



Les services juridiques et les marchés publics

Lundi 11.02.08

1. Introduction

Contrairement à la situation qui prévalait par le passé (cf. note 1), les services juridiques sont désormais soumis à la législation relative aux marchés publics (cf. note 2). Sont plus particulièrement visés, les services de consultation d'une part, et les services de défense en justice d'autre part. La lecture de la circulaire du Premier Ministre du 2 décembre 1997 laisse apparaître que sous ces deux notions sont comprises toutes les tâches relatives à la défense d'un pouvoir public en justice, qu'il s'agisse d'une affaire civile, pénale, commerciale ou administrative - la matière importe donc peu - en ce compris la rédaction et le dépôt d'écrits de procédures, les audiences, etc. De même, il est indifférent que la relation s'établisse ou non dans le cadre d'un abonnement (cf. note 3). Par ailleurs, la notion de conseil semble interprétée de manière relativement large, et couvre la rédaction de statuts, de consultations préalables à la mise en place d'opérations, la vérification et la certification de documents, etc (cf. note 4).

Une récente question du parlementaire Vandeurzen met en évidence que les services concernés ne sont pas seulement ceux des avocats, mais aussi ceux des notaires et des huissiers de justice (cf. note 5).

Les services juridiques ne comprennent cependant pas tous les services qui peuvent être assumés par des avocats ou des juristes ; il faut ainsi observer que les services d'arbitrage et de conciliation sont exclus du champ d'application *ratione materiae* de la loi aux termes des directives européennes. Du (cf. note 6). On observe cependant que l'arbitrage est actuellement mentionné au titre des services relevant de la gestion dans la circulaire du Premier Ministre (cf. note 7), sans que ceci puisse porter préjudice à ce qui vient d'être énoncé.

2. Modes de passation

On sait que les marchés publics sont en principe passés au terme d'une mise en concurrence, qu'ils sont régis par le principe du forfait, conclus au terme d'un contrat écrit (cf. note 8), que leurs conditions générales d'exécution sont régies par le cahier général des charges et qu'en principe, il n'y a de paiement que pour des services faits et acceptés. L'application de la législation relative aux marchés publics aux services juridiques suscite cependant quelques difficultés à respecter chacun de ces principes.

Tout d'abord, en raison du caractère *intuitu personae* de la relation qui unit l'avocat à son client (cf. note 9), et qui n'est bien évidemment pas remise en cause en l'espèce. Ce caractère a comme conséquence qu'en matière de mise en concurrence, un régime particulier, dérogeant au système classique de mise en concurrence, est mis en place pour certains services juridiques. En effet, l'article 68, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précise que les services juridiques peuvent être conclus via un appel d'offres ou une procédure négociée avec publicité, sans qu'il y ait nécessairement de mise en concurrence classique :

« L'impossibilité de consulter le nombre de candidats requis par les alinéas 4 et 5 est considérée comme établie pour les marchés publics portant sur des services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions et autres organes de règlement des litiges (cf. note 10) ».

Ce système dérogeant fut critiqué par la section de législation du Conseil d'État, au motif que le caractère *intuitu personae* ne ferait pas obstacle à une mise en concurrence (cf. note 11) ; elle ne fut cependant pas suivie sur ce point.

Observons que pour les marchés de services juridiques dont la dépense à approuver est inférieure au seuil de publicité européenne (cf. note 12), la procédure d'attribution peut être une procédure négociée sans publicité, conformément aux articles 53, § 3 et 120, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Dans ce cas cependant, l'arrêté royal ne prévoit pas d'impossibilité de consulter plusieurs candidats, et c'est alors le droit commun qui s'applique, de sorte qu'une mise en concurrence doit être respectée.

La procédure négociée sans publicité peut aussi être suivie en cas d'urgence impérieuse résultant d'un événement imprévisible, au sens de l'article 17, § 2, 1°, c, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. Tel sera le cas, par exemple, lorsque le pouvoir public est cité à comparaître dans délais brefs, et qu'il n'a pas conclu de convention particulière d'abonnement avec l'un ou l'autre avocat. Il faut bien entendu se garder de faire usage de cette technique de manière récurrente.

