

Conseil d'Etat statuant au contentieux

**N°264712**

Publié au recueil Lebon

**7EME ET 2EME SOUS-SECTIONS REUNIES**

M. Stirn, président

M. Jean-Pierre Jouguelet, rapporteur

M. Casas, commissaire du gouvernement

SCP BOUTET, avocat(s)

lecture du mercredi 23 février 2005

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu 1<sup>o</sup> sous le n°264712, la requête, enregistrée le 18 février 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS (ATMMP), dont le siège est à la mairie, rue des Andelys à La Neuville-Chant-d'Oisel (76520) représentée par son président en exercice ; l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS demande au Conseil d'Etat d'annuler les articles 10, 30, 3-5°, 22 V, 25 alinéa 7 du code des marchés publics annexé au décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 ;

Vu 2<sup>o</sup> sous le n°265248, la requête, enregistrée le 5 mars 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour LA SOCIETE LOCALJURIS FORMATION, dont le siège est ... ; la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION demande au Conseil d'Etat :

1<sup>o</sup> d'annuler l'article 30 du code des marchés publics annexé au décret 2004-15 du 7 janvier 2004 ;

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

.....

Vu 3) sous le n°265281, la requête, enregistrée le 5 mars 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLE DES FRUITS ET LEGUMES (INTERFEL), dont le siège est ..., représentée par son président en exercice, l'UNION NATIONALE DU COMMERCE DE GROS EN FRUITS ET LEGUMES (UNCGFL), dont le siège est ..., représentée par son président en exercice, le COMITE NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DE LA POMME DE TERRE (CNIPT), dont le siège est ..., représenté par son président en exercice, la FEDERATION FRANCAISE DES SYNDICATS DE NEGOCIANTS EN POMMES DE TERRE ET LEGUMES EN GROS (FEDEPOM), dont le siège est ..., représentée par son président en exercice ; l'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLE DES FRUITS ET LEGUMES (INTERFEL) et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler les alinéas 2 et 3 de l'article 15 du code des marchés publics annexé au décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics ;

.....

Vu 4) sous le n°265343, la requête, enregistrée le 8 mars 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Patrice X..., demeurant ... ; M. X... demande au Conseil d'Etat :

1) à titre principal l'annulation du décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, ensemble la circulaire d'application du même jour, à titre subsidiaire l'annulation des articles 8, 9, 12-11°, 20, 22, 27, 28, 29-6°, 32, 36, 40, 45, 54, 66, 67, 70 et 74 du code des marchés publics annexé au décret du 7 janvier 2004 ;

2) la mise à la charge de l'Etat de la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 7 février 2005, présentée par l'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLE DES FRUITS ET LEGUMES FRAIS (INTERFEL), l'UNION NATIONALE DE COMMERCE EN GROS DES FRUITS ET LEGUMES (UNCGFL), le COMITE NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DE LA POMME DE TERRE et la FEDERATION FRANCAISE DES SYNDICATS DE NEGOCIANTS EN POMMES DE TERRE ET LEGUMES EN GROS ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 8 février 2005, présentée par M. X... ;

Vu le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la directive n°92/50/CEE du conseil des Communautés européennes du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services modifiée par la directive n°97/52/CEE ;

Vu la directive n°89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux ;

Vu le code civil ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de la consommation ;

Vu la loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays ;

Vu la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 ;

Vu la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ;

Vu le décret du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat aux marchés des collectivités locales et des établissements publics ;

Vu le décret n°66-887 du 28 novembre 1966, notamment son article 2 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Pierre Jouguelet, Conseiller d'Etat,
- les observations de la SCP Boutet, avocat de l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS (ATMMP),
- les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

Sur la jonction ;

Considérant que les requêtes présentées par l'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLE DES FRUITS ET LEGUMES et autres, l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS, la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et M. X... sont dirigées contre un même décret ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

Sur la recevabilité de la requête de M. X... :

