L'Observateur de Bruxelles®

DBF Bruxelles
Délégation des Barreaux de France

La revue d'information juridique européenne de la Délégation des Barreaux de France

Editorial

L'alibi de la simplification
Yvon Martinet, Vice-Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris

Dossier spécial
Les marchés publics

La réforme de la commande publique européenne
Georg Riekeles, Membre du cabinet de Michel Barnier, Commissaire en charge du marché intérieur et des services

Regards croisés : Le régime juridique européen de passation et d'exercice des marchés publics de services juridiques

L'Avocat saisi par le droit européen de la commande publique
Jacques Buès, Avocat au Barreau de Paris

Position du Barreau autrichien sur la modernisation des marchés publics
Dr. Michael Kutschera et Dr. Johannes Barbist pour le Barreau autrichien

Marchés publics des institutions de l'Union : actualités jurisprudentielles
Michel Van Huffel, Référendaire au Tribunal de l'Union européenne

Le système d'alerte précoce de la Commission européenne ou d'un certain oubli des droits fondamentaux ?
Christophe Bernard-Glanz et Laure Levi, Avocats au Barreau de Bruxelles

Point sur…

« La liberté d'expression de l'avocat ne peut être limitée que de manière exceptionnelle - A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 décembre 2011, Gisèle Mor c. France »
Christian Charrière-Bournazel, Président du Conseil national des barreaux, et David Lévy, Directeur du pôle juridique du Conseil national des barreaux

L'actualité du droit de l'Union européenne

Voir notamment : Paquet de mesures sur les services d'intérêt économique général, Paquet de mesures sur la protection des données, Proposition de directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, Directive « Permis unique »…

Distribué par
larcier

Trimestriel d'informations européennes - Avril 2012 - www.dbfbruxelles.eu - ISSN 1372-3715 n° 88

Regards croisés : Le régime juridique européen de passation et d'exercice des marchés publics de services juridiques

Wir sprechen für Ihr Recht.
DIE ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWÄLTE

Position du Barreau autrichien sur la modernisation des marchés publics

Dr. Michael Kutschera
Dr. Johannes Barbist
pour le Barreau autrichien

L'Ordre des avocats autrichien (ÖRAK) est le représentant institutionnel des avocats en Autriche et a vocation, en tant que tel, à sauvegarder les droits et les intérêts des avocats autrichiens ainsi qu'à les représenter sur le plan national, européen et international. Dans cette fonction, il lui incombe en particulier de faire des propositions de loi et de prendre position sur les projets de loi, ainsi que de relever, auprès des autorités compétentes, les lacunes du système juridictionnel et administratif et de formuler des suggestions afin d'améliorer le système juridictionnel et administratif.

La position de l'ÖRAK sur les propositions de directive de la Commission européenne sur la modernisation des marchés publics est la suivante.

I. INTRODUCTION

Les développements qui vont suivre se réfèrent à la version allemande de la proposition de directive sur la passation des marchés publics[1] et valent, *mutatis mutandis*, pour la proposition de directive relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux[2] et pour les points 4. et 5. de la proposition de directive sur l'attribution de contrats de concession[3].

La présente prise de position se limite essentiellement — en l'état actuel — à relever les points particulièrement problématiques du paquet de réforme, du point de vue des avocates et avocats autrichiens.

II. SUR LES OBJECTIFS DU PAQUET DE REFORMES

La Commission européenne veut mettre à la disposition des administrations et des fournisseurs, en Europe, un ensemble d'instruments flexibles et faciles d'accès (par exemple par le développement des outils de négociation et de passation de marchés en ligne) et leur faciliter ainsi une passation de marchés transparente et organisée de façon concurrentielle, au meilleur rapport coûts-avantages (« value for money »). De plus, elle souhaite faciliter la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics.

Ces mesures sont incontestablement à saluer. Toutefois, les exigences européennes en matière de passation de marchés publics atteignent un degré de complexité tel qu'il n'est quasiment plus compréhensible pour les non-juristes. Dès lors, se pose la question de savoir si l'aménagement et la simplification des processus peuvent, en pratique, effectivement être réalisés (dans l'étendue souhaitée). Dans ce contexte, des programmes de formation spécifiques pour les administrations pourraient être envisagés afin de leur faciliter le maniement des instruments juridiques relatifs à la passation des marchés publics[4].

