

COMMISSION OUVERTE

DROIT PUBLIC

Responsables : FRANÇOISE SARTORIO ET NICOLAS NAHMIAS

Jeudi 7 novembre 2013

1) Travail des sous-commissions

Sous-commission observatoire des marchés publics

Responsable Françoise Sartorio

- Rappel des objectifs de l'Observatoire et de ses méthodes de saisine et de travail
- Etat de la réflexion engagée sur la sous-traitance des prestations de services juridiques,
- Etat d'avancement des dossiers (pré contentieux et contentieux) en cours établi par Catherine Weber Seban et portant sur deux principaux sujets :
 - les offres anormalement basses
 - le périmètre du droit
- Point fait par Jacques Buès sur les discussions au niveau européen relatives à la mise en concurrence des prestations juridiques et à la sous-traitance,
- Point sur les démarches et collaborations entreprises (avec l'ANAFAA par ex sur les tarifs...) et envisagées.

Sous-commission droit public économique

Responsable Pierre-Manuel Cloix

Etat de la réflexion engagée sur le thème des aides financières allouées aux cocontractants des collectivités publiques

Sous-commission urbanisme et contentieux

Responsable Bernard Cazin

Présentation des travaux engagés et de la prochaine réunion de la sous-commission sur les réformes en cours en droit de l'urbanisme.

2) Perspectives



<p style="text-align: center;">REUNION PLENIERE DE LA COMMISSION OUVERTE DE DROIT PUBLIC DU 7/11/2013</p>
--

Responsables de la commission :

Françoise SARTORIO et Nicolas NAHMIAS

Françoise Sartorio introduit la réunion consacrée au bilan des travaux menés par les différentes sous-commissions de la CODP pendant l'année 2013.

1. Observatoire des marchés publics (F Sartorio)

A) Rappel des objectifs et des modalités d'intervention de l'Observatoire :

Il est rappelé que dans le cadre de sa mission de veille des consultations lancées par les personnes publiques en vue de l'attribution de marchés ayant pour objet exclusivement ou non des prestations juridiques, l'Observatoire créé fin 2011, a pour mission de :

- proposer à l'Ordre d'intervenir auprès de pouvoirs adjudicateurs lorsque des risques d'atteinte à l'égalité de traitement ou au périmètre du droit sont constatés ou à redouter,
- préconiser dans certains cas des recours direct ou en intervention de l'Ordre des avocats contre des décisions d'attribution.

Dans ce cas, Mme le Bâtonnier intervient à deux niveaux :

- pendant la procédure, avec un courrier adressé au pouvoir adjudicateur (PA) pour l'alerter sur les éventuelles irrégularités constatées, afin qu'il modifie ou relance la procédure ;
- après l'attribution, à l'amiable et éventuellement au contentieux pour demander à l'acheteur public de résilier le marché considéré comme irrégulier.

La méthode de saisine de l'Observatoire a été explicitée dans un courriel adressé il y a un an aux avocats de droit public du barreau de Paris.

Pour mémoire : il suffit d'envoyer par mail aux adresses f.sartorio@sartorio.fr et catherine.weberseban@gmail.com les pièces nécessaires qui seront selon les cas : l'AAPC et le DCE complet de la consultation ; la lettre de rejet de l'offre ; le rapport d'analyse des offres ; une petite note précise (ou une analyse directement dans le courriel) résumant l'irrégularité constatée et la pièce du DCE concernée.

Sans un dossier complet, il ne pourra être donné suite à la saisine. Tout dossier complet reçoit une réponse de l'Observatoire.

B) Exposé et remise du tableau de bord des actions de l'Observatoire

Dans le cadre de la mission qui lui a été confiée par le Bâtonnier, Catherine Weber Seban présente le tableau de bord qu'elle établit périodiquement et qui retrace le bilan des actions engagées depuis le début des travaux de l'Observatoire.

Sur les 20 dossiers suivis depuis l'origine par l'Observatoire, 13 portaient sur le périmètre du droit, 7 sur l'offre anormalement basse et 2 sur d'autres thématiques (exigence d'une capacité financière des candidats exorbitante ; consultation juridique gratuite) [Le total est supérieur à 20 car un même dossier peut porter à la fois sur le périmètre du droit et l'offre anormalement basse].

