



## Marchés de prestations juridiques "hors code" : tempête dans un verre d'eau ?

### A propos de l'auteur

**M. Joannès Jean-Marc**

Rédacteur en chef

[Voir les articles de cet auteur](#)

**La loi ASAP exclut du champ d'application du code de la commande publique les marchés de services ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les prestations de conseil juridique. Un retour au régime précédent. Une bonne nouvelle pour les avocats ? Leur appréciation n'est pas aussi tranchée que l'on pourrait imaginer de prime abord.**

Jean Maïa, alors Directeur des affaires juridiques de Bercy en avait quasiment fait une affaire de principe : « ... les principes de liberté d'accès à la commande publique, de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats sont de nature constitutionnelle et il n'y a pas d'incompatibilité entre les règles de la commande publique et celles régissant cette profession ». La loi ASAP exclut de nouveau du champ d'application de code de la commande publique les marchés de services ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les prestations de conseil juridique. Une bonne nouvelle pour les avocats ?



Me Joël Bernot

« C'était une clarification attendue depuis longtemps, après plusieurs occasions manquées, et une revendication forte de la profession qui s'est toujours battue pour que soit reconnue la spécificité de la prestation rendue par l'avocat à son client, qui ne peut être regardée comme n'importe quelle autre prestation de service économique » réagit Joël Bernot (Avoxa société d'avocats). Comme l'explique M<sup>e</sup> Cyril Coupé, il faut distinguer le "conseil" pur de ce qui relève du contentieux. « Le conseil pur, par exemple l'assistance juridique à maîtrise d'ouvrage, reste dans le giron du droit "quasi-commun" des marchés publics : procédure adaptée pour la passation, et droit commun pour l'exécution ». Pour le contentieux (et le précontentieux), les acheteurs sont libres d'attribuer à qui ils souhaitent avec des règles d'exécution, qu'il considère « très très légères ; cette liberté leur laissera le choix, en fonction des circonstances, de prendre la décision de comparer ou d'attribuer directement... et il ne faut pas perdre de vue, en tout état, que cette nouvelle exclusion, n'exonère pas d'envisager les relations avec le ou les avocats dans le respect d'une bonne gestion des deniers publics ».

## Quelles conséquences de la mise en concurrence ?



Me Nicolas Nahmias

M<sup>e</sup> Nahmias (Cabinet AdDen) dresse un bilan assez négatif de la soumission au code de la commande publique des marchés de prestations juridiques. Mais tempère son appréciation : « les impacts négatifs proviennent moins du principe de mise en concurrence que de sa mise en œuvre ». A la décharge des acheteurs publics, il considère que la mise en concurrence des avocats est un "casse-tête" : « la détermination des critères et leur notation sont éminemment complexes ». Cependant, il note que les mises en concurrence ont entraîné une diminution considérable des prix, à un point qui mettrait en péril l'équilibre économique d'un nombre non négligeable de cabinets d'avocats... ou qui aboutit mécaniquement à une diminution problématique de la qualité des prestations rendues.

Et là, l'intérêt général est méconnu considère M<sup>e</sup> Nahmias : « Lorsque l'on voit des collectivités assistées par des AMO juridiques payés misérablement alors que les enjeux des contrats à passer sont eux absolument considérables et que les opérateurs économiques privés (qui ont mieux compris où se situe le juste équilibre) qui sont en face font appel à des conseils rémunérés 2 ou 3 fois mieux, il est évident que les seconds sont mieux armés et conseillés que les premiers... Les quelques milliers ou dizaines de milliers d'euros économisés au moment de la mise en concurrence des avocats se repercutent alors négativement tout au long de contrats mal négociés... ».

Même analyse critique de M<sup>e</sup> Cyril Coupé : la concurrence a eu comme premier effet de faire baisser les prix. « Les acheteurs pourraient certes s'en réjouir. Mais comme chez les maîtres d'œuvre, la profession a souffert de baisses excessives de prix, alors même que la notion d'offre anormalement basse est délicate à appréhender en matière de prestations intellectuelles telle que la nôtre. La qualité n'y a pas nécessairement gagné ... La mise en concurrence a rendu un peu plus "commerciale" la relation acheteur/avocat : les cahiers de clauses particulières

**La mise en concurrence a entraîné une diminution considérable des prix qui a mis en péril l'équilibre économique d'un nombre non négligeable de cabinets d'avocats ou qui aboutit mécaniquement à une diminution problématique de la qualité des prestations rendues**

**La profession a souffert de baisses excessives de prix alors même que la notion d'offre anormalement basse est délicate à appréhender en matière de prestations**



Me Cyril Coupé

*l'emportent parfois sur le rapport de confiance qui fait, en principe, la caractéristique de la relation avec l'avocat.*

