



RAPPORT N°

CONFIDENTIALITÉ :

COMMISSION : délégation MARD

MOTS CLÉS : Marchés Publics – Médiation - Recours

## DECRET N°2016-360 DU 25 MARS 2016 RELATIF AUX MARCHES PUBLICS, proposition de recours

### RAPPORTEUR :

Romain CARAYOL, MCO (2014-2015-2016)

My Kim YANG PAYA, MCO (2016-2017-2018)

### BATONNIER EN EXERCICE :

Frédéric SICARD

Dominique ATTIAS

### CONTRIBUTEURS :

Françoise SARTORIO, avocate au Barreau de Paris

L'Association des Médiateurs Européens, Centre de Médiation du Barreau de Paris

Thomas ROUYERAN, avocat au Barreau de Paris

### DATE DE LA REDACTION :

06/05/2016

### DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

10/05/2016

### TEXTES CONCERNES :

DECRET N°2016-360 DU 25 MARS 2016 RELATIF AUX MARCHES PUBLICS

### RESUME :

*L'article 142 du Décret organise un recours à la médiation en posant un monopole au profit du médiateur des entreprises, organisme public. Tous les autres médiateurs sont exclus. C'est l'objet du recours proposé au conseil de l'ordre contre ce texte.*

<http://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises>

L'article 29 du décret du 25 mars 2015 dispose que : « l'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public », faisant peser sur l'acheteur public la responsabilité d'une absence de procédure de publicité et de mise en concurrence préalable pour les marchés de services de représentation légale et de conseil en lien avec une procédure contentieuse.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952&categorieLien=id>

### CHIFFRES

### CLES :

## Sur l'article 142 du décret - Portée du texte et intérêt d'un recours

---

L'article 142 du décret dispose en effet :

*« En cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.*

*Les comités consultatifs de règlement amiable ont pour missions de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.*

*Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.*

*La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.*

*Le mode de saisine, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs sont fixés par décret. »*

La lecture de cet article impose l'analyse suivante : un monopole de la médiation est attribué à la Médiation des entreprises qui est un dispositif gouvernemental agissant gratuitement pour tous les différends concernant l'exécution des marchés publics qui constituent une catégorie juridique très large (qui ne se limite pas aux marchés de travaux, de fournitures et de services) aussi bien en ce qui concerne les contrats concernés que les acheteurs soumis aux règles applicables aux marchés publics.

- **Un monopole attribué à la Médiation des entreprises,** <http://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises>

Ainsi, en cas de différend concernant l'exécution d'un marché public, une seule alternative s'offre aux acheteurs et aux titulaires qui souhaiteraient recourir à un mode amiable de règlement de leur différend : la médiation par la Médiation des Entreprises ou la conciliation par un comité consultatif de règlement amiable.

Il est prévu que « *la saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux* » ce qui représente évidemment un avantage significatif en faveur de la Médiation des entreprises dont ne disposent pas les autres médiateurs.

- **Une médiation concernant tous les différends**

L'article 142 du décret conduit à attribuer à la Médiation des Entreprises le monopole de la médiation sur de très nombreux contrats car l'ordonnance précitée du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a considérablement élargi la catégorie juridique des marchés publics.

L'article 1 du décret dispose qu'il s'applique aux marchés publics soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 à l'exception des marchés publics de défense ou de sécurité définis à l'article 6 de cette ordonnance.

Or, l'ordonnance dispose que les "marchés publics" comprennent désormais, en tant que catégorie juridique, les marchés et les accords-cadres. Par ailleurs, les anciens "contrats de partenariat" deviennent des "marchés de partenariat" et, ce faisant, des marchés publics.

Ces nouveaux marchés de partenariat absorbent toutes les formes de Partenariat public privés : il n'est plus possible de recourir aux baux emphytéotiques administratifs ou aux autorisations d'occupation du domaine public comme substituts aux contrats de la commande publique.

