

GEMEENSCHAPS- EN GEWESTREGERINGEN
GOVERNEMENTS DE COMMUNAUTE ET DE REGION
GEMEINSCHAFTS- UND REGIONALREGIERUNGEN

REGION WALLONNE — WALLONISCHE REGION — WAALS GEWEST

SERVICE PUBLIC DE WALLONIE

[2008/204554]

5 DECEMBRE 2008. — Circulaire relative à l'application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, aux services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions

Circulaire à l'attention des :

Secrétaires généraux du Service public de Wallonie et Ministère de la Communauté française,

Mesdames et Messieurs les Directeurs généraux;

Aux organismes d'intérêt public qui dépendent de la Région wallonne et de la Communauté française,

Aux Cabinets de la Région wallonne et de la Communauté française,

La présente circulaire, élaborée dans un souci de saine gouvernance publique, est un cadre de référence en matière d'attributions par un pouvoir adjudicateur de la Région wallonne ou de la Communauté française d'un marché public de service juridique de conseil et de représentation devant les Juridictions.

Dès lors, les pouvoirs adjudicateurs susvisés sont invités à s'y conformer.

Elle a été élaborée sur la base de contributions de la Commission wallonne des Marchés publics et de l'Ordre des barreaux francophone et germanophone.

1. Application aux services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Cette application ne fait aucun doute. L'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 vise en effet sous la catégorie n° B-21 les services juridiques, qui incluent les prestations de consultation, d'assistance et de représentation que fournissent les avocats dans un contexte contentieux ou non.

2. Difficultés d'application de la réglementation sur les marchés publics

Dans la plupart des cas, les services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions se caractérisent par l'imprévisibilité des prestations de l'avocat due à la nature même de celles-ci, la difficulté d'énoncer de façon objective les critères de qualification, de spécialisation et de compétence attendues de l'avocat et le caractère "*intuitu personae*" de la relation entre celui-ci et son client, impliquant notamment une particulière confiance entre eux.

En outre, les règles générales d'exécution des marchés publics fixées dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 sont difficilement applicables aux prestations dont il est ici question. Les difficultés en matière d'application des règles d'exécution sont évoquées brièvement au point 5 de la présente circulaire.

3. Dispositions spécifiques de la réglementation applicables aux services juridiques concernés

a. Absence de mise en concurrence européenne obligatoire :

Relevant de la sous-catégorie B de l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993, quels qu'ils soient, les services juridiques ne sont pas soumis obligatoirement à une publicité européenne préalable.

b. Seuils de publicité applicables :

Conformément à l'article 120 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le seuil de la procédure négociée généralisée sans publicité prévue à l'article 17, § 2, 1^o, a) a été porté pour l'ensemble des services juridiques au niveau du seuil européen applicable aux marchés de services, soit à l'heure actuelle € 206.000 hors T.V.A., quel que soit le pouvoir adjudicateur. Dans les secteurs spéciaux, en application de l'article 108 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, le seuil correspondant est de € 270.000 hors T.V.A.

c. Présomption d'impossibilité de consultation :

Aux termes de l'article 68, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, "l'impossibilité de consulter le nombre de candidats requis par les alinéas 4 et 5 est considérée comme établie pour les marchés portant sur des services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions et autres organes de règlement des litiges".

Ainsi que le précise le rapport au Roi au sujet de cette disposition, "Ceci découle non seulement de l'impossibilité pratique d'une telle consultation mais également du caractère *intuitu personae* de telles prestations et de la nécessité d'en garantir, à ce stade, la confidentialité".

Dans son avis relatif au projet d'arrêté royal précité, le Conseil d'Etat a estimé sur ce point que la disposition instaure la présomption irréfragable selon laquelle il est impossible de consulter le nombre de prestataires de services requis.

Si elle est clairement circonscrite aux services juridiques en matière de conseil et de représentation en justice, la disposition en question a, selon la Commission Wallonne des Marchés Publics, une portée plus large que les seules procédures restreintes ou négociées avec publicité.

