



« Aujourd'hui, la compétition juridique se juxtapose à la compétition économique »

**Entretien avec Patrick Malfait**

Directeur des affaires juridiques et de la commande publique

Propos recueillis le 28/06/2007 par Boris Chabanel (Nova7) et Brigitte Yvray Danguis (DPSA)

---

*Selon vous, quels sont les principaux facteurs d'accroissement du risque juridique : la judiciarisation, la décentralisation, le droit élaboré par l'Etat et l'Union européenne... ?*

Je ne pense pas que la décentralisation soit un facteur important d'insécurité juridique.

On peut distinguer deux types de facteurs d'aggravation du risque juridique. Il y a d'une part des facteurs qui augmentent le nombre d'affaires contentieuses auxquelles nous avons à faire face. D'autre part, il y a des facteurs qui fragilisent effectivement la position de la collectivité sur le plan juridique, c'est-à-dire qui augmentent la possibilité que la collectivité soit finalement condamnée par le juge.

Pour la première catégorie de facteur, nous observons clairement une évolution dans l'usage que font de la justice les citoyens, les associations ou encore les entreprises. Outre le développement de l'arme juridique que j'évoquais précédemment, il existe une tendance selon laquelle le citoyen, seul ou en association, s'engage de plus en plus souvent dans une démarche de remise en cause d'une décision publique, pourtant prise en vertu de l'intérêt général. Par exemple, le Grand Lyon a adopté récemment son nouveau PLU, et bien, nous pouvons être sûr que ceci va générer 50 à 60 dossiers contentieux. Les particuliers ont compris que la justice est un moyen de faire reconnaître leur intérêt particulier. Ce phénomène ne cesse de se développer, en retard sur les Etats-Unis et l'Angleterre. Il semble traduire un déficit profond de reconnaissance de l'intérêt général.

Cette tendance semble d'ailleurs exercer une certaine pression sur les juges, quelle que soit leur juridiction : en première instance, j'observe que les élus sont presque systématiquement condamnés, décisions très souvent contredites en appel ; en regard du nombre d'élus que compte la France, les condamnations pénales sont complètement marginales. Hélas, en France, on ne se souvient que de la mise en cause ou du premier jugement, et non des relaxes, des non-lieux.

En ce qui concerne la deuxième catégorie de facteurs d'accroissement du risque juridique, celle qui porte sur le risque de perdre les contentieux, il faut évoquer la complexification, la profusion du cadre législatif de l'action publique locale. Malgré les engagements successifs des gouvernements, la production législative produit toujours un droit de plus en plus complexe et abondant. Plus précisément, la question du cadre normatif recouvre deux problématiques spécifiques.

Tout d'abord, et c'est un phénomène émergent, le droit français tend à avoir les mêmes caractéristiques que le droit anglo-saxon, c'est-à-dire un droit jurisprudentiel plutôt que codifié. En effet, la production jurisprudentielle est devenue telle qu'elle prend le pas sur le code. Or, la jurisprudence est un droit bien plus mouvant, donc plus difficile à suivre. De plus, on observe que la jurisprudence peut parfois se situer en contradiction avec le droit codifié. Ainsi, alors que le nouveau code des marchés publics de 2004 allait plutôt dans le bon sens en donnant une grande liberté d'action, la jurisprudence est venue re-cadenasser les procédures.

Par ailleurs, la complexification du droit résulte également du processus de transposition du droit européen. Alors que le droit issu de l'union européenne pourrait se suffire à lui-même, le législateur français éprouve le besoin de le réécrire. Là où certains Etats européens opèrent un simple « copié-

collé », la France semble vouloir préserver une certaine identité juridique, qui se traduit finalement par de la complexification, un droit hybride et mal conçu qui joue mal son rôle.

### ***Comment voyez-vous évoluer à l'avenir ce phénomène d'insécurité juridique ?***

L'évolution vers une judiciarisation croissante des relations entre les citoyens et les entreprises, d'une part, et la puissance publique, d'autre part, apparaît comme une tendance lourde, donc comme une donnée de base pour l'avenir.

En revanche, la qualité du droit français apparaît comme un paramètre que l'on peut faire évoluer. Jusque là, la France a en quelque sorte refusé que le droit français se moule dans le droit communautaire qui, pourtant, constitue aujourd'hui la véritable source du droit. A l'avenir on parviendra sans doute à reconnaître que ce n'est rien d'autre que du temps de perdu, qu'un combat d'arrière garde.