La période de soumission au code de la commande publique aura aussi été très mal vécue par Maître Joël Bernot, qui en constate des "dérives" : « *la technique de l'accord-cadre (la plus souvent employée) ne donne aucune visibilité à l'avocat sur le volume de commande qui lui sera passé. Il en va d'autant plus ainsi dans les accords-cadres multi-attributaires. Alors, comment se motiver pour répondre à de tels marchés, notamment lorsque le cahier des charges est "lourd" »*. Il regrette que certaines collectivités aient eu "la bonne idée" de demander la réalisation de véritables cas pratiques pour départager les concurrents, « *technique qui favorise nécessairement les plus gros cabinets qui pourront mobiliser davantage de ressources pour répondre : tout cela n'a clairement aucun sens.* »

Pour M<sup>e</sup> Nicolas Lafay (AD2P) aussi, l'impact le plus important a été la diminution des coûts de la prestation d'avocat, qui peut s'accompagner d'une baisse de la qualité du travail effectué. « *Il est évident que certains cabinets qui travaillent à la fois pour les collectivités et les opérateurs privés diminuent les prix proposés pour les collectivités car peuvent se "rattraper" sur leurs clients privés.* ». Mais, même avec l'arrêt de la mise en concurrence, il prédit que les prix ne remonteront jamais au niveau de ce qui a pu être observé avant 2004/2006.

Plus positif, M<sup>e</sup> Pierre-Yves Nauleau (Cabinet Claisse et associés) considère que la soumission au code de la commande publique a permis à certaines collectivités de bénéficier d'une meilleure qualité de service à un plus juste prix, en mettant fin à des phénomènes de "rente". « *Du côté des opérateurs, elle a conduit bon nombre de cabinets à améliorer la qualité de leur documentation, voire à modifier leur organisation, pour élaborer des offres spécialement dédiées à cette clientèle publique.* »

**intellectuelles telles que les nôtres. La qualité n'y a pas nécessairement gagné**

**La soumission au Code de la commande publique a permis à certaines collectivités de bénéficier d'une meilleure qualité de service à un plus juste prix, en mettant fin à des phénomènes de "rente"**

## Demain, les acheteurs se priveront-ils de mise en concurrence ?



Me Nicolas Lafay

Les acheteurs publics risquent de continuer, quoi qu'il en soit, à mettre en concurrence leurs avocats, sur la base de ce qui se pratique actuellement. Pour M<sup>e</sup> Lafay, il serait illusoire de penser que la mise en concurrence pour les prestations

**Les acheteurs sont habitués à mettre en concurrence : la plupart d'entre eux ne modifieront sans doute pas leurs habitudes**

d'avocat va s'arrêter du jour au lendemain : « *Peut-être cela sera-t-il le cas pour les très petites communes, mais la mise en concurrence d'avocat est un mouvement bien ancré dans les collectivités .* » Cette mise en concurrence a permis à de nombreux avocats de travailler avec des collectivités avec lesquelles ils n'avaient aucun contact avant d'être retenus à l'issue d'une mise

en concurrence : « *Cela a aussi permis à de nombreuses collectivités de connaître différents cabinets publicistes et de se rendre compte de la diversité de l'offre* » poursuit M<sup>e</sup> Lafay. Nicolas Nahmias pense aussi que la modification du régime de mise en concurrence aura probablement un faible impact, tout du moins dans un premier temps : « *Les acheteurs sont habitués à mettre en concurrence, la plupart d'entre eux ne modifieront sans doute pas leurs habitudes.* » Même analyse de M<sup>e</sup> Pierre-Yves Nauleau : « *les collectivités conservent le réflexe de mise en concurrence en sollicitant plusieurs cabinets. Sur la base de cette proposition, un échange a parfois lieu et permet aux acheteurs de s'assurer que le besoin est bien compris, et que la future collaboration sera fluide.* »

M<sup>e</sup> Laurent Bidault identifie cependant un risque : « *le risque (pour les avocats, notamment les structures nouvelles comme la nôtre) serait en effet qu'au prix d'une interprétation large du texte (consultation "en vue de la préparation de toute procédure" ou l'existence de "signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure"), des prestations plus classiques de conseil entrent dans ce cadre.* »

## La prime aux gros cabinets ?

« *Je sais que ma position n'est pas majoritaire parmi les avocats. Mais je trouve sain le principe d'une remise en concurrence périodique ...même s'il est également assez évident que le client et ses avocats gagnent à se connaître et à avoir des habitudes de travail communes* » explique M<sup>e</sup> Nahmias. Il considère que la soumission des services juridiques au code de la commande publique a permis de mettre fin à des "rentes de situation": « *clairement, sans mise en concurrence, l'accès à certains clients auraient été impossible ou rendu considérablement plus complexe* ».

M<sup>e</sup> Lafay parie qu'au final, tous les cabinets d'avocats y gagneront, quelle que soit leur taille. Avec la fin de la mise en concurrence, ils bénéficieront du gain de temps lié à l'arrêt de la réponse aux mises en concurrence, « *car répondre à un marché d'avocat prend du temps... surtout lorsqu'il y a un cas pratique à faire à l'appui de la réponse !* ».

