

PASSATION DES MARCHES PUBLICS

ET

DEONTOLOGIE DE L'AVOCAT

-

Par Gaël COLLET

Avocat au Barreau de Rennes

g.collet@scp-avocats-associes.com

S'il reste controversé, le principe de la soumission des prestations des avocats au Code des marchés publics est aujourd'hui acquis, dans le Code des marchés publics (article 30), mais également en jurisprudence.

Saisi à plusieurs reprises de recours contre les Codes successifs, fondés sur la spécificité des règles professionnelles des avocats, le Conseil d'Etat a constamment rappelé la compatibilité – ou l'absence d'incompatibilité – de principe de nos règles et usages professionnels avec l'organisation de procédures de publicité et de mise en concurrence par les acheteurs publics (Voir notamment : **CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, requête n°297711**).

Le conseil juridique et la représentation en justice étant assimilés à des « services » au sens de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, la relation entre une personne morale de droit public (du moins celles visées à l'article 2 du Code) et son conseil constitue donc un marché public.

Il s'agit même, au-delà, d'un contrat administratif, par conséquent soumis droit public et à la juridiction administrative, ceci par l'effet de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001, dite « MURCEF » (« *Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* »).

Pour autant, il appartient aux acheteurs publics de concilier le Droit des marchés publics et, plus généralement, le droit administratif, avec les règles professionnelles et les principes déontologiques des avocats, figurant principalement dans la loi du 31 décembre 1971, le décret du 27 novembre 1991, et le décret du 12 juillet 2005 relatif « *aux règles de déontologie de la profession d'avocat* ».

Cette obligation est expressément rappelée à l'article 30, II, 4° CMP (« *Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées* »), mais également par la jurisprudence du Conseil d'Etat (**CE, 9 avril 1999, Toubol-Fischer, BJCP 1999, p.414 ; 7 mars 2005, Communauté urbaine de Lyon, requête n°27 4286**).

En d'autres termes, les acheteurs publics doivent être conscients que la légalité des décisions qu'ils prennent pour la passation ou l'exécution des marchés publics, s'apprécie également par référence à la Loi de 1971 et au décret de 1991.

La présente contribution, qui n'a pas la prétention d'être exhaustive, a donc pour objet d'aborder quelques problématiques récurrentes de cette conciliation nécessaire entre le droit de la passation des marchés publics et les règles professionnelles applicables à la profession d'avocat.

1. Postulation et définition des besoins

S'agissant des marchés portant sur la défense d'une collectivité au contentieux, une première particularité doit être soulignée.

Les fonctions contentieuses de l'avocat se subdivisent, selon le Nouveau code de procédure civile (NCPC), de la manière suivante:

La fonction de « *représentation* » consiste à accomplir les actes de procédure dans le cadre d'une action en justice (article 411 NCPC)

La fonction d' « *assistance* » consiste à conseiller son client et présenter sa défense devant une juridiction (article 412 NCPC).

Si par principe, le mandat de représentation emporte mission d'assistance (article 413 NCPC), il se peut que le client choisisse lui-même de distinguer son « *plaideur* » (assistance) et son « *postulant* » (représentation).

S'agissant des dossiers contentieux devant le Tribunal administratif, cette question ne pose pas de difficulté, les deux fonctions étant, sauf choix contraire, réunies en la personne d'un même avocat.

Il en va autrement s'agissant des juridictions devant lesquelles la représentation est réservée à certains avocats, ou à certaines autres professions.

Ainsi très concrètement :

Devant le tribunal de grande instance (TGI), la représentation doit être obligatoirement assurée par un avocat du Barreau situé dans son ressort, par un avocat « *postulant* ».

En effet, d'une part, les parties sont, sauf exceptions, tenues de constituer avocat devant le TGI (article 751 NCPC). D'autre part, Si les avocats peuvent « plaider » sans limitation territoriale, ils ne peuvent exercer leur activité de représentation que devant les TGI près desquels leur barreau est constitué (article 5 de la loi de 1971).

De même :

Devant la Cour d'appel, la représentation est de la compétence des avoués près les Cours d'appel ;

Devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, seuls sont autorisés à représenter les avocats aux conseils.

S'agissant du choix de leur avocat au contentieux devant le TGI, les acheteurs publics doivent donc tenir compte de cette spécificité dans la rédaction des pièces du marché.

Bien entendu, le monopole de représentation réservé aux avocats d'un barreau devant une juridiction ne saurait justifier que l'acheteur public réserve l'attribution de son marché aux seuls avocats d'un barreau.