### ***Quel type de contentieux vous paraît le plus préjudiciable pour l'action du Grand Lyon ?***

De mon point de vue, le contentieux le plus préjudiciable est celui des marchés publics, et plus précisément, le contentieux précontractuel qui est utilisé comme une arme commerciale par les grandes entreprises. Le moment de la passation des marchés est en effet devenu risqué. Aujourd'hui, la compétition juridique se juxtapose à la compétition économique. Par l'intermédiaire du référé précontractuel, l'entreprise qui n'a été retenue qu'à l'issue de la procédure de sélection du prestataire a la possibilité d'attaquer le choix de la collectivité pour des motifs de formes. En réussissant à casser la procédure de sélection, l'entreprise peut alors participer à la nouvelle mise en concurrence. Ce faisant, l'entreprise en question affaiblit l'offre de l'entreprise initialement sélectionnée puisqu'elle a accès aux détails de l'offre formulée par cette dernière. L'existence de ce référé est en contradiction complète avec le principe de libre-concurrence que pose le code des marchés publics. Récemment, nous avons rencontré cette situation avec la délégation de service public pour le chauffage urbain.

Ce contentieux, malheureusement en augmentation, est le plus préjudiciable parce qu'il met en jeu de façon directe l'image de la collectivité et de ses membres, élus comme agents, et parce qu'il constitue une entrave certaine au déroulement de l'activité, des projets des services. La crédibilité de la collectivité comme gestionnaire des deniers publics est fragilisée. L'action publique perd du temps, au point que la continuité du service public peut être compromise.

Toutefois, d'une manière générale, il faut relativiser ce phénomène d'insécurité juridique. Tout d'abord, lorsque l'on compare le volume du contentieux auquel nous faisons face et le volume d'activité du Grand Lyon, force est de constater que l'insécurité juridique apparaît d'abord comme une représentation, un sentiment d'inquiétude face aux sanctions possibles. Elle ne constitue pas une réalité factuelle massive.

De plus, on peut adopter une approche plus restrictive de l'insécurité juridique : on peut estimer que l'insécurité juridique recouvre seulement les situations où la collectivité est effectivement condamnée à la suite des recours dont elle fait l'objet. En effet, en soi, le contentieux, ce n'est pas grave, c'est normal, cela fait partie de la vie. Parfois, c'est même grâce au contentieux que la collectivité parvient à trouver un terrain d'entente avec un acteur.

Enfin, nous n'avons jamais eu d'aussi bons contrats : délégations de services publics, contrats de travail... Le développement de la fonction juridique s'est traduit par une amélioration incontestable de la qualité des contrats passés par le Grand Lyon, des contrats qui défendent de mieux en mieux les intérêts communautaires. Ainsi, l'exécution des contrats est de plus en plus solide, fiable.

### ***Depuis quand la direction des affaires juridiques dans sa configuration actuelle existe-t-elle ?***

La déconcentration de la fonction achat en direction des services communautaires date du début des années 1990, à une époque où l'on envisageait de faire de chaque service « une mini PME » autonome

sur le plan de la gestion des ressources. Mais, à la fin des années 1990, à la suite d'un rapport de la Cour des comptes mettant en évidence le fait que cette option organisationnelle s'était traduite par la constitution de « baronnies », il a fallu repenser le contenu de la déconcentration. Par exemple, en matière de gestion des ressources humaines, les services continuent de gérer leurs recrutements mais c'est bien la direction des ressources humaines qui a la main sur l'évolution de la masse salariale. Autre exemple, le développement d'une vision globale des achats de la communauté, pour favoriser la mutualisation et le contrôle.

Au total, l'organisation actuelle de la fonction juridique au Grand Lyon est stabilisée depuis début 2006.

### ***Comment définiriez vous les grandes missions de la fonction juridique ?***

Les grandes missions de la fonction juridique communautaire, du point de vue de l'enjeu de la sécurité juridique, sont le conseil et le contentieux.

### ***Quelle est la philosophie générale de la fonction juridique au Grand Lyon ?***

Notre philosophie est quelque peu différente de celle de certaines collectivités. Tout d'abord, si certaines collectivités font le choix du contrôle de légalité interne, nous ne nous sommes pas engagés dans cette voie. D'expérience, je sais que le contrôle systématique en aval n'est pas pertinent : vous vérifiez des actes dont une très grande partie se révélera de bonne qualité, tandis que les actes posant problèmes conduisent à des modifications arbitraires, d'ailleurs refusées dans certains cas par les services concernés, lesquels préfèrent courir le risque mis en évidence. Par ailleurs, nous estimons qu'il ne faut pas investir la majeure partie de notre énergie, de nos moyens, sur la gestion du contentieux. Le contentieux est un épiphénomène qui ne doit pas perturber, qui ne doit pas s'immiscer dans l'activité des services. Ainsi, nous externalisons la plus grande partie de la gestion du contentieux.

