

11. MARCHÉS PUBLICS D'AVOCATS : LE COÛT DU PRIX, DANS UN RÉGIME D'EXCEPTION

Alexandre Pirson

Avocat au barreau de Liège-Huy

Maître de conférences à l'ULiège

Introduction	162
SECTION 1. Cadre juridique des marchés publics d'avocats	163
SECTION 2. Critères de sélection et d'attribution : approche critique	169
Conclusions	175

Introduction

La commande de services d'avocats par un pouvoir public est inéluctablement l'objet d'une tension entre deux logiques *a priori* divergentes : la préservation du caractère *intuitu personae* propre au contrat de prestations d'avocat et la logique concurrentielle ou de marché¹ insufflée par le droit européen.

D'une part, les adjudicateurs publics bénéficient, comme tout justiciable, du libre choix de leur conseil. C'est dans ce cadre que s'établit une relation contractuelle *intuitu personae*², intrinsèque au lien qui unit l'avocat et son client.

D'autre part, les services d'avocats n'échappent pas – à tout le moins partiellement – à la logique de marché inhérente au droit de l'Union européenne. Même si le droit positif européen prévoit des tempéraments majeurs au principe de soumission des prestations d'avocats au droit dérivé des marchés publics³, la pratique montre que le réflexe des pouvoirs adjudicateurs est de recourir aux processus de mises en concurrence auxquels ils sont familiers, au risque d'oublier les spécificités de la commande des services d'avocats⁴.

Cette tension ne constitue pas, aux yeux du législateur, une incompatibilité. Elle impose en revanche une vigilance particulière dans les pratiques de mises en concurrence par les adjudicateurs, ainsi que dans la constitution

1. Cette expression est empruntée à A. L. Durviaux, dans sa contribution majeure traitant notamment de la concurrence comme finalité dans le droit européen des marchés publics. Voy. A. L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, not. pp. 219 et 220.

2. Ce principe est unanimement rappelé tant dans les travaux préparatoires des réglementations relatives aux marchés publics que dans la doctrine et la jurisprudence. Pour une application récente, voy. CJUE, 6 juin 2019, n° C-264/18, où la Cour de justice analyse le respect du droit européen par le cadre juridique belge des marchés publics d'avocats et ce, au regard du caractère *intuitu personae* de la relation entre l'avocat et son client, ainsi que de l'obligation de confidentialité qui l'encadre.

3. Voy. *infra*.

4. Si ce réflexe du « tout à la concurrence » peut s'avérer potentiellement contre-productif, il ne faut pas y voir une contrariété systématique aux intérêts de la profession. Non seulement la mise en concurrence évite, en principe, le favoritisme systématique et injustifié – au profit de certains prestataires – sur le compte des deniers publics, mais en outre, la diversification des avocats sollicités permet également aux plus jeunes prestataires d'accéder à un marché parfois peu accessible, au motif notamment qu'une clientèle publique ne se développe pas comme une clientèle privée.

d'offres par les avocats. Dès que la commande de services d'avocats est soumise au droit des marchés publics, c'est le critère de l'*offre économiquement la plus avantageuse* qui détermine l'identité du prestataire. En matière de services d'avocats, les honoraires sont donc au centre du processus de mise en concurrence. Or, comme le résumait au mieux le bâtonnier Delvaux à propos de la mise en concurrence des services d'avocats, « la concurrence par les honoraires pose la question de la dignité et de la qualité du service rendu sur la base d'une telle rémunération »⁵. Il s'agit de lutter contre le délitement de la qualité des services d'avocats réalisés pour le compte d'adjudicateurs. C'est l'enjeu modestement sous-jacent à la présente contribution, dans laquelle nous ne pourrions pas traiter exhaustivement de la manière idéale d'appréhender la commande de services d'avocats dans le cadre du droit des marchés publics.

Dans les lignes qui suivent, nous présenterons le cadre juridique d'exception qu'est le droit des marchés publics d'avocats (Section 1) et interrogerons les pratiques de mise en concurrence sur la base du prix, à l'aune des spécificités des services d'avocats et des principes encadrant cette profession singulière (Section 2).

Section 1. Cadre juridique des marchés publics d'avocats

§1. Champ d'application différencié transposé du droit européen

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/CE⁶ (ci-après « la directive 2014/24 ») a redéfini les exceptions au champ d'application obligatoire du droit des marchés publics en excluant expressément⁷ :

- 1) les services de représentation par un avocat dans le cadre d'un arbitrage, d'une conciliation ainsi que « d'une procédure devant les

5. A. DELVAUX, « Sollicitation de clientèle, mise en concurrence, et déontologie de l'avocat... », in X, *Pourquoi Antigone ? Liber amicorum Edouard Jakhian. La déontologie en particulier, celle de l'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 106.

