

Conseil d'État

N° 286316

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Martin, président

M. Jean-Pierre Jouguelet, rapporteur

M. Boulouis, commissaire du gouvernement

lecture du mercredi 9 août 2006

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1°), sous le n° 286316, la requête, enregistrée le 24 octobre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée par L'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES, dont le siège est 114 - 116 avenue de Wagram à Paris (75017) ; l'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le code des marchés publics ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu 2°), sous le n° 286347, la requête, enregistrée le 24 octobre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée par la SELARL CABINET PHILIPPE PETIT ET ASSOCIES, dont le siège est ...), M. Pierre-Stéphane A, M. Vincent B, M. Xavier C, Mme Géraldine D , M. Levent E domiciliés ...) ; la SELARL CABINET PHILIPPE PETIT ET ASSOCIES, M. A, M. B, M. C, Mme D et M. E demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le code des marchés publics ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 100 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la Constitution ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, modifiée notamment par la loi n° 97-308 du 7 avril 1997 ;

Vu le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Pierre Jouguelet, Conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes présentées par l'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES et par la SOCIETE CABINET PHILIPPE PETIT ET ASSOCIES et autres sont dirigées contre le même décret ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la légalité externe du décret attaqué :

Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la Constitution : Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution ; que, s'agissant d'un acte de nature réglementaire, les ministres chargés de son exécution sont ceux qui ont compétence pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement son exécution ; que l'article 2 du décret attaqué, qui modifie l'article 30 du code des marchés publics, est relatif à la passation, par les personnes publiques énumérées à l'article 2 du même code, de certains marchés publics de services, notamment ceux ayant pour objet la représentation de ces personnes en vue du règlement d'un litige ; qu'alors même qu'il est précisé que la passation de ces derniers marchés doit avoir lieu dans le respect des principes déontologiques applicables à la profession d'avocat, ces dispositions n'appellent aucune mesure réglementaire ou individuelle d'exécution de la part du ministre de la justice ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de contreseing du décret attaqué par ce ministre ne peut qu'être écarté ;

Sur la légalité interne du décret attaqué :

En ce qui concerne le I de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret attaqué :

Considérant qu'aux termes du I de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue de l'article 2 du décret attaqué : Les marchés publics de service, dont le montant estimé est égal ou supérieur à 4 000 euros HT, qui ont pour objet des prestations de service qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés selon une procédure adaptée librement définie par la personne responsable du marché dans les conditions prévues par le présent article. / Les modalités de publicité et de mise en concurrence sont arrêtées en tenant compte des caractéristiques du marché, notamment de son montant, de son objet, du degré de concurrence entre les prestataires de service concernés et des conditions dans lesquelles il est passé. / La personne responsable du marché peut décider qu'un marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, s'il apparaît que de telles formalités sont, du fait des caractéristiques du marché, manifestement inutiles ou impossibles à mettre en oeuvre. / Lorsque la procédure définie au présent article est mise en oeuvre, les dispositions de l'article 6 ne sont applicables qu'aux marchés dont le montant est égal ou supérieur à 230 000 euros HT et la personne publique n'est pas tenue d'appliquer les dispositions du chapitre V du titre II et des chapitres III à VI du titre III. Toutefois, les articles 43 à 45 et 51, ainsi que, pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 230 000 euros HT, les articles 76, 78 et 80 sont applicables. / Les marchés d'un montant inférieur à 230 000 euros HT sont attribués par la personne responsable du marché. Au-dessus de ce seuil, les marchés de l'Etat sont attribués par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres et pour les collectivités territoriales par la commission d'appel d'offres. (...)

Sur le moyen tiré de l'inintelligibilité des dispositions litigieuses :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 26 du code des marchés publics, applicable aux marchés publics de services mentionnés au I de l'article 30, dans sa rédaction issue du décret attaqué : Les marchés sont passés sur appel d'offres. / Toutefois, ils peuvent être passés (...) selon les procédures particulières prévues aux articles 30, 31, 68 et 74. / Les marchés peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils fixés au II, au premier alinéa du III et au IV de l'article 28 ; qu'il résulte de ces dispositions, combinées avec celles du I de l'article 30, dans sa rédaction issue du décret attaqué, que la personne publique qui entend passer un marché public de services ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du code des marchés publics doit recourir soit à la procédure d'appel d'offres, soit à une procédure adaptée qu'elle définit librement dans les conditions définies par l'article 30 ou, si le marché en cause entre dans l'un des cas qu'il prévoit, par l'article 28 ;