La Cour des comptes considère également que le recours aux arrêtés ministériels de désignation d'avocats sans limitation de temps méconnaît les obligations inhérentes aux marchés publics ; un tel procédé devrait par conséquent être abandonné, au profit de la conclusion d'un marché public de services recourant, le cas échéant, au mécanisme du marché à bon de commande (cf. note 13) qui permet de rencontrer les obligations de la réglementation des marchés publics et les spécificités de telles prestations (cf. note 14).

3. Particularités du cahier des charges

La Cour des comptes rappelle que le cahier général des charges trouve à s'appliquer (cf. note 15), mais que des aménagements sont sans doute nécessaires (cf. note 16).

L'application pure et simple du cahier général des charges comporte de réelles difficultés en raison des spécificités des règles déontologiques de l'avocat, telles que l'indépendance et le respect du secret des relations entre l'avocat et son client (cf. note 17).

Notons que la matière connaît en ce domaine des courants différents : comment concilier en effet l'application par l'administration du cahier général des charges permettant une rupture de la relation par le pouvoir adjudicateur dans des hypothèses particulières, motivées formellement aux termes notamment de la loi du 29 juillet 1991, et la jurisprudence du Conseil d'État qui considère la rupture de la relation qui unit une administration à un avocat dans le cadre d'un abonnement de défense en justice comme une décision relevant exclusivement du pouvoir discrétionnaire de l'administration, dont les motifs - même erronés, souligne le Conseil d'État - ne peuvent être examinés, la décision ne devant au surplus faire l'objet d'aucune motivation formelle (cf. note 18) ? La position de la haute juridiction administrative semble difficile à maintenir, en tout cas formulée de cette manière, si l'on considère que la relation est désormais fondamentalement régie par les règles relatives aux marchés publics.

Par ailleurs, il est souvent difficile de déterminer au préalable pour le pouvoir adjudicateur l'étendue d'une mission de conseil. Ainsi, comme le relate le 157e cahier d'observations de la Cour des comptes à propos d'une mission de conseil dans le cadre du projet Astrid :

« Il ne s'agissait pas de conclure un contrat, mais de faire régulièrement appel aux services du cabinet, à des moments qui ne pouvaient être fixés à l'avance. En outre, il était impossible d'estimer la quantité des prestations à fournir, ni le délai d'exécution du marché (cf. note 19) ».

Prenant acte de ces motifs, la Cour rappelle toutefois que les marchés doivent être constatés par écrit, afin de pouvoir en fixer avec précision la nature et les modalités d'exécution, ainsi que les droits et obligations des parties contractantes, de sorte que l'insécurité juridique soit réduite. (cf. note 20)

Par ailleurs, la Cour des comptes met en évidence le fait que les honoraires doivent être déterminés ou déterminables au préalable, et que la relation doit se nouer au terme d'un écrit si les honoraires escomptés sont supérieurs à 5.500 euros (cf. note 21) . La Cour énonce ainsi plusieurs types d'irrégularités, parmi lesquelles un défaut de mise en concurrence (cf. note 22) , une absence de respect du forfait, et des indications souvent fort sommaires en ce qui concerne les états de frais et honoraires qui permettent difficilement d'apprécier l'effectivité du travail réalisé et de liquider des paiements pour des services « faits et acceptés » (cf. note 23).

Comme on le voit, la matière est en pleine évolution, et les lignes qui précèdent ne se font que l'écho des diverses difficultés, actuellement non résolues, de l'application de la loi sur les marchés publics aux services juridiques de conseils et de contentieux.