6. Ce qui est dit à propos de la directive 2014/24 est également valable dans les secteurs spéciaux qui rentrent dans le champ d'application de 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.

7. Art. 10 directive 2014/24.

juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales » ;

- 2) les prestations d'avocats qui consistent en un conseil juridique « fourni en vue de la préparation de toute procédure » visée à l'alinéa qui précède 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 ».

Ces exceptions au droit des marchés publics ont été transposées sous un libellé identique à l'article 28, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, a) et b), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après « la loi du 17 juin 2016 »). Les travaux préparatoires commentant cette disposition révèlent ainsi que l'exception vise à répondre au double impératif du caractère *intuitu personae* de la relation contractuelle et de l'urgence potentielle de ces prestations⁸. Par ailleurs, cette exclusion, telle que transposée en droit belge, a été validée par la Cour de justice de l'Union européenne⁹.

La première exclusion relative aux prestations *dans le cadre d'un contentieux* avait déjà fait l'objet d'un régime d'exception en droit belge sous la forme d'une présomption d'impossibilité de consulter plusieurs avocats¹⁰. Cette exception était alors justifiée tant par nécessité pratique que par la volonté, pour le législateur, de préserver le caractère *intuitu personae* et confidentiel du lien contractuel entre l'avocat et le client devant se défendre dans le cadre d'une procédure¹¹.

La seconde exclusion concerne des prestations *de prévention du contentieux* : soit en « préparation » d'un contentieux, soit en raison de la « probabilité » qu'une telle procédure soit engagée. Tel que libellé, tant en droit européen que national, ce second chef d'exception est particulièrement large.

8. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 54. Avec I. Mathy et M. Vrancken, nous pensons néanmoins qu'en aucun cas, cette justification implique qu'il faille, pour se prévaloir de l'exclusion au droit des marchés publics commentée, démontrer une urgence d'espèce à désigner un avocat. En ce sens, voy. I. MATHY et M. VRANCKEN, « Procédures de passation », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 358.

9. Voy. CJUE, 6 juin 2019, n° C-264/18, où la Cour justifie cette exclusion par le fait que « de telles prestations de services fournies par un avocat 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 » (consid. 35).

10. Art. 68, al. 6, A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

11. Cette justification était présente dans le rapport au Roi de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés public (*M.B.*, 26 janvier 1996, p. 1540), mais également dans les considérations préalables de la circulaire du 5 décembre 2008 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.

S'il se conçoit que la seconde hypothèse se démontre par la présence d'un signe tangible de contentieux (mise en demeure, annonce d'un recours par une partie tierce, etc.), la première hypothèse vise en réalité, potentiellement et selon nous, bon nombre de conseils d'avocats. En effet, quel conseil d'avocat ne vise pas à prévenir, et donc à *préparer* un contentieux, probable mais nécessairement incertain ? La doctrine et les pouvoirs adjudicateurs considèrent bien souvent qu'une lecture *a contrario* de ces dispositions implique que demeurent soumis au droit des marchés publics les autres services d'avocats, parfois qualifiés – selon nous à tort – de services « de consultance juridique »¹². Mais bon nombre de prestations de *consultance* visent malgré tout à *prévenir un contentieux*, ne serait-ce que parce que l'intervention d'un avocat est nécessaire pour augmenter la sécurité juridique de l'action publique, et donc diminuer le risque de litige y lié. Surtout, dans les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2016, le législateur belge précise que le contentieux en vue duquel le conseil est donné ne peut « pas être hypothétique »¹³. De ce fait, le législateur belge interprète de manière stricte des termes que la directive européenne voulait pourtant large.

À titre plus paradoxal encore, le régime d'exception qu'ouvre l'article 28 de la loi du 17 juin 2016, tel que mis en œuvre par le Roi, ne soustrait pas la désignation d'un avocat en contentieux ou en prévention du contentieux à toute formalité de mise en concurrence : les arrêtés royaux encadrant la passation des marchés publics dans les secteurs classiques¹⁴ et spéciaux¹⁵ imposent, en effet, que pareille désignation d'avocat intervienne « après consultation si possible des conditions de plusieurs avocats mais sans obligation de demander l'introduction d'offres ». Il s'agit là d'un devoir formel assez peu compatible¹⁶ avec l'exclusion de principe, pour ce qui concerne ces prestations, du droit des marchés publics.

12. Ce vocable demeure selon nous ambigu puisqu'un avocat peut réaliser de la consultance en prévention d'un contentieux.

13. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 54. Le législateur y énonce plus précisément que « 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 ». L'impossibilité, selon le législateur belge, que le litige soit uniquement hypothétique ne va-t-elle pas à l'encontre des termes de la directive qui admettent l'exclusion d'un conseil en cas de *probabilité* de litige ? Nous le pensons, puisque l'introduction d'une procédure contentieuse consécutive à la gestion d'une problématique juridique délicate méritant l'intervention d'un avocat n'est, en réalité, jamais certaine.