En effet, sans remettre en cause le principe même d'une consultation prévue à l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, les considérations mentionnées dans le rapport au Roi concernant l'impossibilité pratique de la consultation d'un nombre requis de prestataires, le caractère "*intuitu personae*" des prestations et la nécessité de garantir la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client valent tout autant dans les procédures négociées sans publicité préalable que dans les procédures explicitement visées à l'article 68, alinéa 6, de l'arrêté royal.

Aussi, tel qu'il est libellé, la Commission conclut que le texte de la disposition en cause dispense le pouvoir adjudicateur de justifier l'impossibilité de consultation dans une procédure négociée, quelle qu'en soit la forme, au stade du processus d'attribution du marché.

L'article 68, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'a pas d'équivalent dans les secteurs spéciaux. Les justifications qui fondent cette disposition et qui ont été mentionnées ci-avant valent néanmoins également pour les marchés relevant de ces secteurs. L'absence d'une telle disposition dans l'arrêté royal du 10 janvier 1996 s'explique probablement par l'existence dans cet arrêté de règles plus souples pour la détermination du nombre d'entreprises à consulter.

4. Choix d'une procédure de passation et organisation de la consultation

Préambule

Même si les considérations qui précèdent font ressortir que la passation des marchés publics portant sur les services juridiques concernés peut se concevoir dans un cadre relativement souple, dans un souci d'améliorer la gouvernance publique, les Gouvernements wallon et de la Communauté française ont sollicité la Commission wallonne des Marchés publics et de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone afin qu'ils examinent dans quelle mesure les différentes procédures existant dans la réglementation sont susceptibles de s'appliquer auxdits marchés.

Il résulte de ces consultations, tenant compte des différents types de situation auxquels un pouvoir adjudicateur peut être confronté à l'occasion d'un litige, que les possibilités de recourir aux modes de passation prévus dans la réglementation sont les suivantes.

4.1. Secteurs classiques

4.1.1. Procédures avec publicité obligatoire

D'une manière générale, il paraît difficile d'évaluer a priori le montant des honoraires qui seront pro mérités par un avocat dans un litige qui va débiter et dont on ne peut cerner le déroulement pas plus que l'issue.

Toutefois, la pratique révèle que le seuil de publicité fixé à € 206.000 sera de toute façon rarement atteint, même en faisant application de l'article 54, alinéa 5, 1^o, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en cas de marchés présentant un caractère de régularité.

a) L'adjudication et l'appel d'offres

Même si les modes de passation ici évoqués ne sont pas exclus par principe, les caractéristiques relevées ci-avant à propos des services concernés empêcheront généralement l'application pure et simple des règles relatives à l'adjudication et à l'appel d'offres, ainsi que l'a d'ailleurs noté le Conseil d'Etat dans son avis précité.

En ce qui concerne les procédures restreintes, se pose la question du recours éventuel à une liste de candidats sélectionnés. Cette procédure prévue aux articles 65 et 66, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas appropriée à la consultation d'une liste d'avocats sélectionnés par matière, dans la mesure où elle implique une mise en concurrence entre les candidats sélectionnés pour l'attribution de chaque affaire, ce qui est de nature à rendre le système excessivement lourd à gérer dans un contexte de traitement d'un contentieux.

b) La procédure négociée avec publicité

La question du recours à une telle forme de procédure négociée suppose que les conditions prévues à l'article 17, § 3, de la loi soient réunies.

Cette dernière disposition mentionne deux hypothèses qui pourraient à première vue s'appliquer aux services concernés : les services sans fixation préalable et globale des prix (2^o) et les marchés aux spécifications insuffisamment précises (4^o).

- Services sans fixation préalable et globale des prix :

Les conditions prévues par ce cas peuvent être rencontrées dans l'hypothèse de marchés à passer dans le cadre d'une assistance juridique globale avec recours éventuel en justice.