Considérant, d'autre part, que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code, selon lequel : Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse... ; que les formalités de publicité et de mise en concurrence imposées par le code des marchés publics ont pour objet d'assurer le respect de ces principes ; qu'ainsi, les deuxième et troisième alinéas de l'article 30, dans leur rédaction issue du décret attaqué, doivent être interprétés comme ne permettant à la personne publique de se dispenser du respect de telles formalités qu'après avoir vérifié si, compte tenu des caractéristiques du marché, notamment de son montant, de son objet, du degré de concurrence entre les prestataires de service concernés et des conditions dans lesquelles il est passé, ces formalités sont manifestement inutiles pour assurer la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, ou avoir constaté que de telles formalités sont rendues impossibles par les caractéristiques du marché ;

Considérant que, dans ces conditions, et contrairement à ce que soutient l'association requérante, les dispositions litigieuses ne présentent pas un caractère inintelligible ;

Sur le moyen tiré de la violation du principe du secret des relations entre l'avocat et son client :

Considérant qu'aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa rédaction issue de la loi du 7 avril 1997 : En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ; que les requérants soutiennent que le I de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret attaqué, méconnaît ces

dispositions, qui protègent le secret des relations entre l'avocat et son client ;

Considérant, d'une part, qu'en vertu de l'article 45 du code des marchés publics, dont les dispositions sont applicables aux marchés de services relevant du I de l'article 30 du même code, dans sa rédaction issue du décret attaqué, ne peuvent être exigés à l'appui des candidatures que des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ; que, contrairement à ce que soutiennent la SOCIETE CABINET PHILIPPE PETIT ET ASSOCIES, M. A, M. B, M. C, Mme D et M. E, ces dispositions ne sont pas de nature à conduire les candidats à méconnaître les règles légales ou déontologiques s'appliquant à leur profession ; qu'en particulier, elles n'ont pas pour effet d'imposer à un avocat candidat à un marché public de services juridiques de fournir des renseignements comportant des mentions nominatives ou des indications permettant d'identifier les personnes pour lesquelles il a déjà fourni des prestations similaires ; que les dispositions de l'arrêté du 26 février 2004 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie pris en application du premier alinéa de l'article 45 du code des marchés publics sont sans incidence sur l'étendue des obligations résultant de ce dernier article et, par suite, sur la légalité du décret attaqué ;

Considérant, d'autre part, que les dispositions précitées de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ne concernent que les documents élaborés au cours de l'exécution du marché de services juridiques et non les pièces du marché lui-même ; que le contrôle institué par les dispositions des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales ne porte que sur les marchés proprement dits et ne concerne pas les documents élaborés en exécution de ces marchés, tels que les consultations adressées par un avocat à son client ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le I de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret attaqué, porterait atteinte au secret des relations entre l'avocat et son client en tant qu'il rend applicables aux marchés de services juridiques les dispositions de l'article 45 du même code et qu'il ne dispense pas ces marchés de l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département ou dans la région ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance du principe du libre choix de l'avocat :

Considérant, d'une part, que, par elle-même, la soumission de la passation des marchés de services juridiques à des formalités de publicité et de mise en concurrence ne porte pas atteinte à la liberté pour la personne publique concernée de choisir l'avocat auquel elle entend confier une mission de conseil juridique ; que, si l'article 1er du code des marchés publics impose à la personne publique de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, celle-ci est libre de choisir à cette fin les critères d'attribution du marché et de retenir, notamment, les qualités et capacités professionnelles des candidats ; que l'article 76 du même code, qui fait obligation à la personne publique d'aviser les candidats non retenus du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, n'a nullement pour effet de limiter indirectement cette faculté en la dissuadant de retenir certains critères, dès lors qu'il précise que ne peuvent donner lieu à communication les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ; que l'article 77 du code des marchés publics qui

prévoit la communication par la personne responsable du marché, à tout candidat écarté qui en fait la demande, des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, des caractéristiques et des avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que du montant du marché attribué et du nom de l'attributaire, ne s'applique pas, quant à lui, aux marchés relevant de l'article 30, dans sa rédaction issue du décret attaqué ;

