

Commission ouverte

DROIT PUBLIC

Responsables : Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY

Mardi 13 mars 2012

SOUS-COMMISSION DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Compte-rendu de la réunion



COMMISSION DE DROIT PUBLIC

Sous-Commission – Droit Public Economique

Compte-rendu de la réunion du 13 mars 2012

Présents :

Virginie CLAOUE-HEYLLIARD
Arnaud CLAUDE-MOUGEL
Laurent GIVORD
Françoise SARTORIO
Jean-Marie SEEVAGEN

PROCHAINE REUNION : LE 10 AVRIL 2012 A 18h00

RENDU DES PREMIERS « TRAVAUX » : LE 6 AVRIL 2012

En introduction, Françoise Sartorio précise l'ordre du jour de la réunion :

- ▶ La définition et la délimitation du périmètre du droit public économique (DPE) (1) ;
- ▶ L'identification des thèmes de réflexion qui feront l'objet de contributions de la part de chacun des membres de la sous-commission (2) ;
- ▶ La désignation du responsable de la sous-commission DPE (3) ;
- ▶ La désignation des « lanceurs d'alertes » (4).

A titre liminaire, les membres de la sous-commission ont abordé certaines questions touchant aux appels d'offres de prestations juridiques et notamment celles relatives à la réalisation de la « note méthodologique » et à l'offre dite « anormalement basse » qui ont fait l'objet de deux jurisprudences récentes peu « favorables » à notre profession :

- ▶ CAA Versailles 2 février 2012 *cabinet Bruno Kern Avocats*, req. n° 09VE01405¹.
- ▶ CE 1^{er} mars 2012 *département de la Corse du Sud*, req. n° 354159².

¹ « Considérant que, s'agissant d'un marché de prestations juridiques, le pouvoir adjudicateur est en droit d'exiger, sur le fondement de l'article 49 précité, que l'offre du candidat soit accompagnée, sans contrepartie financière, d'un avis juridique en rapport avec l'objet et l'importance du marché à condition que cette prestation ne représente pas un investissement significatif ; qu'ainsi, eu égard à l'enjeu juridique et financier que représentait l'achat d'un supercalculateur d'une valeur estimée à 20 millions d'euros, le CNRS était en droit de s'assurer des capacités professionnelles du prestataire par la remise d'un avis juridique au stade de l'offre afin de minimiser les risques de contentieux lors de la passation du marché en vue de l'achat de ce supercalculateur ».

² « (...) qu'eu égard à cette circonstance, et compte tenu des autres coûts que devra supporter le nouveau prestataire, il ne résulte pas de l'instruction qu'en ne rejetant pas l'offre retenue comme anormalement basse et susceptible de rendre difficile l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur aurait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation ni, dès lors, méconnu le principe d'égalité entre les candidats et manqué à ses obligations de mise en concurrence ».

Françoise SARTORIO précise qu'il s'agit de thèmes sur lesquels la sous-commission Observatoire a décidé de travailler.

1 La définition et la délimitation du périmètre du DPE

La problématique de l'identification du périmètre d'intervention de la sous-commission réside dans le caractère « *pluridisciplinaire* » du DPE qui fait l'objet de troisièmes cycles dans lesquels sont enseignés notamment : le droit de la « *commande publique* » (marchés publics, délégations de service public...), le droit de la concurrence, le droit public des biens, le droit de l'interventionnisme public (aides d'Etat, la réglementation des activités économiques...), le droit pénal ...

Les membres de la commission ont donc pris acte de la nécessité de circonscrire le périmètre du DPE ne serait-ce que pour garantir la qualité optimale des « *travaux* » de la sous-commission.

1.1 Dans un premier temps, les membres de la commission ont procédé à une délimitation par « *exclusion* », c'est-à-dire par référence à ce qui entre dans le périmètre des autres sous-commissions, lesquelles sont :

- ▶ La sous-commission « *Observatoire* » dont l'objet est la surveillance des marchés de prestations d'assistance juridique à titre principal ou accessoire ;
- ▶ La sous-commission « *Contentieux* » ;
- ▶ La sous-commission « *Urbanisme* ».

Un point de « *frottement* » particulier a été identifié entre la sous-commission « *DPE* » et la sous-commission « *Urbanisme* » : la concession d'aménagement.

Les membres de la commission sont d'avis de considérer que la concession d'aménagement relève du droit de la « *commande publique* » et donc du DPE, comme en témoigne d'ailleurs son traitement au sein même du code des marchés publics qui distingue les concessions « *soumises au droit communautaire des concessions* » (articles R. 300-4 à R. 300-11 du code de l'urbanisme) de celles « *soumises au droit communautaire des marchés* » (articles R. 300-11-1 à R. 300-11-6 du même code)³.

Ce point devra faire l'objet d'une discussion avec la sous-commission « *Urbanisme* » et, le cas échéant, d'un arbitrage.

