

# COMMISSION OUVERTE **DROIT PUBLIC**

RESPONSABLE : ALAIN FRÊCHE, AVOCAT A LA COUR

Mercredi 28 mai 2014

Bilan des travaux effectués par la commission ouverte de droit Public au cours des deux dernières années et suite à donner

- Actualisation du projet de guide de passation et d'exécution des marchés publics de services juridiques ;
- Débat sur la défense du périmètre du droit ;
- Évolution de la réglementation sur les procédures d'appel d'offres ;
- La question des offres anormalement basses ;
- Les problématiques liées aux conditions d'intervention des avocats dans le cadre d'un appel d'offres et notamment la sous-traitance ;
- Thèmes de réflexions Colloques et Publications – Doctrine ;
- La formation des avocats publicistes ;
- Questions diverses.



**REUNION PLENIERE  
DE LA COMMISSION OUVERTE DE DROIT PUBLIC DU 28 MAI 2014  
(Maison du Barreau – Salle Gaston Monnerville – 17h30/19h30)**

**Ordre du Jour :**

**Bilan des travaux effectués par la Commission ouverte de Droit Public au cours des deux dernières années et suites à donner**

En ouverture de la réunion, Alain FRÊCHE, Responsable de la Commission Ouverte de Droit Public, se présente, retrace en quelques mots son parcours et présente l'ordre du jour de cette première réunion plénière.

**1. Bilan des travaux effectués par la Commission ouverte de Droit Public au cours des deux dernières années**

Alain FRÊCHE indique qu'il entend présenter les lignes directrices de son action pour les dix-huit mois à venir en soulignant que les fonctions qui lui ont été confiées prendront fin avec la mandature du Bâtonnier Pierre-Olivier SUR.

En premier lieu, il rend hommage aux travaux effectués par ses prédécesseurs en charge de la Commission Ouverte de Droit Public, Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY, lesquels ont réalisé un important travail sur les appels d'offres de prestations de services juridiques et sur leurs conséquences parfois « dramatiques » pour les confrères publicistes.

Il souligne que la problématique des offres anormalement basses a eu pour effet d'instaurer une certaine ambiance « conflictuelle » entre les confrères.

Des travaux accomplis lors des deux dernières années, il ressort qu'il n'existe pas à ce jour de solution juridique pour traiter l'offre anormalement basse.

En début d'année 2014 est intervenue la nouvelle directive relative aux marchés publics, laquelle a pour effet d'exclure les contentieux du champ d'application des appels d'offres et d'exclure également les consultations dès lors que leur montant est inférieur à 750 000,00 euros par an. Il souligne l'importance du travail accompli par Jacques BUES.

Tout l'enjeu réside aujourd'hui dans la transposition de la directive. Le Barreau de Paris et la Commission Ouverte de Droit Public doivent veiller à une transposition « littérale » de la directive par le gouvernement pour faire face à la tentation qu'aurait la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances de procéder à une éventuelle « sur-transposition » de la directive.

A cet effet, les participants sont informés que Jacques BUES dispose désormais d'un mandat commun des Barreaux Européens, du Barreau de Paris et du Conseil National des Barreaux en vue d'assurer la bonne transposition de la directive.

Un des axes de la Commission est donc d'appuyer les actions en cours et à venir auprès de la Direction des Affaires Juridiques et du Ministère de l'Économie et des Finances.

Dans ce contexte, il est impérieux qu'il y ait un consensus au sein de la Commission Ouverte de Droit Public pour appuyer cette démarche.

Plus largement, il est rappelé que la spécialité du droit public est aujourd'hui arrivée à maturité et qu'elle pourrait être menacée, à brève échéance, d'une certaine asphyxie.

A ce titre, la suppression des appels d'offres de prestations de services juridiques pourrait être nature de redonner de l'oxygène à l'ensemble des praticiens du droit public, lesquels ne se limitent pas aux seuls avocats des collectivités publiques mais englobent également les avocats des entreprises et les avocats des personnes physiques.

Alain FRÊCHE précise qu'en tant que Responsable de la Commission Ouverte de Droit Public il est demandeur à disposer de retours de la part de l'ensemble des confrères publicistes sur ces différentes questions et envisage de créer des sous-commissions.

### **Intervention de Jean-Marc PEYRICAL à propos des conditions de transposition de la directive**

Jean-Marc PEYRICAL confirme les velléités de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances à aller au-delà de la directive à l'occasion de sa transposition.

Le Responsable de la Commission Ouverte de Droit Public insiste sur la nécessité de faire valoir auprès de la Direction des affaires juridiques les spécificités de la profession d'avocat tant en ce qui concerne la déontologie qu'en ce qui concerne les prérogatives.

