



ROMAIN LAURET,
avocat associé, SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

Evolutions

La récente réforme du droit des marchés publics comporte d'importantes évolutions en matière de mise en concurrence des avocats.

Rupture

Si des obligations demeurent, l'heure est à la rupture : le champ d'application de la mise en concurrence obligatoire est réduit.

Souplesse

Désormais, une importante souplesse est offerte aux acheteurs, laissant notamment entrevoir un retour à la raison en matière de sélection des avocats.

Marchés publics La fin de l'obligation généralisée de mise en concurrence des avocats

« **U**n certain nombre de services juridiques [...] impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires [...]. 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 [...]. Ces services juridiques devraient dès lors être exclus du champ d'application de la présente directive » (1). Tel est le principe général énoncé par la directive n° 2014/24/UE, reconnaissant ainsi que la relation (de confiance) client-avocat n'est pas compatible avec les principes de la commande publique.

L'état antérieur du droit avait abouti à une dérive, unanimement critiquée, altérant aussi bien la singularité de cette relation que sa réalité économique. Tirant les conséquences de ce constat, le point d) de l'article 10 de cette directive dispose qu'elle

ne s'applique pas à toute une série de services juridiques et, plus particulièrement, aux services juridiques en lien avec l'activité de représentation en justice.

Il restait à l'Etat français à transposer dans le droit national ces nouveaux principes. Et si ce travail a manifestement été laborieux (donnant naissance à un texte difficilement lisible), l'objectif du législateur communautaire semble atteint : l'ordonnance du 23 juillet 2015 (2) et son décret d'application du 25 mars 2016 (3) marquent la fin de l'obligation généralisée de la mise en concurrence des avocats, ce qui doit inviter les acheteurs à revoir leurs pratiques en matière d'achat de prestations juridiques.

RETOUR AU CONSENSUS

C'est la logique générale du texte : le nouveau droit des marchés publics marque le retour du consensus en matière de contrats de pres-

tations de services juridiques entre acheteurs (publics et privés) et avocats ; et l'abandon corrélatif de l'obligation généralisée et déraisonnée de mise en concurrence de ces services spécifiques, qui aboutissait trop souvent au choix de cabinets juridiques, de la même façon que procèdent les services achats habituellement pour le choix de prestataires de fournitures courantes. Cette situation laissait de côté le particularisme indéniable qui caractérise la prestation d'assistance juridique.

CONTRATS DE MOINS DE 25 000 EUROS HT

Il y a d'abord la confirmation de l'existant et du régime libéral qu'il consacre : les contrats conclus pour répondre à des besoins en services juridiques d'un montant inférieur à 25 000 euros HT peuvent être conclus librement – de gré à gré – par les acheteurs. Pour ceux-ci – qui représentent une part assez importante des achats de prestations juridiques des collectivités territoriales et de leurs satellites –, aucune obligation de publicité et de mise en concurrence n'est prévue, de sorte que les acheteurs choisissent librement, et sans contrainte, leur avocat. Par application des règles générales d'appréciation des seuils, il faut d'ailleurs prohiber toute approche globale, le seuil de 25 000 euros HT devant s'apprécier, si ce n'est dossier par dossier, au moins en considération de prestations véritablement homogènes (une consultation sur un projet d'aménagement urbain ne peut s'additionner à une réflexion sur l'organisation du personnel).

SERVICES JURIDIQUES DE REPRÉSENTATION EN JUSTICE ET LEURS ACCESSOIRES

Le nouveau dispositif prévoit ensuite – et c'est l'innovation majeure qui devrait permettre de retrouver une remarquable liberté supplémentaire dans le choix de son avocat – un régime tout à fait spécifique aux services juridiques de représentation en justice et de conseil lié à une telle représentation.

C'est l'objet de l'article 29 du décret du 25 mars 2016 qui porte sur les « services de représentation légale d'un



À NOTER
Le seuil de 25 000 euros doit s'apprécier, si ce n'est dossier par dossier, au moins en considération de prestations vraiment homogènes.

RÉFÉRENCES

- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (notamment art. 27 à 30).

client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans celui d'un mode alternatif de règlement des conflits» ou les «services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée à l'alinéa précédent ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure».