Considérant que M. X... ne justifie pas, en sa qualité d'avocat ayant vocation à passer des marchés de prestations de service avec des collectivités territoriales ou de conseil de ces mêmes collectivités, d'un intérêt suffisamment direct et certain lui donnant qualité pour demander l'annulation du décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics et de la circulaire du même jour portant manuel d'application de ce code ; qu'il ne justifie pas davantage à ce titre d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation des articles 8, 9, 12-11°, 20, 22, 27, 28, 29-6°, 32, 36, 54, 66, 67, 69, 70 et 74 du code des marchés publics annexé au décret du 7 janvier 2004, ces dispositions ne concernant pas les marchés de prestations de service qu'il est susceptible de passer avec des collectivités territoriales ; qu'en revanche il justifie, en sa qualité d'avocat, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de l'article 30 relatif notamment aux contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige et la

fourniture de prestations de conseil juridique, du I de l'article 40 en tant qu'il exonère les marchés de l'article 30 de toute mesure de publicité et de l'article 45 ; que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie est dès lors seulement fondé à soutenir que les conclusions présentées par M. X... tendant à l'annulation du décret du 7 janvier 2004, de la circulaire du même jour et des articles 8, 9, 12-11°, 20, 22, 27, 28, 29-6°, 32, 36, 54, 66, 67, 69, 70 et 74 du code des marchés publics sont irrecevables ;

Sur l'intervention de la Fédération nationale des élus socialistes et républicains :

Considérant que la Fédération nationale des élus socialistes et républicains n'a pas, compte tenu de l'objet de ses statuts, un intérêt suffisant pour intervenir au soutien des conclusions de l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS ; que son intervention n'est, dès lors, pas recevable ;

Sur le moyen tiré de l'incompétence du Premier ministre pour édicter des règles pour les marchés des collectivités locales :

Considérant qu'aux termes de l'article unique de la loi du 5 octobre 1938 : Le gouvernement est autorisé, jusqu'au 15 novembre 1938, à prendre, par décrets délibérés et approuvés en conseil des ministres, les mesures destinées à réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays. Ces décrets, qui auront force de loi, seront soumis à la ratification des Chambres avant le 1er janvier 1939 ; qu'aux termes de l'article 1er du décret du 12 novembre 1938, pris sur le fondement de cette habilitation et avant sa date d'expiration : Les dispositions des textes législatifs et réglementaires relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'Etat peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des finances, et sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'Etat, des départements et des communes ; que, par ce décret, le gouvernement a pu légalement renvoyer à des règlements d'administration publique à intervenir, y compris après la date d'expiration de l'habilitation qu'il tenait de cette loi, le soin d'édicter les mesures d'application de la règle, fixée par lui en vertu de cette habilitation, d'extension aux marchés des collectivités locales, sous réserve des ajustements nécessaires, des dispositions applicables aux marchés de l'Etat ; que, par suite, le Premier ministre tenait des dispositions du décret du 12 novembre 1938, qui n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, compétence pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il édictait pour les marchés publics de l'Etat ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 3-5 ° du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 3 du code annexé au décret attaqué : Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : (...) 5° Aux contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à

la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services fournis par les banques centrales ;

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe I A sont passés conformément aux dispositions des titres III à VI ; qu'en vertu du point 6 de l'annexe I A, sont soumis à ces dispositions les services financiers dont les services bancaires, à l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services exercés par des banques centrales ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier ; qu'en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception définie par les dispositions précitées de la directive ; que, par suite, ces contrats, lorsque leur montant égale ou dépasse le seuil fixé par l'article 7 de cette même directive, sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle édicte ; que, par ailleurs, le ministre ne saurait utilement invoquer les dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui n'était pas en vigueur à la date de publication du décret attaqué ; qu'ainsi, le 5° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, soustraire lesdits contrats à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS est fondée à demander l'annulation de l'article 3 du code annexé au décret attaqué en tant que, dans son 5°, il comporte les mots : des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 10 :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code annexé au décret attaqué : Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent donner lieu à un marché unique ou à un marché alloti. Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de signer avec ce titulaire un seul marché regroupant tous ces lots./ La personne responsable du marché choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent./ Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus./ Pour les marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, si l'acheteur public choisit de

recourir à un marché alloti, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé. S'il choisit de recourir à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction ;

Considérant, d'une part, que les dispositions du quatrième alinéa de cet article, en tant qu'elles autorisent l'acheteur public à recourir à un marché global pour des marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'en outre les petites et moyennes entreprises peuvent toujours, en application de l'article 51, se grouper pour présenter une candidature ou une offre communes pour un marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte à l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique ne peut qu'être écarté ;