Considérant, d'autre part, qu'en vertu du cinquième alinéa du I de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret attaqué, les marchés des collectivités territoriales d'un montant supérieur à 230 000 euros HT sont attribués par la commission d'appel d'offres ; que cette commission, dont la composition est fixée par l'article 23 du même code, est un simple organe de la collectivité amenée à passer ces marchés ; qu'ainsi, ces dispositions ne sauraient être regardées, en ce qu'elles attribuent compétence à cette commission pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, comme portant atteinte à la liberté de choix de cette collectivité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la méconnaissance du principe du libre choix de son avocat par une personne publique ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté ;

En ce qui concerne le II de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret attaqué :

Considérant qu'aux termes du II de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue de l'article 2 du décret attaqué : Les marchés ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige sont soumis, dans le respect des principes déontologiques applicables à la profession d'avocat, aux seules dispositions du I. Les titres IV, V et VI du présent code ne leur sont pas applicables ;

Sur le moyen tiré de l'inintelligibilité des dispositions litigieuses :

Considérant, d'une part, qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le moyen tiré de ce que le II de l'article 30 serait illégal comme renvoyant au I du même article, lui-même illégal en raison de son inintelligibilité, ne peut qu'être écarté ;

Considérant, d'autre part, que, les dispositions litigieuses ne se référant pas au décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, le caractère lacunaire ou contradictoire qui, selon l'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES, affecterait ce dernier décret, est en tout état de cause sans incidence sur leur légalité ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance des principes du libre choix de l'avocat et du secret des relations entre l'avocat et son client :

Considérant qu'il résulte des termes mêmes du II de l'article 30 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret attaqué, que la personne publique doit définir la procédure de passation des marchés ayant pour objet sa représentation en vue du règlement d'un litige dans le respect des principes déontologiques applicables à la profession d'avocat ; que l'article 76 du même code, dont la teneur a été rappelée plus haut, n'impose aucun critère de choix des candidats et prévoit que la personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ; qu'ainsi, et en tout état de cause, le moyen tiré de ce que les dispositions attaquées méconnaîtraient les principes du libre choix de l'avocat et du secret des relations entre l'avocat et son client ne peut qu'être écarté ;

Sur le moyen tiré du défaut de mesures transitoires :

Considérant que les dispositions du II de l'article 30, dans leur rédaction issue du décret attaqué, sont sans effet sur l'exécution des marchés en cours ; que, par suite, elles n'appelaient à ce titre aucune mesure transitoire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation du décret du 24 août 2005, notamment de son article 2 ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soient mises à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, les sommes que les requérants demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge des requérants la somme que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie demande au titre des frais de même nature qui auraient été exposés par l'Etat ;

D E C I D E :

Article 1er : Les requêtes de l'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES, de la SOCIETE CABINET PHILIPPE PETIT ET ASSOCIES, de MM. A, B, C et E et de Mme D sont rejetées.

Article 2 : Les conclusions du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont

rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES, à la SOCIETE CABINET PHILIPPE PETIT ET ASSOCIES, à MM. Pierre-Stéphane A, Vincent B, Xavier C et Levent E, à Mme Géraldine D, au Premier ministre, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au garde des sceaux, ministre de la justice.

Abstrats : 37-04-04-01-02 JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES ET JUDICIAIRES. MAGISTRATS ET AUXILIAIRES DE LA JUSTICE. AUXILIAIRES DE LA JUSTICE. AVOCATS. EXERCICE DE LA PROFESSION. - DÉCRET DU 24 AOÛT 2005 MODIFIANT NOTAMMENT L'ARTICLE 30 DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS - APPLICATION À LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES JURIDIQUES - VIOLATION - ABSENCE - A) SECRET DE LA RELATION ENTRE L'AVOCAT ET SON CLIENT - B) LIBRE CHOIX DE L'AVOCAT.

39-02 MARCHÉS ET CONTRATS ADMINISTRATIFS. FORMATION DES CONTRATS ET MARCHÉS. - DÉCRET DU 24 AOÛT 2005 MODIFIANT NOTAMMENT L'ARTICLE 30 DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS - LÉGALITÉ - A) INTELLIGIBILITÉ DU I DE L'ARTICLE 30 [RJ1] - B) APPLICATION DE CES DISPOSITIONS À LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES JURIDIQUES - VIOLATION - ABSENCE - 1) SECRET DE LA RELATION ENTRE L'AVOCAT ET SON CLIENT - 2) LIBRE CHOIX DE L'AVOCAT.