14. Art. 125 A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

15. Art. 122 A.R. du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

16. Cette obligation réglementaire est, à notre estime à juste titre, qualifiée d'incohérente par P. Thiel, qui soumet pertinemment la question de la constitutionnalité des dispositions adoptées par le Roi en la matière. P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, t. 1, *Commentaire*, Liège, Kluwer, 2020, p. 275.

Le législateur et le Roi se sont donc montrés plus favorables au paradigme de concurrence que ne l'est la directive européenne elle-même. Ce cadre normatif influe sur la culture des acteurs, le législateur belge démontrant la difficulté qu'il a de se départir du précédent cadre normatif des marchés publics. Cette frilosité a indéniablement contribué, en pratique, à la prudence, voire à la réticence, des adjudicateurs à invoquer l'exception de prévention du contentieux pour soustraire une commande à des processus traditionnels de droit des marchés publics, non adaptés aux spécificités des services d'avocats.

§2. Panel procédural applicable en droit national, selon le montant de la commande

En dehors des services en contentieux ou en prévention du contentieux, les services d'avocats soumis au droit des marchés publics font l'objet d'un régime plus ou moins souple en fonction du montant total qu'ils représentent.

En synthèse, lorsque le droit des marchés publics trouve à s'appliquer – de manière obligatoire ou par application spontanée de l'adjudicateur –, les marchés publics d'avocats sont très rarement soumis à une obligation de publicité. Les modes de passation auxquels les adjudicateurs peuvent recourir sont globalement souples.

Lorsqu'il s'agit d'une prestation ponctuelle, la commande peut, la plupart du temps, faire l'objet d'un marché dit « par facture », qui est un mode de passation minimaliste applicable aux marchés de faibles montants, c'est-à-dire dont l'estimation ne dépasse pas 30.000 euros. Conformément aux articles 92 et 162 de la loi du 17 juin 2016, ces marchés sont uniquement soumis aux principes consacrés au titre I^{er} de la loi¹⁷.

Si la commande fait l'objet d'une estimation supérieure à 30.000 euros mais inférieure à 750.000 euros, l'adjudicateur peut décider, en application de l'article 89, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, de recourir à la procédure négociée sans publication préalable¹⁸, dès lors que les services juridiques sont repris à l'annexe III de la loi. Ce régime étendu de la procédure négociée sans publication préalable trouve son origine dans le droit dérivé de l'Union, qui identifie les services juridiques comme ayant, en dessous de ce seuil, « une dimension transnationale limitée »¹⁹.

17. À l'exception des obligations relatives aux communications électroniques et aux paiements pour services faits et acceptés.

18. Encadrée pour l'essentiel à l'art. 42 L. du 17 juin 2016.

19. Directive 2014/24, précitée, consid. 116.

Au-delà du montant de 750.000 euros, le pouvoir adjudicateur peut choisir de mettre en oeuvre, en application de l'article 89 de la loi du 17 juin 2016, une procédure négociée directe avec publication préalable s'il veut pouvoir recourir à la négociation, à une procédure *sui generis* « dont il fixe les modalités »²⁰ ou encore à toute autre procédure plus contraignante ou applicable indépendamment des montants estimés de la commande.

Il s'ensuit donc que, bien souvent, les marchés publics d'avocats échappent aux procédures impliquant un dispositif de publicité, ce qui semble globalement souhaitable, tant dans l'intérêt de l'adjudicateur de conserver une certaine discrétion quant à ses questionnements juridiques que dans l'intérêt de l'avocat, à qui une obligation de confidentialité consubstantielle à la profession s'impose²¹.

En tout état de cause, l'adjudicateur peut recourir à l'*accord-cadre*, qui n'est pas un mode de passation en soi, mais un mode de « structuration du contrat de marché public »²² et qui, conformément à sa définition légale, permet de définir les termes de plusieurs marchés à conclure ultérieurement avec un ou plusieurs opérateurs et ce, pour une période donnée²³. L'accord-cadre, dont le régime est fondé en droit belge sur l'article 43 de la loi du 17 juin 2016, permet à l'adjudicateur non seulement d'établir, en une fois, les conditions de plusieurs commandes ultérieures, qui ne sont pas forcément déterminables au moment de la conclusion de l'accord et ce, le cas échéant, avec plusieurs opérateurs. Cette manière de structurer le marché semble non seulement bien adaptée à l'imprévisibilité et à l'urgence propres aux prestations d'avocats, mais offre aussi à l'adjudicateur la prérogative de disposer de plusieurs conseils potentiels, réglant ainsi en amont la difficulté qui se présente lorsqu'un avocat est, pour un dossier donné, en situation de conflit d'intérêts apparue postérieurement à l'attribution de l'accord. Il demeure néanmoins que ce mode de passation procédural a le défaut de sa qualité : il ne garantit pas, de manière automatique, à l'avocat de se voir attribuer un ou plusieurs marchés. En l'absence de garantie d'obtenir réellement des marchés ultérieurs à la conclusion de l'accord, l'avocat peut se retrouver,