Il y aurait là une atteinte manifeste à la liberté d'accès à la commande publique (article 1^{er} CMP), puisque l'activité « plaidante » ne fait pas l'objet d'un monopole.

Il n'est certes pas utile non plus, ni opportun pour une collectivité, de constituer un lot « *postulation TGI* » faisant l'objet d'un marché spécifique, dans le cadre des procédures de publicité et de mise en concurrence qu'elles engagent.

Par contre, la rédaction des pièces du marché et de la consultation devrait être plus précise que la pratique actuellement en vigueur, qui fait largement abstraction de cette question.

En clair, certaines consultations souffrent à notre sens d'une insuffisance de définition des prestations attendues, ce qui peut à la fois nuire à une comparaison objective des offres (*ex : entre un avocat du barreau dans le ressort duquel se trouve l'acheteur public et un avocat appartenant à un autre barreau*) et poser des litiges sur l'exécution financière en cours de marché.

Partant, il pourrait être conseillé aux collectivités publiques :

De définir précisément, dans leur cahier des charges, ce que recouvre exactement la mission contentieuse de l'avocat (missions de représentation et d'assistance au sens du NCPC) ;

A ce titre, le marché peut tout aussi bien intégrer la représentation ou l'exclure. Dans le cas notamment de collectivités n'ayant pas de contentieux fréquents au TGI, une mise en concurrence affaire par affaire du « postulant » pourrait être envisagée.

De constituer un bordereau de prix comportant une décomposition intégrant notamment le prix de la représentation ou postulation si le marché intègre cette prestation.

De s'assurer que les offres des candidats sont complètes, c'est-à-dire intègrent la représentation devant le TGI (en proposant une cotraitance, une sous-traitance...).

2. Secret professionnel et références

La justification des capacités professionnelles est un volet essentiel de la sélection des candidatures par les acheteurs publics.

Aux termes de l'article 28 du CMP, les pouvoirs adjudicateurs qui organisent une « procédure adaptée » ne peuvent « *exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48* ».

Un arrêté ministériel du 28 août 2006, pris pour l'application de l'article 45 du Code, fixe la liste des renseignements et documents pouvant être exigés des candidats.

S'agissant de prestations intellectuelles, les documents pouvant être demandés pour apprécier les capacités professionnelles sont :

La « présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique » ;

L'indication « des titres d'études et professionnels de l'opérateur économique et/ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché » ;

« Certificats de qualifications professionnelles. Le pouvoir adjudicateur dans ce cas précise que la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'opérateur économique à réaliser la prestation pour laquelle il se porte candidat ».

Cette énumération limitative des documents pouvant être réclamés par l'acheteur public permet de vérifier combien il est difficile d'opérer un contrôle ou une sélection au regard d'un critère relatif aux capacités professionnelles.

En effet :

Les titres d'études sont insuffisants et non opérants pour vérifier qu'un avocat dispose d'une pratique professionnelle dans un domaine du droit.

S'agissant des références de travaux attestant la compétence des candidats, il a parfois été demandé aux avocats de faire la preuve de publications dans des revues spécialisées.

La jurisprudence valide bien entendu le recours à ce type de renseignement, mais considère que, s'il ne permet pas aux avocats de faire valoir d'autres références professionnelles (dans le cadre de dossiers), est discriminatoire à l'encontre d'avocats pouvant disposer des compétences requises mais ne se livrant pas à une activité d'enseignement, doctrinale ou de publication.

CE, 7 mars 2005, Communauté urbaine de Lyon, requête n°274286.

En somme, le renseignement décisif pour apprécier les capacités professionnelles d'un avocat dans le cadre d'un marché public, porte sur la présentation de ses références de dossiers de même nature que ceux du marché.

Or, la loi de 1971 apporte des restrictions à la présentation des références par les avocats, en contraignant à une interprétation restrictive de l'arrêt du 28 août 2006.

Aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 : « *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

Dans ces conditions, la présentation de références indiquant les noms des clients, montant et date des interventions, est directement contraire au secret professionnel auquel est tenu l'avocat.

Le Conseil d'Etat, dans son arrêt précité de 2005, a tranché la difficulté de la manière suivante :

1/ Il appartient à chaque candidat de respecter la législation applicable à sa profession dans le cadre des procédures de mise en concurrence, sans que l'acheteur public soit tenu de le rappeler dans l'avis d'appel public à la concurrence ;

2/ L'acheteur public doit néanmoins s'abstenir (à peine d'illégalité donc) d'imposer des prescriptions qui conduiraient les candidats à méconnaître leurs règles déontologiques et professionnelles ;

3/ La présentation de références professionnelles ne porte pas atteinte, par elle-même, au secret professionnel ;

4/ Mais les renseignements fournis ne doivent comporter, ni mentions nominatives, ni mentions permettant d'identifier les clients compte tenu d'indications sur les circonstances de l'affaire

Un exemple à ne pas suivre par un avocat pour la présentation de ses références serait donc le suivant : « *Assistance d'une commune bretonne pour le montage juridique des marchés relatifs à la construction d'une deuxième ligne de métro...* ».

