

Concurrence des avocats et commande publique : nouvelles règles du jeu ?



Le principe de soumission des marchés d'avocat à la concurrence a connu récemment plusieurs péripéties, auxquelles le projet de loi relatif à la surtransposition des directives européennes, actuellement en discussion au Parlement, tente de mettre fin. Sans changement toutefois, clore définitivement le chapitre de la spécificité de la profession du droit dans ses différentes facettes et sans significativement perturber de nombreuses bonnes pratiques auxquels les acteurs du droit, professionnels pragmatiques, ont su s'adapter.



Par

Marion Delaigue
Avocate associée,
Latournerie Wol-
from Avocats

La soumission des prestations juridiques aux règles de la commande publique fait depuis de nombreuses années l'objet d'un débat de principe, entre défense d'une forte spécificité de l'exercice d'une matière réservée aux avocats, soumis à une réglementation propre sur le plan déontologique, et l'exigence du respect des principes issus du droit européen et dorénavant constitutionnellement garantis¹, de liberté d'accès à la commande publique, de transparence des procédures et d'égalité de traitement, dans tous les secteurs de la vie économique.

À la faveur de ce débat, ressurgissant régulièrement à chaque étape de modernisation ou d'adaptation du droit de la commande publique, se noue également une certaine conception de la définition du périmètre du monopole d'exercice du droit par les avocats et de sa justification : jusqu'où s'exerce ce monopole qui correspond à des obligations réglementaires et déontologiques fortes et assumées, notamment face à des professionnels, bureaux d'études, assistants à maîtrise d'ouvrage de différents types, revendiquant une expertise juridique propre dans un marché moins contraint ?

Cette ultime question, à l'origine des diverses actions médiatiques et contentieuses nouées par les instances ordinales sur le sujet, a également

permis de faire avancer les textes sur la question de la mise en concurrence des marchés des avocats, au point de susciter dans le cadre de la chasse à la « surtransposition » des directives européennes en droit français, une véritable volte-face des services de Bercy et du gouvernement en l'espace de deux ans.

UN PRINCIPE DE SOUMISSION ALLÉGÉE DES MARCHÉS DE PRESTATIONS JURIDIQUES

Traditionnellement, le caractère *d'intuitu personae*, au cœur de la relation entre l'avocat et son client, ainsi que les règles déontologiques propres à cette profession, justifiaient que des modalités particulières de mise en concurrence soient réservées à l'achat de prestations juridiques. L'ancien code des marchés publics prévoyait donc, en son article 30, une procédure allégée de recours à ces services.

Cet état de fait connaissait pourtant ses detracteurs, mettant l'accent sur les rentes de certains cabinets, abreuvés de nombreuses commandes par l'État et les collectivités publiques et sans contrôle des montants², parfois significatifs et excessifs. Parallèlement et paradoxalement, certains pouvoirs adjudicateurs, par prudence et incertitude, préféraient

¹ Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

² V. par ex. : Cour des comptes, Le recours par l'État aux conseils extérieurs, communication à la commission des finances du Sénat, nov. 2014.

soumettre les marchés de prestations juridiques aux mêmes règles que les autres marchés de services, créant autant d'effets pervers comme la réunion de prestations parfois très différentes en un seul marché global, avantageant de la sorte les gros cabinets seuls capables de couvrir l'ensemble des besoins exprimés (le Conseil d'État ayant toutefois fini par rappeler l'obligation par le pouvoir adjudicateur de procéder à l'allotissement, y compris en marchés de services juridiques³).

L'entrée en vigueur des directives du Conseil de l'Union européenne du 26 février 2014 n° 2014/24/UE⁴ et n° 2014/25/UE⁵ et leur transposition en droit interne par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015⁶ et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics⁷ ont permis d'identifier trois catégories de services juridiques soumises à des régimes juridiques distincts.

Services juridiques exclus des règles de la commande publique

Tout d'abord, des services juridiques exclus du champ de l'ordonnance, comprenant les services de certification et d'authentification de documents assurés par des notaires, 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 et les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique⁸. Ceux-là ne concernant pas les marchés d'avocat à proprement parler, ce y compris la dernière catégorie, visant les services liés à l'exercice de la puissance publique, dans la lignée de l'arrêt du Conseil d'État relatif aux avis donnés par la Mission d'appui aux partenariats publics privés (MAPP) traduisant l'exercice d'une mission de service public⁹, mais n'ayant dans les faits pas vocation à trouver nombre d'applications.

Services juridiques partiellement soumis aux règles de la commande publique

Ensuite, des services juridiques partiellement soumis au décret, concernant 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 » ainsi que des « 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 »¹⁰.

Pour ces services juridiques de représentation légale et/ou s'inscrivant clairement dans une perspective contentieuse, l'acheteur peut définir librement leurs modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public, sous réserve du respect de certaines règles fixées par le décret.

