Une quête de sens

Les résultats des prestations doivent être clairs, motivés, et accompagnés de préconisations pour garantir leur exploitation optimale. C'est à l'acheteur qu'il revient d'intégrer à son dispositif contractuel toutes les clés envisageables lui permettant d'assurer le décryptage et l'exploitation des prestations qui lui seront remises.

En tout état de cause, « explication » et « motivation » doivent constituer les maîtres-mots de la relation contractuelle. Il peut s'agir concrètement de réunions de présentation, de comptes rendus d'étapes ou encore, dans le cadre d'un projet réglementaire par exemple, d'un tableau synoptique où chaque disposition envisagée trouvera en regard tous les éléments permettant d'en appréhender pleinement la signification, la motivation et la portée.

Aucune réserve ne doit pouvoir faire obstacle à ce que le titulaire revienne sur sa production autant de fois que nécessaire, au besoin par des moyens illustratifs complémentaires ou alternatifs, afin de mettre parfaitement l'acheteur public en situation d'exploiter ensuite le fruit de la prestation qu'il a de surcroît dûment rémunéré à cet effet.

4.2 Propriété intellectuelle

La cession des droits d'exploitation des résultats du marché doit être prévue pour permettre à l'acheteur de les utiliser librement.

4.3 Capitalisation des prestations livrées

La capitalisation des études et livrables est essentielle pour éviter de commander plusieurs fois les mêmes prestations et pour profiter des résultats à long terme.

Par conséquent, il y a lieu désormais de rendre effectivement ces ressources consultables par tous les services, de sorte que ceux-ci puissent sélectionner les productions à prendre en compte dans leurs propres projets. Ainsi, dans l'optique d'assurer la conservation de ces données et les rendre accessibles, la création d'une base de données centralisée est à l'étude au niveau de Lexpol (réservée aux agents via connexion sécurisée).

À l'instar de tout autre contrat entrant dans le champ de la commande publique, les marchés de consultations juridiques doivent satisfaire aux objectifs de transparence et de qualité du service public. C'est la raison d'être de la présente circulaire et, par conséquent, j'attacherai du prix à ce que les projets de marchés concernés en tiennent rigoureusement compte.

Une centralisation des dispositifs contractuels et des ressources est recommandée pour garantir une cohérence et une traçabilité des missions. Dans cette perspective, à l'image des visas préalables du CDE, ou de la DSI le cas échéant, vos projets de conventions de prestations juridiques seront soumis, par l'intermédiaire de la plateforme GEDA, au visa préalable du secrétariat général du gouvernement. À cet effet, ils seront accompagnés, au titre des pièces nécessaires à l'obtention de celui-ci, des documents relatifs à la consultation et à l'exécution des prestations (cahier(s) des charges). Au terme de leur exécution, ils devront être complétés par la transmission de leur(s) livrable(s) respectif(s).

Par ailleurs, je vous invite à saisir le secrétariat général du gouvernement ou la direction de la commande publique de toutes les difficultés que vous pourriez rencontrer dans l'application de la présente circulaire

Fait à Papeete, le 2 juin 2025.
Moetai BROTHERSON