Il est bien évident que la solution proposée par le Conseil d'Etat n'est pas satisfaisante, car elle ne permet pas aux acheteurs publics de vérifier réellement les références, et aux candidats de justifier sérieusement leur capacité professionnelle.

Toutefois – et nous apercevons ici les limites et artifices de la soumission des prestations d'avocats au CMP – il n'existe pas de solution meilleure, en raison de la nature intellectuelle des prestations rendant l'appréciation des capacités très subjective, mais également des limites respectives fixées tant par les dispositions du CMP (liste limitative des renseignements pouvant être demandés aux candidats) que par la loi de 1971.

Deux observations complémentaires peuvent encore être faites sur ce sujet épineux :

En premier lieu, il faut rappeler une disposition parfois méconnue : aux termes de l'article 55 de la loi du 31 décembre 1971, toutes les personnes autorisées à exercer le droit – même à titre accessoire – sont soumises au secret professionnel. Les acheteurs publics seront donc vigilants dans l'application de la jurisprudence « *Communauté urbaine de Lyon* » aux candidats non avocats, ce qui permettra d'ailleurs de respecter l'égalité entre l'ensemble des soumissionnaires ;

En second lieu, on est conduit à s'interroger sur la légalité de la décision du 12 juillet 2007 par laquelle le Conseil national des barreaux a modifié l'article 2.2 du règlement intérieur national (R.I.N.) de la profession d'avocat afin de permettre que « *dans les procédures d'appels d'offres publics ou privés et d'attribution de marchés publics, l'avocat puisse faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs de ses clients avec leur accord exprès et préalable* ».

En effet, le juge du référé précontractuel du TA de Marseille vient de juger que le pouvoir adjudicateur ne pouvait autoriser des candidats à présenter des références nominatives de leurs clients – fût-ce avec l'accord des collectivités concernées...

JRTA Marseille, ord., 12 mars 2008, SELARL L., req. n°0801275.

Bien que le Tribunal ne se prononce pas expressément sur ce point, il semble considérer comme illégale la disposition du R.I.N. rappelée plus haut.

Il conviendra d'attendre la confirmation de cette jurisprudence. Mais d'ores et déjà, il nous semble plus prudent de ne pas accepter la présentation de références nominatives, même autorisées par les clients.

Quoique controversée, et d'ailleurs discutable en opportunité, cette décision du juge marseillais pourrait tout à fait être confirmée, dans la mesure où :

1/ Le juge administratif nous paraît parfaitement compétent pour écarter l'application d'une disposition réglementaire telle que celle prévue à l'article 2.2 du R.I.N., s'il l'estime illégale au regard de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ;

2/ La compétence du C.N.B. pour apporter une dérogation à un principe, le secret professionnel, dont les contours (y compris les exceptions) sont définis par le législateur (articles 66-5 de la loi de 1971 et articles 226-13 et suivants du Code pénal), nous paraît loin d'être évidente.

L'article 4 du décret n°2005-790 du 12 juillet 2005, relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, dispose d'ailleurs que « *sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues et autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* ».

3/ La possibilité de présenter des références avec l'accord des clients pose des difficultés au plan du principe d'égalité devant la commande publique, puisque par définition les candidats les plus heureux ne seront pas ceux qui bénéficient des meilleures références mais ceux dont les clients auront bien voulu donner leur accord...

3. Incompatibilités de la profession et réponse en groupements

Les acheteurs publics doivent être vigilants, à notre sens, s'agissant de la réponse en groupements dans le cadre de marchés d'assistance juridique, ou comportant des éléments de mission juridiques.

Il est en effet fréquent que les collectivités publiques organisent des procédures de publicité et de mise en concurrence pour retenir un prestataire de service chargé de missions « transversales » ou « pluridisciplinaires » (par exemple : *Elaboration des documents d'urbanisme, projets de territoire et définition de l'intérêt communautaire des EPCI, montages contractuels complexes...*).

Or, les groupements peuvent être constitués de professionnels ne partageant pas nécessairement les mêmes règles professionnelles : architectes-urbanistes, géomètres, économistes, experts-comptables, bureaux d'études...

