

CONVENTION PREPARATOIRE DU CNB
RENNES – Vendredi 13 juin 2008
Sous la présidence de M. Bertrand Carsin (Commission Européenne)
Coordinateur : Me Vincent Lahalle
Animation : M. Stanislas du Guerny

« *MARCHES PUBLICS : AVOCATS EN CONCURRENCE ?* »

CONCLUSION ET SYNTHÈSE DE LA CONVENTION

L'itinéraire de notre réflexion atteint maintenant sa dernière étape : **celle de la tentative de synthèse...**

Difficile de distinguer dans le thème « *Marchés publics : Avocats en concurrence* » – thème non exclusivement technique mais également enjeu d'avenir et d'adaptabilité pour notre profession – ce qui est l'essentiel et ce qui est l'accessoire.

Deux axes se sont imposés au cours de cette journée, à savoir :

d'une part : la problématique d'un cadre juridique mouvant ;

d'autre part : la question de savoir si les marchés publics viennent constituer une chance **ou** une contrainte pour les Avocats.

I/ Le cadre juridique du droit des marchés publics

La mise en place du droit des marchés publics depuis quelques années a généré **une nouvelle donne** pour les avocats et ce dans leurs deux missions traditionnelles – conseil et contentieux. En effet, avant la mise en place des textes relatifs aux marchés publics, la Puissance Publique pouvait choisir librement ses avocats sans avoir de contraintes réglementaires trop lourdes à respecter.

Dorénavant, cette nouvelle donne impose la mise en place de procédures spécifiques, telle que les appels d'offres, incluses dans le Code des marchés publics et qui concernent bien entendu les avocats puisque par définition ces derniers fournissent **une prestation intellectuelle** (un service) entrant par conséquent *de jure* dans le champ d'application *ratione materie* du Code des marchés publics (Cf. article 1^{er} point I alinéa 2 et article 30 point II).

L'actuel Code des marchés publics est issu du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 qui continue **le processus de transposition** des directives communautaires amorcé

par les réformes successives de 2001 et 2004. Il s'agit pour ce dernier texte réglementaire du 1^{er} août 2006 de transposer en droit interne les deux textes majeurs que constituent les directives n° 2004/17 et 2004/18 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004.

Dans ce segment du droit public, les textes d'origine communautaire jouent un rôle des plus importants puisqu'il s'agit d'un domaine touchant au droit de la concurrence et au droit du marché intérieur, c'est-à-dire deux secteurs où la Communauté européenne détient une compétence très forte.

Il est révélateur que le nouveau Code des marchés publics, se déclinant en 177 articles, se décompose en deux parties (dispositions applicables aux **pouvoirs adjudicateurs** / dispositions applicables aux **entités adjudicatrices**) en retenant ainsi deux notions clé des deux directives communautaires précitées qui viennent s'intégrer dans notre droit interne.

Il s'agit d'un droit qui est en mouvement quasi-permanent du fait d'une intense activité normative (Cf. décret n° 2001-275 du 7 mars 2001 et décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004) où les législateurs communautaire et donc français – puisqu'il s'agit de directives au sens de l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne devant être transposées dans des délais impératifs – modifient très substantiellement les textes afin de les adapter à notre temps.

En ce qui concerne les Avocats, on remarque que ces derniers doivent se soumettre à deux législations qui pourraient entrer en conflit, à savoir le Code des marchés publics et leurs règles déontologiques.

A. Les principes fondamentaux du droit des marchés publics

La toile de fond nous a été présentée par Me Sophie Guillon-Coudray, toile de fond nourrie par l'apport communautaire décrit par M. Bertrand Carsin dans ses réponses au Bâtonnier Philippe Olive.

Le Directeur de la Direction des Marchés Publics à la Direction Générale du Marché Intérieur et des Services à la Commission européenne a décliné ce qu'il appelle « *les principes corollaires que la Cour de Justice a dégagés des principes fondamentaux car constituant les rails des directives marchés publics, de leur interprétation et s'appliquant aux marchés non couverts par les directives : l'égalité de traitement, la proportionnalité, la reconnaissance mutuelle* ».

Un changement profond de la profession se met en place, du fait de l'existence de différents principes généraux applicables aux activités de services relatives aux prestations intellectuelles.

