

Affaires

MARCHÉ PUBLIC

719

Les avocats et la commande publique

POINTS CLÉS → Les marchés publics de prestations juridiques sont soumis aux règles du Code des marchés publics → Les modalités de la mise en concurrence devraient tenir compte de la spécificité de la profession d'avocat.



Pierre-Olivier Sur
avocat à la Cour



Julie Desbruères-Abrassart
avocat à la Cour

Si la profession d'avocat est multiple par ses différents types d'exercice, elle est également différente au regard de la nature des clients concernés : personnes physiques, personnes morales, et parmi elles clients dits « sophistiqués », mais aussi « entités adjudicatrices » ou « pouvoirs adjudicateurs ». Cette terminologie qui relève du droit communautaire vise en France les administrations publiques dans leur ensemble, ainsi que les organismes majoritairement financés ou dirigés par des administrations publiques (pour une définition précise des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, se référer aux articles 2 et 135 du Code des marchés publics et 3, 4 et 26 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, avec bien entendu une référence aux directives communautaires 2004/18 et 2004/17).

De tels clients ont des besoins très divers qu'ils sont contraints de satisfaire par le lancement de certaines procédures de publicité et de mise en concurrence. Ajoutons que cela ne concerne pas uniquement le droit public, mais bien d'autres domaines spécifiques et transverses (droit de la famille, droit du financement, droit pénal des affaires, droit des contrats commerciaux, droit des associations, droit du travail, etc.). La soumission de prestations de conseils et de représentation à de telles procédures de mise en concurrence est le serpent de mer de la profession d'avocat,

et de sa relation avec le « client public », du fait notamment d'une menace de totale disparition de l'*intuitu personae*.

Les avocats ont, à plusieurs reprises, attaqué les dispositions du Code des marchés publics concernant la soumission des prestations juridiques à des procédures de publicité et de mise en concurrence (CE, ass., 9 avr. 1999, n° 196177 : JCP E 1999, n° 30-34, p. 1267 ; Rec. CE 1999, p. 125 ; RFD adm. 1999, p. 951 ; AJDA 1999, p. 834, chron. P. Fombeur et M. Guyomar. - CE, 5 mars 2003, n° 238039 : JurisData n° 2003-064978). Pour autant, en conformité avec le droit communautaire, les prestations juridiques demeurent, à l'exception de l'arbitrage et de la conciliation, dans le périmètre de ce code, ainsi que de l'ordonnance de 2005. Il est à noter que les réformes en cours des directives 2004/18 et 2004/17 n'évoquent pas l'exclusion des marchés de prestations juridiques, dans la mesure où c'est précisément le droit communautaire qui a initié l'inclusion critiquée. Reste à déterminer les modalités de cette mise en concurrence. Le Code des marchés publics laisse une liberté relative aux acheteurs publics de prestations juridiques, en-deçà du seuil de 90 000 € HT et une liberté totale en-deçà de 15 000 € HT. Cependant, cette dernière n'est pas nécessairement utilisée par les pouvoirs adjudicateurs.

C'est dans ce contexte qu'il est nécessaire de poursuivre le travail effectué par

la Commission de Droit Public de l'Ordre des Avocats de Paris afférent à la rédaction d'un guide des marchés publics de prestations juridiques à l'attention des pouvoirs adjudicateurs, pour leur permettre de mieux rédiger leurs cahiers des charges et leurs critères de sélection, et ainsi mieux connaître les spécificités de notre profession.

Il est à noter que DAJ (Direction des Affaires Juridiques) a devancé la Commission de l'Ordre en élaborant un guide de passation des marchés de services juridiques publié le 18 octobre dernier. Ce guide doit s'analyser en un complément du guide qui sera publié par le Barreau de Paris et transmis à l'Association des Maires de France, l'Association des Départements de France, ainsi qu'à l'ensemble des organismes rassemblant des décideurs publics se trouvant confrontés à la décision de l'achat de prestations juridiques.

Ainsi qu'indiqué ci-dessus, les marchés de prestations juridiques ne concernent pas que les avocats publicistes, puisque le caractère transverse des problématiques qui se posent aux pouvoirs adjudicateurs / entités adjudicatrices exige de s'adjoindre des compétences autres. Il est en conséquence nécessaire que l'ensemble de la profession se sente concerné, et que les publicistes soient en mesure de communiquer sur ces problématiques.

Ces problématiques sont nombreuses : au-delà de la question de la passation, se pose celle de l'analyse. En effet, la lecture des rapports d'analyse des marchés de prestations juridiques générales est édifiante : nos cabinets présentent tous de très bonnes capacités techniques. Nous voilà rassurés. Toutefois, nous en revenons à un point clé : le prix, de fait et de droit, devient le seul critère déterminant. Or le prix ne signifie pas grand-chose dans le cadre de telles prestations puisque, d'une part, il s'agit généralement d'un prix horaire (comment s'assurer que ces heures ne seront pas, par la suite, multipliées), et que, d'autre part, le prix ne permet pas d'apprécier l'*intuitu personae* et la relation de confiance qui sera mise en place (ou peut-être existe déjà). Difficile de construire une telle relation avec des personnes rencontrées, dans le meilleur des cas, lors d'une seule et unique audition.

En outre, il faut également citer la question des appels d'offres pluridisciplinaire. Ces appels d'offres posent un réel questionnement du positionnement de l'avocat : celui-ci ne peut, du fait de sa déontologie, se mettre en avant dans de telles situations. De fait, l'avocat se trouve confronté dans le cadre de ces procédures à une dépréciation de ses prestations, découlant sans doute en partie de la dépréciation de son positionnement.