- Spécifications insuffisamment précises (article 17, § 3, 4^o) :

En ce qui concerne les services en question, les conditions pour utiliser cette procédure ne sont pas rencontrées, car on connaît dès le départ la nature des prestations ou la mission précise qui sera confiée à l'avocat et dont le contenu est déterminé par les règles procédurales applicables au litige.

4.1.2. La procédure négociée sans publicité

Il convient de distinguer deux types de situation.

a) Absence de contentieux régulier

Un pouvoir adjudicateur peut n'être confronté que rarement à un litige ou n'avoir à connaître que des affaires contentieuses sensiblement différentes d'un cas à l'autre quant à leur nature.

Il va donc lui être difficile d'organiser a priori la gestion d'un tel contentieux. L'approche doit être différenciée selon que le pouvoir adjudicateur est défendeur ou demandeur dans le litige.

1^o Situation d'un pouvoir adjudicateur défendeur dans un litige

Dans la plupart des cas, le pouvoir adjudicateur pourra se fonder sur l'article 17, § 2, 1^o, a) de la loi pour recourir à la procédure négociée sans publicité, le montant des honoraires ne devant pas dépasser le seuil de € 206.000.

En outre, n'ayant pas par hypothèse l'initiative de la procédure, le pouvoir adjudicateur ayant la qualité de défendeur dans une procédure judiciaire ou de partie adverse devant le Conseil d'Etat pourra généralement se prévaloir, compte tenu des impératifs des délais de procédure, de l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et se fonder sur l'article 17, § 2, 1^o, c) de la loi du 24 décembre 1993 pour désigner son défenseur, au cas où exceptionnellement le dépassement du seuil de l'article 120, alinéa 2, serait établi dès le début du litige.

Dans les deux cas qui viennent d'être évoqués, ces conditions d'urgence impérieuse pourront justifier l'impossibilité de tenir une consultation.

2° Situation d'un pouvoir adjudicateur demandeur dans un litige

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur a l'intention d'introduire une action en justice contre une partie déterminée, il est difficile de concilier l'impératif d'une préparation adéquate du procès, qui requiert un minimum de confidentialité, avec l'organisation d'une quelconque forme de publicité dans le but d'opérer le choix d'un conseil.

En outre, même si, dans une telle circonstance, le pouvoir adjudicateur dispose de plus de latitude pour procéder au choix de son conseil que lorsqu'il est en situation de défendeur, le temps qui serait consacré à la publicité du marché, retarderait d'autant la prise de mesures visant à assurer la préservation des intérêts dudit pouvoir adjudicateur.

Hormis les cas d'urgence, il est néanmoins envisageable d'organiser une consultation de plusieurs avocats. Toutefois, on peut se demander comment prendre en compte lors de l'analyse des candidatures et de la comparaison des offres et le traduire dans une motivation adéquate, un élément essentiel et déjà évoqué des relations entre le client et son avocat, à savoir la confiance qui doit régir leurs relations en fonction des particularités du litige qui se profile.

Aussi, il paraît donc délicat de ne pas faire usage de l'article 68, alinéa 6 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

b) Contentieux présentant un caractère de régularité

1° Considérations générales

En fonction des missions qui lui sont dévolues, un pouvoir adjudicateur est susceptible de se trouver confronté à la gestion d'un contentieux important en nombre ayant trait à des litiges généralement peu complexes ou engendrant des procédures répétitives ou similaires (par exemple, en vue de récupération de créances, en matière de roulage ou encore de responsabilité civile générale,...) ou encore portant sur une matière déterminée (ainsi, dans le domaine de l'aménagement du territoire, de la fonction publique ou celui des marchés publics), que ce soit en demandant ou en défendant.

Dans ces circonstances, à la différence des cas qui précèdent, l'élément *intuitu personae* étant moins marqué, il est concevable d'organiser une mise en concurrence réelle entre avocats.

