

## I L'honoraire de l'Avocat

### *A/ L'usage confronté aux règles spécifiques des marchés publics*

En considération des contingences de la profession d'Avocat et en particulier des délais de jugement devant les juridictions administratives ainsi que de la durée parfois longue des contrats conclus dans le cadre d'un marché public qui s'échelonnent sur plusieurs mois voire quelques années, il n'est pas possible aux Conseils d'être rémunérés seulement aux termes de leurs prestations, c'est-à-dire une fois que le jugement est intervenu ou que le marché est entièrement exécuté.

Par conséquent et afin de tenir compte de ces impératifs, il était d'usage de solliciter auprès des clients une provision.

Cette règle a d'ailleurs été consacrée par l'article 11 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles déontologiques de la profession d'Avocat qui précise que :

*« L'Avocat qui accepte la charge d'un dossier peut demander à son client le versement préalable d'une provision à valoir sur ses frais et honoraires ».*

A cet égard, les prestations juridiques offertes par un Avocat auprès d'un commanditaire constituent un marché de services dont les règles sont fixées par l'article 29 du code des marchés publics qui précise expressément que :

*« Sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre les marchés publics et les accords-cadres ayant pour objet les services énumérés ci-dessous ».*

Toutefois, les 16 catégories de services prévues par l'article 29 n'englobent pas les marchés de prestations juridiques et par conséquent les règles d'avances et d'acomptes telles que définies par l'article 86 du même code ne trouvaient à priori pas à s'appliquer aux prestations fournies par les avocats

C'est l'article 30 du code des marchés publics concernant les marchés de service passés selon la procédure allégée qui régissait les marchés de services juridiques excluant ainsi à priori les prestations juridiques des Conseils du bénéfice des règles définies par l'article 86 du code des marchés publics.

## *B/ Les solutions jurisprudentielles*

Aux termes d'un arrêt récent et de principe, le Conseil d'Etat a toutefois considéré que même si les marchés de services juridiques se placent hors du champ du titre 4 de la première partie du code des marchés publics et ne les soumettent donc pas au régime des avances et acomptes prévu par les articles 86 à 92 de ce titre, ces dispositions n'interdisent pas pour autant à ces marchés de prévoir de tels avances et acomptes.

Par conséquent, le Conseil d'Etat consacre la possibilité pour les Conseils dans le cadre d'un marché de services juridiques de solliciter des provisions auprès de leurs clients à condition toutefois que les contrats conclus entre les parties prévoient expressément de telles dispositions.

Ce même arrêt précise également la solution applicable en matière de contestation des honoraires.

Il ressort de la loi du 31 décembre 1971 régissant la profession d'Avocat ainsi que du décret du 12 juillet 2005 qu'en matière de contestation d'honoraires, c'est le Bâtonnier de l'Ordre sous le contrôle du Premier Président de la Cour d'Appel qui est compétent.

Toutefois l'article 2 de la loi « Murcef » ainsi que la jurisprudence du Conseil d'Etat précisait quant à eux que la compétence exclusive de la juridiction administrative concerne les marchés passés en application de l'ancien comme du nouveau code des marchés publics issus de la loi du 11 décembre 2001 (*CE 29 juillet 2002 « Société MAJ BLANCHISSERIE de Pantin » Req. 246921*).

Par conséquent, confronté d'une part aux règles déontologiques et d'autre part aux règles des marchés publics, le Conseil d'Etat a tranché à nouveau la délicate question de la compétence en matière de litige sur les honoraires dans sa décision du 9 juillet 2007.

A cette occasion il a considéré que les litiges relatifs au règlement financier d'un marché conclu entre un Avocat et une collectivité publique portent sur l'exécution d'un marché public et ne peuvent dès lors relever

que de la seule compétence du Juge Administratif (*CE 9 juillet 2007 « Syndicat entreprise générale de France, bâtiments en travaux publics » req. n°297711*).

## **II L'indépendance de l'Avocat**

*A/ Le difficile mariage des prérogatives de l'administration et des règles déontologiques*

Même si les prérogatives exorbitantes du droit commun dont dispose par nature l'Administration ne sont pas expressément inscrites dans un marché de prestations juridiques qui est un contrat administratif les personnes publiques disposent tout de même de ces prérogatives.

Ainsi, n'est donc pas opposable l'exception d'inexécution et reste également valable le pouvoir de modification unilatéral du contrat.

Ces contraintes emportent des difficultés tant au regard du conflit d'intérêt que des clauses de conscience qui sont consacrés par la loi du 31 décembre 1971, étant précisé également qu'il ressort des dispositions des articles 7, 11 et 13 du décret du 12 juillet 2005 que l'Avocat ne peut être ni le Conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire.