Le champ d'application est donc extrêmement large. Sont concernées toutes les prestations assurées par les avocats devant les juridictions (notamment administratives), devant toute autre institution chargée de régler, éventuellement de manière amiable, les litiges (on pense, par exemple, aux différents organismes disciplinaires, aux comités de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics) ainsi que les prestations assurées en vue d'un règlement amiable du litige entre les parties (conciliation dans le cadre de l'exécution d'un contrat, négociation d'accords transactionnels, etc.).

Mais, plus largement encore, toutes les prestations de conseil (consultation juridique) rendues par des avocats sont concernées par ce dispositif spécifique quand elles portent sur un sujet susceptible d'aboutir à la mise en œuvre d'une procédure contentieuse ou de règlement amiable ou qu'elles se rattachent à un tel contentieux en cours. On pense ici aux consultations de mesure du risque dans la conduite d'une procédure (fonction publique, urbanisme, commande publique, etc.), d'analyse de la pertinence d'une demande préalable (d'indemnisation, de retrait ou d'abrogation d'une décision) ou d'un recours déjà introduit et, d'une manière générale, à toutes les consultations rattachées à la préparation ou à la conduite d'une telle procédure. Et, pour ces services, le même article 29 prévoit que l'acheteur «définit librement les modalités de publi-

cité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public».

Ce sont donc des obligations de mise en concurrence très substantiellement allégées. A tel point qu'elles sont encore moins contraignantes que celles de la procédure adaptée de l'article 27 du décret du 25 mars 2016, à laquelle le pouvoir réglementaire n'a pas entendu soumettre ces services. L'article 29 du décret dispose ainsi explicitement que ne sont pas applicables à ces marchés la plupart des règles de procédure, notamment celles relatives aux avis d'appel public à la concurrence et à l'attribution des marchés (l'article 62 du décret). C'est donc autoriser pour ces derniers – quand ils sont d'un montant supérieur à 25 000 euros – la consultation informelle de quelques avocats (sous la forme de simple demande de devis), sans autre forme de contrainte, quant au choix de l'avocat avec lequel l'acheteur souhaite collaborer, que celle résultant des principes généraux de la commande publique.

AUTRES MARCHÉS DE SERVICES JURIDIQUES

En définitive, seuls les marchés relatifs à des prestations de services juridiques ne rentrant pas dans ces deux premières catégories continuent de faire l'objet d'un encadrement légèrement plus contraignant prévu par l'article 28 du décret du 25 mars 2016.

Classés dans la catégorie des «services sociaux et autres services spécifiques» (4), les services juridiques homogènes peuvent être confiés à un avocat au terme d'une procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin exprimé (y compris, donc, au-delà du seuil de 209 000 euros HT en vigueur pour les autorités publiques sous-centrales).

Par défaut donc, c'est la procédure adaptée qui sera mise en œuvre, étant rappelé que l'article 27 du décret du 25 mars 2016 n'impose pas la publication d'un avis de marché, des mesures plus informelles (demande de devis) pouvant, là encore, être suffisantes eu égard au montant du marché.

ACTUALISATION DES MODALITÉS DE CHOIX DES AVOCATS

Conséquence de l'entrée en vigueur de cette réforme le 1^{er} avril 2016, les modalités de choix des avocats vont devoir être profondément revues, sans pour autant remettre en cause l'application – parfois oubliée ou méconnue – des règles et usages de la profession.

MODIFICATION DE LA «TECHNIQUE D'ACHAT»

Pour profiter des souplesses offertes par cette réforme, le processus de choix des avocats doit, en effet, être revu. Au-delà des contrats portant sur des besoins homogènes d'un montant inférieur à 25 000 euros HT, qui peuvent donc être conclus librement quelle que soit la nature du service juridique sollicité (représentation en justice ou conseil), la distinction entre les services liés à la représentation en justice et les

autres services va conduire les acheteurs à revoir la pratique – au demeurant discutable – des marchés globaux de conseil, d'assistance et de représentation en justice. Concrètement, et pour bénéficiaire de la liberté offerte par l'article 29 du décret du 25 mars 2016, les services juridiques liés à l'activité de représentation en justice (dont ceux comprenant des activités de conseil en lien

avec la représentation) devront être traités de manière indépendante.