Tout en se situant toujours dans les conditions du recours à une procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, § 2, 1°, a) de la loi, l'établissement d'une liste d'avocats sans rapport immédiat avec un ou plusieurs litiges déterminés peut ainsi être envisagée. Les modalités en sont présentées ci-après.

2° Recours à une liste d'avocats

> Organisation d'une forme de publicité

Un appel à candidature peut être organisé, pour figurer sur une liste, par le biais d'une publicité, à travers notamment la presse générale ou spécialisée (comme par exemple le *Journal des Tribunaux*) ou le portail marchés publics;

> Nombre de listes

Plusieurs listes peuvent être établies en fonction des différentes matières génératrices de litiges (aménagement du territoire, fonction publique, roulage, responsabilité civile générale,...).

> Etablissement de la liste

La liste est à établir en fonction de critères de sélection qualitative et de critères d'attribution.

Le pouvoir adjudicateur a le choix des critères.

Il importe cependant que ceux-ci soient pertinents et adéquats par rapport au type de marché en cause et à son objet.

• Critères de sélection

Les critères de sélection qualitative peuvent être les suivants :

- l'inscription au tableau de l'Ordre des avocats;
- les titres d'étude (spécialisation dans un des domaines du Droit attestée par un diplôme);
- les formations continues ou complémentaires;
- l'expérience attestée par :
 - l'Ordre des avocats, dans le cadre de son règlement du 11 juin 2007 sur la spécialisation;
 - une liste de dossiers traités (avec éventuellement leur nature et la spécification de la juridiction);
 - des publications;
 - une thèse de doctorat;
 - la structure du cabinet;
 - qualités et expérience des profils proposés de l'équipe;
 - l'équipement technique (téléphonie, télécopieur, matériel informatique, véhicule,...);
 - la couverture complémentaire de la responsabilité;
 - la connaissance des langues;
 - ...

• Critères d'attribution

Les critères d'attribution peuvent par exemple être les suivants :

- la méthodologie relationnelle et organisationnelle proposée (délai d'élaboration et de transmission des projets de conclusions, organisation de réunions avec le client, gestion personnelle des dossiers ou par le biais de délégations ou de collaboration, mesures de sauvegarde des données des dossiers);
- les frais et honoraires

Deux formules peuvent être retenues selon le type d'affaires à traiter : un taux horaire pour les dossiers spécifiques comportant le cas échéant un poste distinct pour les frais ou un forfait global annuel ou par dossier lorsqu'il s'agit d'affaires présentant un caractère répétitif ou similaire, telles que des récupérations de créance ou des litiges en matière de roulage ou de responsabilité civile générale,...

Le principe de la mise en concurrence sur le prix ne peut être contesté. La situation de l'avocat ne se diffère pas de celle des autres prestataires de services tels les ingénieurs ou les architectes.

- la disponibilité (p. ex heures d'accès au cabinet, possibilité de contacts de l'avocat par GSM, continuité des activités du cabinet,...);
- le niveau d'adéquation de l'offre avec l'objet de la mission

• ...

- Motivation formelle

Conformément à la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, il y a lieu au stade de l'établissement de la liste de rédiger une décision motivée.

> Conflit d'intérêt

L'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit la règle imposant au pouvoir adjudicateur de s'abstenir de l'attribution de tout marché dans une situation de communauté d'intérêts, voire de risques de favoritisme.

En marge de cet article, une condition peut être envisagée stipulant que, dans une matière pour laquelle il a été désigné, l'avocat faisant partie d'une liste et en charge de dossiers ne peut intervenir contre la Région/la Communauté française ou les organismes d'intérêt publics en relevant et qu'il est chargé ou susceptible de défendre.

