

Nouvelles directives : le sort des prestations d'avocats

A propos de l'auteur

M. Antoine Woimant

Avocat

MCL Avocats

[Voir les articles de cet auteur](#)

Plus besoin de passer une procédure de publicité et de mise en concurrence pour des prestations de conseil et de représentation en justice. Prévue par les nouvelles directives « marchés publics », cette souplesse n'a malheureusement pas été intégrée dans le projet d'ordonnance dévoilé en fin d'année par la DAJ. Décryptage par maître Antoine Woimant, avocat associé au cabinet MCL avocats.

Les nouvelles directives « marchés publics » du 26 février 2014 apportent une précision importante sur les procédures de passation des marchés de prestations juridiques applicables selon que le titulaire du marché ait la qualité d'avocat ou non. En effet, l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de désigner leurs avocats à la suite d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable pour assurer une mission de représentation ou de conseil est supprimée, et cela quelque soit le montant de la prestation. En d'autres termes, les personnes publiques (collectivités territoriales, EPA, EPIC, EPCI, ...) ou privées (sociétés d'économie mixte, les sociétés publiques locales,...) pourront conclure leurs marchés d'avocats de gré à gré. Cette exclusion spécifique liée à la qualité du cocontractant ne s'appliquerait qu'aux prestations dispensées par les avocats. Les marchés de conseils juridiques passés avec d'autres prestataires n'ayant pas la qualité d'avocat, restent, quant à eux, soumis aux dispositions des directives. Néanmoins, le projet d'ordonnance de la DAJ transposant la directive n'intègre pas cette souplesse dans l'attribution des marchés d'avocats.



Le gré à gré pour les marchés d'avocats

A l'instar de la directive 2004/18, la directive 2014/24 prévoit des exclusions spécifiques de son champ d'application pour certaines prestations de services liées expressément à l'objet et/ou au titulaire du marché. L'article 16 de la directive 2004/18 intitulé « Exclusions spécifiques », transposé en droit interne à l'article 3 du code des marchés publics, écarte du champ d'application dudit code six catégories de services comme notamment les contrats d'emploi, de services financiers, ... La conséquence de cette exclusion est l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence préalable pour l'attribution de ces catégories de marchés de services. Partant, pour la signature des marchés de services visés à l'article 16 de la directive 2004/18 et à l'article 3 du code des marchés publics, le gré à gré est autorisé. Or, la directive 2014/24 reprend, certes, in extenso la liste de l'article 16 telle que visée par la directive 2004/18 tout en ajoutant de nouvelles exclusions spécifiquement liées à l'objet et/ou au titulaire du marché. C'est le cas notamment des marchés d'avocats.

A cet égard, l'article 10 de la directive intitulé « Exclusions spécifiques pour les marchés de services » dispose :

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet :

[...]

- l'un des services juridiques suivants :
 - la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE du Conseil dans le cadre :
 - d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un État membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou
 - d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales ;
 - du conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au présent point, sous i), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE ;
- [...]

Aux exclusions de marchés de services déjà prévues depuis 2004, l'article 10 de la directive 2014/24 vient ajouter les prestations de conseil et de représentation dispensées par un avocat au sens de la directive 77/249/CEE. L'article 10 d.i) exclut expressément la représentation légale d'un client par un avocat devant une juridiction nationale ou internationale.

Les pouvoirs adjudicateurs pourront donc désigner librement et directement leurs avocats sans publicité ni mise en concurrence préalables, et cela quelque soit le montant du marché. L'exclusion de la représentation devant les juridictions par un avocat est générale. Elle n'est pas limitée. En outre, l'article 10 d.ii) indique également que « la présente directive ne s'applique pas [au] conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au présent point, sous i), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE ». L'insertion de cette seconde exclusion spécifique à l'activité de conseil dispensée par

L'exclusion de la représentation devant les juridictions par un avocat est générale

un avocat en matière précontentieuse ne manquera pas de poser des difficultés d'interprétation puisque par définition, un conseil juridique ou plus exactement les décisions prises par un pouvoir adjudicateur sur la base de ce conseil juridique sont toujours susceptibles d'être contestées devant une juridiction. En conséquence, et même si les notions de « signes intangibles » et de « fortes probabilités » ne manqueront pas de générer un contentieux en raison de leur imprécision, l'article 10 d. ii) consacre bien la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de demander de gré à gré, sans publicité ni mise en concurrence préalable, un conseil juridique à un avocat dès lors que le risque que la situation en cause débouche sur un contentieux est fortement probable /dès lors que le risque contentieux est manifeste. La consécration du gré à gré pour les marchés d'avocats remet l'intuitu personae au centre de la relation de la personne publique ou semi-publique avec son avocat et partant distingue/singularise les activités de représentation et de conseil fournies par un avocat par rapport à celles prestées par les autres professionnels du droit ne pouvant exciper de cette qualité. Cette sanctuarisation de la profession d'avocat des procédures de passation des marchés par rapport aux autres activités de conseil juridique n'intervenant pas en matière précontentieuse ou contentieuse est d'autant plus forte que ces dernières demeurent soumises aux dispositions de la directive dès lors qu'elles dépassent un certain montant.