Le renforcement de l'efficacité doit également passer par une diminution des délais accordés pour la participation et la soumission des offres. Ceci engendre toutefois des conflits d'intérêts au regard de la nécessité pour les soumissionnaires de pouvoir disposer d'un délai suffisant pour

1. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics du 20 décembre 2011, COM (2011) 896 final.
2. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux du 20 décembre 2011, COM (2011) 895 final.
3. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession du 20 décembre 2011, COM (2011) 897 final.
4. Voir par exemple l'initiative de formation des juges nationaux pour l'application directe du droit de la concurrence.

examiner convenablement l'appel d'offres et élaborer des demandes de participation ou des offres. Dans ce contexte, le nouveau régime des délais devrait être repensé.

Dans le cadre de la législation actuelle, se pose déjà fréquemment le problème de la restriction des possibilités de recours du candidat/soumissionnaire, du fait, d'une part, de l'instauration de délais toujours plus courts pour s'opposer aux « décisions contestables » de l'adjudicateur et, d'autre part (du moins en Autriche), d'un sévère régime de forclusion. Même dans ce domaine, la rapidité (se traduisant par de courts délais de recours) ne peut pas devenir le seul moteur déterminant de la réforme. Le caractère équitable de la procédure de passation des marchés et l'existence de possibilités de recours convenables doivent être garantis, notamment au regard des exigences du droit européen.

III. SUR L'ABANDON DE LA DISTINCTION ENTRE LES SERVICES PRIORITAIRES (SERVICES « A ») ET LES SERVICES NON PRIORITAIRES (SERVICES « B »)[5]

L'Ordre des avocats autrichien se prononce pour un maintien du traitement différencié des services « A » et des services « B ».

Le paquet de réformes ne prévoit plus de réglementations spécifiques que pour les services sociaux. Mais en réalité, d'autres groupes de services « B » exigent également — toujours — un traitement spécial. Ceci concerne, notamment et en particulier, les prestations de conseil juridique de valeur importante (par exemple, dans le « domaine général », 130 000 euros ou 200 000 euros selon les cas), qui exigent un rapport de confiance particulier du pouvoir adjudicateur avec son avocat. Par ailleurs, il n'y a, en règle générale, pour les prestations de conseil juridique, pas d'intérêt transfrontalier accru à cette prestation de services, d'autant plus que les ordres juridiques des différents Etats membres de l'Union européenne divergent toujours fortement les uns des autres. A ce titre, il est important de noter que le Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics[6] ne parvient pas à la conclusion qu'une uniformisation totale de la passation de toutes les sortes de marchés de prestations de services est nécessaire.

A cela s'ajoute le fait que la « réglementation standard » de passation des marchés publics, prévue par la réforme, n'est pas organisée de façon souple (primauté de la procédure ouverte ou restreinte ou du partenariat d'innovation, limitation du domaine d'application de la procédure concurrentielle avec négociation), de sorte que la proposition ne peut qu'être refusée dans son ensemble.

IV. INTERVENTION DANS LE MARCHE DU CONSEIL JURIDIQUE ET DISTORSION DE CONCURRENCE

La proposition de directive sur la passation des marchés publics prévoit qu'une « *centrale d'achat* » (éventuellement) ou un « *prestataire de services de passation de marché* » exerce, *ex definitione*, des « *activités d'achat auxiliaires* »[7]. Selon notre compréhension, les « *activités d'achat auxiliaires* » pourraient également comprendre de véritables prestations de conseils juridiques, au sens de la catégorie 861 de la nomenclature CPC selon l'annexe II.B. de la directive 2004/18/CE[8] et de la réglementation de même contenu de la directive 2004/17/CE[9].