Surtout, il nous paraît risqué, et même pour tout dire illégal, d'imposer la forme « solidaire » aux groupements d'entreprises susceptibles de se constituer avec un membre avocat, écueil qui est pourtant fréquent dans bon nombre de consultations.

La constitution d'un groupement solidaire au sens de l'article 51 CMP se heurte en effet à la règle d'incompatibilité de la profession d'avocat avec l'exercice de toute autre profession, prévue aux articles 165 et suivants de la loi du 31 décembre 1971 (Voir également l'article 18 du R.I.N).

Sur ce point, il est possible de raisonner par analogie avec la jurisprudence relative à l'illégalité des groupements solidaires imposés aux architectes ou aux géomètres. Le Conseil d'Etat considère que la clause de solidarité a pour effet d'imposer à tous les membres, en cas de défaillance de l'un d'eux, d'accomplir des actes ou missions étrangers à leur profession, en infraction avec les règles régissant leur statut.

S'agissant d'architectes : **Conseil d'Etat 10 mai 1968, SYNDICAT DES ARCHITECTES DE LA SEINE, recueil page 296 ; CE, 7 novembre 1986, Ville de Toulouse, req. n°55131** : « *Considérant que le marché unique étant confié à un groupement de personnes comprenant des architectes, qui ne peuvent, sans méconnaître les règles professionnelles qui s'imposent à eux, accomplir des actes de commerce et qui ne peuvent donc se voir attribuer, pour l'exécution du contrat, un rôle qui les amènerait à accomplir des actes étrangers à l'exercice de leur profession et des entrepreneurs qui n'ont aucune qualité pour se substituer aux architectes dans leur rôle de conception de l'ouvrage, les documents contractuels ne peuvent contenir des clauses qui auraient pour effet notamment d'obliger les architectes à se substituer à des entrepreneurs défaillants pour exécuter eux-mêmes ou faire exécuter pour leur compte, des opérations ou travaux ne relevant pas de la compétence des architectes* ».

S'agissant de géomètres : **CE, 20 février 2008, Société SOGEFRA, requête n°293 635**.

Inversement, la clause de solidarité peut également conduire l'acheteur public à méconnaître les dispositions de la loi de 1971 relatives au « *périmètre du droit* », puisqu'une telle clause impose à tout membre d'un groupement – même ceux qui ne seraient pas autorisés à exercer le droit – de se substituer à l'avocat éventuellement défaillant (Voir, s'agissant toujours de géomètres : **CE, 20 février 2008, précité**).

4. Périmètre du droit et choix du prestataire

Le principe de liberté d'accès à la commande publique connaît quelques particularités s'agissant des services juridiques, puisque les avocats disposent, comme d'autres professions, sinon d'un monopole, de certains privilèges.

Au contentieux, la situation est relativement simple et ne pose donc pas de difficulté majeure.

L'article 4 de la loi de 1971 réserve l'assistance et la représentation en justice aux avocats, aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et aux avoués près les cours d'appel.

En conseil, la problématique est autrement plus complexe en raison de textes qui ne brillent pas par leur clarté.

Les principes sont fixés par les articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971.

D'une manière générale, le cadre juridique est le suivant s'agissant de l'exercice du juridique à titre onéreux et régulier :

a/ Le conseil juridique et la rédaction d'actes sous seing privé pour autrui supposent tout d'abord la réunion de conditions générales de compétence (article 54), de moralité (article 54) et d'assurance (article 55).

Certaines catégories de personnes sont présumées, selon l'article 54, disposer de la compétence juridique, parmi lesquelles figurent les professionnels du droit (avocats notamment).

b/ S'agissant des professionnels pouvant exercer le droit à titre principal, la loi vise les catégories suivantes :

Les professionnels du droit, avocats, notaires, avoués près les cours d'appel, etc., ont le droit de consulter et de rédiger des actes « *dans le cadre des activités définies par leurs statuts respectifs* » (article 56).

Certaines catégories de fonctionnaires ou agents publics (professeurs de l'enseignement supérieur, magistrats...), en activité ou à la retraite, ainsi que les enseignants des disciplines juridiques des établissements d'enseignement supérieurs privés (article 57), mais seulement pour les consultations juridiques.

Les juristes d'entreprise mais seulement dans le cadre de l'activité « *desdites entreprises* » (article 58).

c/ Certains professionnels sont autorisés à exercer le droit à titre seulement accessoire et sous certaines conditions :

Il s'agit de professions réglementées (experts-comptables, assureurs, architectes, etc.) ou non (ingénieurs-conseils, cabinets d'audit, experts en immobilier, etc.).