Par ailleurs, l'ordonnance du 23 juillet 2015 a abrogé l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Ainsi seront désormais des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics, non seulement les personnes morales de droit public mais également certaines catégories de personnes privées :

*« 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*

*a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*

*b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*

*c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;*

*3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. »*

A titre d'exemple, il en est ainsi des contrats passés par les sociétés d'économie mixte, les organismes d'HLM, les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat, etc.

Par conséquent, ce monopole attribué à la Médiation des entreprises (dont les médiateurs sont actuellement formés pour devenir médiateurs professionnels et auront un DU2 en fin d'année 2016) est une atteinte à l'égalité d'accès à des missions de médiation pour les médiateurs professionnels.

Il faut également savoir que le Médiateur des entreprises peut intervenir sur des contrats privés, c'est à dire des contrats conclus entre entreprises privées.

## **Le recours proposé**

---

### **Sur les moyens juridiques**

- **Illégalité du support textuel**

L'article 142 du décret du 25 mars 2016 crée un monopole en faveur de la Médiation des entreprises, c'est-à-dire qu'il ferme toute autre forme de médiation aux acheteurs et aux titulaires de marchés publics pour les différends concernant cette catégorie de contrats administratifs.

Or, ce monopole est illégal car seule la loi peut créer un monopole.

Attention : Le Gouvernement pourrait régulariser cette situation par le vote d'un cavalier législatif, c'est-à-dire créer ce monopole en introduisant des dispositions à ce sujet dans un texte de loi qui n'aurait rien à voir avec le sujet traité par le projet de loi.

Se poserait alors la question de la légalité de ce monopole.

- **Rupture d'égalité**

Si l'article 142 ne crée pas de monopole, cet article est illégal car l'interruption des prescriptions et des délais de recours contentieux en faveur de la Médiation des entreprises, crée une rupture d'égalité, les autres médiateurs ne bénéficiant pas de cet avantage.

De même, la gratuité des interventions de la Médiation des entreprises créerait un avantage concurrentiel en sa faveur.

Sur la procédure :

- un **recours gracieux** dans le délai de deux mois à compter du 25 mars 2016
- un **recours pour excès de pouvoir** dans un délai dépendant de la réponse ou de l'absence de réponse de l'Etat au recours gracieux

Si l'Etat ne répond pas au recours gracieux, sa décision implicite de rejet au bout de deux mois fait courir un nouveau délai de recours contentieux de deux mois.

Si l'Etat répond, un nouveau délai de deux mois commencera à courir pour agir au contentieux à compter de la date de réception de sa décision explicite de rejet.

Le Ministère d'avocat n'est pas obligatoire et nous avons la possibilité d'engager un recours direct devant le Conseil d'Etat (seul compétent s'agissant d'un décret) mais dans le cadre de la procédure, seul un avocat au Conseil d'Etat pourra faire des observations orales au nom de l'Ordre des avocats.

Il serait donc préférable de confier le recours à un avocat au Conseil d'Etat.

## Sur l'article 29 du décret – genèse et action proposée

---

### Rappel du droit positif

**1) Directive 2014/24 du 26 février 2014** : Les marchés de services juridiques de représentation en justice ou de conseils liés à une telle représentation sont exclus de son champ d'application (art. 10).

Et s'agissant des prestations de conseil juridique, elles sont également exclues pour les marchés inférieurs à 750.000 € HT. Au-delà de ce seuil, les marchés sont soumis à des règles allégées (art. 4 et 74).

**2) Volet « législatif » de la transposition de la directive dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015** : L'ordonnance ne reprend pas les exclusions susvisées dès lors qu'elle prévoit une exclusion limitée aux :

« 10° [...] marchés publics de services juridiques suivants :

- a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
  - b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
  - c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
- (...) ».

**Dans son arrêt en date du 9 mars 2016**, le Conseil d'Etat, après avoir rejeté la requête en référé-suspension du CNB, de la Conférence des bâtonniers et de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris – Ord. Conseil d'Etat, 16 octobre 2015, req. 393588 -, rejette également sur le fond la demande d'annulation pour excès de pouvoir de l'ordonnance précitée du 23 juillet 2015, considérant notamment qu'il est loisible à un Etat membre de prévoir des modalités plus contraignantes que celles inscrites dans le droit de l'Union européenne.