C'est en effet le seul moyen de bénéficier des libertés offertes par le texte, dès lors qu'un marché, comprenant à la fois des services juridiques liés à une activité de représentation en justice et d'autres, ne pourrait être conclu au terme de cette procédure très alléguée (celle de l'article 29) que dans la mesure où les prestations liées à l'activité de représentation en justice constitueraient «l'objet principal du marché public» et, surtout, si «les différentes parties du marché public [étaient] objectivement inséparables». Cette deuxième condition risque de n'être jamais vérifiée (ce qui aurait pour conséquence le recours à la procédure adaptée plus «classique», et donc plus contraignante). ☺●



Seuls les services portant sur des missions homogènes de «pure» assistance juridique continueront à faire l'objet d'une procédure adaptée dans des conditions équivalentes à celles qui existaient auparavant.

●○○ En creux, seuls les services juridiques portant sur des missions homogènes de «pure» assistance juridique devraient continuer à faire l'objet d'une procédure adaptée (dans des conditions équivalentes à celles existant avant le 1^{er} avril 2016). Autrement dit, les mises en concurrence devraient se limiter aux missions d'accompagnement des acheteurs – qui se retrouvent dans la catégorie des missions «d'assistance à maîtrise d'ouvrage» – dans la mise en œuvre d'un projet (d'aménagement, urbain, d'organisation institutionnelle, etc.).

C'est donc bien la structuration de «l'achat» de services juridiques qui doit être revue pour tirer tout le profit de cette nécessaire réforme et sortir d'une application déraisonnée – aux conséquences déraisonnables – nuisible à la relation client-avocat telle qu'elle devrait normalement exister, quelle que soit la nature publique ou privée du client.

DES RÈGLES PROFESSIONNELLES

En revanche, et quelles que soient les modalités de choix des avocats mises en œuvre, le respect des règles et usages de la profession d'avocat – parfois méconnus, souvent oubliés – demeure incontournable pour les acheteurs. Trois grands principes sont, à cet égard, souvent perdus de vue.

On pense d'abord à l'interdiction de soustraire la réalisation de services juridiques (5), qui implique donc que les avocats doivent être titulaires du marché (titulaire «unique» ou membre d'un groupement). De sorte qu'est irrégulière l'attribution d'un marché à un prestataire sous-traitant les services juridiques compris dans la mission.

On pense ensuite à l'interdiction pour les avocats de participer à un groupement solidaire ou à un groupement conjoint dont ils seraient les mandataires solidaires (6), qui doit conduire les acheteurs à ne pas imposer une forme de groupement incompatible avec ces règles.

On pense, enfin, à l'obligation pour les acheteurs de mettre en œuvre les précautions nécessaires au respect du principe du secret professionnel (7) et de l'obligation d'allotissement des prestations distinctes (8). Ces règles professionnelles sont, en effet, régulièrement oubliées lorsque sont conclus des marchés qui comprennent

Marché des prestations juridiques : des dispositions à retenir

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 14

Sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes : (...) 10° Les marchés publics de services juridiques suivant :

- 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 ;

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 29

A l'exception des articles 2, 4, 5, 12, 20 à 23, 30, 48 à 55, 60, 107, 108 et du titre IV de la présente partie, les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas aux marchés publics de services juridiques suivants :

- 1° les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;
- 2° les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée à l'alinéa précédent ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

L'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public.

II. Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services juridiques mentionnés au I et d'autres services, le présent article s'applique si les services juridiques mentionnés au I constituent l'objet principal du marché public et si les différentes parties du marché public sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché public, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services.

à la fois des services juridiques prestés par des avocats et diverses autres missions non juridiques (assistance technique et/ou financière) dans le cadre de missions globales (et donc non alloties) d'assistance à maîtrise d'ouvrage, dont la nature même conduit à violer le caractère secret des échanges entre le client et son avocat, seul l'allotissement permettant de respecter ces deux principes fondamentaux. ●

(3) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

(4) Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

(5) Règlement intérieur national de la profession d'avocat, art. 54, CAA de Lyon 18 juin 2015, Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Paris, req. n° 14LY02786.

(6) Règlement intérieur national de la profession d'avocat, art. 18.6.

(7) Règlement intérieur national de la profession d'avocat, art. 2.

(8) Ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée, art. 32 ; décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 précité, art. 12.

(1) Directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, considérant n° 25.

(2) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.