

Projet de loi portant suppression des surtranspositions des directives européennes : vers un choix plus libre de leurs avocats par les collectivités publiques ?

Hélène Hoepffner

Il y a une vingtaine d'années, deux arguments ont été avancés pour s'opposer à la mise en concurrence des marchés d'avocats : l'*intuitu personae* régissant les contrats de représentation en justice, assimilables à des contrats de mandat (JO déb. AN, QE, 21 avr. 1997, p.2120, n° 39947) et les principes « relatifs au respect du secret des relations entre l'avocat et son client et à l'indépendance de l'avocat » (CE Ass. 9 avr. 1999, *Toubol-Fischer*, n° 196177). Même si le premier peut être renversé par l'idée selon laquelle les procédures formalisées permettent « d'objectiver l'intuitu personae » (A. Antoine, « L'intuitu personae dans les contrats de la commande publique », *RFDA* 2011, p.879), le Conseil d'Etat a constamment jugé que les prestations de services juridiques ne présentent pas de particularités par rapport à d'autres services qui rendraient utile leur exclusion des règles de la commande publique (CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la CA Paris*, n° 238039).

La directive 2004/18 n'était guère prolixe sur les marchés de services juridiques : tous figuraient dans l'annexe II, B listant les services non prioritaires et étaient soumis à une procédure de publicité adaptée. Les directives du 26 février 2014 en revanche dressent une liste de cinq services exclus de leur champ d'application (not. dir. 2014/24, art. 10, d) : les services de représentation légale, de conseil fournis en vue de la préparation d'une procédure contentieuse, de certification et d'authentification de documents assurés par des notaires, ceux fournis par des prestataires juridiques désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction et ceux liés à l'exercice de la puissance publique. Cela avait été salué par les praticiens considérant que la mise en concurrence a pour effet de décourager le dépôt d'offres par les cabinets d'avocats, tout en générant des pratiques de prix prédateurs (S. Deygas, « Un apport de la nouvelle directive marchés : un choix plus libre de leur avocat par les personnes publiques », *Procédures* 2014, comm. 188 ; F. Linditch, « Les marchés d'avocat dans la nouvelle directive marchés », *JCP A.* 22 avril 2014, p. 2119).

Dans le droit fil de la jurisprudence toutefois, les ordonnances de 2015 et de 2016 (not. ord. n°2015-899, art. 14, 4° et 10°) n'ont transposé que trois de ces cas d'attribution sans mise en concurrence (au motif que celle-ci « apparaît impossible ou simplement inutile ») : les prestations de certification, celles fournies par des administrateurs légaux ou tuteurs désignés par une juridiction et les services liés à l'exercice de la puissance publique. La fiche d'impact précisait, pour les services de représentation légale d'un client et de consultations juridiques délivrées dans ce cadre que « s'ils sont exclus du droit européen des marchés publics au motif qu'ils ne sont pas susceptibles d'intéresser des opérateurs étrangers, aucun motif d'intérêt général ne permet, en droit interne, de les soustraire aux principes fondamentaux de la commande publique » (T. Rouveyran, « Les marchés de services juridiques face à la transposition des directives marchés », *JCP A.* 26 janv. 2015, act. 66).

Le choix d'une telle « surtransposition », c'est-à-dire la soumission de ces contrats à un régime plus contraignant que celui prévu par les directives, a conduit le *Conseil national des barreaux* à contester la légalité de cette disposition (CE 9 mars 2016, n° 393589, *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 133, M. Ubaud-Bergeron). Si son recours a été rejeté au motif qu'il est loisible aux Etats « de décider de soumettre aux dispositions prises pour sa transposition des marchés qu'elle exclut de son champ d'application ou de prévoir, pour des marchés qui entrent dans son champ d'application, des règles plus contraignantes que celles qu'elle définit, dès lors que la soumission à ces règles est compatible avec le respect du droit de l'Union », il a pesé dans le choix du gouvernement de laisser l'acheteur libre de définir « les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public » (décr. n°2016-360, art. 29).