20. Selon les termes de l'art. 89, § 1^{er}, al. 1^{er}, 4^o, de la loi.

21. Voy. nos observations *infra* en lien avec l'obligation de confidentialité dans la passation.

22. N. FRANÇOIS et M. BELMESSIERI, « Les procédures originales dans la nouvelle réglementation des marchés publics : les concours de projets, les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamique et les enchères électroniques », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 335.

23. Art. 2, 35^o, L. du 17 juin 2016.

inutilement, en situation de conflit d'intérêts²⁴, sans la moindre garantie d'en obtenir un avantage économique²⁵.

Enfin, la passation de marchés publics en vue de disposer d'un ou plusieurs avocats dans la durée peut amener l'adjudicateur à recourir à l'allotissement²⁶ du marché, lequel est éminemment pertinent lorsque les besoins de défense sont exprimés pour plusieurs matières nécessitant des compétences différentes.

À l'examen du panel procédural constitué par le droit belge, l'on comprend qu'en pratique, deux tendances se dessinent dans la passation des marchés d'avocats par les adjudicateurs belges :

- le recours ponctuel et dans de brefs délais à des procédures particulièrement souples et rapides, dispensées de publicité, mais nécessitant néanmoins, la plupart du temps, la consultation de plusieurs prestataires. Cette pratique procédurale se justifie lorsque le recours au service d'un avocat est exceptionnel et que le caractère *intuitu personae* de la relation entre l'avocat et son client est effectif ;
- la passation d'un marché et/ou d'un accord-cadre de marchés d'une manière plus structurée ou organisée dans la durée. Le mode de mise en concurrence prend alors souvent une allure plus traditionnelle de marché public de services pour prestations intellectuelles.

Ces deux tendances se marquent dans un contexte juridique susdécrit où le législateur belge n'a pas renoncé à faire de la mise en concurrence formalisée – même de manière minimaliste – le principe de mode de désignation de l'avocat.

Ce contexte juridique et la pratique corrélative amènent inévitablement à s'interroger sur la pertinence des critères formels que l'adjudicateur met en place pour désigner l'avocat de son « libre choix » et de l'adéquation de la structuration de la passation au regard non seulement des spécificités de la profession, mais aussi et surtout de l'objectif de qualité de service qui devrait prédominer dans toute commande.

24. En ne pouvant plus, notamment, accepter de dossier contre l'adjudicateur, à tout le moins dans les matières concernées par l'accord-cadre.

25. Le législateur lui-même a identifié l'opportunité de prévoir des quantités minimales attribuées dans les accords-cadres, même si c'est essentiellement en vue d'obtenir des offres qualitatives (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 90). La mise en œuvre de cette pratique dépend néanmoins du bon vouloir de l'adjudicateur, au moment de la rédaction des documents de marché.

26. La division du marché en lots est encadrée par les art. 58 et 137 L. du 17 juin 2016.

Section 2. Critères de sélection et d'attribution : approche critique

§1. Critères de sélection et d'attribution : marge de manœuvre et options de l'adjudicateur

Il est constant que, pour établir les critères de sélection et d'attribution du marché, l'adjudicateur dispose d'une grande marge de manœuvre dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire²⁷. Cette marge est pour l'essentiel limitée ou encadrée par les libertés fondamentales et principes encadrant l'action administrative en marchés publics²⁸, mais aussi par la typologie de critères d'attribution qui a été sémantiquement repensée depuis l'adoption des directives 2014/24 et 2014/25. En effet, le choix opéré par l'adjudicateur dans le cadre de l'attribution se tourne vers l'*offre économique la plus avantageuse*, en droit positif, le « concept unique et global destiné à embrasser désormais toutes les options offertes à l'adjudicateur quant à la détermination de son ou ses critères(s) d'attribution »²⁹. Lesdites options, consacrées à l'article 81, paragraphe 2, de la loi du 17 juin 2016, sont, « au choix » selon les termes légaux, les suivantes :

- le *prix*. Comme le confirment les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2016³⁰, il s'agit bien d'identifier le prix « le plus bas » ou, comme cela est souvent énoncé dans la pratique, l'offre « la moins-disante »³¹ ;
- le *coût*. Comme le précise le législateur lui-même, cette notion s'apprécie « selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82 »³². Bien que le coût soit identifié dans les travaux préparatoires de la loi, en des termes très souples de « critère plus large que celui du prix »³³, cette option est – à regret selon nous – encore très rarement utilisée en

27. Pour une application jurisprudentielle récente de cette liberté dans la définition des critères d'attribution, voy. C.E., 22 mars 2023, *S.A. Proximus*, n° 256.098. Ce large pouvoir d'appréciation s'étend également à l'application des critères de sélection et d'attribution, mais non sans limites, comme l'illustre la jurisprudence récente du Conseil d'État en matière de marchés publics d'avocats. Voy. C.E., 12 janvier 2023, *SCRL Lexing Belgium*, commenté *infra*.