Le considérant n° 46 de la directive n° 2004/18 du 31 mars 2004 dresse la liste des principes à respecter lors de la passation d'un marché public. Il est ainsi indiqué que :

*« l'attribution du marché devrait être effectuée sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de **transparence**, de **non-discrimination** et d'**égalité de traitement** et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective »*

Ces principes ont été intégralement repris à l'article 1^{er} point II du Code des marchés publics, qui dispose :

*« Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, **d'égalité de traitement** des candidats et de **transparence** des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».*

Le principe d'égalité

Ce principe comporte une triple dimension.

D'une part, il s'applique lors de l'accès des entreprises, et *a fortiori* de nos Cabinets, à la consultation. Cela signifie que tous les soumissionnaires doivent bénéficier des mêmes chances dans la formulation de leurs offres.

D'autre part, il s'applique lors du déroulement de la consultation et notamment au moment du choix. Cela implique que lors de l'évaluation des offres, les critères d'évaluation et les critères d'attribution doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires.

Enfin, la dernière déclinaison du principe concerne la non discrimination en raison de la nationalité, issu de l'article 12 du traité instituant la Communauté européenne. Cette acception du principe d'égalité vient de l'idée de la création d'un véritable marché intérieur entre l'ensemble des Etats membres dans lequel il n'existe plus aucune frontière. La Puissance Publique doit ainsi assurer une parfaite égalité entre ses ressortissants et les ressortissants des autres Etats membres dans l'accès aux marchés publics.

Le principe de transparence

Le considérant n°46 de la directive communautaire n°2004/18 résume bien, comme l'ont rappelé les intervenants de ce matin, ce principe cardinal puisqu'il est affirmé la nécessité :

*« d'assurer la transparence (...) pour permettre à tout soumissionnaire d'être raisonnablement informé des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il incombe dès lors aux pouvoirs adjudicateurs **d'indiquer les critères d'attribution ainsi que la pondération relative donnée à chacun de ces critères, et ce en temps***

utile afin que les soumissionnaires en aient connaissance pour établir leurs offres ».

Ce principe impose donc que tous les éléments pris en considération par le **pouvoir adjudicateur** (c'est-à-dire, selon l'article 2 du Code des marchés publics, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, y compris locaux, autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial) soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leur offre.

La sanction juridictionnelle du non respect des principes de transparence et d'égalité

Cette partie a fait l'objet d'une analyse par le Vice-Président du Tribunal Administratif de Rennes, M. Serge Mornet, Président de la 3^e Chambre chargée en particulier du contentieux des marchés publics.

Il s'agit, **en premier lieu** et bien entendu, de la procédure contentieuse reine du droit des marchés publics : **le référé précontractuel**. Cette procédure est également issue d'une directive communautaire (V. la directive n° 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux).

Elle a été transposée aux articles L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative. Cette procédure d'urgence s'applique en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et a un caractère préventif.

Les institutions communautaires ont réformé cette procédure en adoptant récemment la directive n° 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés public. Cette dernière directive, dite recours, doit être transposée au plus tard pour le 20 décembre 2009.

Il s'agit également, **en second lieu**, d'un nouveau recours ouvert de façon prétorienne par l'Assemblée du Contentieux du Conseil d'Etat (**CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291 545**). Les juges du Palais Royal ont ainsi ouvert aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif la possibilité de former « *un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses (...) assorti le cas échéant de demandes indemnitaires* ».

Par ailleurs, dans un arrêt récent (**CE, 14 mai 2008, n° 280 370**), la Haute Assemblée a expliqué que l'interdiction pour les Collectivités territoriales de recourir au contrat VEFA (vente en l'état futur d'achèvement) pour leurs propres besoins repose sur le fait que ce contrat de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce

aucune des responsabilités de maître d'ouvrage, permet d'échapper **tant** aux règles de concurrence prévues par le Code des marchés publics, **qu'aux** règles d'exécution des marchés de travaux publics.

Un double impératif a été dès lors mis en exergue : **savoir anticiper et savoir gérer les contentieux.**

B. Les règles déontologiques des Avocats, facteurs de risques ?

Ces règles nous ont été rappelées par le Bâtonnier des Hauts de Seine Pierre Berger, membre de la Commission Règles et Usages du Conseil National des Barreaux, et par nos Confrères rennais Gaël Collet et Marc Cazo.

