



« 3 QUESTIONS à » Gabriel Benesty

Sur les publicistes face aux marchés publics

« 3 QUESTIONS A » Gabriel Benesty Sur les publicistes face aux marchés publics

Gabriel Benesty est associé du cabinet **Benesty Taithe Panassac Associés**. Diplômé de la première promotion de l'Institut de Droit Public des Affaires, qui fête ses 20 ans, il est candidat au Conseil de l'Ordre et animera le 26 octobre 2010 une conférence sur le thème « *Choisir son avocat : règles déontologiques et mise en concurrence dans les marchés publics* »

1. Christiane Féral-Schuhl : Quelle est la situation des avocats publicistes, qui semblent traverser une crise ?

Gabriel Benesty : Le barreau « publiciste » de Paris comprend aujourd'hui environ 300 avocats, dont un tiers est titulaire de la spécialisation et une grande partie issue de l'Institut de Droit Public des Affaires de l'EFB. Ce petit nombre d'avocats subit, depuis quelques années, dans une indifférence certaine, le joug de plus en plus pesant des règles de mise en concurrence publique, dont les plus connues sont celles du Code des marchés publics. Aujourd'hui, toute prestation de services dont le montant annuel est supérieur à 4 000 euros doit faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence, non seulement de la part de l'Etat et des collectivités locales, mais également des opérateurs publics qui interviennent dans les domaines de la culture, de la santé, des transports, de l'enseignement et de l'aménagement.

Rappelons que ces mises en concurrence doivent reposer sur des critères explicites et quantifiés, dont l'ignorance constitue une illégalité affectant le contrat conclu, voire un délit dit de favoritisme. Les opérateurs publics se trouvent donc liés dans leur choix final et recherchent, pour éviter tout risque de contentieux, des éléments objectifs de justification de leur décision.

L'activité de l'avocat, plaidante ou pas, n'échappe pas à ces règles.

Nos cabinets doivent donc s'affronter chaque jour – et ce ne sont pas de vains mots - dans des appels d'offre pu-

blics où le critère quasi-incontournable du prix devient prépondérant dès lors qu'il est particulièrement difficile et nécessairement subjectif, de distinguer de manière sensible les compétences, les qualités techniques, ou encore une méthodologie générale de traitement de dossiers entre des cabinets spécialisés, dont la réputation des membres n'est plus à faire. Les administrations et les opérateurs publics ont donc naturellement tendance à distinguer, au final, nos offres sur le critère « objectif » du prix.

La conséquence est immédiate : une chute vertigineuse des taux horaires pratiqués. On cite des extrêmes à 50 ou 70 euros de l'heure, pour lesquels le terme de « dumping » pourrait être utilisé ; des taux proches de 100 euros sont désormais fréquents, même de la part de

cabinets importants dont les honoraires, pour leurs clients privés, sont souvent trois fois supérieurs.

Un simple rapprochement de ces taux avec le « tarif UJA Paris » première année affecté d'un coefficient classique de frais généraux laisse à penser que ce ne seront pas les avocats les plus expérimentés d'un cabinet qui seront amenés à traiter des dossiers parfois particulièrement délicats et sensibles.

2. Christiane Féral-Schuhl : De quelle manière cette situation alarmante pour les publicistes influence-t-elle notre profession ?

Gabriel Benesty : Cette situation est d'abord le résultat d'une dilution de notre profession dans la catégorie des « services », en lui refusant toute spécificité tenant à nos règles déontologiques : conflit d'intérêts, secret professionnel et lien de confiance avec nos clients. Certains donneurs d'ordre ne voient plus de différence entre la consultation d'un avocat et celle du juriste d'une entreprise, dont la CJUE vient de rappeler qu'elle ne pouvait bénéficier de la protection issue du secret professionnel. Le « périmètre » du droit s'en trouve menacé au point que certains confrères sont contraints de saisir les juridictions lors de l'attribution de prestations juridiques à des entreprises ou des associations.

Ne doutons pas que cette confusion initiée au niveau des administrations se propagera chez les opérateurs privés, déjà sensibilisés à la notion de prestations juridiques dites « accessoires » par d'autres professions.