28. Pour un résumé récent des limites et exigences qui encadrent la fixation des critères, voy. B. LOMBAERT, I. MATHY et M. THOMAS, « Cahier spécial des charges », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours, op. cit.*, pp. 665 et s.

29. *Ibid.*, p. 673.

30. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 134.

31. Pour ce qui concerne les marchés publics d'avocats, il n'y a pas lieu d'examiner l'hypothèse de « prix négatif » ou d'autres formes de contre-prestations économiques.

32. Art. 81, § 2, al. 1^{er}, 2^o, L. du 17 juin 2016.

33. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 134.

matière de marchés publics de services³⁴ et, à notre connaissance, non utilisée pour les marchés d'avocats ;

- le meilleur *rapport qualité/prix*. Le législateur précise que ce rapport est « évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné ». Ainsi l'adjudicateur peut établir une combinaison complexe de critères d'attribution, sans forcément que le prix ou le coût ne soit une composante de son critère d'attribution. Cette dernière virtualité du rapport qualité/prix autorise ainsi le pouvoir adjudicateur à passer un marché public de service à prix fixe – par exemple un taux horaire prédéterminé³⁵ – et à évaluer la qualité de l'offre sur la base d'autres éléments pertinents.

Dans l'hypothèse particulière des marchés publics d'avocats, la définition des critères d'attribution visant à déterminer l'*offre* retenue au terme d'une comparaison peut par ailleurs difficilement s'établir sans articulation circonstanciée avec la définition des critères de sélection, qui est le processus préalable à l'attribution au cours duquel les candidats sont retenus ou non selon leur *profil*. Si, pour rappel, le processus de sélection, dans le chef de l'adjudicateur, consiste à vérifier dans un premier temps que les candidats ne se trouvent pas dans une hypothèse de cause d'exclusion³⁶, il consiste aussi, dans un second temps et pour ce qui concerne l'objet de la présente contribution, à apprécier le respect des critères de *capacité* technique, économique et financière des soumissionnaires³⁷.

Or l'article 81, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 3^o, b), énonce expressément qu'un critère d'attribution défini sur la base du rapport qualité/prix peut porter sur « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ». Ces critères sont, en règle, des éléments relevant de la *capacité technique* appréciée dans le cadre de la *sélection qualitative*. Le législateur identifie expressément que l'expérience, la qualification ou l'organisation du personnel peuvent

34. Pourtant, même le coût du cycle de vie défini à l'article 82 de la loi est susceptible de s'appliquer à de tels marchés de services. Mais cette notion est évidemment non pertinente pour les marchés publics d'avocats.

35. Sur la pertinence du procédé, voy. *infra*.

36. Facultative (faillite, conflit d'intérêt, faute professionnelle grave, infraction environnementale...) ou obligatoire (participation à une organisation criminelle, corruption, fraude...). Voy. sur ce point les articles 69 à 71 de la loi du 17 juin 2016. C'est parmi les causes d'exclusion facultatives que se posent des questions propres à la fonction d'avocat, notamment en ce qui concerne l'absence d'antécédents liés à une faute professionnelle ou l'existence d'un conflit d'intérêts.

37. Art. 71 L. du 17 juin 2016.

affecter la qualité économique de l'offre et que tel est notamment le cas des prestations intellectuelles³⁸.

Lorsqu'il recourt à de tels critères qui sont – *a priori* – intrinsèquement destinés à servir de critère de sélection et non d'attribution, l'adjudicateur doit démontrer les raisons concrètes pour lesquelles ces critères jouent un « rôle déterminant »³⁹ dans la qualité de l'offre. Il nous semble néanmoins que, pour les marchés publics d'avocats, le rôle déterminant de tout élément qui peut justifier d'une expertise peut se présumer ou est, à tout le moins aisément démontrable, ce qui devrait sans doute inspirer davantage les adjudicateurs dans l'établissement de leur cahier des charges.

En tout état de cause, l'adjudicateur doit également avoir égard à la règle selon laquelle les preuves d'expérience au stade de la sélection ne peuvent pas être exigées si l'expérience est également reprise comme critère d'attribution⁴⁰. En d'autres termes, dans un même marché, un élément d'appréciation lié à l'expertise de l'avocat ne peut servir cumulativement de critère au stade de la sélection et de l'attribution.