En résumé, une réflexion doit donc être menée pour que soit envisagé à terme, tant au niveau communautaire qu'au niveau national, un meilleur équilibre entre

le besoin de transparence nécessaire à la commande publique et la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de maintenir une relation durable et de confiance avec leurs conseils.

Enfin, et pour sortir de la question des appels d'offres, il faut souligner la coopération mise en place par le barreau publiciste avec les magistrats. Il existe une véritable communication entre magistrats et avocats (colloques ou réunions) qui permet d'échanger sur les attentes des uns et des autres, dans l'intérêt des justiciables (remarques des magistrats sur l'importance de la qualité des dossiers constitués par

les avocats, intérêt de la présentation des observations orales, reports d'audiences, etc.).

Il est certain que les publicistes très actifs dans leur domaine de compétence ont beaucoup à apporter à la profession dans son ensemble. Ils doivent en particulier être à l'initiative d'une nouvelle politique de *lobbying*, pérenne et professionnelle (ainsi qu'elle existe dans les professions voisines) pour défendre la profession tant auprès des pouvoirs publics à Paris qu'à Bruxelles.

DOUANES

720

Transaction en matière d'infractions relatives aux obligations de déclaration de transfert de capitaux

D. n° 2012-1264, 14 nov. 2012 : JO 16 nov. 2012, p. 18109

L'article 350 du Code des douanes autorise l'administration des douanes à transiger avec les personnes poursuivies pour infraction douanière ou pour infraction à la réglementation relative aux relations financières avec l'étranger. Le décret n° 78-1297 du 28 décembre 1978 modifié relatif à l'exercice du droit de transaction en matière d'infractions douanières ou relatives aux relations financières avec l'étranger définit les modalités de mise en œuvre de la compétence en la matière (désignation des autorités habilitées à transiger, infractions pour lesquelles ces autorités sont habilitées à exercer le droit de transaction, dispositif de délégation de signature).

Les obligations de déclaration de transfert de capitaux sont prévues par l'article 3 du règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté (flux extracommunautaires) et par l'article L. 152-1 du Code monétaire et financier (flux intracommunautaires). Le dispositif de sanctions, quelle que soit la nature du flux, est prévu par l'article L. 152-4 de ce code.

Le décret n° 2012-1264 du 14 novembre 2012 étend le champ d'application du décret n° 78-1297 du 28 décembre 1978 précité aux infractions relatives aux obligations de déclaration de transfert de capitaux en provenance ou à destination

d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État tiers à l'Union européenne. Il définit des montants en deçà desquels les chefs des services déconcentrés de la DGDDI pourront exercer le droit de transaction et donner délégation de signature aux agents placés sous leur autorité (billets de banque et pièces de monnaie, valeurs mobilières et autres titres de créance négociables au porteur, dont le montant n'excède pas 150 000 € ; chèques de tous types, lettres de crédit et autres effets de commerce, dont le montant n'excède pas 300 000 €). Au-delà de ces montants, le directeur général des douanes et droits indirects est l'autorité compétente pour exercer le droit de transaction pour ces infractions et pourra également déléguer sa signature.

Entrée en vigueur : le décret n° 2012-1264 entre en vigueur le lendemain de sa publication (soit le 17 novembre 2012).

DOUANES

721

Recouvrement a posteriori des droits à l'importation

CJUE, 1^{er} ch., 8 nov. 2012, aff. C-438/11, *Lagura Vermögensverwaltung GmbH c/ Hauptzollamt Hamburg-Hafen*

Un litige opposait une société allemande au bureau principal des douanes du port de Hambourg au sujet du recouvrement *a posteriori* de droits à l'importation imposés à cette société en raison de l'importation de chaussures dans l'Union européenne.

L'article 220, § 2, sous b), du règlement (CEE) n° 2913/92 du 12 octobre 1992, établissant le Code des douanes communautaire, tel que modifié par le règlement (CE) n° 2700/2000 du 16 novembre 2000, doit être interprété en ce sens que, lorsque les

autorités compétentes de l'État tiers sont, du fait que l'exportateur a cessé sa production, dans l'impossibilité de vérifier, lors d'un contrôle *a posteriori*, si le certificat d'origine « formule A » qu'elles ont délivré repose sur une présentation correcte des faits par celui-ci, la charge de la preuve que ce certificat a été établi sur la base d'une présentation correcte des faits par l'exportateur incombe au redevable.

PROTECTION DU CONSOMMATEUR

722

Dénomination des fibres et étiquetage des produits textiles

D. n° 2012-1235, 6 nov. 2012 : JO 8 nov. 2012, p. 17448

Le décret n° 2012-1235 du 6 novembre 2012 relatif aux fibres et produits textiles identifie les dispositions du règlement communautaire n° 1007/2011 du 27 septembre 2011 relatif aux dénominations des fibres textiles et à l'étiquetage des produits textiles, qui doivent être regardées comme des mesures d'exécution de l'article L. 214-1 du Code de la consommation. Il insère un article R. 214-23 dans le Code de la consommation. Ce dispositif permet de sanctionner par des contraventions de 3^e classe les infractions aux dispositions de ce règlement. Ces infractions pourront être recherchées et constatées par les agents mentionnés à l'article L. 215-1 du Code de la consommation tels que les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Le décret n° 73-357 du 14 mars 1973 portant application de la loi du 1^{er} août 1905 modifiée sur la répression des fraudes en ce qui concerne le commerce des produits textiles est abrogé.