Il insiste également sur la nécessité de faire comprendre à la Direction des affaires juridiques que les Cabinets d'avocats sont également des entités économiques.

Il souligne que la baisse du prix des prestations des avocats s'accompagne souvent de la part du pouvoir adjudicateur d'un certain manque de respect vis-à-vis des avocats prestataires.

### **Intervention de Gabriel BENESTY**

Gabriel BENESTY rappelle le combat du Barreau de Paris et du Conseil des Barreaux Européens et rend également hommage aux actions accomplies par Jacques BUES.

Il souligne que l'unité du Barreau est nécessaire et impérative et qu'il ne saurait être question d'aller à l'encontre des positions précédemment émises par le Conseil des Barreaux Européens et par le Barreau de Paris.

Il suggère que la Commission Ouverte de Droit Public s'appuie sur le réseau Affaires Publiques sous la responsabilité de Louis DEGOS, membre du Conseil de l'Ordre.

Dans ce contexte, Gabriel BENESTY suggère également de ne pas publier le guide des bonnes pratiques mentionnant qu'une telle publication serait totalement contre productive compte tenu de l'invention de la directive.

Sur ce, Alain FRÊCHE propose qu'une lettre circulaire signée par les avocats publicistes soit jointe à l'appui du dossier présenté par Jacques BUES auprès de la Direction des Affaires Juridiques.

### **Intervention de Catherine WEBER-SEBAN**

Catherine WEBER-SEBAN souligne que l'introduction des marchés publics dans le domaine des prestations de services juridiques n'a pas eu que des inconvénients et qu'elle a permis d'ouvrir le marché à une pluralité de Cabinets d'avocats.

Cela étant, elle indique se ranger à la position du Conseil des Barreaux Européens et du Barreau de Paris concernant la transposition de la directive.

## **2. L'avenir du droit public des affaires**

Depuis les lois de décentralisation, le droit public des affaires n'a cessé de se développer.

Cela étant, on ne saurait occulter le fait que le marché du droit public des affaires se resserre.

Les partenariats publics/privés, dernier élément de développement de cette spécialité, sont en nette diminution.

Aujourd'hui la spécialité du droit public des affaires doit donc se réinventer. Il est regrettable que certaines matières comme le droit de la concurrence dans la commande publique ou le droit pénal des affaires publiques aient échappé à la sphère du droit public.

Un des axes des travaux de la Commission sera donc d'essayer de redéfinir le périmètre de la spécialité du droit public en vue de recréer un dynamisme commercial et de redéfinir son périmètre.

### **3. L'enseignement**

A ce jour, l'école de formation du Barreau comporte 1 700 élèves dont 200 sont inscrits à l'enseignement optionnel de droit public.

Il est de la responsabilité de la Commission Ouverte de Droit Public de contribuer à assurer l'avenir de ces jeunes confrères.

L'un des axes de travail de la Commission sera donc de se mobiliser pour trouver une dynamique économique permettant le développement du droit public pour nos jeunes confrères.

### **4. Observatoire des marchés publics**

Un hommage est rendu à l'action entreprise par l'Observatoire des marchés publics, notamment en ce qui concerne la défense du périmètre du droit par l'exercice d'actions en justice à l'encontre des « braconniers » du droit.

C'est sous le bâtonnat de Madame Christiane FERAL-SCHUHL que l'Observatoire des marchés publics a été créé et dirigé par Françoise SARTORIO pendant plus de deux ans.

Cette institution a été confirmée par le Bâtonnier Pierre-Olivier SUR.

A ce stade, Alain FRÊCHE donne la parole à Catherine WEBER-SEBAN qui présente l'action accomplie au nom de l'Ordre des Avocats dans la cadre de l'Observatoire.

Elle précise que 22 dossiers ont été ouverts lors de la précédente mandature.

À ce jour, 17 dossiers sont clos dont 11 réglés par voie précontentieuse et 5 dossiers restent ouverts. Parmi ces 5 contentieux, 2 portent sur des offres anormalement basses.

Catherine WEBER-SEBAN souligne qu'à l'occasion des actions entreprises par l'Ordre des Avocats, deux problématiques spécifiques sont apparues, l'une concernant l'intérêt à agir de l'Ordre des Avocats, l'autre concernant la quasi-impossibilité de démontrer l'existence d'une offre anormalement basse.

À ce stade de la discussion, un débat s'ouvre entre les différents participants sur les actions devront être entreprises vis-à-vis des collectivités publiques pour les sensibiliser aux problématiques spécifiques à la profession d'avocat.