Considérant, d'autre part, que si le quatrième alinéa de l'article 10 du code des marchés publics relatif aux marchés ayant pour objet, d'une part, la construction, et, d'autre part, l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage permet aux acheteurs publics de recourir à la formule du marché global, ce qui suppose en effet que ces différentes prestations puissent être confiées à un même cocontractant, il résulte des mêmes dispositions qu'il demeure possible à l'acheteur public de recourir, pour ces marchés, à la formule de l'allotissement ; qu'ainsi, les dispositions du 4ème alinéa de l'article 10 qui ne généralisent pas la dérogation qui est faite à la règle faisant obligation de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ne méconnaissent pas les exigences inhérentes à l'égalité d'accès la commande publique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION tendant à l'annulation de cet article doivent être rejetées ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 15 :

Considérant qu'aux termes de l'article 15 du code annexé au décret attaqué : Sans préjudice des dispositions des articles 35, 68 et 71 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. / Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise. / Le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché. Il est fixé en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché ne peut refuser sa reconduction sauf stipulation contraire dans le marché. ;

Considérant en premier lieu qu'il résulte de ces dispositions que la durée d'un marché doit être fixée compte tenu de la nature des prestations, et que la passation d'un marché

prévoyant une ou plusieurs reconductions n'est possible que si la mise en concurrence a porté sur la durée totale d'exécution du marché, si ses caractéristiques restent inchangées et si le nombre de reconductions a été indiqué dans le marché initial ; qu'ainsi, en décidant de ne pas reconduire un marché après l'une des dates fixées par les stipulations du contrat, la personne responsable du marché met fin à son exécution avant le terme de la période totale d'exécution ; qu'en revanche, lorsqu'elle reconduit ce marché, elle prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître, contrairement à ce que soutient l'association requérante, un nouveau marché par application d'une clause de reconduction ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la passation de ce prétendu nouveau contrat porterait atteinte à la liberté de consentement du contractant de l'administration et méconnaîtrait les obligations de publicité qui découlent des règles du droit communautaire sont inopérants ;

Considérant en deuxième lieu qu'il résulte des termes mêmes de l'article 15 que la durée totale du marché ainsi que le nombre de reconductions doivent être arrêtés, avant le lancement de la procédure de consultation, en fonction de la nature des prestations à fournir ; que ces prestations doivent rester inchangées pendant la durée d'exécution du marché ; qu'ainsi le respect de ces exigences impose au préalable la détermination par la personne publique de la nature et de l'étendue de ses besoins à satisfaire ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'article 15 méconnaîtrait l'obligation posée par l'article 5 de définition préalable des besoins ne peut qu'être écarté ;

Considérant en troisième lieu que les associations requérantes invoquent les dispositions des articles 1170 et 1174 du code civil prohibant l'insertion dans les contrats d'une condition potestative ; que, toutefois, en application de l'article 2 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ; que les dispositions du code civil ne font pas obstacle à ce que soient introduites dans les contrats administratifs des clauses exorbitantes du droit commun, qui confèrent à l'administration un pouvoir de décider seule, dans l'intérêt général, de l'interruption ou de la poursuite de leur exécution ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que l'article 15 du code méconnaîtrait les dispositions du code civil ne peut qu'être écarté ;

Considérant en quatrième lieu qu'aux termes de l'article L. 132-1 du code de la consommation : Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution de marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur ;

Considérant en cinquième lieu que les mêmes dispositions du code des marchés publics n'ont ni pour objet ni pour effet de placer ces personnes publiques dans une position dominante ; qu'ainsi l'insertion d'une stipulation prévoyant sa reconduction dans un



marché passé par l'une de ces personnes ne saurait être constitutive d'un abus de position dominante ; que le moyen tiré de ce que les alinéas 2 et 3 de l'article 15 méconnaîtraient les dispositions des articles L. 420-2 et L. 420-3 du code de commerce qui ont codifié les articles 8 et 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 doit, par suite, être écarté ;