Au 7 novembre 2013, les résultats sont les suivants :

- ⇒ **13 dossiers clos** dont 9 ont été réglés au stade précontentieux, soit parce que les éléments fournis ont permis de conclure au respect de la réglementation (5 marchés qui avaient été attribués conformément au périmètre du droit - co traitance (2) ou sous-traitance (2) à un professionnel du droit, non professionnel du droit habilité (1)), soit parce que les marchés ont été modifiés (1) ou relancés (3) suite à notre intervention.
- ⇒ Aucune suite n'a été donnée à 4 dossiers : éléments trop imprécis ou fragiles pour donner lieu à un contentieux (3) ; irrecevabilité d'une intervention à l'appui d'un référé précontractuel engagé par un confrère (1).
- ⇒ **7 dossiers sont en cours** : 4 ont fait l'objet d'un recours contentieux (REP - 2 par NN ; 2 par CWS) ; 3 dossiers ne feront pas l'objet d'un contentieux mais ne sont pas encore clos (en attente d'une démarche non contentieuse ou de l'attribution du marché).

C) Etat de la jurisprudence sur les offres anormalement basses et le périmètre du droit.

Catherine Weber Seban expose l'état de la jurisprudence la plus récente **sur les OAB.**

- *Ministre de l'Intérieur c/ Société Artéis du 29 mai 2013 (n° 366606).* La procédure définie à l'article 55 du code des marchés publics (demande de justifications auprès du candidat dans le cas d'une offre qui paraît anormalement basse) n'est pas une simple faculté offerte au pouvoir adjudicateur mais **elle s'impose à lui.**

- *Département de l'Isère Société cars Philibert du 25 octobre 2013 (n° 370573)*. Formulation précise du considérant de principe au fond : « *que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas **regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché**, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre* ». En l'espèce, pas d'erreur manifeste d'appréciation.

Sur le périmètre du droit, Françoise SARTORIO rappelle un arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 septembre 2013 (*CA Paris, pôle 2 ch. 1, 18 sept. 2013, RG 10/25413 : JurisData n° 2013-019857*), statuant sur renvoi de la Cour de cassation, sur les contrats d'audit et d'optimisation des coûts des cabinets « cost-killers ». Cet arrêt constitue l'épilogue d'un combat opposant depuis plusieurs années le CNB à la société Alma Consulting.

La société n'étant pas habilitée à fournir à titre principal des prestations juridiques au regard des dispositions des articles 54 et 60 de la loi du 31 décembre 1971, l'arrêt prononce, non plus, seulement l'illicéité de la cause de leurs contrats d'audit mais la nullité des conventions elles-mêmes.

Un considérant mérite d'être relevé car il valorise la prestation juridique : « **le droit qui n'est pas assimilable à une banale activité de prestations de service, doit être exercé par un professionnel présentant les qualifications professionnelles et morales nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi** ».

D) Etat d'avancement de la réflexion engagée par l'Observatoire sur la sous-traitance des prestations juridiques :

Françoise Sartorio rappelle que l'Observatoire des marchés publics s'est penché sur la question de la sous-traitance par un non professionnel du droit à un avocat, dans le cas de marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) mettant en œuvre des compétences à la fois techniques, financières et juridiques.

En effet, lorsque les prestations ne sont pas alloties, certains opérateurs ne se constituent pas en groupement (dont chaque cotraitant pourrait apporter sa compétence dans l'un des champs d'activité de la mission), mais soumissionnent seuls. Ils assurent en interne les prestations techniques ou/et financières (voire même certaines des prestations juridiques) et sous-traitent à un professionnel du droit tout ou partie des prestations juridiques. Bien souvent, dans ce cas, la mission de l'avocat sous-traitant se limite à valider des actes rédigés par l'opérateur attributaire du marché par ex, un bureau d'études techniques.

Cette situation soulevant des questions au regard des règles déontologiques de l'avocat, l'Observatoire des marchés publics a engagé une réflexion au sein de 2 groupes, l'un pour une interdiction de la sous-traitance à un avocat et l'autre pour un simple encadrement de la sous-traitance en vue de la rendre compatible avec les règles déontologiques professionnelles.

Une note de synthèse des travaux de l'Observatoire faisant état notamment de l'absence de consensus dégagé sur certains points, a été soumise au Comité de veille, de représentation des intérêts et de lobbying du Barreau de Paris, en vue de faire poser une question par un parlementaire au ministre de l'Economie. L'Observatoire a été entendu à deux reprises par ce comité.