Services juridiques entièrement soumis aux règles de la commande publique

Enfin, les services juridiques entièrement soumis aux règles de la commande publique, visant toutes les autres catégories de services juridiques, au-delà du seuil de négociation de gré à gré de 25 000 €, subordonnés au respect d'une procédure adaptée de l'article 27 du décret avec publicité européenne à partir de 750 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs et 1 million € HT pour les entités adjudicatrices.

Cette soumission partielle et différenciée des marchés de prestations juridiques aux règles de la commande publique a toutefois fait l'objet de nombreuses critiques, notamment en ce qu'elle allait au-delà des prescriptions européennes.

UNE SURTRANSPOSITION CONTROVERSÉE

Les articles 10 de la directive n° 2014/24/UE et 21 de la directive n° 2014/25/UE excluent,

En alignant strictement le droit interne sur le droit prévu par les directives européennes et en excluant expressément les services de représentation légale et de pré-contentieux du champ de la commande publique, le projet répond à un objectif de simplification des normes et renforce la compétitivité du droit interne de la commande publique face aux autres États membres.

³ CE 11 avr. 2014, n° 375051, C^o Montreuil.

⁴ JOUE, n° L. 94/65, 28 mars 2014.

⁵ JOUE, n° L. 94/243, 28 mars 2014.

⁶ JO 24 juill. 2015.

⁷ JO 27 mars 2016.

⁸ Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 14, 10°.

⁹ CE 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*.

¹⁰ Décr. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 29.

pour leur part, de façon incontestable, de leur champ d'application, les marchés de représentation légale et de conseil juridique en vue d'une procédure contentieuse.

Or, dans le cadre de la transposition, le gouvernement a volontairement souhaité ne pas reprendre *in extenso* cette exclusion et inclure

ces prestations dans le cadre du régime spécifique de l'article 29 du décret, motivant explicitement son choix par référence au rapport de la Cour des comptes précité¹¹.

De quoi relancer une nouvelle fois la controverse sur une incompatibilité entre

les règles régissant la commande publique et celles régissant la nature de la prestation juridique comme les conditions d'exercice du droit par les avocats, en pointant par ailleurs des dérives déjà constatées, parmi lesquelles :

- la difficulté de définition de son besoin par le pouvoir adjudicateur en amont de la procédure, au risque de favoriser le recours à la globalisation des marchés (passation de marchés à bons de commande ou accords-cadres destinés à couvrir tout besoin de prestation juridique) et de favoriser une nouvelle fois les gros cabinets en place ;
- le complexe équilibre entre une compétition forcenée et un risque réel de *dumping* social, désavantagant les personnes publiques face aux opérateurs privés libres de choisir les avocats les plus compétents dans une gamme de prix plus ouverte, et un choix fondé sur l'expérience et les références des avocats dans un domaine, au risque de constituer une véritable barrière à l'entrée pour les nouveaux candidats ;
- la délicate conciliation entre *l'intuitu personae* et la mise en œuvre de critères « neutres » de choix des lauréats : les critères classiques de choix comme la taille du cabinet, le chiffre d'affaires, les références, ne peuvent garantir à eux seuls la nécessaire création sur la durée d'un lien de confiance, gage d'une bonne connaissance des problématiques du client par l'avocat et d'une juste appréhension des problématiques juridiques rencontrées ;
- le caractère incertain de la préservation du secret professionnel lors de la réponse aux appels d'offres par les avocats.

Saisi par le Conseil national des barreaux, le Conseil d'État par un arrêt du 9 mars 2016 a mis provisoirement fin au débat en validant les termes du décret du 25 mars 2016, relevant qu'il n'existait aucun obstacle à ce que le gouvernement mette en place des règles plus contraignantes que celles définies par les directives européennes¹². Force est de constater qu'en pratique, loin de la controverse, les acteurs s'étaient organisés pour permettre aux personnes publiques d'adapter leurs procédures de mise en concurrence sur les marchés de prestations contentieuses et pré-contentieuses, au regard de l'urgence et de la quantification de leur besoin et de leur relation avec leurs avocats, au mieux de la défense de leurs intérêts.

S'agissant des prestations de conseil juridique pur, personnes publiques comme avocats ont continué de se soumettre au carcan administratif et parfois très lourd, même en procédure adaptée, du marché de prestations juridiques, essayant même d'en tirer parti pour améliorer les *process* et notamment dégager des critères de choix plus pertinents de leurs avocats. C'était toutefois sans compter l'arrivée d'un nouveau gouvernement engagé dans une politique de « réduction de la production normative et de simplification de la vie administrative » et de chasse à l'excès de normes pénalisantes pour la compétitivité des entreprises et l'emploi et d'une façon générale de nature à compromettre l'efficacité des politiques publiques. Parmi celles-ci, et reprenant les critiques formulées par un rapport sénatorial du 28 juin 2018¹³, le gouvernement a souhaité revenir sur un ensemble de « sur-transpositions » des normes européennes, injustifiées et pénalisantes pour notre économie, incluant la question des marchés de prestations d'avocats.