La proposition de réforme[10] prévoit, par ailleurs, qu'un organe de contrôle propose des conseils juridiques notamment aux pouvoirs adjudicateurs « *sur les questions d'interprétation* [...] *et sur l'application* » des règles relatives aux marchés publics et, dans le même temps, que des structures d'appui technique, dont la mise en place est obligatoire, offrent notamment aux pouvoirs adjudicateurs des conseils juridiques « *lors de la préparation et de l'exécution des procédures de passation de marchés* ». En outre, les Etats membres doivent veiller à ce que « *cha-*

5. COM (2011) 896 final précitée, article 2 §11.
6. *Livre sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics — Vers un marché européen des contrats publics plus performant* du 27 janvier 2011, COM (2011) 15 final.
7. COM (2011) 896 final précitée, article 2 §16 à §19.
8. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30 avril 2004, p. 114-240.
9. Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134 du 30 avril 2004, p. 1-113.
10. COM (2011) 896 précitée, articles 83 et suivants.

que pouvoir adjudicateur puisse obtenir une assistance et des conseils pertinents sur des questions spécifiques ».

Toutes ces propositions empiètent largement sur le marché du conseil juridique, au détriment des professions de conseil juridique (en particulier les avocats) et aboutissent — de façon totalement injustifiée — à d'importantes distorsions ou limitations de concurrence.

Il semble que les propositions partent du principe que l'offre de services juridiques serait proposée aux pouvoirs adjudicateurs par des établissements étatiques ou financés par l'Etat. Ces établissements seraient probablement à but non lucratif ; ils ne percevraient (éventuellement) aucune contrepartie et seraient privilégiés par rapport aux professions de conseil juridique, en ce qui concerne les éventuels conflits d'intérêts et les obligations d'assurance responsabilité civile. Ceci ferait, dès lors, peser sur la profession d'avocat une menace de graves désavantages concurrentiels. Dans ce contexte, de lourdes conséquences sur le marché des professions de conseil juridique seraient inévitables.

Les professions de conseil juridique sont plus aptes à prodiguer les conseils juridiques nécessaires à la passation de marchés publics. Cela vaut en particulier pour les avocats qui, du fait de leur formation complète et de leur indépendance, défendent les intérêts des adjudicateurs et peuvent ainsi accompagner de façon professionnelle la préparation et l'exécution de la procédure de passation de marchés. Les réformes susvisées aboutiraient ainsi, sans aucune justification objective, à priver les professions de conseil juridique, du moins en partie, d'un domaine d'activité essentiel. En conséquence, le paquet de réformes constitue une violation du droit à la liberté d'entreprendre, garanti par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

De surcroît, cette façon de procéder contrevient à l'ensemble des principes fondamentaux de politique économique, en particulier à la reconnaissance de la liberté du marché issue de l'article 119 TFUE et au principe de subsidiarité qui en découle, de la prise en charge de missions par l'Etat. La proposition ne comporte aucune justification objective selon laquelle les prestations de conseil juridique proposées sur le marché, en particulier par les avocates et avocats (spécialisé(e)s), en matière de marchés publics, seraient insuffisantes, ni n'indique de raisons pour lesquelles il faudrait en conséquence privilégier le transfert de cette mission à des autorités étatiques (ou autres). Aucune raison objective ne saurait d'ailleurs être invoquée, puisque les avocates et avocats (spécialisé(e)s) offrent, depuis de nombreuses années, des prestations de conseil juridique qualifiées en matière de marchés publics et servent ainsi au mieux les intérêts de leurs clients (les pouvoirs adjudicateurs).

V. INSECURITE JURIDIQUE LIEE AUX DIFFERENTES VERSIONS LINGUISTIQUES

La version allemande du paquet de réformes nécessite, sur des points essentiels, des améliorations linguistiques, ne serait-ce que pour obtenir un parallélisme avec la langue de travail (version anglaise). Déjà, avec la version actuellement en vigueur des directives, des différences linguistiques peuvent être relevées sur certains points, ce qui entraîne dans la pratique d'épineux problèmes d'interprétation (notamment en ce qui concerne l'interprétation conforme aux directives, ou l'application immédiate des directives). Les incertitudes juridiques qui en résultent devraient au moins être évitées autant que possible.