§2. Éléments d'opportunité du choix des critères d'attribution dans les marchés d'avocats

La pratique, à notre sens trop courante, des adjudicateurs à recourir au critère d'attribution *unique* du prix dans le cadre de la passation de marchés publics de services d'avocats est manifestement inopportune.

Cette pratique doit être particulièrement exclue :

- lorsque l'application de ce critère se fait sans application préalable de critères de sélection, ce qui est courant dans les marchés de faibles montants ou dans les procédures souples susdécrites. Il est alors excessivement difficile d'évaluer la comparabilité des offres d'avocats qui n'ont potentiellement ni la même expérience, ni les mêmes qualifications ou moyens mis à disposition⁴¹ ;
- au regard du fait que le prix proposé par le candidat avocat consiste, la plupart du temps, en un taux horaire, qui génère le danger d'une pratique de remise de prix excessivement au rabais. Une telle pratique

38. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 135.

39. Pour reprendre les termes de l'avocat général M. WATHELET dans ses conclusions sous C.601/13, *Ambisig*, du 26 mars 2015 (voy. consid. 32).

40. Art. 68, § 4, A.R. du 18 avril 2017.

41. Les adjudicateurs prétendent alors parfois avoir eux-mêmes opéré une sélection dans le choix des avocats sollicités, notamment lorsqu'il s'agit d'un simple marché par facture ou d'une sollicitation en procédure négociée sans publication préalable, ce qui est la norme pour les motifs décrits au point 1.

n'est jamais au bénéfice de l'adjudicateur : elle n'est pas garante des abus en termes d'encodage des prestations facturées, ou de facturations excessives au regard du temps qu'aurait consacré un avocat plus expérimenté ou mieux armé pour réaliser la prestation demandée⁴².

Fondamentalement, au regard de l'objectif d'atteindre un certain niveau de qualité des prestations, nous regrettons que le recours au critère d'attribution du *coût* soit en pratique excessivement rare, voire inexistant, dans le cadre des marchés publics d'avocat⁴³. Le coût peut néanmoins faire partie des éléments constitutifs d'un système de critères qui repose sur la logique du *qualité/prix* qui, elle, est parfois retenue dans la pratique des marchés d'avocats, ce qui doit être encouragé.

Lorsque l'adjudicateur recourt au système de critères reposant sur la logique du *qualité/prix*, il est fréquent que cette approche multicritère aboutisse à l'établissement d'un critère d'attribution du prix sur la base d'un taux horaire moyen et d'un critère de qualité lié à l'organisation du travail sur la base d'une description reprise dans une *note méthodologique*. Si la production de cette dernière suscite parfois logiquement la crainte de l'avocat candidat d'être exposé à une certaine subjectivité⁴⁴, le principe de transparence et, surtout, l'obligation de motivation formelle adéquate qui s'attache à la décision d'attribution⁴⁵ sont, notamment, des garde-fous à même d'atténuer cette crainte⁴⁶. Plus généralement, l'obligation de motivation formelle adéquate et le respect du principe de non-discrimination imposent une appréciation circonstanciée d'un critère d'attribution lié à l'expertise ou aux moyens dont dispose un avocat ou son cabinet. Le Conseil d'État l'a récemment démontré dans une des rares affaires de marché public d'avocats dont il a eu à connaître : l'obligation de motivation formelle adéquate qui s'attache à l'appréciation d'un critère d'attribution lié à l'expertise d'une équipe impose à l'adjudicateur de prendre adéquatement en compte les titres d'enseignement et les activités de

42. Voy. en ce sens également, les écueils identifiés par A. Vastmans, citant des exemples de taux horaires de 25 euros HTVA (A. VASTMANS, *Les marchés publics de services juridiques*, Bruxelles, Vanden Broele, 2017, p. 73).

43. Et ce, malgré la marge laissée par le législateur en matière de marchés publics de services. Voy. *supra*.

44. Mais le degré de subjectivité n'est sans doute pas plus élevé que celui auquel s'expose, par exemple, un architecte dans le cadre d'un marché public de conception.

45. Consacrée en matière de marchés publics à l'article 4, alinéa 1^{er}, 8^o, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. En ce qui concerne l'attribution, cette obligation trouve à s'appliquer, selon les termes de la loi « quelle que soit la procédure ».

46. Même si la jurisprudence en la matière est très peu dense, compte tenu tout simplement du faible nombre de recours introduits par des avocats, soit en raison de l'enjeu des litiges, soit par crainte de supprimer irrévocablement toute relation de confiance avec un client public potentiel.

recherches de l'avocat membre d'une équipe candidate, le tout de manière cohérente et sans contradiction, ni discrimination⁴⁷.