VOLTE-FACE ET ALIGNEMENT DU DROIT INTERNE SUR LE DROIT EUROPÉEN

Le projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français a été déposé au Sénat le 3 octobre 2018, et adopté en première lecture le 7 novembre dernier. L'article 11 de ce projet de loi a pour objet « d'assurer une transposition stricte des articles 10 de la directive 2014/24/UE et 21 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014, et d'exclure du champ du

L'absence de mise en concurrence ne signifie pas pour autant la disparition de toute contrainte pesant sur les avocats.

¹¹ V. Étude d'impact sur le projet de loi portant suppression de sur-transpositions des directives européennes en droit français (sur le site www.legifrance.gouv.fr/), sous art. 11, p. 53 s.

¹² CE 9 mars 2016, n° 393589, Conseil national des barreaux.

¹³ R. Danesi, rapp. Sénat (2017-2018) n° 614, fait au nom de la commission des affaires européennes et de la délégation aux entreprises relatif aux sur-transpositions préjudiciables aux entreprises d'actes législatifs européens en droit interne, enregistré à la présidence du Sénat le 28 juin 2018.

droit des marchés publics, les marchés de services ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les prestations de conseil juridique s'y attachant »¹⁴.

Aux termes du projet de loi en cours de discussion, seraient ainsi ajoutés à l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics exclus de l'ordonnance et notamment s'agissant des marchés de prestations juridiques prévus au 10° (détaillés *supra*), un d) et un e) ainsi rédigés :

- « d) 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 ;
- e) Les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure mentionnée au d) 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 »¹⁵.

En alignant strictement le droit interne sur le droit prévu par les directives européennes et en excluant expressément les services de représentation légale et de pré-contentieux du champ de la commande publique, le projet répond à un objectif de simplification des normes et renforce la compétitivité du droit interne de la commande publique face aux autres États membres.

L'absence de mise en concurrence ne signifie pas pour autant la disparition de toute contrainte pesant sur les avocats. En effet, le jeu de la concurrence existe, y compris sans règles spécifiques l'organisant (notamment par le fait que le prestataire qui n'apporte pas de réponse adaptée au besoin sera écarté au profit des plus performants). De plus, comme cela est relevé dans le rapport de la commission spéciale,¹⁶ les obligations réglementaires et déontologiques s'appliquant à la profession d'avocats assurent le respect d'une certaine sécurité juridique, notamment le contrôle effectué par le bâtonnier sur les honoraires des confrères et le recours obligatoire aux conventions d'honoraires. Les sanctions pénales

relatives à la prise illégale d'intérêts, à la corruption active/passive garantissent également cette sécurité juridique.

Le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi, a estimé que « la spécificité de ces services juridiques peut autoriser, en raison d'un motif d'intérêt général directement lié à la nécessité de tenir compte des caractéristiques propres à de tels services eu égard notamment au principe de libre choix de l'avocat et à l'importance de l'intuitu personae en la matière, une dérogation aux principes fondamentaux de la commande publique que le Conseil constitutionnel a dégagés dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. La modification proposée ne se heurte donc à aucun obstacle constitutionnel »¹⁷. Il a néanmoins soulevé « l'inconvénient de créer par cette exclusion deux catégories de services juridiques dans le droit de la commande publique, selon que les prestations de services juridiques en cause sont accomplies, ou non, par un avocat », rejoignant en cela le débat sous-tendu d'une définition du périmètre du droit réservé aux avocats par rapport à d'autres professions intervenant sur ce marché.

Si les diverses instances ordinales ont exprimé leur satisfaction et son soutien au gouvernement, elles ont toutefois indiqué rester mobilisées « pour que l'exclusion des marchés publics soit étendue à l'ensemble des prestations juridiques susceptibles d'être confiées à des avocats », continuant ainsi de promouvoir l'exigence du libre choix de son avocat par l'acheteur public et la prévalence du lien de confiance entre l'avocat et son client dans la relation de conseil. Un recours pendant de l'Ordre des avocats de Paris devant la Cour de justice de l'Union européenne à ce sujet reste donc maintenu. Ainsi, fondamentalement, si le projet de loi relatif à la surtransposition n'est pas de nature à bouleverser une donne à laquelle les acteurs s'étaient bon gré mal gré adaptés, il est possible qu'il amène en revanche à réinterroger la cohérence du périmètre de la profession du droit et de ses différents acteurs, lesquels n'interviennent pas tous à armes égales sur le marché des prestations juridiques, qu'on ne peut par ailleurs résumer aux procédures contentieuses ou directement liées à ces dernières.

¹⁴ Projet de loi n° 10 portant suppression de surtranspositions de directives européennes en droit français, exposé des motifs, enregistré à la présidence du Sénat le 3 oct. 2018.

¹⁵ Notons que cette exception est également insérée dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, bien que la réalité de contrats de concession en matière de prestations juridiques ne paraisse pas évidente.

¹⁶ O. Cadic et M. de Cidrac, rapp. Sénat (2017-2018) n° 96, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 30 oct. 2018.

¹⁷ CE, avis, 27 sept. 2018, n° 395785, sur le projet de loi portant suppression des surtranspositions des directives européennes en droit français.