Patrick Thiel

Avocat associé CMS DeBacker

Directeur du site web www.marchespublics.be

Notes :

- (1) Plus précisément, sous l'empire de la loi de 1976 relative aux marchés publics.
- (2) M. VAN DOSSELAERE, *op.cit.* , p. 7 ; voyez aussi le rapport de l'auditeur VERMEIR auquel l'auteur fait expressément référence ; la législation applicable et plusieurs des sources ici citées sont disponibles sur le site web www.marchespublics.be
- (3) Cour des comptes, *157e cahier d'observations présenté à la Chambre des représentants*, session 2000-2001, p. 166.
- (4) Circ. du 2 décembre 1997, *M.B.* , 13 décembre 1997, spéc. pp. 36.361 et s.
- (5) Réponse du premier ministre du 26 juin 2006 à la question n° 125 de M Jo Vandeurzen du 17 mai 2006, QRVA 51/126, p. 24736.
- (6) Art. 16, c, de la dir. 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ; voyez également son vingt-sixième considérant ; pour le régime directement antérieur : art. 1er, a), vi), de la Directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; voyez également son douzième considérant.
- (7) Premier Ministre, circulaire du 2 décembre 1997 - Marchés publics - Liste des services visés à l'Annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993, *M.B.*, 13 décembre 1997, spéc. n° 86602, p. 33.346.
- (8) Sur la notion de contrat appliqué au service juridique de défense en justice et ses conséquences au niveau de la recevabilité d'un recours au Conseil d'État, voyez : C.E., n° 94.693 du 11 avril 2001.
- (9) M. VAN DOSSELAERE, *op.cit.*, pp. 4 et s.
- (10) Art. 68, alinéa 6, de l'A.R. du 8 janvier 1996.
- (11) Avis sous l'article 68 de la section de législation précédant l'arrêté royal du 8 janvier 1996.
- (12) Actuellement : 206.000 euros.
- (13) Sur la technique, voyez P. Thiel, *Mémento des marchés publics 2008, op cit*, p. 125.
- (14) Cour des comptes, *160e cahier d'observations présenté au Parlement wallon*, p. 72.
- (15) Cour des comptes, *157e cahier d'observations présenté à la Chambre des représentants*, session 2000-2001, pp. 146 à 170.
- (16) Cour des comptes, *160e cahier d'observations présenté au Parlement wallon*, p. 72.
- (17) M. VAN DOSSELAERE, *op.cit.* , p. 9 ; C.E. fr., 9 avril 1999, *Entr. et dr.*, 2001, pp. 97 et s.
- (18) CE, n° 67.990 du 5 septembre 1997, suivi de C.E., n° 94.693 du 11 avril 2001.
- (19) Cour des comptes, *157e cahier d'observations présenté à la Chambre des représentants*, session 2000-2001, p. 156.
- (20) Sur la difficulté liée à la détermination du critère du prix, consultez en France : C.E. fr. du 22 janvier 2007, Syndicat des transports d'Île-de-France, *Contrats et marchés publics*, avril 2007, p. 26.
- (21) Art. 122, 1°, de l'A.R. du 8 janvier 1996.
- (22) Dont la portée doit cependant être appréciée au travers de l'article précité de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.
- (23) Cour des comptes, *157e cahier d'observations présenté à la Chambre des représentants*, session 2000-2001, p. 170.

Éléments bibliographiques

Cour des comptes, « Les marchés publics de service comprenant à titre principal des prestations intellectuelles », <160e cahier d'observations présenté au Parlement wallon, session 2003-2004, spéc. pp. 71 et 72.

DELELIS Ph., « Validité du Code des marchés publics et marchés de services juridiques », note sous C.E. fr., 5 mars 2003, *Contrats et marchés publics*, avril 2003, pp. 20 à 23.

DREYFUS J.D., « La commande publique de prestations de services juridiques », note sous C.E. fr. du 9 juillet 2007, *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1601 et s.

ISRAËL J.-J., « Les marchés de services juridiques », *Contrats publics - Actualité de la commande publique*, 2003, n° 22, pp. 35 à 39.

JANS L., « La loi du 24 décembre 1993 et les marchés publics de services d'avocats », *A.P.T.*, 2001.

LANDOT É., « Marchés de services juridiques : la nouvelle donne », *CP-ACCP* n° 44, mai 2005, p. 37.

THIEL P., *Mémento des marchés publics 2008*, Kluwer, 2007, p. 87 et s.

VAN DOOSSELAERE M., « Marchés publics et les services des avocats », *Entr. et dr.*, 2001, pp. 4 à 11.

Auteur : [Patrick Thiel \[CMS DeBacker\]](#)