Après un rappel de l'exégèse des articles 2.2, 6 et 10.8 du RIN puis des solutions jurisprudentielles gouvernant la question des honoraires, ont été successivement traitées les questions de **l'indépendance** (« *difficile mariage des prérogatives de l'Administration et des règles déontologiques* ») et du **secret professionnel** (« *un principe malmené ?* »).

Respecter les règles du Code des marchés publics peut présenter un risque pour les avocats, et singulièrement un risque déontologique, a-t-il été souligné.

L'article 30 point 4 de ce Code rappelle que « *le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées* ».

Les Avocats doivent par conséquent respecter leurs règles déontologiques lorsqu'ils répondent à des appels d'offres.

Cependant, un arrêté ministériel du 28 août 2006 fixe les renseignements et documents exigés des candidats (date et destinataire de la prestation, les références des dossiers traités similaires par exemple). Ceci pourrait entrer dès lors en contradiction avec le secret professionnel de l'avocat (article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971).

La question se pose ainsi de la réelle possibilité de répondre à des appels d'offres par les Avocats, sans violer leurs règles déontologiques, nonobstant l'interprétation du Conseil d'Etat (CE, 7 mars 2005, Communauté urbaine de Lyon, n° 274 286), largement commenté par la doctrine.

C. La boîte à outils

L'examen des composantes de la boîte à outils procédurale nous a d'abord conduit à l'évocation de la question de la définition des besoins. Notre Consoeur Gwenaëlle Troude a décrit cette phase amont comportant **obligation** pour le pouvoir adjudicateur de sérier les spécifications techniques décrivant les caractéristiques du service attendu d'assistance ou de conseil juridique (article 5 du Code des marchés publics).

Il a été fait observer qu'une bonne évaluation des besoins ne constitue pas simplement une exigence juridique mais est d'abord une condition impérative pour que la prestation sollicitée par la Collectivité publique soit réalisée dans des conditions optimales.

Ensuite, Me Julien Bonnat a mis l'accent sur la pierre angulaire constituée par l'information appropriée des candidats retenus ou non retenus. A cette occasion, ont été évoquées les modalités de la communication des pièces du marché en tant que de documents administratifs et leurs limites dictées par l'article 80 III du Code des marchés publics.

Enfin, relativement à l'analyse des candidatures et des offres, notre Confrère Philippe Boisset a insisté sur l'exigence pour la Collectivité de respecter les principes de transparence **et** d'égalité entre les candidats pour choisir l'offre la plus basse **ou** l'offre dite économiquement la plus avantageuse. Cet aspect de la question a permis de mettre en avant les devoirs du pouvoir adjudicateur confrontés aux droits des soumissionnaires et de disséquer le phasage : recevabilité, sélection, analyse des offres.

II/ Les marchés publics : contrainte ou chance pour les avocats ?

A première vue, on pourrait croire que les règles des marchés publics présentent essentiellement des contraintes pour la profession. Toutefois, la législation rigoureuse ne manque pas d'apporter aux Avocats de nouvelles possibilités.

Les principes du droit des marchés publics constituent donc à la fois une contrainte supplémentaire pour les cabinets d'avocats mais également une chance pour ces derniers. Les cabinets doivent dès lors « *se couler dans le moule* » du Code des marchés public ou tout simplement s'adapter à **cette nouvelle donne réglementaire et donc commerciale**.

A. Les contraintes

Nos intervenants en ont recensé deux, à savoir :

- le temps nécessaire pour répondre aux appels d'offres lancés par les Collectivités publiques sans certitude d'être sélectionné ;
- le manque de rapidité des règles très formalistes et rigoureuses du Code des marchés publics en cas d'urgence de la prestation intellectuelle.

B. Des chances pour les cabinets

A l'issue de nos échanges, on ne peut s'empêcher de constater l'existence de plusieurs opportunités pour les Avocats avec les règles des marchés publics.

D'une part, les principes de transparence et d'égalité permettent à l'ensemble des candidats d'être sur la même ligne de départ (« *égalité des armes* »), d'avoir accès aux mêmes informations et de ne pas être discriminés puisque « *le meilleur sera sélectionné* », c'est-à-dire celui qui propose le « *prix le plus bas* » ou « *l'offre économiquement la plus avantageuse* » (Cf. considérant n° 46 de la directive n° 2004/18).

Il convient de ne pas oublier que nous sommes sur un marché ouvert à la concurrence. Cette dernière doit être en effet libre et non faussée au sens de l'article 3 point g) du traité instituant la Communauté européenne.