Rappelons à cet égard que, s'agissant de l'expérience et/ou de la production de références, qu'elle soit utilisée à titre de critère de sélection ou de critère d'attribution dans l'optique d'une appréciation par qualité/prix, les articles 5.37 à 5.39⁴⁸ du code de déontologie de l'avocat règlent la manière dont l'avocat doit respecter son obligation de confidentialité et de discrétion⁴⁹.

Plus audacieux est l'établissement d'un critère de coût en lien avec des exigences de délai d'intervention, d'expérience ou encore de qualifications susceptible de garantir un prix final raisonnable pour le pouvoir adjudicateur. Une telle approche nous semble à encourager pour les marchés publics d'avocats où la *spécialisation* nécessaire pour traiter une matière déterminée est un élément prépondérant dans l'appréciation de la qualité de l'offre.

Le degré de spécialisation que nécessite la prestation est à notre sens déterminant dans l'établissement des critères d'attribution des marchés d'avocats : plus le degré de spécialisation est élevé, plus l'approche sur la base du critère unique du prix est inopportune. Si le système de sélection stricte est de nature à tempérer cette thèse, il nous semble moins à même de permettre à l'adjudicateur d'adopter une décision adaptée que ce qu'offre un opportun critère d'attribution basé sur une logique de rapport qualité/prix.

§3. Éléments d'opportunité dans la structuration du prix

Qu'il soit ou non l'unique composante des critères d'attribution appliqués, le prix peut prendre plusieurs formes dans l'offre soumise par l'avocat.

En dehors de l'hypothèse d'un marché portant sur un avis relatif à une question juridique bien identifiée et circonscrite, la pratique du forfait s'avère rarement adaptée ou pertinente. Le taux horaire demeure, comme dans bien des cas, le mode de rémunération, et donc de formulation du prix, le plus adapté aux marchés d'avocats. Il ne contrarie par ailleurs pas, en soi, l'impératif de *prévisibilité* du coût de l'avocat pour son client, notamment au regard des exigences formulées récemment par la Cour de justice⁵⁰. Le taux horaire

47. C.E., 12 janvier 2023, *SCRL Lexing Belgium*.

48. Intégrés au code de déontologie par le règlement du 25 mars 2013 ajoutant un chapitre 4 au titre 5 au code de déontologie. *M.B.*, 18 avril 2013.

49. Pour une réflexion critique du risque qu'un système trop concurrentiel fait courir en termes de respect de ces obligations déontologiques, voy. V. THIRY, « Marchés publics de services juridiques : nouvelles concurrence et déontologie », *C.D.P.K.*, 2010/1, pp. 108 et 109.

50. CJUE, 12 janvier 2023, n° C-395/21, qui n'est pas applicable aux marchés publics d'avocats, mais aux prestations d'avocats envers des consommateurs au sens du droit de l'Union. La Cour y juge que la clause de tarif horaire est insuffisante « en l'absence d'informations préalablement communiquées au consommateur lui permettant de prendre sa décision avec prudence et

permet en principe une comparabilité effective du coût que représentent des avocats, à compétence égale, là et la détermination de la mission définie par l'adjudicateur permet à celui-ci d'avoir une idée – forcément approximative vu les aléas de gestion d'un dossier – des quantités à prester.

Mais pour qu'il reflète fidèlement la valeur du travail de l'avocat et qu'il corresponde au caractère *intuitu personae* de la relation nouée entre l'adjudicateur et son avocat, encore faut-il que le taux horaire soit, cela va de soi, celui de l'avocat qui exécutera de manière effective le marché, ou encore qu'il soit adapté à l'hypothèse où cet avocat travaille avec un ou plusieurs collaborateurs. Le recours à un *taux horaire moyen* est une solution pratique en cas d'intervention de plusieurs avocats, mais cette solution ne nous semble probante que si ce taux est justifiable sur la base de l'identification des avocats qui interviendront effectivement dans les prestations à réaliser. La pratique révèle à cet égard des modes de détermination de taux moyen assez inventifs, comme celui qui résulte, dans l'offre d'un cabinet d'avocats, d'une moyenne entre le taux d'un associé, d'un collaborateur d'expérience moyenne et d'un stagiaire.

Même si cette hypothèse est rare en pratique, l'adjudicateur suffisamment informé du marché concurrentiel des avocats peut déterminer lui-même le taux à pratiquer ou une fourchette admissible de taux à pratiquer, et mettre en concurrence des avocats pour désigner l'adjudicataire sur la base de critères qualitatifs⁵¹. Cet encadrement du prix par l'adjudicateur peut également prendre la forme, de manière moins radicale que la pratique du prix fixe, de la fixation d'un seuil et/ou d'un plafond de prix à pratiquer. La détermination d'un seuil permettrait de lutter en amont, contre le dépôt de prix anormalement bas, tandis que le plafond des prix a pour mérite, à tout le moins lorsqu'il est adapté au marché, de donner une information circonstanciée aux candidats sur la manière de calibrer leur offre ou, simplement, sur l'opportunité de soumissionner.

