LES SERVICES D'AVOCAT SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DU 17 JUIN 2016 RELATIVE AUX MARCHÉS PUBLICS

Le 14 juillet 2016, est parue au Moniteur belge la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après, « la Loi »). Celle-ci transpose en droit interne (i) la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et (ii) la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

Elle est entrée en vigueur le 30 juin 2017.

L'article 28, § 1er, 4°, de la Loi exclut spécifiquement les prestations suivantes de la législation sur les marchés publics :

> « *a) La représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, et ce dans le cadre :*
>
> *i. 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*
>
> *ii. 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 ;*
>
> *b) le conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point a), 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 1er de la directive 77/249/CEE précitée ;*
>
> *c) les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires ;*
>
> *d) les services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'État membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions ;*
>
> *e) les autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique* » (nous soulignons).

Les travaux parlementaires afférents à la disposition précitée explicitent clairement la portée des nouvelles exclusions[1] :

> « *Le point 4° est une disposition nouvelle. Il concerne les marchés publics qui ont pour objet l'un des services juridiques repris ci-dessous. Étant donné que ces derniers sont habituellement fournis par des personnes désignées ou sélectionnées d'une manière qui est difficilement compatible avec les procédures de passation de marchés publics, ceux-ci doivent dès lors être exclus du champ d'application de la présente loi.*
>
> *a) Est tout d'abord exclue, la représentation légale d'un pouvoir adjudicateur par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil dans le cadre d'une procédure contentieuse.*
>
> *Cette représentation peut avoir lieu 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 dans le cadre 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.*
>
> *L'avis du Conseil d'État indiquant le renvoi à des dispositions de droit interne transposant la disposition de la directive concernée n'a pas été suivi sur ce point. Il est vrai que les articles 428 et suivants du Code judiciaire règlent la profession d'avocat (cf. également l'article 477quinquies et suivants relatifs à la liberté d'établissement des avocats). Des dispositions précédentes, il n'appert pas spécifiquement que seule la représentation en droit est visée.*
>
> *L'article 428 du Code judiciaire a effectivement également trait à l'usage du titre d'avocat. Cette exception a par ailleurs également trait à la représentation en droit devant un tribunal étranger, d'où le renvoi à la directive 77/249/CEE, pour des raisons de clarté.*
>
> *b) Vient ensuite le conseil juridique fourni en vue de la préparation d'une procédure contentieuse visée au point a) 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 à nouveau d'un avocat au sens de la directive 77/249/CEE précitée.*
>
> *Les termes de la directive sont assez complexes, mais il y a lieu d'en déduire que sera visé par cette exclusion, tant le conseil juridique antérieur à une procédure contentieuse, que celui présentant un lien avec un contentieux à venir, ce dernier ne pouvant toutefois pas être hypothétique. Ne sont dès lors pas visés, les conseils juridiques prodigués en dehors de toute procédure contentieuse.*
>
> *Les exclusions visées sous a) et b) sont liées au caractère intuitu personae des services concernés, qui sont caractérisés par un certain lien de confiance entre le pouvoir adjudicateur et l'avocat. Il arrive également qu'il y ait des cas urgents, voire même très urgents, ce qui n'est évidemment pas conciliable avec l'application de toute une série de règles. Néanmoins, une délégation au Roi est prévue au deuxième paragraphe Lui permettant d'élaborer des règles de passation spécifiques pour les services exclus concernés, dans les cas qu'Il définit.*
>
> *Un certain nombre de services juridiques prestés par d'autres professionnels échappent également à la mise en concurrence.*
>
> *(…)*

[1] *Doc. parl.*, Chambre, *Projet de loi relatif aux marchés publics*, Exposé des motifs, Sess. ord., 2015-2016, n° 1541/001, pp. 53 à 55.

e) Sont enfin visés, conformément à l'article 51 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, d'autres services juridiques qui, dans l'État membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique. Bien qu'il ne soit pas possible d'en dresser une liste exhaustive, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne pourrait à cet égard être une source d'inspiration.

(...) » (nous soulignons).

La nouvelle législation repose donc sur trois principes essentiels, longtemps et ardemment défendus par d'aucuns :

- La relation qui unit l'autorité publique (cliente) et l'avocat est de nature *intuitu personae*, ce qui présuppose un lien de confiance exclusif et indépendant d'une série de critères objectifs, tel que le prix ;

- Les prestations d'avocats sont généralement circonscrites aux marchés nationaux des États membres en ce qu'elles concernent des questions de droit purement nationales, de sorte que leur dimension transnationale très limitée implique la mise en place d'un régime allégé[2] ;

- Les pouvoirs publics doivent couramment confier leurs affaires à des avocats avec célérité, ce qui se concilie mal avec les contraintes de la procédure de passation des marchés publics.