Une égalité des armes est par conséquent nécessaire entre tous les Avocats, ce que permet précisément d'assurer les dispositions du Code des marchés publics.

D'autre part, une certaine émulation entre les cabinets d'Avocats s'instaure pour offrir aux Collectivités publiques la meilleure prestation intellectuelle au prix le plus avantageux.

La logique du Code des marchés publics est donc bien évidemment la recherche de l'intérêt général.

Enfin, le droit à l'information – autre versant du principe de transparence – permet aux candidats non retenus de connaître les motifs de leur échec et donc de s'améliorer en s'adaptant par la suite.

Ce droit à l'information ressort, comme l'a expliqué Me Julien Bonnat, des deux dispositions suivantes :

article 80 I point 1^o) du Code des marchés publics : « *pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le **pouvoir adjudicateur avise**, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, **tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures** ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet » ;*

article 83 du Code des marchés publics : « **le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre (...)** ».

Pour conclure : un constat, une certitude et une interrogation se dégagent des

tables rondes de l'après-midi animées par Stanislas du Guerny avec la participation de représentants de nos partenaires institutionnels (publics et privés) et de nos Confrères : Loïc Gourdin, Christian Bois et Jean Lénat.

Un constat : comme pour la technique picturale du pointillisme, seul le recul du temps permettra de dessiner un contour précis de l'application des nouvelles règles d'intervention de notre profession imposée par cette troisième réforme en cinq ans.

Par ailleurs, le décret **publié le 4 août 2006** ne révolutionne pas en réalité le droit des marchés publics. Il réforme certaines règles procédurales pour mettre en conformité les processus avec le droit communautaire. Si l'on recherche une concordance entre une certaine nuit d'abolition des privilèges et le contenu des articles 1 à 85 du Code des marchés publics : pas d'abolition, pas de révolution.

Une certitude : c'est un appel à l'adaptation voire aux fertilisations croisées de nos Cabinets que nous lance la réforme des marchés publics.

A l'instar des démarches « *qualité* » initiées, nous avons à revoir profondément notre approche clientèle pour mieux répondre en professionnels du droit à ses attentes en particulier sur le terrain de la lisibilité des contours de nos prestations, de nos honoraires et de nos responsabilités par référence à nos obligations de moyen.

A cette fin, nous devons explorer, expérimenter puis développer résolument **les partenariats inter-avocats et interprofessions** pour additionner nos compétences et nos savoir-faire face à une concurrence parisienne et demain de plus en plus anglo-saxonne.

Il nous revient d'inventorier les potentialités offertes par une réponse **sous forme de groupement – nécessairement conjoint et non solidaire** (le groupement d'opérateurs économiques ou GOE de l'article 51 du même Code) associant avocats d'un même Barreau et/ou associant l'interprofession (architectes, géomètres, urbanistes, paysagistes, aménageurs, sociologues, experts comptables, fiscalistes, experts fonciers, spécialistes en communication, etc.). A l'évidence il s'agit là d'**un défi** face auquel notre profession aura à répondre de manière volontariste et collective. Comme l'a rappelé le Bâtonnier Pierre Berger, « *les articles 16 et 18 du Règlement Intérieur Normalisé offrent de larges possibilités qui méritent d'être exploitées en matière de coopération au caractère porteur* ».

Une interrogation : au nom de la transparence, de la rationalisation et de la libre concurrence, le lien privilégié de fidélisation entre nos Cabinets et nos Collectivités publiques-clientes risque d'être altéré alors même que le décideur public a avantage à bénéficier d'une collaboration inscrite dans la durée et la confiance – gages d'interactivité, d'efficacité et de réponses d'assistance appropriées.

* * * * *

De ce qui précède – et en tout état de cause – conseillers ou pathologistes en matière de droit des marchés publics auprès de l'Administration (État, Collectivités territoriales décentralisées, établissements publics administratifs), comme dans d'autres domaines s'inscrivant dans le champ de nos compétences, nous n'oublions pas la belle formule de Georges Bernanos (*in* « **Le Dialogue des Carmélites** ») : « *ce n'est pas la Règle qui nous garde, c'est nous qui gardons la Règle* ».

Me Michel POIGNARD

Docteur en Droit – Avocat à la Cour Associé

(EFFICIA)

Spécialiste en Droit Public