Un exemple issu de la proposition de directive sur la passation des marchés publics :

Article 22 Illicit conduct	Artikel 22 Rechtswidriges Verhalten
« *Candidates shall be required at the beginning of the procedure to provide a declaration on honour that they have not undertaken and will not undertake to:* *(a) unduly influence the decision-making process of the contracting authority or obtain confidential information that may confer upon them undue advantages in the procurement procedure* ; [...] »	« *Die Bewerber müssen zu Beginn des Verfahrens eine ehrenwörtliche Erklärung* *abgeben, dass sie Folgendes unterlassen haben und werden:* *(a) ungebührliche Einflussnahme auf den* *Entscheidungsprozess des öffentlichen Auftraggebers, um vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die sie ungebührliche Vorteile beim Auftragsvergabeverfahren erlangen könnten;* [...] »

La version anglaise prévoit deux propositions alternatives (« *unduly influence… or obtain...* »), alors que la version allemande formule une proposition unique par la locution « *afin de* » (ce qui change le sens). Ceci étant, la question se pose aussi de savoir ce qu'il faut comprendre exactement par « *influence indue* » (undue influence) ou avantages indus (« *undue advantages* »). Enfin, une déclaration sur l'honneur ne peut empêcher les comportements illégaux, de sorte que le surcroît de dépenses qui en résulte pour les soumissionnaires n'est contrebalancé par aucune contrepartie. De tels comportements devraient plutôt être sanctionnés (par exemple par l'article 55 : exclusion du soumissionnaire).

VI. SUR LES MARCHES CONJOINTS ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS DE DIFFERENTS ETATS MEMBRES

Selon notre compréhension, le point 8 doit être combiné avec le point 9 de l'article 38 de la proposition de directive sur la passation des marchés publics, de sorte que les décisions relatives à la passation de marchés publics dans le cadre des marchés transfrontières ne puissent être soumises à recours que dans un seul Etat membre (qui doit, selon nous, être l'Etat membre dont le droit matériel trouve application à la procédure de passation de marchés concernée, conformément aux points 2 à 7). Si cela est effectivement le sens de cette disposition, son contenu devra être formulé de façon plus claire.

De plus, le régime linguistique et, plus généralement, les garanties de protection pour la personne qui forme un recours dans un Etat membre dans une langue étrangère devraient éventuellement être précisés.

VII. SUR LE CHOIX DES PARTICIPANTS ET L'ATTRIBUTION DES MARCHES

D'après les articles 54, 55 et 69 de la proposition de directive sur la passation des marchés publics, le pouvoir adjudicateur pourrait exclure la participation à une procédure de passation de marchés publics un opérateur économique qui ne respecterait pas certaines dispositions légales européennes ou internationales (au moins d'une manière équivalente), ou ne pas lui attribuer le marché même s'il a soumis la meilleure offre. Le pouvoir adjudicateur demeure, toutefois, libre de ne pas sanctionner cette infraction. Les termes de la proposition ne permettent en tous cas pas de conclure à une telle obligation [11]. Le régime constitué d'alternatives (attribution au deuxième meilleur soumissionnaire ou exclusion) semble également malheureux ; le plus juste serait une exclusion. Enfin, il est difficile de déterminer les infractions qui justifieraient effectivement de telles mesures, d'autant plus que l'étendue des dispositions en matière de droit social, de droit du travail et de droit de l'environnement est difficilement maîtrisable pour les pouvoirs adjudicateurs et que l'on peut se demander ce qu'il faut comprendre par la formule : « *respecte* […] *d'une manière équivalente, les obligations* […] » ou « […] *respect d'une manière équivalente* [12] ».

L'Ordre des avocats autrichien demande que les points susvisés soient pris en considération au cours du processus législatif.

Traduction réalisée par le cabinet d'avocats Hertslet Worlfer & Heintz (hw&h — Avocats & Rechtsanwälte), Paris

11. Voir en revanche l'explication individuelle sur ce point COM (2011) 896 final précitée p. 11.

12. NdT : cette citation est issue de l'article 55.3 lit. (a) *in fine* de la version allemande ; on retrouve cette formule dans la version anglaise (« *also includes compliance in an equivalent manner* ») mais pas dans la version française. Par ailleurs, l'expression « *d'une manière équivalente* » est traduite, dans la version allemande, par l'expression « *de façon raisonnable* ».