Le comité de lobbying a décidé de soumettre la question au Comité d'éthique du Barreau sur les deux questions suivantes :

- au regard de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, le bureau d'études qui n'est pas habilité à délivrer à titre accessoire des consultations juridiques, a-t-il la capacité juridique de contracter avec le pouvoir adjudicateur sur le champ des prestations juridiques et donc de sous-traiter les prestations juridiques ?
- dans ce type de circonstances, un avocat peut-il accepter, au regard des règles déontologiques et de l'éthique de la profession (indépendance, secret professionnel, rémunération,...), d'être sous-traitant de prestations juridiques ?

E) Etat d'avancement de l'instruction de la proposition de directive marchés publics au titre du régime de passation des marchés de services juridiques (Jacques Buès - invité de la Commission ouverte de droit public)

En sa qualité de délégué de Madame le Bâtonnier du Barreau de Paris aux questions européennes tel que mandaté également par Monsieur le Président du CNB et Monsieur le Président de la Conférence des Bâtonniers et d'expert-rapporteur auprès du Conseil des Barreaux européens (droit public / droit de la concurrence), Jacques Buès a exposé l'état d'instruction de la directive, à ce jour, au regard du sujet.

Au préalable, il est relevé qu'à la base :

- La compatibilité du statut de l'avocat avec le régime de la commande publique dans ses composantes tant européennes que nationales soulève de nombreux problèmes ;
- Ce débat concerne tous les confrères et pas seulement les publicistes sachant qu'en cascade les opérateurs se réfèrent aux procédures publiques ;
- L'enjeu de fond demeure celui de la banalisation ou de l'affirmation de la spécificité de la fonction de l'avocat.

Dans cette suite, un point de la situation a été exposé en termes de contexte, d'actualité et de perspectives.

– S'agissant du contexte :

Avant 1992, la norme européenne ne fixait aucune obligation directe en matière de passation de marchés publics de services juridiques.

Depuis 1992 et tel que confirmé par la directive 2004/18 du 31 mars 2004, un régime de passation allégé a été ménagé au titre des services relevant de l'annexe II.B prévoyant seulement la référence à des normes et la publication d'un avis d'attribution facultatif sous condition de seuil.

Déjà, nonobstant ce régime allégé, le code des marchés publics de 2006 a fixé de façon surabondante des obligations en matière de passation, d'exécution et d'attribution de compétence contentieuse.

– S'agissant de l'actualité :

La Commission européenne, par sa proposition de nouvelle directive « marchés publics » du 20 décembre 2011, a entrepris d'une part, de supprimer le régime allégé en matière de services juridiques les soumettant ainsi à un régime de droit commun et d'autre part, de confier aux Etats membres une mission de conseil juridique en direction des pouvoirs adjudicateurs comme des opérateurs privés.

En écho, et en considération des mandats confiés et de sa nomination au Conseil des Barreaux européens (C.C.B.E.) réunissant plus d'un million d'avocats européens (31 pays membres effectifs et 11 pays associés et observateurs), Jacques Buès a été chargé d'élaborer une position commune adoptée à l'unanimité du C.C.B.E. le 30 mars 2012 et de la défendre.

Cette position a consisté d'une part, à demander le maintien du régime allégé pour les avocats et d'autre part, à supprimer le projet d'article 87 précité.

Dans cette suite, un très important travail de concertation a été engagé auprès des institutions européennes avec le concours tant du C.C.B.E. que de la délégation des Barreaux de France à Bruxelles.

A ce jour, et sous réserve du vote définitif du Parlement (qui devrait intervenir d'ici la fin de l'année), il apparaît que la profession d'avocat a été entendue à l'appui d'un régime allégé voire d'exclusion du droit commun de la commande publique en termes *a minima* tant de représentation légale que des conseils associés, à s'en référer aux résultats du trilogue (Conseil / Commission / Parlement).

- S’agissant des perspectives, l’attention a été appelée sur la nécessité de :
 - Veiller à l’échelle européenne et notamment en France (le caractère réglementaire du Code des marchés publics étant clairement en question.) aux textes de transposition en matière de services juridiques assurés par les avocats ;
 - Soutenir les spécificités de la condition de l’avocat auprès de l’ensemble des clients publics et privés en remettant radicalement en cause leurs pratiques actuelles ;
 - Développer l’autorégulation de la profession en cette matière sans abandonner cette question fondamentale au pouvoir réglementaire.

