

Madame Elżbieta BIEŃKOWSKA
Commissaire au Marché intérieur, à
l'Industrie, à l'Entrepreneuriat et
aux PME

Copie :
Monsieur Pierre DELSAUX
Directeur général adjoint

Monsieur Joaquim NUNES DE
ALMEIDA
Directeur Direction E « Marchés
publics »

Paris, le 13 mars 2015

**Objet : Directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014
Alerte relative au refus annoncé de l'Etat français de transposer les directives au
titre des services juridiques assurés par les avocats**

Madame la Commissaire,
Chère Madame,

Le 26 février 2014, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics ainsi que les directives 2014/23/UE et 2014/25/UE.

Ces directives modifient substantiellement le régime applicable aux services juridiques assurés par les avocats au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE, en considération de la spécificité de cette profession et des principes essentiels régissant les relations de celle-ci avec ses clients.

Il résulte clairement des dispositions de la directive 2014/24/UE que :

- Les services de représentation légale et de conseil associé sont exclus du champ d'application de la directive en application de son considérant 25 et de son article 10 (productions n° I et II) ;

- Les autres services juridiques, définis à l'Annexe XIV de la directive ne sont pas soumis à une procédure de droit commun et font l'objet d'une procédure allégée dont les modalités sont définies au chapitre Ier du Titre III de la directive, lorsque leurs montants sont supérieurs au seuil de 750.000 euros hors taxes en application conjuguée de ses considérants 114 et 116, de ses articles 4 et 74 et de ladite Annexe XIV (productions n° III, IV et V) ;

Il est ici à relever que ces dispositions sont également reprises par les directives 2014/23/UE et 2014/25/UE.

Les Etats membres de l'Union européenne doivent intégrer ces nouvelles dispositions dans leur ordre juridique interne avant le 18 avril 2016.

Or, dès à présent, le Gouvernement français a publiquement annoncé son intention de ne pas transposer le nouveau régime fixé par les directives pour ce qui relève de la passation des marchés de services juridiques assurés par des avocats.

En effet, le Gouvernement français, tel qu'habilité par la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, a été autorisé à opérer la transposition de ces directives par voie d'ordonnance et a rendu public un projet d'ordonnance écartant de façon délibérée ces nouvelles dispositions, ainsi qu'en témoignent l'article 11 du projet ainsi que l'article 2-5.2 de la fiche d'impact jointe (productions n° VI et VII).

Bien naturellement, l'ensemble des Barreaux de France, a pu, de façon unitaire et officielle, signaler au Gouvernement français que cette situation était clairement constitutive d'un déni de transposition.

Dans la suite de la procédure dite de « *concertation publique* » clôturée depuis le 30 janvier 2015, aucun écho, d'aucune sorte, n'a été donné à cet avertissement par le Gouvernement français.

Dès lors, il nous importe d'alerter la Commission européenne en considération de la mission dont elle est investie visant à veiller à la correcte transposition du droit de l'Union européenne au sein de l'ordre juridique interne de tous les Etats membres de l'Union européenne.

A l'appui, il convient de souligner qu' :

En premier lieu, la transposition incomplète par le Gouvernement français de l'article 10 de la directive contreviendrait aux articles 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article 4, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne, imposant aux Etats membres l'obligation de prendre les mesures nécessaires à l'application effective, dans leurs ordres juridiques nationaux, des directives adoptées par le législateur européen.

Ce défaut s'inscrirait également en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union qui a posé le principe selon lequel seule une transposition fidèle de tous les éléments de la directive constitue une transposition correcte et complète (Arrêt de la CJUE du 9 juin 2011, *Commission / Luxembourg*, aff. C-458/10).

En deuxième lieu, ce choix annoncé du Gouvernement français contreviendrait au principe cardinal d'application uniforme du droit de l'Union européenne sur l'ensemble du territoire des Etats membres.

A cet égard, il convient de relever qu'il résulte des travaux préparatoires de la directive 2014/24/UE que « *« La présente proposition porte sur un domaine dans lequel la législation adoptée par l'Union a une finalité de coordination, avec un impact important sur un large éventail de secteurs de la législation nationale. Nonobstant cette finalité de coordination, nombre de dispositions prévoient une harmonisation totale et de multiples obligations légales »* (COM (2011) 896 final, p.7).