Considérant enfin que les dispositions de l'article 15 du code annexé au décret attaqué ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'en outre les petites et moyennes entreprises peuvent toujours, en application de l'article 51, se grouper pour présenter une candidature ou une offre communes pour un marché prévoyant une ou plusieurs reconductions ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte à l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que L'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLES DES FRUITS ET LEGUMES, L'UNION NATIONALE DU COMMERCE DE GROS EN FRUITS ET LEGUMES, LE COMITÉ NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DE LA POMME DE TERRE et LA FEDERATION FRANCAISE DES SYNDICATS DE NEGOCIANTS EN POMMES DE TERRE ET LEGUMES EN GROS ne sont pas fondées à demander l'annulation des alinéas 2 et 3 de l'article 15 du code des marchés publics annexés au décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 ;

Sur les conclusions dirigées contre articles 22 V et 25 alinéa 8 :

Considérant qu'aux termes du V de l'article 22 : Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres. Leurs observations sont consignées au procès-verbal ; qu'en vertu de l'alinéa 8 de l'article 25, un représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peut participer, lorsqu'il est invité par le président du jury, aux jurys des collectivités territoriales ; que ces dispositions qui sont relatives à la composition de la commission d'appel d'offres et du jury de concours des collectivités territoriales et ne font pas obstacle à la présence du représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sont par elles mêmes sans incidence sur l'exercice par les autorités compétentes de leurs pouvoirs en matière de prévention et de répression des infractions pénales qui peuvent être commises à l'occasion de la passation des marchés soumis au code des marchés publics ; que, par suite, l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS n'est en tout état de cause pas fondée à soutenir que ces dispositions méconnaissent les obligations de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions, nécessaires à la sauvegarde de règles et de principes de valeur constitutionnelle ;

Sur les conclusions dirigées contre les articles 30 et 40 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 du code annexé au décret attaqué : Quel que

soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 euros HT./ Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre Ier, les chapitres Ier et II du titre II, le présent article et les titres IV à VI./ Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige sont soumis aux dispositions du titre Ier, des chapitres Ier et II du titre II et du présent article./ Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 29 et des services mentionnés à l'article 30 du présent code, il est passé conformément aux dispositions de l'article 29 si la valeur des services mentionnés à l'article 29 dépasse la valeur des services mentionnés à l'article 30 ; qu'aux termes de l'article 40 : I. - En dehors des cas prévus à l'article 30 et aux II et III de l'article 35, tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective (...)

En ce qui concerne le premier alinéa de l'article 30 et le I de l'article 40 :

Considérant 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 et qui sont 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 ;

Considérant que, si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code, peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1er du code ; que, dès lors, le premier alinéa de l'article 30 ne pouvait, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dispenser de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS, la SOCIETE LOCAL JURISFORMATION et M. X... sont fondés à demander l'annulation du premier alinéa de l'article 30, ainsi que par voie de conséquence l'annulation du I de l'article 40 en tant qu'il comporte les mots à l'article 30 ;

En ce qui concerne le deuxième alinéa de l'article 30 :

Considérant en premier lieu qu'en vertu des dispositions des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, les conventions relatives aux marchés des collectivités territoriales, à l'exception des marchés passés, en raison de leur

montant, sans formalité préalable au sens de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, sont soumises à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département ou dans la région ; que selon les dispositions des articles L. 1231-1, L. 3131-1 et L. 4141-1 du même code, les actes pris par les autorités des collectivités territoriales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement ; que l'article 75 du code des marchés publics a prévu pour certains marchés, à l'exception notamment de ceux mentionnés à l'article 30, l'obligation pour la personne responsable du marché d'établir, en plus des pièces constitutives du marché énumérées par l'article 12, un rapport de présentation et de le transmettre aux instances chargées du contrôle des marchés ; que l'article 78 du code des marchés publics, compris dans le chapitre VI Achèvement des procédures, selon lequel après transmission au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, (...) le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché a pour seul objet de préciser à quel moment de la procédure le marché doit être notifié à son titulaire ; que par suite, le deuxième alinéa de l'article 30 en tant qu'il ne procède pas au renvoi aux articles 75 et 78, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de dispenser de l'obligation de transmission au contrôle de légalité les marchés de service qui y sont soumis en application des articles susmentionnés L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, ni de reconnaître aux conventions relatives à ces marchés un caractère exécutoire avant l'accomplissement de cette formalité ; que, par suite, la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION n'est pas fondée à soutenir qu'en ne renvoyant pas à ces articles, le deuxième alinéa a méconnu lesdites dispositions du code général des collectivités territoriales ;