En somme, lorsqu'ils font appel aux services d'un avocat dans le cadre du précontentieux, du contentieux et du postcontentieux, les pouvoirs adjudicateurs ne doivent respecter aucune procédure de passation en particulier.

Toutefois, en dehors de ces trois cas, ils devront continuer à respecter la Loi. Cela vise concrètement le cas d'une autorité publique qui fait appel aux services d'un avocat en vue d'une consultation qui n'entretient aucun lien avec une procédure contentieuse, une conciliation ou un arbitrage.

En pareille situation, les pouvoirs publics peuvent néanmoins recourir à la procédure simplifiée des marchés de faible montant, régie par le Chapitre 7 (article 92) de la Loi (« marchés publics de faible montant »), à l'instar de l'article 110, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

D'autant plus que le législateur a augmenté le seuil en dessous duquel la procédure simplifiée est d'application, le faisant passer de 8.500 euros à 30.000 euros HTVA.

En pratique, on constate que les pouvoirs adjudicateurs recourent fréquemment à ce mécanisme dès lors que ces marchés proposent une simplification formelle évidente : ils peuvent être conclus par simple facture acceptée.

[2] Directive 2014/24/UE précitée, considérant n° 116.

Le rehaussement du seuil permet dorénavant aux pouvoirs adjudicateurs d'étendre le recours à la procédure simplifiée. Des marchés qui, par leur montant, étaient auparavant exclus de cette procédure pourront y être intégrés. On songe notamment aux prestations d'avocats, dont les coûts dépassent très facilement les 8.500 euros HTVA.

L'article 92 de La Loi énonce, à cet égard, que :

> « *Les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros sont uniquement soumis :*
>
> *1° aux dispositions du titre 1er, à l'exception des articles 12 et 14 ;*
>
> *2° aux dispositions relatives au champ d'application ratione personae et ratione materiae visé au chapitre 1er du titre 2.*
>
> *Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée* ».

Les marchés visés sont uniquement soumis aux définitions, aux principes généraux de La Loi (à l'exception de la disposition concernant l'usage de moyens de communication électroniques, ainsi que la disposition relative à l'octroi d'avances) ainsi qu'aux règles d'estimation.

Les principes généraux de La Loi sont :

- l'égalité, la non-discrimination, la transparence et la proportionnalité (art. 4) ;
- la limitation artificielle de la concurrence (art. 5) ;
- les conflits d'intérêts (art. 6) ;
- le respect du droit environnemental, social et du travail (art. 7) ;
- la notion d'opérateur économique (art. 8) ;
- le principe forfaitaire (art .9) ;
- la révision des prix (art. 10) ;
- le bouleversement de l'équilibre contractuel (art. 11) ;
- la confidentialité des informations (art. 13) ;
- les marchés réservés (art .15) ;
- l'estimation du montant du marché (art. 16).

Au demeurant, l'article 28, § 2, de La Loi précise que :

> « *Le Roi peut fixer les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés au paragraphe 1er, 4° a et b, dans les cas qu'Il détermine* ».

C'est sur cette base qu'a été adopté l'article 125 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 :

> « *Les marchés pour la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, § 1er, alinéa*

1er, 4°, a) et b), de la loi, sont soumis aux principes du titre 1 de la loi, à l'exception des articles 12 et 14 de la loi. Ces marchés publics sont passés après consultation si possible des conditions de plusieurs avocats mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.

La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.

Les marchés visés à l'alinéa 1er ne peuvent être conclus par facture acceptée, sauf lorsque leur montant estimé est inférieur au montant visé à l'article 92, alinéa 1er, de la loi ».

Assez curieusement, le Roi a rendu les principes du titre I – à l'exception des articles 12 et 14 – applicables aux services d'avocat cependant même que ces derniers sont expressément exclus du champ d'application de la Loi. Pour rappel, le Roi exécute la loi ; il ne peut rien y retrancher ou y ajouter. Or, en rendant applicable le titre I de la loi et en obligeant les pouvoirs adjudicateurs à consulter plusieurs avocats (« *si possible* »), le Roi va à l'encontre de la volonté tant du législateur européen que du législateur fédéral. On peut donc douter de la constitutionnalité du régime organisé par l'article 125 précité.

En attendant qu'une juridiction se prononce sur cette incompatibilité, **on conseillera aux pouvoirs adjudicateurs de veiller au respect des principes essentiels de la Loi, à savoir : l'égalité, la transparence et la proportionnalité**. L'obligation de consulter plusieurs avocats peut, quant à elle, être appréciée de manière assez large par les pouvoirs adjudicateurs compte tenu du libellé de l'article 125 (« *si possible* »). **L'urgence pourra, par exemple, être invoquée avec succès pour justifier l'impossibilité de consulter plusieurs avocats**.

*
* *

Philippe COENRAETS et Ilias NAJEM,

Le 17 mai 2018