F) Sur le guide des marchés publics des prestations juridiques

Françoise Sartorio rappelle que ce guide a été réalisé et actualisé dans le cadre d’un groupe de travail de la commission dirigé par Gabriel Benesty.

Ce guide comporte une fiche pour chacun des thèmes traités et est introduit par une charte à signer par les acheteurs publics.

La diffusion du guide est prévue en décembre à l’occasion d’une opération de communication de Mme le Bâtonnier pour sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs.

Il devra être régulièrement actualisé.

L’élaboration de ce guide se situe dans une optique de compromis (à l’opposé d’une ligne de combat).

A noter également l’élaboration d’un Vademecum des marchés de prestations juridiques des institutions européennes (déontologie et procédures d’appels d’offre). Il sera diffusé prochainement.

2. Sous-commission Droit public économique (PM Cloix)

Le bilan de la sous-commission est dressé par Me Rachel Cattier :

- Une contribution sur le thème de la « Valorisation du domaine des personnes publiques » est en cours de finalisation au sein de la sous-commission droit public économique (prochaine réunion en janvier).
- la sous-commission a également abouti à la finalisation de la contribution relative aux « Aides financières allouées aux cocontractants des personnes publiques ».

Cette dernière contribution avait été initiée en 2012, après l'adoption du paquet « *Almunia* » à la fin de l'année 2011. Elle a été enrichie des apports des arrêts du CE de l'été 2012 relatifs à la délégation de service public pour la desserte de la Corse et à la concession pour la réalisation et l'exploitation de l'aéroport de Notre-Dame des Landes, et également de la décision de la Commission qualifiant d'aide d'Etat illicite le dispositif de la DSP Corse.

Cette contribution a également vocation à identifier les contradictions entre le régime communautaire des aides d'Etat et le dispositif français de l'obligation d'équilibre des SPIC (article L. 2224-2 du CGCT), et à approfondir :

- les différences entre la distinction française SPA/SPIC et la distinction communautaire SIG/SIEG
- le champ d'application de l'obligation d'équilibre des SPIC (et sur les incohérences de son énoncé au sein du CGCT : obligation clairement affirmée pour les communes, moins pour les départements, et les textes sont silencieux s'agissant des régions et de l'Etat.
- Sur les dérogations prévues au principe d'équilibre des SPIC et sur leur mise en compatibilité avec les critères communautaires des compensations accordées aux SIEG.

La mise en compatibilité du CGCT avec le mécanisme communautaire applicable aux compensations des SIEG semble être une piste à travailler.

Une fois validée par le comité scientifique de l'ordre, cette contribution aurait vocation à être diffusée par le biais de lexibase après transmission au comité technique.

3. Sous-commission Urbanisme et contentieux (B.Cazin)

Nicolas Nahmias annonce la réunion de la sous-commission prévue le 17 décembre 2013 de 18 à 20 h sur l'actualité du contentieux administratif.

Intervenants : Bernard Cazin et un magistrat administratif

4. Questions diverses

Q : existe-t-il une obligation d'allotir les marchés de prestations juridiques globaux ?

Il y a de la jurisprudence sur cette question (voir par exemple *CAA DE LYON 19 mai 2011 N° 09LY02352*)

C'est possible pour une petite collectivité mais pas pour un pouvoir adjudicateur important. Il doit justifier le non recours à l'allotissement.

(Voir l'article de Nicolas Nahmias sur les règles déontologiques *GAZETTE* du 10 septembre 2012 p. 56 et bulletin du bâtonnier).

Q : les contacts pris

- avec l'Ordre des avocats au Conseil, notamment sur les questions Européennes.
- Avec l'assureur du barreau de Paris qui est bien au courant des questions concernant le périmètre de droit et la sous-traitance. Il a proposé d'informer les confrères assureurs.

Dans le cas d'une annulation d'une AMO comprenant des prestations juridiques, la sinistralité augmente.

Q : Le guide et le vademecum sont-ils communicables ?

Dans un premier temps, ces documents, qui sont susceptibles d'évoluer, seront mis en ligne uniquement pour les avocats.

Q : quelle est la situation dans les autres pays européens ?

Les modes de transposition des directives ont été variables.

L'Angleterre (Law society) et l'Autriche ont des systèmes proches de la France/

Le code des marchés publics danois tient en 1 page

Il y a un consensus pour qu'il n'y ait pas d'atteinte à la spécificité de la profession.