Considérant en second lieu que le deuxième alinéa de l'article 30 du code annexé au décret attaqué, en ce qu'il ne renvoie pas aux dispositions de l'article 76 faisant obligation à la personne responsable du marché d'aviser de son choix les candidats à l'attribution du marché, ne fait obstacle ni à l'exercice par les candidats susceptibles d'être évincés du recours devant le juge du référé pré-contractuel prévu par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lequel recours peut être exercé à tout moment de la procédure de passation du marché, ni à l'exercice par toute personne intéressée des recours juridictionnels ouverts en matière de passation des marchés ; que, par suite, la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION n'est pas fondée à soutenir que cet alinéa méconnaîtrait les objectifs de la directive n°89/665/CEE du 21 décembre 1989 ou porterait atteinte au droit au recours ouvert par les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ou au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction protégé par la Constitution et rappelé par les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 45 :

Considérant qu'aux termes de l'article 45 du code annexé au décret attaqué : A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que : / 1° Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat et des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité. Au titre de ces capacités

professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement ;

Considérant qu'aucune disposition du code des marchés publics ne rend ces dispositions applicables à la passation des contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige et de ceux qui portent sur des prestations de conseil juridique ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que cet article méconnaîtrait les règles déontologiques de la profession d'avocat manque en fait ; que, par suite, les conclusions de M. X... tendant à l'annulation de cet article ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'Etat limite dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision ;

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 soit mise à la charge de la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et de M. X... une somme au titre des frais exposés par l'Etat et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu sur le fondement de ces mêmes dispositions de mettre à la charge de l'Etat la somme de 2 500 euros à payer à la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION et la somme de 2 000 euros à payer à M. X... au titre des frais qu'ils ont exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens ;

DECIDE :

-----

Article 1er : L'intervention de la Fédération nationale des élus socialistes et républicains n'est pas admise.

Article 2 : Sont annulés - l'article 3 du code des marchés publics annexé au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 en tant que, dans son 5°, il comporte les mots des emprunts ou des engagements financiers qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de

financement ou de trésorerie. - le premier alinéa de l'article 30 de ce code et le I de l'article 40 en tant qu'il comporte les mots à l'article 30.

Article 3 : L'Etat versera à la SOCIETE LOCALJURIS FORMATION une somme de 2 500 euros et à M. X... une somme de 2 000 euros.

Article 4 : Le surplus des conclusions des requêtes et les conclusions du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie tendant d'une part à la limitation dans le temps des effets des annulations prononcées par la présente décision, d'autre part, à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE LOCALJURIS, à l'ASSOCIATION POUR LA TRANSPARENCE ET LA MORALITE DES MARCHES PUBLICS (ATMMP), à l'ASSOCIATION INTERPROFESSIONNELLE DES FRUITS ET LEGUMES (INTERFEL), à L'UNION NATIONALE DU COMMERCE DE GROS EN FRUITS ET LEGUMES (UNCGFL), au COMITE NATIONAL INTERPROFESSIONNEL DE LA POMME DE TERRE (CNIPT), à LA FEDERATION FRANCAISE DES SYNDICATS DE NEGOCIANTS EN POMMES DE TERRE ET LEGUMES EN GROS (FEDEPOM), à M. X..., au Premier ministre et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

**Abstrats** : 01-02-01-02-06 ACTES LÉGISLATIFS ET ADMINISTRATIFS. - VALIDITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS - COMPÉTENCE. - LOI ET RÈGLEMENT. - ARTICLES 34 ET 37 DE LA CONSTITUTION - MESURES RELEVANT DU DOMAINE DE LA LOI. - PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, DE LEURS COMPÉTENCES ET DE LEURS RESSOURCES. - MARCHÉS PUBLICS DES COLLECTIVITÉS LOCALES - HABILITATION LÉGISLATIVE (LOI DU 5 OCTOBRE 1938) - DÉCRET-LOI DU 12 NOVEMBRE 1938 FONDANT LA COMPÉTENCE DU PREMIER MINISTRE POUR PRENDRE DES MESURES RELATIVES À CES MARCHÉS [RJ1] - ABROGATION PAR LA LOI DU 2 JUILLET 2003 HABILITANT LE GOUVERNEMENT À SIMPLIFIER LE DROIT - ABSENCE.