Les prestations juridiques dispensées par des entités n'ayant pas la qualité d'avocat soumis aux directives marchés.

A l'exception des prestations spécifiquement prévues à l'article 10 d. de la directive 2014/24, les prestations juridiques susceptibles d'être dispensées à titre principal ou accessoire par des professionnels autres que des avocats (conseillers juridiques, experts-comptables, assureurs, juristes...) ne déroge pas à l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalables imposée par la directive marché.

A cet égard, l'article 4 de la directive 2014/24 fixe les seuils pour lesquels s'applique la directive :

« La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants : [...] »

III -750 000 EUR pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV. »

Par rapport à la directive de 2004, a été ajouté ce nouveau seuil de 750 000 euros HT pour des prestations visées à l'annexe XIV. Une lecture hâtive de la directive laisse à penser que sont concernées par cette exclusion par le seuil toutes les prestations de conseil juridique, y compris celles dispensées par un avocat. Toutefois, nous ne partageons pas cette analyse.

D'une part, le renvoi à l'annexe XIV est en effet dépourvu d'ambiguïté. Celle-ci fait référence à la classification CPV des services juridiques tout en précisant expressément que sont visés par le seuil de 750 000 euros HT, les « services juridiques dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu de l'article 10, point d) », c'est-à-dire dans la mesure où, nous l'avons vu précédemment, ils ne sont pas prestés par un professionnel ayant la qualité d'avocat et qu'ils interviennent en matière précontentieuse ou contentieuse. Dans ces conditions, au dessus de 750 000 euros HT, ce type de marché de prestations de services juridiques, s'il n'est pas signé avec un avocat, est soumis aux procédures formalisées (appel d'offres ouvert ou restreint, ...). Conjointement, en dessous du seuil de 750 000 euros HT, et si ce marché n'a pas pour titulaire un avocat, le pouvoir adjudicateur doit tout de même respecter une publicité et une mise en concurrence (CJCE Telaustria Verlags GmbH du 7 décembre 2000 (C-324/98), et Bent Moustén Vestergaard du 3 décembre 2001 (C-59/00)). D'autre part, l'exclusion des activités de représentation et de conseil dispensées par un avocat (article 10. d) est non seulement spécifique à cette profession mais également globale en ce qu'elles échappent non seulement au champ d'application de la directive mais également au respect des principes fondamentaux du droit de l'Union européenne applicables aux marchés d'un montant inférieur aux seuils prévus. Ainsi, à notre sens, l'exclusion par un seuil des procédures de passation prévues par la directive 2014/24 ne concerne pas les activités de conseil de l'avocat lorsqu'il intervient en matière contentieuse ou que le risque contentieux est fortement probable, ce qui recoupe dans les faits une très large part de ses activités, sous la seule réserve de l'interprétation qui sera faite par les juridictions de l'article 10 d.ii).

au dessus de 750 000 euros HT, ce type de marché de prestations de services juridiques, s'il n'est pas signé avec un avocat, est soumis aux procédures formalisées

Le projet d'ordonnance de transposition plus contraignante pour les marchés d'avocats que la directive 2014/24

Le projet d'ordonnance de la DAJ transposant la directive n'intègre pas cette souplesse dans l'attribution des marchés d'avocats.

En effet, l'article 11 du projet d'ordonnance intitulé « Exclusions générales » transposant l'article 10 de la directive 2014/24, ne reprend aucune disposition concernant les prestations juridiques.

De facto, il écarte l'exclusion des marchés d'avocats du champ d'application du projet d'ordonnance alors même que la directive le permet. C'est une contrainte administrative

supplémentaire pour le choix des avocats imposée aux personnes publiques par le gouvernement et non par Bruxelles, à l'heure où devrait commencer à se faire sentir les effets du « choc de simplification ».

La France sera certainement le seul état européen obligeant ses personnes publiques à diligenter une procédure pour désigner ses avocats.

Nous attendons bien entendu la justification de la DAJ sur ce refus d'écartier les marchés d'avocats du champ d'application de l'ordonnance.

C'est une contrainte administrative supplémentaire pour le choix des avocats