«*Cet assouplissement va effectivement dans le bon sens, considère M<sup>e</sup> Pierre-Yves Nauleau, dans le cadre de certains marchés, la mise en concurrence peut en effet s'avérer contre-productive et conduire à l'insincérité de certaines propositions (disponibilité 24/24 invérifiable en pratique, taux horaires bas ayant parfois pour*

**Le conseil juridique pur, hors débouché contentieux, reste soumis à l'impératif de procédure**



Me Pierre-Yves Nauleau

contrepartie une surfacturation des volumes, etc)». Il conclut que ce formalisme pouvait même être un frein au recours par certaines collectivités à des conseils juridiques dont elles pouvaient avoir réellement besoin par ailleurs.

**adaptée, certes au-delà de 40 000 euros HT**

Selon M<sup>e</sup> Cyril Coupé, pour les avocats qui sont déjà "connus" des acheteurs, c'est une excellente nouvelle. «*Pour les autres, et notamment les nouveaux sur le marché, je suis moins convaincu : les opportunités pour se faire connaître vont être plus limitées*». Mais il tient à rappeler que le conseil juridique pur, hors débouché contentieux, reste soumis, en ce qui le concerne à l'impératif de procédure adaptée, certes au-delà de 40 000 euros HT.

## Le retour en force de l'intuitu personae ?

Un des arguments en faveur de la "sortie du code" était la relation particulière entre l'avocat et son client, l'"*intuitu personae*". Pour M<sup>e</sup> Nicolas Lafay, c'est évidemment la donnée la plus importante. «*Elle était un peu passée au deuxième plan avec la mise en concurrence, laquelle faisait souvent la part belle au prix le plus bas*». La remise en concurrence devrait effectivement redonner à l'*intuitu personae* toute sa force... «*même si cela est relatif, car plus la structure retenue est grosse, moins l'intuitu personae existe*».

Pour M<sup>e</sup> Nicolas Nahmias, la confiance est centrale : confiance dans la qualité du conseil donné ou de la prestation rendue et confiance dans la facturation au prix juste de la prestation. Et ajoute : «*c'est souvent un paramètre oublié, la connaissance doit être réciproque : le client doit savoir comment travaille son avocat et, surtout, l'avocat doit connaître l'environnement et le besoin de son client : cela ne se fait pas en un jour et il faut accepter d'apprendre à se connaître pour ajuster la prestation au besoin.*»

M<sup>e</sup> Joël Bernot considère qu'il faut revenir à l'approche retenue par le droit européen telle qu'explicitée par la CJUE dans son arrêt du 6 juin 2019 (C-264/18). La cour rappelle tout d'abord que les prestations de services juridiques fournies par un avocat pour l'assistance dans un contentieux ou le conseil en vue de la préparation d'un contentieux "ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, marquée par la confidentialité la plus stricte" et souligne que "une telle relation *intuitu personae* entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir". Pour M<sup>e</sup> Bernot, «*On ne peut qu'approuver le raisonnement qui souligne le caractère artificiel et peu opérant des procédures de passation organisées pour ce type de prestations*».

**Il fallait tenir compte de la jurisprudence de la CJUE qui souligne le caractère artificiel et peu opérant des procédures de passation organisées pour ce type de prestations**

## Le secret professionnel renforcé ?

On peut s'interroger : est-ce que le retour au régime précédent (avant l'ordonnance de 2015) ne marque pas une nouvelle reconnaissance du secret professionnel ? En effet, on a pu considérer que la mise en concurrence aurait des conséquences, si on prend en compte l'expression du besoin de l'acheteur, qui doit parfois donner des détails sur un dossier qu'il veut confier, ou alors aux références que les avocats doivent fournir dans le cadre de leur dossier de candidature.



Me Laurent Bidault

Erreur d'analyse, selon M<sup>e</sup> Laurent Bidault : «*qu'il soit sélectionné à l'issue d'un appel d'offres ou qu'il soit choisi directement par l'acheteur public, un avocat demeure toujours soumis au secret professionnel.*» «*Le secret professionnel est indépendant de la mise en concurrence. Que l'avocat soit choisi à l'issue d'une mise en concurrence ou qu'il se voit confier un dossier directement, il est tenu au secret professionnel le plus strict*» rappelle également M<sup>e</sup> Nicolas Lafay.

Pour M<sup>e</sup> Pierre-Yves Nauleau, s'agissant de la question des références d'un avocat et au regard du secret professionnel, «*il reste toujours possible d'en faire état sans citer nominativement le client.*» Selon M<sup>e</sup> Cyril Coupé, le principe du secret a toujours été préservé s'agissant de l'exécution des marchés publics. «*Mais il faut bien admettre que du côté de l'existence même de la relation "acheteurs / avocat", et la publicité des "décisions d'attribution", le secret reste très théorique.*»