Dans tous les cas et au final, tout mode de structuration du prix ne pourra être pertinent que s'il existe un réel mécanisme de *contrôle* des facturations de prestations par les avocats, en ce compris quant à l'identité exacte de l'avocat qui a presté. Or, sur ce point, les pratiques semblent varier et les clauses et exigences d'exécution relatives au contrôle être insuffisantes, alors

en toute connaissance des conséquences économiques qu'entraîne la conclusion de ce contrat ». Il peut raisonnablement en être déduit, au terme d'un raisonnement *a contrario*, que la pratique d'un taux horaire permet une prévisibilité suffisante des montants totaux prestés, dès lors que dans un marché public d'avocats, l'adjudicateur dispose en principe et par avance des informations relatives aux risques encourus.

51. Ce que permet expressément l'état du droit. Voy. *supra*.

que cette garantie est déterminante pour s'assurer que le bénéfice de la mise en concurrence ne s'évapore pas au stade de l'exécution du marché.

Conclusions

Les marchés publics d'avocats ne sont pas des marchés publics comme les autres : le caractère *intuitu personae* et le haut degré de confidentialité président dans la relation contractuelle, ce que la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas manqué de relever. Cette spécificité justifie d'échapper à une mise en œuvre aveugle de la logique de marché et au paradigme du tout à la concurrence.

Pourtant, bien que l'exception d'application du droit des marchés publics aux prestations d'avocats soit désormais bien intégrée au droit dérivé de l'Union européenne, à tout le moins lorsqu'il s'agit des prestations en contentieux ou en prévention du contentieux, le législateur belge et les adjudicateurs semblent réticents à s'affranchir des procédures de mise en concurrence traditionnelles pour désigner les avocats. Par ailleurs, le libre choix de l'avocat n'est pas tant limité par le droit des marchés publics⁵² que par le carcan dans lequel l'adjudicateur s'enferme parfois lui-même lorsqu'il structure son marché.

Face à ces spécificités, l'enjeu majeur qu'est le maintien d'un haut niveau de qualité de prestations de l'avocat du pouvoir public mérite que les pratiques actuelles soient remises en question. À titre principal, le recours au critère du prix comme seul critère d'attribution, sans le moindre processus de sélection circonstancié, est une pratique contre laquelle il faut lutter : elle ne donne une réponse satisfaisante ni aux spécificités du contrat de prestations d'avocats, ni à l'objectif de moindre coût pour la collectivité.

Nous pensons qu'il faut militer pour que les adjudicateurs s'inscrivent davantage dans une logique de choix d'une offre sur la base du *coût* qu'elle représente, ou à tout le moins sur la base de son rapport *qualité/prix*, en y intégrant mieux les qualités intrinsèques au profil de l'avocat ou de son cabinet. Le recours à des procédures formalisées afin de procéder à des désignations valables dans une durée prédéfinie nécessite une préparation soignée des documents de marché et ne peut pas aboutir à ce que le prix pratiqué sanctionne soit le soumissionnaire qui fait preuve de probité, soit la collectivité. L'obligation de motivation formelle adéquate attachée aux décisions

52. Sur la compatibilité entre l'application du droit des marchés publics et le principe du libre choix de l'avocat au bénéfice du justiciable, voy. A. DELVAUX, « Sollicitation de clientèle, mise en concurrence, et déontologie de l'avocat... », *op. cit.*, p. 114.

d'attribution ou encore les clauses de contrôle des honoraires facturés sont déterminants pour ce faire.

En réalité, l'objectif de qualité des prestations au regard de leur coût pour la collectivité n'est pas qu'un vœu pieu... Il est lié à l'enjeu qu'est le maintien de la profession au centre des prestataires de services juridiques pour les pouvoirs publics. L'acteur public n'est pas un client comme un autre, mais il reste un client. Le laisser se détourner des services d'avocats pour privilégier certaines formes de consultance sans expertise, l'intelligence artificielle... ou pire, renoncer à sa défense, n'est pas envisageable.

Nous pensons que l'avocat ne peut se contenter de désigner les acteurs publics comme étant les fossoyeurs de leur situation : regarder creuser sans rien dire est tout aussi coupable que donner le dernier coup de pelle. Nous en sommes convaincus, le paradigme du choix de l'avocat sur la base du *seul prix* à un coût. À nous de changer la culture des acteurs publics pour que la qualité des prestations d'avocats continue de répondre à leurs besoins, et donc à ceux de la collectivité.