Philippe DELELIS indique qu'une action pédagogique doit être accomplie vis-à-vis des collectivités publiques notamment en ce qui concerne les marchés pluridisciplinaires et notamment sur la problématique spécifique des groupements.

Sophie GARNIER confirme la nécessité de mener une action pédagogique vis-à-vis des acheteurs publics et fait part de son expérience sur la question des groupements interprofessionnels. Elle indique que consécutivement à des actions menées avec le support de l'ordre des avocats, des personnes publiques ont amendé les documents de consultation de sorte à les rendre compatibles avec les règles déontologiques de la profession d'avocat (abandon de l'exigence de solidarité dans les groupements interprofessionnels, par exemple).

Jean-Marc PEYRICAL fait part à l'assemblée de l'expérience de l'Ordre des Architectes d'Ile de France, lequel a constitué en son sein une Commission *ad hoc* chargée de la détection des procédures « suspectes » qui se chiffrent, s'agissant des architectes, à environ 150 dossiers par an.

Il souligne que l'action de la Commission Ouverte doit se concentrer sur les actions en direction des acheteurs publics plutôt que sur les conflits entre confrères publicistes.

Julie ABRASSART abonde dans ce sens et souligne combien les contentieux engagés à l'occasion de l'attribution des marchés de services juridiques sont de nature à desservir l'ensemble de la profession tant vis-à-vis des acheteurs publics que vis-à-vis des juges administratifs.

Alain FRÊCHE insiste sur la nécessité de faire perdurer l'Observatoire des Marchés Publics et souhaite que des candidatures se manifestent parmi les confrères membres de la Commission Ouverte en vue d'en assurer la responsabilité.

Tous insistent sur la nécessité de continuer à défendre le périmètre du droit et à lutter contre les prix prédateurs.

Il est suggéré qu'une étude soit lancée sur la base des données détenues par l'ANAFA en vue d'élaborer un document écrit et opposable susceptible d'être mis en avant dans le cadre des appels d'offres pour sensibiliser les acheteurs publics sur les réalités économiques de la profession d'avocats.

Philippe DELELIS rebondit sur cette proposition et indique en sa qualité d'administrateur de l'AGIL. Il est également favorable que soit établi un dossier des données agrégées sur les coûts des cabinets en vue d'être communiqués au pouvoir adjudicateur.

Monsieur MENEAU et Guillaume GAUCH insistent quant à eux sur la survalorisation du critère du prix dans les appels d'offres.

Didier SEBAN souligne les risques liés à la pratique des prix prédateurs dans les appels d'offres publics et s'inquiète des effets pervers que pourraient engendrer cette pratique.

En conclusion de la réunion, deux axes principaux se dégagent :

- l'impérieuse unité des avocats publicistes en vue de la meilleure transposition de la directive marchés ;
- une réflexion prospective en vue de redéfinir le périmètre du droit public des affaires.

Ainsi, il paraît nécessaire que l'ensemble des avocats publicistes puissent sous une forme ou une autre montrer leur cohésion pour que la transposition de la directive soit non seulement fidèle au texte initial mais également s'effectuer dans un délai rapide (la directive prévoit un délai maximum de 2 ans ce qui est bien trop long).

Par ailleurs, sur la question du périmètre du droit public à développer, la question de la fonction publique n'a pas été évoquée en réunion, elle mériterait un débat dans la mesure où les questions sont de plus en plus nombreuses du fait de la restructuration des collectivités à venir.

Pour mettre en œuvre ces lignes directrices, il sera nécessaire de bénéficier du concours le plus large des avocats publicistes.

### **IDPA**

À l'issue de la réunion, une communication est faite par Jean-Marc PEYRICAL, Directeur de l'IDPA et Laurène DEVILLE, Présidente de l'Association l'IDPA, concernant l'organisation d'un gala de l'IDPA le 3 décembre 2014.

L'IDPA souhaite que la Commission Ouverte de Droit Public soutienne et relaie cette démarche auprès des confrères publicistes en vue d'assurer son succès.

Jean-Marc PEYRICAL précise également que 3 conférences seront organisées dans le cadre des Jeudis de l'IDPA :

- conférence sur le Grand Paris en octobre 2014 ;
- conférence sur les directives marchés, concessions et leur transposition en novembre 2014 ;
- conférence sur l'extension de Roland Garros en décembre 2014.

### **PROCHAINE REUNION**

Une prochaine réunion sera fixée et aura pour objet de traiter essentiellement de la question de la mise en œuvre de la directive et de la mise en place de sous-commissions privilégiant des thèmes spécifiques à la demande des confrères publicistes.