COMMISSION OUVERTE

DROIT PUBLIC

Responsables : Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY

Jeudi 28 mars 2013

SOUS-COMMISSION OBSERVATOIRE MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES JURIDIQUES

La sous-traitance des prestations juridiques

Intervenant :
Françoise Sartorio, avocat à la Cour

ORDRE DES AVOCATS DE PARIS

Observatoire des marchés publics

Compte rendu de la réunion du 28 mars 2013
Groupe de travail sur la sous-traitance

Présents :

Fanny Michel,
Laurent Sery
Bertrand Nuret
Jean-Marie Seevagen
Catherine Weber Seban
Françoise Sartorio

Excusés

Sébastien Palmier
Philippe Pigny

Pour introduire la réunion, Françoise Sartorio rappelle qu'à la suite des travaux déjà engagés sur la sous-traitance au sein de l'Observatoire et de la réunion plénière de la CODP consacrée à ce sujet, il a été décidé d'approfondir en particulier 2 questions :

- Un non professionnel du droit, qui n'est pas lui-même habilité à délivrer à titre accessoire des consultations juridiques au regard de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée (qui pose le périmètre du droit), et qui, dans le cadre par exemple d'un marché public d'assistance à maitrise d'ouvrage, sous-traite les prestations juridiques, a-t-il la capacité juridique de contracter avec le maitre d'ouvrage sur le champ des prestations juridiques ?
- Dans le cas d'une sous-traitance licite, quels documents contractuels pourraient être élaborés pour formaliser le respect des règles déontologiques de l'avocat sous-traitant ?

1. Problématique de la capacité juridique du non professionnel du droit à contracter pour des prestations juridiques par ailleurs sous-traitées par lui à un professionnel du droit

Ce point est très important car force est de constater que pour contourner l'obstacle que constitue le périmètre du droit, de plus en plus de sociétés non habilitées à délivrer des prestations juridiques, recourent à des sous-traitances « alibi » à un professionnel du droit, c'est-à-dire d'un montant extrêmement faible.

La sous-traitance à un avocat par un non professionnel du droit existe essentiellement pour des marchés d'assistance à maitrise d'ouvrage pluridisciplinaires. Ces marchés, qui recouvrent par exemple des prestations techniques ou/et financières et juridiques, ne sont donc pas des marchés de services juridiques[1] mais des marchés portant notamment sur des prestations juridiques. Ils devraient ainsi rester soumis au titre IV du CMP et notamment à l'article 113 qui dispose :

> « *En cas de sous-traitance, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché*. »

Le titulaire est donc seul responsable devant le maître d'ouvrage de la bonne exécution du marché. En conséquence, il répond des fautes ou d'une mauvaise exécution des prestations commises par son sous-traitant, sans pouvoir, dans le cas d'un contentieux avec le maitre d'ouvrage invoquer la faute de son sous-traitant ou l'appeler en garantie, afin de diminuer sa propre responsabilité (*CE, 18 décembre 1987, SARL Etrarec,n° 52300*). Il ne peut que se retourner contre son sous-traitant, dans le cadre d'une instance devant le juge judiciaire.

Cette responsabilité du titulaire impose qu'il puisse contracter une assurance professionnelle couvrant l'ensemble de la mission, (et donc les prestations juridiques) pour lui permettre, en cas d'action en responsabilité du maitre d'ouvrage, de faire face à une éventuelle condamnation. Or, une telle assurance professionnelle « étendue » semble exclue dès lors qu'il n'est pas habilité à délivrer des prestations juridiques au regard des dispositions de la loi de 1971 (articles 54 et suivants notamment) et de ses interprétations jurisprudentielles.

<u>Sous réserve de validation par un professionnel de l'assurance,</u> cette analyse conforte la thèse selon laquelle un non professionnel du droit, ne peut sous-traiter des prestations juridiques que s'il est lui-même habilité à délivrer de telles prestations au regard de la loi de 1971. Ce qui conduit à exclure, dans la pratique, la plupart des cas de sous-traitance à un avocat (si le non professionnel du droit est en capacité de délivrer ces prestations juridiques, les cas où il a intérêt à les sous-traiter, deviennent en effet marginaux).