15-05-13 COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET UNION EUROPÉENNE. - RÈGLES APPLICABLES. - MARCHÉS PUBLICS. - CODE DES MARCHÉS PUBLICS (DÉCRET DU 7 JANVIER 2004) - CONTRATS EXCLUS DU CHAMP DU CODE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 3-5° - MÉCONNAISSANCE DES OBJECTIFS DE LA DIRECTIVE 92/50/CEE DU 18 JUIN 1992 MODIFIÉE PORTANT COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES - EXISTENCE.

39-01-03-02 MARCHÉS ET CONTRATS ADMINISTRATIFS. - NOTION DE CONTRAT ADMINISTRATIF. - DIVERSES SORTES DE CONTRATS. - MARCHÉS. - CODE DES MARCHÉS PUBLICS (DÉCRET DU 7 JANVIER 2004) - A) DÉCRET-LOI DU 12 NOVEMBRE 1938 FONDANT LA COMPÉTENCE DU PREMIER MINISTRE [RJ1] - ABROGATION PAR LA LOI DU 2 JUILLET 2003 HABILITANT LE GOUVERNEMENT À SIMPLIFIER LE DROIT - ABSENCE - B) EXCLUSION DE TOUS LES CONTRATS AYANT POUR OBJET DES EMPRUNTS OU DES ENGAGEMENTS FINANCIERS (ART. 3-5°) - ILLÉGALITÉ - CRITÈRE - CARACTÈRE NÉGOCIABLE DE L'INSTRUMENT SUR

UN MARCHÉ FINANCIER - C) MARCHÉS DE SERVICES AUTRES QUE CEUX FIGURANT À L'ARTICLE 29 - PASSATION EXCLUSIVEMENT SOUMISE À LA DÉFINITION DES PRESTATIONS PAR RAPPORT À DES NORMES ET, LE CAS ÉCHÉANT, À L'ENVOI D'UN AVIS D'ATTRIBUTION (ART. 30) - ILLÉGALITÉ - D) LIMITATION DES EFFETS DANS LE TEMPS DES ANNULATIONS PRONONCÉES [RJ2] - ABSENCE - E) POSSIBILITÉ DE RECOURS À UN MARCHÉ GLOBAL POUR LA CONSTRUCTION, L'EXPLOITATION OU LA MAINTENANCE D'UN OUVRAGE (ART. 10) - ABSENCE DE GÉNÉRALISATION DE LA DÉROGATION À LA RÈGLE FAISANT OBLIGATION DE CONFIER CES TÂCHES À DES PERSONNES PUBLIQUES DISTINCTES - CONSÉQUENCE - RESPECT DES EXIGENCES INHÉRENTES À L'ÉGALITÉ D'ACCÈS À LA COMMANDE PUBLIQUE [RJ3] - F) DISPOSITIONS PRÉVOYANT LA RECONDUCTION DES MARCHÉS (ART. 15) - LÉGALITÉ, AU BÉNÉFICE D'UNE INTERPRÉTATION NEUTRALISANTE [RJ4].

54-07-01 PROCÉDURE. - POUVOIRS ET DEVOIRS DU JUGE. - QUESTIONS GÉNÉRALES. - LIMITATION DANS LE TEMPS DES EFFETS DES ANNULATIONS (APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE AC !) [RJ2] - A) ABSENCE - ANNULATION DES ARTICLES 3-5°, 30 ET 40-I DU CODE DES MARCHÉS PUBLIQUES (DÉCRET DU 7 JANVIER 2004) - B) OBLIGATION DE MOTIVATION - REJET EXPRÈS DES CONCLUSIONS.