Mais l'*Ordre des avocats au barreau de Paris* y a, cette fois, vu une insuffisante soumission de ces contrats aux obligations de transparence découlant des principes fondamentaux de la commande publique (CE 17 mars 2017, n°403768, *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 123, M. Ubaud-Bergeron). Son recours a toutefois été rejeté au motif que ce décret n'a pas exclu ces marchés de son champ d'application et qu'ils demeurent soumis aux principes fondamentaux.

La difficulté de concilier les règles de la commande publique avec celles de la déontologie de la profession d'avocat explique qu'il ait fallu 36 pages à la DAJ de Bercy pour éclaircir les règles applicables à ces contrats (fiche technique, 21 sept. 2017) ! Elles ont toutefois été codifiées à droit constant dans le CCP qui qualifie trois catégories de marchés de services juridiques « d'autres marchés publics » (art. L.2512-5, 8°, auxquels s'ajoutent les services relatifs à la conciliation et à l'arbitrage, 3°) et les soumet à des règles sommaires (art. L.2521-1 à -4). Les services de représentation légale par un avocat et les prestations de conseil s'y attachant demeurent quant à eux des MAPA (CCP, art. R.2123-1 et R.2123-8).

Ces deux derniers pourraient toutefois rejoindre la catégorie des « autres marchés publics » dès lors que le Gouvernement, aux termes du projet de loi portant suppression des surtranspositions des directives européennes cherche à « éliminer certaines formalités et normes injustifiées ou pénalisantes » (art. 11).

Le Conseil d'Etat (avis 27 sept. 2018, n°395.785), n'y a pas vu d'obstacle : « la spécificité de ces marchés » 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 », de valeur constitutionnelle.

De prime abord, le raisonnement est classique : il est loisible au législateur d'aménager des principes constitutionnels dès lors que la disposition législative en cause poursuit soit la mise en œuvre d'autres principes constitutionnels, soit des motifs d'intérêt général (Cons. const., n°2003-473, 26 juin 2003).

Mais il surprend car la position du juge a évolué de façon contradictoire. Alors qu'en 2003, les prestations juridiques ont été considérées comme ne présentant pas de particularité justifiant leur exclusion des règles de la commande publique, en 2018, les caractéristiques propres à ces services justifient une dérogation aux principes constitutionnels de la commande publique. Alors qu'en 2016-2017, c'est la soumission à ces principes qui a permis d'admettre la légalité des textes déferés prévoyant leur soumission à une procédure adaptée, en 2018, c'est une dérogation aux principes fondamentaux qui légitime l'existence d'une disposition permettant d'exclure ces marchés du champ des règles fixées par le CCP.

De surcroît, ce raisonnement interroge dès lors qu'il a été jugé que les contrats « exclus » du champ d'application des textes, restent soumis aux principes fondamentaux (CE 15 déc. 2017, *SM aéroport de Lannion-Côte de Granit*, n° 413193 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 46, P. Devillers ; CE 5 fév. 2018, *CNES*, n° 414846 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 78, M. Ubaud-Bergeron). Dans son avis, le Conseil d'Etat considère que, compte tenu de leur objet, les marchés d'avocat devraient rejoindre la catégorie des « autres marchés » au motif qu'une « *dérogation aux principes fondamentaux* » est justifiée par la spécificité de leur objet. Faut-il comprendre que ces contrats ne seront soumis à aucune règle de publicité ? ou que, dès lors qu'ils répondent à la définition du contrat de la commande publique, ils restent soumis aux principes fondamentaux (ceux ayant justifié leur déqualification de MAPA au profit de leur qualification d'autres contrats) ? Mais quelles pourraient être les implications concrètes de ces principes (not. la transparence) sur des contrats reposant sur la confidentialité ? On peine d'autant plus à le savoir que la Cour de justice a récemment rappelé que les services de représentation en justice et de conseil juridique fourni à cette occasion ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation *intuitu personae* et confidentielle entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et rendant difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir (CJUE 6 juin 2019, aff. C-264/18).

Il n'est donc pas évident que cette réforme conduise à une liberté totale pour ces marchés qui resteront en tout état de cause soumis au droit de la concurrence dès lors qu'ils sont exécutés sur un marché concurrentiel.