---

[1] lesquels ne sont pas soumis, en vertu du 5° de l'article 30 du code des marchés publics aux dispositions du titre IV de la présente partie. », c'est-à-dire aux articles 86 à 118 du CMP sur l'exécution des marchés, et notamment les articles 112 (sous-traitance) et 115 et 116 (paiement direct). L'alinéa 5 de l'article 30 dispose notamment que « *les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie*… ».
Pour ces marchés de services juridiques, c'est donc seulement la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance qui s'applique, qui prévoit que la sous-traitance « *est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution (…) d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

Il ne resterait alors que l'option de **la co-traitance** pour répondre à des marchés d'assistance à maitrise d'ouvrage pluridisciplinaire comportant notamment des prestations juridiques. Or, la pratique révèle que cette solution est de plus en plus difficile à mettre en œuvre car ces groupements sont maintenant confrontés à la concurrence d'entreprises qui répondent seules pour l'ensemble des prestations à des prix de plus en plus bas. Par ailleurs, les règles déontologiques de l'avocat lui interdisent de participer à un groupement solidaire. Or, cette forme de groupement est de plus en plus souvent sollicitée par les pouvoirs adjudicateurs.

Une autre solution consisterait à imposer, dans ce cas, **une obligation d'allotissement pour les prestations juridiques.**

Cette solution, qui est bien adaptée aux marchés d'envergure, présenterait un certain nombre d'inconvénients pour les « petits marchés » : elle pourrait conduire à écarter les cabinets individuels de petite taille. Par ailleurs, elle ne permettrait plus à l'avocat de choisir ses partenaires techniques ou financiers car il devrait travailler avec les prestataires techniques ou financiers attributaires des autres lots. Avant d'être préconisée, elle devra être analysée plus précisément.

2. Documents à modifier ou à élaborer pour clarifier les conditions de la sous-traitance licite.

Si l'analyse qui précède est retenue, les cas de sous-traitance « licite » risquent de devenir rares. Mais il peut toutefois être utile de préciser les règles que doit respecter la sous-traitance de prestations juridiques à un avocat au regard de la déontologie de l'avocat. Force est en effet de constater que le lien de sous-traitance place souvent l'avocat dans une situation inconfortable au regard de ses règles déontologiques qu'il s'agisse de l'indépendance, du secret professionnel, etc….

Cet objectif de clarification pourrait être atteint par :

- ✓ Une modification du RIN, (article 18 « La collaboration interprofessionnelle)
  - modification du § 18.1 « principe général » du type : « *Cette collaboration interprofessionnelle peut se faire sous la forme d'une sous-traitance de prestations juridiques à un avocat, notamment dans le cadre de marchés publics, dans les conditions fixées à l'article 18.8 sous réserve que le titulaire soit lui-même habilité au regard de la loi de 1971 modifiée à délivrer des prestations de conseil juridiques dans le domaine considéré*»

- ajout d'un article 18-8 sur la sous-traitance du type :
« XXX
« Un avocat ne peut être sous-traitant d'un non professionnel du droit que s'il respecte les règles définies ci-dessus et reprises par une convention, établie selon le modèle de l'annexe XXX, qu'il doit conclure avec l'entreprise principale. »

- modification § 11.5 Paiement des honoraires, 18.4 et 18.5 Confidentialité des correspondances et Secret professionnel *:* « Sous réserve des dispositions spécifiques à la sous-traitance prévues à l'article 18.8… »

✓ un contrat de sous-traitance avec rappel des obligations déontologiques que l'avocat sous-traitant devra conclure avec l'entreprise principale (voir supra)

✓ la déclaration de sous-traitance DC4 pourrait être complétée d'un alinéa L signé par les 3 parties (comme l'est actuellement le § K sur l'acceptation et l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant.

L – Respect des règles déontologiques du sous-traitant.

Le sous-traitant fait partie d'une profession règlementée soumise à des règles déontologiques
❑ Oui ❑ non
Si oui, la convention signée entre l'entreprise et le sous-traitant a été établie dans le respect de ces règles et est annexée à la présente déclaration.
Le pouvoir adjudicateur reconnait en avoir pris connaissance et s'engage à s'assurer, auprès du titulaire du marché qu'il s'est entouré des garanties aux fins de respecter les règles déontologiques qui y sont énoncées.

Il conviendrait également de proposer une mise à jour de la fiche DAJ sur les marchés comportant des prestations juridiques (et non seulement les marchés de prestations juridiques).

Ces réflexions et propositions seront présentées et discutées lors de la prochaine réunion de l'Observatoire en date du 18 avril 2013 au cabinet de Françoise SARTORIO à 18H.