Le secret, dont désormais toutes les instances judiciaires et administratives s'accordent à reconnaître qu'il s'étend aux honoraires, est également mis à bas au moyen de la publication d'avis d'attribution rendue obligatoire par le

Code des marchés publics. Par ce biais, le nom de nos clients, et éventuellement le montant des honoraires forfaitaires que nous percevrons, sont portés à la connaissance de tous. Là encore, notre clientèle privée pourrait être surprise d'éventuelles distorsions d'honoraires, qui pourraient paraître non justifiées. Notre Règlement Intérieur prévoit que les honoraires sont fixés selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété. En matière de marchés publics, ce n'est plus le cas : le prix est déterminé afin d'écartier l'offre d'un confrère et de contraindre, finalement, un client à choisir un autre avocat.

L'ensemble de ce processus aboutit à rompre le lien de confiance qui doit exister entre le client et son avocat. C'est d'abord une rupture contrainte de la relation qui pouvait exister antérieurement : nombres de cabinets publicistes perdent de « vieux clients » au détour d'un appel d'offres avec pour seule explication « Désolés, nous n'avons pas pu faire autrement, ils étaient moins chers ! ». Ensuite, pour l'avocat attributaire, comment travailler lorsque l'on n'a pas été souhaité ? Enfin, pour l'opérateur public, quelle pertinence à nouer une relation de confiance avec un avocat qui, dans un délai d'un à trois ans, sera remplacé ?

L'avocat devient un technicien du droit et n'est plus un partenaire avec lequel se construit une décision ou une défense dans le cadre d'un échange. C'est, à nouveau, une dévalorisation de notre profession.

3. Christiane Féral-Schuhl : Quelles initiatives l'Ordre et son Bâtonnier peuvent ils prendre ?

Gabriel Benesty : Le retrait des activités d'avocat du Code des marchés publics est, à l'instar de la réduction de la TVA pour les particuliers, un objectif tentant. Mais ne nous méprenons pas, cela ne peut signifier la suppression de toute obligation de mise en concurrence. Cette dernière est une bonne chose si elle doit permettre l'accès de tous à la commande publique en protégeant les deniers publics – nos impôts – et en apportant la meilleure réponse aux besoins publics. Elle devient néfaste lorsqu'elle n'atteint pas ces objectifs et déstructure une profession, en anéantissant ses règles déontologiques. C'est, en réalité, une adaptation de cette mise en concurrence qui doit être sollicitée, en expliquant nos spécificités. Cela nécessitera sans doute un long travail.

Or, nous devons réagir dès maintenant. D'abord, par une défense du périmètre du droit. D'autres professions moins importantes en nombre, comme les géomètres experts, sont vigilantes et saisissent régulièrement les juridic-

tions administratives des attributions irrégulières de marchés relevant de leur périmètre. De leur côté, les avocats sont contraints d'engager des actions individuelles d'autant plus délicates à entreprendre qu'il peut s'agir d'anciens clients. Un signalement à un représentant de notre Barreau devrait suffire à enclencher une action ordinaire. Il devrait en être de même lorsque des prix prédateurs sont constatés.

Il faut également rompre avec la sacralisation du critère du prix pour notre activité. Nous constatons une grande disparité dans la rédaction des appels d'offres relatifs à nos interventions, que ce soit en conseil ou en défense. En réalité, le recours au critère du prix dans le choix final n'est que le reflet de la difficulté, pour les opérateurs publics, à établir des cahiers des charges adaptés permettant un vrai choix. Notre Ordre et son Bâtonnier peuvent travailler avec les nombreuses associations de collectivités, d'élus ou de directeurs des services à l'élaboration de trames de consultation lisibles et efficaces.

Pour le critère du prix, outre la minoration par l'effet d'un coefficient faible de pondération, il paraît nécessaire de revoir les méthodes préconisées pour le classement des offres, qui surévaluent des écarts, même minimes de prix, au point de rendre irrattrapable une différence de 10% au moyen des notes obtenues sur les autres critères.

Enfin, le Code des marchés publics connaît la notion d'offre « anormalement basse », c'est-à-dire, d'une offre qui ne paraît pas correspondre au prix du marché et pour laquelle des explications sont requises. Il est manifeste que les opérateurs publics n'osent pas recourir à cette notion dans les procédures appliquées aux avocats, sans doute par méconnaissance du « marché ». Là aussi, notre Ordre et notre Bâtonnier doivent avoir un rôle d'information et de conseil à travers des échanges avec les instances représentatives des opérateurs publics.

En l'absence d'action immédiate, les cabinets publicistes risquent de s'affaiblir en perdant progressivement leur clientèle et leur capacité de recrutement. Leurs actions isolées n'auraient que peu d'effet sans le soutien de l'Ordre et de son Bâtonnier.