Il apparaît évident que la définition du champ d'application de cet instrument procède d'une logique d'harmonisation totale, inférant l'obligation de reprendre fidèlement les dispositions de la directive définissant son champ d'application dans leurs instruments de transposition, par les Etats membres.

En outre, l'article 10 de la directive 2014/24/UE comporte des prescriptions précises sur les marchés de services exclus du champ d'application de la directive, la motivation de ces exclusions étant explicitement détaillée au considérant 24 de la directive, s'agissant des services juridiques, à savoir que « *de tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics* ».

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que les Etats membres doivent procéder à une transposition fidèle et intégrale de la directive à cet égard et, plus particulièrement, de son article 10 permettant d'assurer l'application uniforme du droit de l'Union européenne.

En troisième lieu, le choix du Gouvernement français de ne pas vouloir transposer intégralement l'article 10 de la directive contrevient aux objectifs poursuivis par cet instrument juridique.

En effet, il ressort très clairement des travaux préparatoires de la directive (COM (2011) 896 final) que celle-ci a pour objectif d'assurer aux opérateurs économiques la pleine jouissance des libertés fondamentales dans la concurrence pour les marchés publics, en renforçant la sécurité juridique et en garantissant des procédures transparentes et non-discriminatoires, grâce à l'harmonisation des régimes juridiques nationaux.

Or, la transposition tronquée de la directive génère une situation d'insécurité juridique patente et induit une application discriminatoire des dispositions de celle-ci, dans la mesure où, pour l'exercice de services identiques, les opérateurs économiques se verront appliquer des régimes juridiques différents selon l'Etat membre dans lequel ils exerceront leurs services.

Au surplus, il est important de constater que le régime juridique annoncé par le Gouvernement français place les opérateurs économiques dans une situation d'insécurité juridique particulièrement caractérisée, sachant que la fiche d'impact assortissant le projet d'ordonnance indique que « *seuls seront exclus les marchés de services juridiques pour lesquels une mise en concurrence apparaît comme impossible ou inutile* », sans définir aucun critère de nature à qualifier cette impossibilité. Ce faisant, les pouvoirs adjudicateurs se voient réserver un pouvoir totalement discrétionnaire pour décider s'ils s'estiment ou non tenus d'organiser une procédure de passation de marché, ce qui viole directement le principe d'égalité de traitement.

En quatrième et dernier lieu, à ce stade, les éléments invoqués par le Gouvernement français pour motiver son refus de transposition sont inopérants, à savoir qu'« *aucun motif d'intérêt général ne permet, en droit interne, de les soustraire aux principes fondamentaux de la commande publique* ». En effet, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que les États membres ne sauraient exciper de situations de leur ordre juridique interne pour justifier le non-respect des obligations résultant des directives

(Arrêt de la CJUE du 15 septembre 2011, *Land Hessen / Franz Mücksch OHG*, aff. C-53/10).

Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer qu'en refusant, délibérément, de transposer en droit français les prescriptions de l'article 10, sous d), points i) à ii), le Gouvernement français manquerait aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union européenne.

Pour cet ensemble de motifs, la Commission est respectueusement invitée à faire preuve de la plus grande vigilance conservatoire dans son travail de suivi du processus de transposition de la directive 2014/24/UE (et des directives 2014/23/UE et 2014/25/UE) par l'Etat français et d'user, à cet effet, de tous les pouvoirs dont elle est investie.

En effet, si une telle dénaturation du droit de l'Union européenne devait intervenir dans le champ du droit positif interne, cela imposerait l'engagement d'un lourd processus contentieux qu'il est encore possible d'éviter.

Bien naturellement, la Délégation des Barreaux de France à Bruxelles demeure à votre disposition pour toute information complémentaire que vous pourriez souhaiter.

Vous souhaitant parfaite réception de la présente, nous vous prions de recevoir, Madame la Commissaire, Chère Madame, l'expression de nos plus respectueux hommages en vous assurant de notre considération la plus distinguée et la meilleure.



Marc BOLLET
Président de la
Conférence des Bâtonniers



Pascal EYDOUX
Président du
Conseil national des
Barreaux



Pierre-Olivier SUR
Bâtonnier de Paris

Annexes :
Productions I à VII