Au-delà des conditions générales, notamment de compétence juridique, visées à l'article 54, il n'est pas inutile de revenir sur la notion d'« *accessoire* » :

Les professions réglementées ne peuvent donner que des consultations juridiques relevant de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire direct de la prestation fournie (article 59) ;

Exemple : L'architecte assurant à titre principal des missions de maîtrise d'œuvre, et assurant une mission de conseil ou la rédaction des clauses d'un marché dans le cadre de ces missions (mission « ACT » par exemple).

Les professions non réglementées peuvent donner des consultations juridiques relevant directement de leur activité principale et rédiger des actes sous seing privé qui constituent l'accessoire nécessaire de cette activité.

Dans le cadre de l'attribution des marchés publics de services juridiques, ou comportant des services juridiques, les acheteurs publics doivent donc être particulièrement vigilants sur cette question dite du « *périmètre du droit* », que ce soit au stade de la définition des besoins (faut-il un « lot juridique » dans un marché de services plus global ?) ou de l'attribution du marché (le candidat est-il autorisé à exercer le droit ?).

En effet, comme nous l'indiquions plus haut, la légalité de l'attribution d'un marché peut tout à fait être contestée sur le fondement de la loi de 1971, comme le montrent d'ailleurs deux exemples récents :

TA Besançon, 28 février 2008, Me Chanlair, req. n°600368, AJDA, 2008, p.1050, conclusions G. Poitreau : Annulation de la décision attribuant un marché d'assistance et de conseils juridiques à la société SVP (société spécialisée intervenant dans le conseil aux entreprises et collectivités dans des domaines très variés), au motif notamment qu'elle ne pouvait, en tout état de cause, exercer le droit qu'à titre accessoire.

JRTA Paris, ord., 27 juillet 2007, Me Palmier, req. n°710469, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°0, 10 décembre 2007, p.2320, note V. Drain : Annulation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, par le juge du référé précontractuel, au motif que l'attributaire d'un marché de conseil juridique, exerçant habituellement une activité de programmation et d'assistance à maîtrise d'ouvrage, ne justifiait pas des compétences requises au sens de l'article 54 de la loi de 1971.

Sur cette question, il peut être conseillé aux acheteurs publics, dans le cadre des procédures de mise en concurrence qu'ils organisent, de solliciter des candidats qu'ils fournissent la preuve qu'ils sont habilités à exécuter le marché au regard des dispositions des articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971.

5. Conflits d'intérêts et choix du prestataire

L'article 7 du décret du 12 juillet 2005 dispose que :

L'avocat ne peut être conseil ou représentant de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit ;

Il ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client.

Une troisième disposition régit les conflits surgissant au cours d'une affaire, c'est-à-dire en cours d'exécution du marché.

En pratique, cette troisième situation pourra surgir surtout en cours d'exécution de marchés de conseil ou de représentation pouvant inclure plusieurs affaires – par hypothèse non survenues à la date de conclusion du contrat. Cet aspect de la problématique soulève des questions tout à fait particulières sur les clauses à insérer dans les marchés et les conduites à tenir en cours d'exécution du marché (Voir la contribution de Maître Marc CAZO relative à la déontologie des avocats appliquée à l'exécution des marchés).

Il ne faut toutefois pas exclure, malgré la vigilance des avocats sur ces questions, la survenance de l'une des deux premières situations décrites par l'article 7 du décret. Notamment parce que cette disposition s'impose, selon le texte, aux groupements d'avocats et à tous leurs membres y compris collaborateurs.

Exemple : Un avocat exerçant en société répond à une mission de conseil et d'assistance juridiques dans le cadre de la révision d'un P.L.U. L'un de ses associés ou collaborateurs du groupement est le conseil d'une association de défense de l'environnement, chargé d'affaires en cours contestant la délibération approuvant le P.L.U.

Cette disposition est d'interprétation difficile, notamment au regard de la notion « d'affaire » visée par l'article 7. Son application est donc périlleuse pour les acheteurs publics.

Pourtant, dans le principe, il nous semble bien que l'acheteur public serait tenu d'en faire application pour, le cas échéant, rejeter la candidature d'un avocat.

Il est rappelé en effet que « *le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques...* » dans le cadre des procédures qu'il met en œuvre (article 30).

En conséquence, et même si la jurisprudence ne semble pas s'être prononcée sur ce sujet, la plus grande vigilance est recommandée aux acheteurs publics dans la vérification de l'absence de conflits d'intérêts.

*

-