Dès lors, notre priorité c'est la prévention par le conseil, le plus en amont possible. Ce conseil peut se transformer en procédures juridiques à respecter lorsque le risque juridique encouru le justifie. De ce point de vue, les marchés publics apparaissent effectivement comme un domaine à part : la législation des marchés publics est plus complexe, elle met en jeu des sanctions plus préjudiciables. Il apparaît indispensable de mettre en place des procédures permettant d'aller au-delà des exigences du code des marchés publics, pour prendre en compte l'évolution de la jurisprudence.

La mise en place de procédures juridiques n'a donc pas vocation à s'étendre à d'autres domaines que celui des marchés publics. Les conseils que l'on peut offrir aux services visent à évaluer le risque encouru et à proposer des solutions, mais ils ne donnent en aucun cas lieu à un droit de véto. Il s'agit de s'adapter en permanence à l'évolution des risques en posant constamment la question « quels risques peut-on accepter de courir ? ». Mais dans la mesure où le risque acceptable demeure une notion subjective, il paraît contreproductif que notre fonction de conseil conduise à elle seule à bloquer l'avancement des projets communautaires. Il faut cependant préciser que, lorsque nous estimons que le risque encouru est manifestement trop élevé, nous en référons aux directions concernées qui peuvent solliciter, si besoin, l'arbitrage de la direction générale. Il faut donc alerter mais pas cadenasser.

### ***Pensez-vous que la prévention du risque juridique se traduit par un alourdissement des modes d'actions communautaires ?***

Bien évidemment, la prévention du risque juridique induit un alourdissement des modes d'actions. Mais, encore une fois, répétons le, ceci vaut d'abord et avant tout pour les marchés publics. C'est un impératif indépasseable à partir du moment où la mise en concurrence est obligatoire au delà de 4000€ d'achat.

Dans les autres secteurs d'activités du Grand Lyon, la prévention du risque juridique se traduit par des contraintes supplémentaires essentiellement pour ce qui concerne l'urbanisme et l'environnement, deux domaines où la législation s'est durcie.

### ***Cette préoccupation n'est-elle pas trop lourde à porter, à faire partager au quotidien ?***

La difficulté, c'est de faire prendre conscience aux agents que la législation des marchés publics ne se limite définitivement plus au code, que la jurisprudence exige une prudence supplémentaire.

D'une manière générale, je pense que le juriste est de moins en moins perçu comme un père fouettard, avec toujours un bémol pour le secteur des marchés publics. Il me semble que l'intervention des juristes est de plus en plus perçue comme un paramètre technique du projet, comme une ingénierie juridique, au même titre que l'ingénierie financière par exemple. Le juriste tend à devenir un collaborateur des équipes projet comme les autres.

### ***Quelles sont les perspectives d'évolution de la fonction juridique au Grand Lyon ?***

Globalement, nous sommes aujourd'hui parvenus à une organisation satisfaisante, fruit de nombreux tâtonnements pour trouver un bon équilibre entre la direction fonctionnelle et les unités déconcentrées. D'ailleurs, ce point d'équilibre n'est que temporaire et devra sans doute être revu dans quelques années.

A court terme, nous allons mettre en place des outils de suivi des conseils que nous offrons aux services pour être en capacité d'analyser dans quelle mesure les préconisations que nous formulons sont respectées dans les faits. Ceci devrait nous permettre de voir s'il y a des services qui tiennent compte moins que d'autres de nos conseils.

Le véritable enjeu pour l'avenir réside dans l'optimisation de la mise en réseau des personnes constituant la fonction juridique au sein du Grand Lyon. C'est à la direction des affaires juridiques d'impulser le mouvement. L'objectif c'est d'arriver à une homogénéisation par le haut de la qualité de la fonction juridique ; il existe encore de fortes disparités entre certains services. Grâce au réseau, nous pouvons envisager une mutualisation des expériences et surtout une diffusion plus forte de la philosophie juridique évoquée précédemment : la prévention plutôt que le contrôle. Au Grand Lyon, on rencontre des « personnalités juridiques » encore très diverses. On a deux extrêmes : pour certains, l'action prime toujours sur le risque, ce qui reste c'est le résultat et non la prévention du risque ; à l'inverse, d'autres personnes vivent dans crainte de la sanction juridique et recherchent le maximum de protection. Parvenir à une philosophie juridique partagée, voilà l'enjeu majeur pour les années à venir.