**3) Volet « réglementaire » de la transposition de la directive dans le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016** : Plusieurs articles réglementent également le régime des prestations juridiques :

- **Art. 29** : les marchés de services de représentation légale et de conseil en lien avec une procédure contentieuse ne se voient pas appliquer les règles du décret à l'exception de celles figurant aux articles 2, 4, 5, 12, 20 à 23, 30, 48 à 55, 60, 107, 108 et du titre IV de la partie I.

Il en résulte que ces marchés sont bien des marchés publics, mais exemptés d'un certain nombre de règles. Il est toutefois précisé que « *l'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public* ».

- **Art. 28** : les autres marchés de services juridiques peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 27. Et l'on rappellera que cet article dispose que « *l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée dont il*

**détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat ».**

- **Art. 30 :** Enfin, quelle que soit la nature des prestations, il est possible de conclure un marché public «  *négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable*  » pour un «  *besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25.000 € HT*  ».

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, à l'exception des marchés de prestations juridiques visés à l'article 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, tous les autres marchés de prestations juridiques sont par nature des marchés publics.

L'exclusion par la Directive 2014/24 des marchés de services juridiques de représentation en justice ou de conseils liés à une telle représentation dans la directive 2014/24 n'est donc pas reprise en droit interne.

Il a seulement été prévu au plan réglementaire que ces marchés sont soumis à certaines règles dont on relèvera qu'elles ne portent pas sur des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable. Pour autant, il a été vu que l'article 29 précité du décret du 25 mars 2015 dispose que dans ce cas «  *l'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public*  », faisant ainsi peser sur cet acheteur la responsabilité d'une absence de procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.

Les contours de ces modalités de publicité restent flous. Par ailleurs, le délit de favoritisme de l'article 432-14 du code pénal a été généralisé à tous les pouvoirs adjudicateurs car il n'existe plus de distinction entre les acheteurs précédemment soumis au code des marchés publics (personnes publiques) et à l'ordonnance du 6 juin 2005 (autres acheteurs), tous sont soumis depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016 aux règles de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016. Il n'existe maintenant qu'un seul corpus juridique.

Aussi, l'acheteur sera d'autant plus prudent dans l'attribution des prestations relevant de l'article 29.

**Ces dispositions nécessitent dans tous les cas d'être interprétées mais il est de l'intérêt des avocats qu'elles le soient dans l'esprit de la directive.**

\*

En l'état de l'article 29, les prestations de représentation en justice et de conseil en lien avec un contentieux ne peuvent être attribuées, sans incertitude pour l'acheteur, en l'absence d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence si légère soit-elle, à l'exception du cas où le montant estimé de ces prestations serait inférieur à 25.000 € HT.

Ceci nécessite qu'il soit affirmé avec force, et en tout premier lieu par l'Ordre des Avocats de Paris, que l'acheteur n'est contraint à aucune obligation de publicité ni mise en concurrence s'agissant des prestations de représentation en justice ou de conseils liés à une telle représentation, sans qu'il puisse être opposé une interprétation restrictive qui n'est pas fondée au regard du droit de l'Union européenne. Et qu'en tout état de cause, la proposition d'une convention d'honoraires satisfait aux exigences dudit article 29.

#### **1. PROJET DE DELIBERATION :**

Connaissance prise du rapport de Monsieur Romain CARAYOL et de Madame My-Kim YANG-PAYA, le conseil de l'ordre des avocats de Paris décide de :

- déposer un recours contre le DECRET N°2016-360 DU 25 MARS 2016 RELATIF AUX MARCHES PUBLICS.
- rédiger une question ministérielle pour que soit affirmé avec force que l'acheteur n'est contraint à aucune obligation de publicité ni mise en concurrence s'agissant des prestations de représentation en justice ou de conseils liés à une telle représentation, sans qu'il puisse être opposé une interprétation restrictive qui n'est pas fondée au regard du droit de l'Union européenne.

#### **2. CALENDRIER DE LA MISE EN ŒUVRE DEVANT LE CONSEIL :**

**Immédiat**