1.2 Dans un second temps, il a été acté de limiter le périmètre de la sous-commission DPE à :

³ A travers cette distinction, c'est toute la question du « *risque* » assumé par l'opérateur qui est abordée. A cette occasion, Laurent Givord a attiré l'attention des membres de la sous-commission sur les éventuels impacts de la jurisprudence *Helmut Muller* (CJUE 25mars 2010, aff. C-451/08 : la propriété est, en principe, exclusive de tout risque).

« Tous les contrats qui constituent le socle d'un projet public et qui sont générateurs de produits/recettes pour le/les cocontractants de la collectivité publique ».

2 Les thèmes de réflexion pris en charge par la sous-commission DPE

2.1 Dans un premier temps, plusieurs thèmes de réflexion ont été mis en relief :

- ▶ La question particulière du périmètre de la concession de travaux au sens du droit communautaire ;
- ▶ La question des aides financières pouvant être octroyées au cocontractant de la collectivité publique, question s'inscrivant dans le cadre général du financement du service public ;
- ▶ La question du risque de gestion de fait dans le cadre de la « *commande publique* » et notamment à travers la perception de la « *surtaxe* » par le cocontractant de la collectivité publique ;
- ▶ La question des redevances d'occupation du domaine ;
- ▶ La question des implications du « *Paquet Barnier* » (qui traite notamment de la concession de service).

2.2 Dans un second temps, les thèmes finalement entérinés ont été répartis de la manière suivante :

- ▶ Virginie CLAOUE-HEYLLIARD : Les aides financières pouvant être octroyées au cocontractant de la collectivité publique ;
- ▶ Arnaud CLAUDE-MOUGEL : Le « *Paquet Barnier* » ;
- ▶ Laurent GIVORD : Le risque de gestion de fait notamment à travers la perception de la « *surtaxe* » par le cocontractant de la collectivité publique ;
- ▶ Jean-Marie SEEVAGEN : La détermination du montant de la redevance d'occupation du domaine public.

La structuration des contributions sera, en principe, la suivante :

- ▶ Problématique ;
- ▶ Enjeux ;
- ▶ Argumentaire ;
- ▶ Préconisation(s).

Les différentes contributions seront remises le 6 avril et il en sera discuté à l'occasion de la prochaine réunion de la sous-commission DPE, fixée le 10 avril à 18h00, chez Françoise SARTORIO.

2.3 Les membres de la sous-commission conviennent de l'absolue nécessité de faire « fructifier » les différents « travaux » des sous-commissions à travers notamment :

- ▶ La publication des résultats des contributions dans des revues spécialisées (après validation par le comité scientifique de formation et de publication) ;
- ▶ La possibilité de présenter les résultats des contributions aux élus, aux instances représentatives pour que sur certains sujets, les contributions deviennent des positions officielles de l'Ordre des Avocat.

Françoise SARTORIO rappelle toutefois que ce point particulier fait l'objet d'un débat qui, pour l'heure, ne semble pas avoir été arbitré au sein de la commission ouverte de droit public et qu'il faudra en rediscuter en séance plénière.

3 La désignation du responsable de la sous-commission DPE

Jean-Marie SEEVAGEN est désigné comme responsable de la sous-commission DPE.

4 La désignation des « lanceurs d'alertes »

Arnaud CLAUDE-MOUGEL et Laurent GIVORD sont désignés comme « lanceurs d'alertes » dont le rôle est de permettre à notre profession de formuler, en temps utile, toutes les suggestions nécessaires concernant les textes légaux et réglementaires (existants ou à intervenir).

En conclusion, les membres de la sous-commission ont abordé les points suivants :

▶ **« Ateliers campus »**.

En vue des prochains « Ateliers campus », le thème de « *la place de la négociation dans les procédures de mise en concurrence* » a été proposé.

Si ce thème est retenu, des contributions devront être réalisées en vue d'assurer « *l'animation* » des « Ateliers campus ».

▶ **Marchés publics de services juridiques**.

Les membres de la sous-commission concluent la réunion quasiment comme ils l'avaient débuté : par une discussion « *libre* » sur les marchés publics de services juridiques.

Ce qui révèle, encore une fois, le caractère « *sensible* » du sujet.

Est abordée la problématique des marchés de prestations intellectuelles « *mixtes* », comportant, par exemple, un volet « *juridique* » et un volet « *financier* » (et / ou un volet « *technique* »).

Les membres de la sous-commission constatent que certains Confrères ont été déclarés attributaires de ce type de marché et qu'ils avaient sous-traité le volet « *financier* ».

Ceci pose de nombreuses questions **dont celle de la mise en œuvre de l'assurance en cas de « *sinistre* »**.

Par ailleurs, certaines collectivités publiques exigent qu'en cas d'attribution du marché à un groupement, celui-ci soit solidaire. Ceci n'est pas envisageable lorsqu'un des membres du groupement est un avocat.

Enfin, ce type de marché pose plus généralement la question de leur régularité au regard de l'article 10 du code des marchés publics relatif à l'allotissement.