Résumé : 37-04-04-01-02 a) En vertu de l'article 45 du code des marchés publics, dont les dispositions sont applicables aux marchés de services relevant du I de l'article 30 du même code, dans sa rédaction issue du décret attaqué, ne peuvent être exigés à l'appui des candidatures que des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. Les dispositions de l'article 30 ne sont donc pas de nature à conduire les candidats à méconnaître les règles légales ou déontologiques s'appliquant à leur profession. En particulier, elles n'ont pas pour effet d'imposer à un avocat candidat à un marché public de services juridiques de fournir des renseignements comportant des mentions nominatives ou des indications permettant d'identifier les personnes pour lesquelles il a déjà fourni des prestations similaires.,b) Par elle-même, la soumission, en vertu de l'article 30 du code, de la passation des marchés de services juridiques à des formalités de publicité et de mise en concurrence ne porte pas atteinte à la liberté pour la personne publique concernée de choisir l'avocat auquel elle entend confier une mission de conseil juridique. Si l'article 1er du code impose à la personne publique de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, celle-ci demeure en effet libre de choisir à cette fin les critères d'attribution du marché et de retenir, notamment, les qualités et capacités professionnelles des candidats. En outre, l'article 76 du code, qui fait obligation à la personne publique d'aviser les candidats non retenus du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, n'a nullement pour effet de limiter indirectement cette faculté en la dissuadant de retenir certains critères, dès lors qu'il précise que ne peuvent donner lieu à communication les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi. Enfin, l'article 77 du code, qui prévoit la communication par la personne responsable du marché, à tout candidat écarté qui en fait la demande, des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été

rejetée en application du I de l'article 53, des caractéristiques et des avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que du montant du marché attribué et du nom de l'attributaire, ne s'applique pas, quant à lui, aux marchés relevant de l'article 30, dans sa rédaction issue du décret attaqué.

39-02 a) Les deuxième et troisième alinéas de l'article 30 du code des marchés publics, dans leur rédaction issue du décret du 24 août 2005, doivent être interprétés comme ne permettant à la personne publique de se dispenser du respect des formalités de droit commun prévues par le code qu'après avoir vérifié si, compte tenu des caractéristiques du marché, notamment de son montant, de son objet, du degré de concurrence entre les prestataires de service concernés et des conditions dans lesquelles il est passé, ces formalités sont manifestement inutiles pour assurer la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, ou avoir constaté que de telles formalités sont rendues impossibles par les caractéristiques du marché. Dans ces conditions, les dispositions en question ne présentent pas un caractère inintelligible.,b) Application des dispositions de l'article 30 du code aux marchés de services de prestations juridiques.,1) En vertu de l'article 45 du code des marchés publics, dont les dispositions sont applicables aux marchés de services relevant du I de l'article 30 du même code, dans sa rédaction issue du décret attaqué, ne peuvent être exigés à l'appui des candidatures que des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. Les dispositions de l'article 30 ne sont donc pas de nature à conduire les candidats à méconnaître les règles légales ou déontologiques s'appliquant à leur profession. En particulier, elles n'ont pas pour effet d'imposer à un avocat candidat à un marché public de services juridiques de fournir des renseignements comportant des mentions nominatives ou des indications permettant d'identifier les personnes pour lesquelles il a déjà fourni des prestations similaires.,2) Par elle-même, la soumission, en vertu de l'article 30 du code, de la passation des marchés de services juridiques à des formalités de publicité et de mise en concurrence ne porte pas atteinte à la liberté pour la personne publique concernée de choisir l'avocat auquel elle entend confier une mission de conseil juridique. Si l'article 1er du code impose à la personne publique de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, celle-ci demeure en effet libre de choisir à cette fin les critères d'attribution du marché et de retenir, notamment, les qualités et capacités professionnelles des candidats. En outre, l'article 76 du code, qui fait obligation à la personne publique d'aviser les candidats non retenus du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, n'a nullement pour effet de limiter indirectement cette faculté en la dissuadant de retenir certains critères, dès lors qu'il précise que ne peuvent donner lieu à communication les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi. Enfin, l'article 77 du code, qui prévoit la communication par la personne responsable du marché, à tout candidat écarté qui en fait la demande, des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, des caractéristiques et des avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que du montant du marché attribué et du nom de l'attributaire, ne s'applique pas, quant à lui, aux marchés relevant de l'article 30, dans sa rédaction issue du décret attaqué.

[RJ1] Cf. Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres, à publier au recueil, n°288460, feuilles roses p. 4 ; 8 juillet 2005, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN CFDT et autres, T. p. 708.