> Durée de validité de la liste

Compte tenu des avantages offerts par une liste à durée limitée (motivation de l'avocat, possibilité de réévaluation de ses prestations au terme de la période sur base des critères d'attribution - à l'exclusion des honoraires -,...), il est recommandé de s'orienter vers une liste ouverte à durée limitée, revue systématiquement tous les quatre ans après un appel à la concurrence. Le caractère ouvert de la liste signifie qu'elle peut être complétée via un nouvel appel en fonction des besoins durant sa période de validité.

Au terme de celle-ci, des dispositions transitoires devront être adoptées, afin que les avocats qui ne seraient plus repris sur la nouvelle liste puissent terminer, si le pouvoir adjudicateur l'estime souhaitable, les dossiers en cours.

> Recours aux avocats repris sur une liste

La consultation de plusieurs avocats repris sur une liste ne sera plus nécessaire pour confier un dossier à l'un d'entre eux, ce qui permettra de répondre aux cas d'urgence. En outre, à ce stade, il n'y aura plus d'obligation de motivation formelle du choix d'un avocat lors de l'attribution de dossiers.

> Information

Une fois la liste établie, il convient d'informer les différents candidats de la décision prise à leur égard.

4.2. Secteurs spéciaux (v. Directive européenne 2004/17/CE)

Les procédures évoquées dans le cadre des secteurs classiques peuvent également s'appliquer (avec les mêmes difficultés que celles qui s'attachent à l'adjudication et à l'appel d'offres) aux secteurs spéciaux, à savoir la procédure négociée avec publicité et la procédure négociée sans publicité, s'il y a lieu en utilisant le système de la liste à durée limitée décrit sous le point 4.1.2., *b*) ci-avant.

Le recours à la procédure négociée avec publicité est envisageable plus largement que dans les secteurs classiques mais souffre des inconvénients déjà évoqués à propos de ces secteurs, lorsqu'il est question d'un litige spécifique déterminé.

5. Conditions d'exécution

Compte tenu des règles déontologiques applicables à la profession d'avocat, certaines dispositions du cahier général des charges ne sont pas compatibles avec les marchés de services juridiques (p. ex. les mesures d'office, les articles 1^{er}, 16 et 20,...). Il est en outre rappelé que le cautionnement n'est pas obligatoire.

6. Position de l'avocat et observations particulières sur l'indépendance de l'avocat.

a. L'Ordre rappelle que la position de l'avocat face à un client potentiel tenu d'appliquer la loi règlementant l'attribution des marchés publics ne se distingue pas de celle qu'il doit adopter de manière générale :

- principe de concurrence;
- principe du libre choix du client;
- sauvegarde du secret professionnel;
- autorisation de la publicité mais interdiction du démarchage;
- principe de dignité.

b. L'Ordre rappelle également que l'indépendance de l'avocat constitue un principe de base de l'exercice de la profession. Celle-ci doit exister dans le chef de l'avocat à l'égard de son client.

Même s'il appartient à l'avocat de veiller à se ménager une situation sauvegardant son indépendance dans l'exercice de son mandat, il revient également aux pouvoirs adjudicateurs de veiller à ne pas créer ou renforcer directement ou indirectement des problèmes prévisibles de conflits d'intérêts ou écorner l'indépendance de l'avocat, et ce même dans l'hypothèse où le marché a été attribué conformément aux règles et normes en vigueur.

Enfin, comme rappelé ci-dessus, l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit la règle imposant au pouvoir adjudicateur de s'abstenir de l'attribution de tout marché dans une situation de communauté d'intérêts, voire de risques de favoritisme.

c. L'Ordre rappelle que l'indépendance de l'avocat ne peut être appréciée en elle-même sur la base de l'importance du chiffre d'affaires réalisé pour compte d'un client et même de la proportion de ce chiffre par rapport au chiffre d'affaires global.

Il en est d'autant plus ainsi lorsque la prestation de services demandée requiert la constitution d'équipes spécialisées et disponibles pour les prestations d'envergure.

Il appartient à l'avocat lui-même de veiller à se ménager une situation sauvegardant son indépendance dans l'exercice de son mandat.