**Résumé :** 01-02-01-02-06 Le décret du 12 novembre 1938, qui fonde la compétence du Premier ministre pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il peut prendre pour les marchés publics de l'Etat n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

15-05-13 Il résulte des dispositions de l'article 8 et du point 6 de l'annexe IA de la directive 92/50/CE que si peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier, en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code des marchés publics a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception prévue par la directive. Par suite, ces contrats, lorsque leur montant égale ou dépasse le seuil fixé par l'article 7 de cette même directive, sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle édicte. Illégalité du 5° de l'article 3 du code des marchés publics annexé au décret du 7 janvier 2004 soustrayant lesdits contrats à l'application des dispositions du code prises pour assurer la transposition des dispositions de la directive.

39-01-03-02 a) Le décret du 12 novembre 1938, qui fonde la compétence du Premier ministre pour étendre aux collectivités locales, y compris les régions et les établissements publics de coopération intercommunale, les règles nouvelles qu'il peut prendre pour les marchés publics de l'Etat n'a été légalement abrogé ni par le décret du 28 novembre 1966 ni par la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit., b) Il résulte des dispositions de l'article 8 et du point 6 de l'annexe IA de la directive 92/50/CE que si peut ne pas être précédée d'une procédure de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés portant sur l'émission, l'achat, la vente et le transfert d'instruments financiers

qui, prenant ou non la forme d'un titre, sont négociables sur un marché financier, en revanche les contrats par lesquels une des personnes mentionnées à l'article 2 du code des marchés publics a recours à un emprunt ou se fait ouvrir une ligne de trésorerie auprès d'un établissement financier, ne sont pas négociables sur un tel marché et n'entrent dès lors pas dans le champ de l'exception prévue par la directive. Par suite, ces contrats, lorsque leur montant égale ou dépasse le seuil fixé par l'article 7 de cette même directive, sont soumis pour leur passation aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle édicte. Illégalité du 5° de l'article 3 du code soustrayant lesdits contrats à l'application des dispositions du même code prises pour assurer la transposition des dispositions de la directive.,,c) Si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du code des marchés publics peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1er du code. Par suite, le premier alinéa de l'article 30, par la dispense générale d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence qu'il permet pour la passation de tous ces contrats méconnaît les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Illégalité du premier alinéa de l'article 30, ainsi que, par voie de conséquence, de celle du I de l'article 40 en tant qu'il comporte une référence à l'article 30.,,d) Il n'y a pas lieu de limiter dans le temps les effets de ces annulations.,,e) Si le quatrième alinéa de l'article 10 du code des marchés publics relatif aux marchés ayant pour objet, d'une part, la construction, et, d'autre part, l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage permet aux acheteurs publics de recourir à la formule du marché global, ce qui suppose que ces différentes prestations puissent être confiées à un même cocontractant, il résulte des mêmes dispositions qu'il demeure possible à l'acheteur public de recourir, pour ces marchés, à la formule de l'allotissement. Ainsi, les dispositions du 4ème alinéa de l'article 10 qui ne généralisent pas la dérogation qui est faite à la règle faisant obligation de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ne méconnaissent pas les exigences inhérentes à l'égalité d'accès à la commande publique.,,f) Lorsqu'elle reconduit un marché en application de l'article 15 du code des marchés publics, l'autorité administrative prend simplement la décision de poursuivre son exécution qui ne fait pas naître un nouveau marché par application d'une clause de reconduction. Par suite, inopérance du moyen dirigé contre l'article 15 du code et tiré de ce que cet article méconnaîtrait les obligations de publicité qui découlent des règles du droit communautaire.

54-07-01 a) Il n'y a pas lieu de limiter dans le temps les effets de l'annulation des articles 3-5°, 30 et 40-I du code des marchés publics annexé au décret du 7 janvier 2004.,,b) Lorsque, saisi de conclusions en ce sens, le juge décide de ne pas faire application de la jurisprudence d'Assemblée AC! du 11 mai 2004, il doit l'indiquer de manière expresse dans sa décision, sans justifier toutefois sa position.

[RJ1] Cf. Assemblée, 29 avril 1981, Ordre des architectes, p. 197 ; Assemblée, 5 mars 2003, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, p. 89.,,[RJ2] Cf. Assemblée, 11 mai 2004, Association AC !, p. 197.,,[RJ3] Cf. Cons. Const. 26 juin 2003, décision 473-DC.,,[RJ4] Cf. 29 novembre 2000, Commune de Païta, p. 573.