Par conséquent, un Avocat qui a conclu un marché de services juridiques avec une collectivité peut à l'occasion de ce marché être confronté à un conflit d'intérêt, étant rappelé que les dispositions du décret du 12 juillet 2005 précisent que les principes essentiels de la profession guident le comportement de l'Avocat en toutes circonstances et que la profession d'Avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice.

*B/ Des solutions en demi-teinte*

Confronté à un conflit d'intérêt, il est nécessaire que l'Avocat privilégie à mon sens les règles d'indépendance régissant la profession et ainsi ne poursuive pas sa mission si cette dernière est contraire aux règles essentielles de la profession.

Il est bien évidemment nécessaire d'attirer l'attention du cocontractant sur cette possibilité qui demeure un impératif propre à notre profession et qui permet et surtout oblige le Conseil à ne pas poursuivre sa mission indépendamment de la signature de tout contrat si un conflit d'intérêt survient.

Concernant par contre la clause de conscience, cette dernière hypothèse s'avère selon moi plus théorique qu'empirique mais n'est cependant pas à exclure.

Si la règle du conflit d'intérêt est assez objective, tel n'est pas le cas de la clause de conscience qui est propre à chacun en tant qu'Avocat et en tant qu'individu.

Toutefois, cette clause de conscience qui fait partie intégrante de nos libertés de Conseil pourrait être opposée à une collectivité si cette dernière sollicitait une consultation sur un point qui heurterait la conscience ou les convictions de tous ordres d'un Confrère, étant cependant précisé que la frontière entre la clause de conscience et l'abus est plus difficile à délimiter et doit être maniée avec d'autant plus de précautions.

### **III Le secret professionnel**

#### *A/ Un principe affirmé*

S'il est un principe fondamental, si ce n'est LE principe fondamental régissant la profession de l'Avocat c'est celui du secret professionnel qui lie un Conseil à son client, ce dernier ne pouvant d'ailleurs l'en délier et qui a été consacré par la Cour de Cassation dans un arrêt qui rappelait que l'Avocat a toujours été tenu de garder un secret inviolable sur tout ce qu'il apprend à ce titre, cette obligation absolue est d'ordre public (*Cass. Crim. 24 mai 1862 « Brion » p.545*).

Toutefois, il est de jurisprudence également constante que le secret professionnel de l'Avocat ne s'impose pas pour autant à son client (*Cass. Crim. 29 mai 1989 Bul. Crim. 1989 n°281 ; Cass. Crim. 9 février 1988 Bul. Crim n°63*).

Qu'en est t'il donc du respect des consultations qui sont établies par un Avocat envers une collectivité avec laquelle il a contracté.

## *B/ Un principe malmené*

Aux termes d'un arrêt de principe en date du 27 mai 2005, le Conseil d'Etat a considéré que si les consultations des Avocats ne sont pas des documents administratifs par nature ou définition au sens des dispositions de la loi du 7 juillet 1978, pour autant, de tels documents privés acquièrent un caractère administratif par destination s'il a été élaboré en vue d'un usage administratif (*CE 27 mai 2005 « Département de l'Essonne » Req. 268564*).

Toutefois, dans une telle hypothèse, la loi de 1978 précise que ne sont pas communicables les documents dont la consultation ou la communication porterait atteinte à un secret protégé par la loi, ce qui bien évidemment concerne les consultations juridiques établies par un Avocat.

Par conséquent une grande liberté est laissée en l'espèce à l'exécutif d'une collectivité locale qui peut légalement se prévaloir du secret professionnel de l'Avocat sur le fondement de l'article 6 de la loi du 7 juillet 1978 mais pour autant une telle attitude n'est pas obligatoire puisque le principe demeure que le secret professionnel de l'Avocat ne s'impose pas à son client.

Reste enfin posée la délicate question de la communication des consultations d'un Avocat aux membres des Assemblées délibérantes puisqu'il ressort du Code Général des Collectivités Territoriales que ces Conseillers ont droit à communication des documents qui sont nécessaires à la participation des élus à la délibération sur les affaires de la collectivité territoriale.

Dans une telle situation, l'exécutif local est en situation de compétence liée pour communiquer ces documents.

Toutefois, le Conseil d'Etat dans sa décision « département de l'Essonne » indique qu'une telle règle peut être écartée dans l'hypothèse particulière où les documents seraient couverts par le secret professionnel de l'Avocat.

Par conséquent, l'exécutif peut s'opposer pour un motif d'intérêt général à la transmission du document sollicité et à tout le moins prévoir des modalités de communication appropriées des documents qui seraient sollicités par les membres de l'organe délibérant.