

CONSEIL D'ETAT
statuant
au contentieux

N° 393589

Cette décision sera
mentionnée dans les
tables du Recueil LEBOUR

PK

REPUBLIQUE FRANÇAISE

CONSEIL NATIONAL DES
BARREAUX et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Frédéric Dieu
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Olivier Henrard
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 24 février 2016
Lecture du 9 mars 2016

G-143

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés le 18 septembre 2015 et le 6 janvier 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en ce qu'elle ne transpose pas l'article 10, les articles 4 et 74 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics ;

2°) d'enjoindre au Premier ministre d'adopter une ordonnance ou un projet de loi modificatif conforme aux dispositions précitées de cette directive ;

3°) d'assortir l'injonction d'une astreinte provisoire dont le montant et la date d'effet seront fixés par le Conseil d'Etat ;

4°) subsidiairement, de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, sur le fondement de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

5°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 15 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution, notamment son article 38 ;
- le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Olivier Henrard, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat du Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 26 février 2016, présentée par le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris ;

Sur l'intervention de l'Association des avocats conseils d'entreprises :

1. Considérant que l'Association des avocats conseils d'entreprises justifie d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'ainsi son intervention est recevable ;

Sur les conclusions du Conseil national des barreaux et autres tendant à l'annulation de l'ordonnance du 23 juillet 2015 :

2. Considérant qu'aux termes de l'article 90 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics : « *Les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 18 avril 2016* » ; que, par l'article 42 de la loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, le Gouvernement a été autorisé à prendre toute mesure relevant du domaine de la loi « *nécessaire à la transposition de la directive 2014/24/UE (...)* » par une ordonnance « qui

s'applique aux contrats pour lesquels une procédure de passation est engagée à une date qui ne peut être antérieure au 1er janvier 2016 » ; que l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a été prise en vertu de cette habilitation ;

3. Considérant que la demande des organisations requérantes doit être regardée comme tendant seulement à l'annulation pour excès de pouvoir, d'une part, de l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 en tant qu'il n'exclut pas du champ d'application de l'ordonnance les marchés publics de services juridiques relatifs à la représentation par un avocat dans une procédure devant une juridiction et au conseil lié à une procédure devant une juridiction, d'autre part, du titre II de sa première partie, en tant qu'il ne prévoit pas la procédure allégée de passation des autres marchés publics de services juridiques définie par la directive 2014/24/UE ;

En ce qui concerne les marchés de services juridiques ayant pour objet la représentation dans une procédure devant une juridiction ou le conseil lié à une procédure :

4. Considérant que le point d) de l'article 10 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 fixe, à ses paragraphes i) à v), la liste des marchés de services juridiques exclus de son champ d'application ; que ses paragraphes i) et ii) prévoient que la directive ne s'applique pas aux marchés de services ayant pour objet, soit la représentation d'un client par un avocat dans le cadre d'un arbitrage, d'une conciliation ou d'une procédure devant une juridiction ou une autorité publique, soit le conseil juridique fourni par un avocat en vue de la préparation d'une telle procédure ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure ; qu'en revanche, ces marchés entrent dans le champ d'application de l'ordonnance attaquée, dès lors que le 10° de son article 14, relatif aux exclusions applicables aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs, ne mentionne, s'agissant des services juridiques, que ceux qui correspondent aux services énumérés aux iii), iv) et v) du point d) de l'article 10 de la directive, c'est-à-dire « a) *Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ; b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ; [et] c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique » ;*

5. Considérant que, ainsi qu'il ressort notamment des termes de son premier considérant, la directive 2014/24/UE tend à la coordination des procédures nationales de passation de marchés, afin de garantir que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence soient respectés et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence ; que si les Etats membres ne peuvent, dans le cadre de la transposition de cette directive, instituer des obligations de publicité et de mise en concurrence moins contraignantes que celles qu'elle prévoit, hors les cas où elle ouvrirait elle-même une telle faculté, il leur est loisible de décider de soumettre aux dispositions prises pour sa transposition des marchés qu'elle exclut de son champ d'application ou de prévoir, pour des marchés qui entrent dans son champ d'application, des règles plus contraignantes que celles qu'elle définit, dès lors que la soumission à ces règles est compatible avec le respect du droit de l'Union européenne ;

6. Considérant, en particulier, que l'ordonnance attaquée pouvait soumettre à une procédure de publicité et de mise en concurrence les marchés ayant pour objet la

représentation d'un client ou le conseil juridique qui lui est lié ; qu'aucune disposition ou aucun principe du droit de l'Union européenne ne s'y oppose ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la soumission à une telle procédure des marchés en cause, qui concerne aussi bien les avocats français que les avocats des autres Etats membres de l'Union européenne, ne présente aucun caractère discriminatoire ; que, par suite, le Conseil national des barreaux et autres ne sont pas fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée méconnaît les exigences qui découlent du droit de l'Union européenne en n'excluant pas ces marchés publics de son champ d'application ;

7. Considérant, en outre, qu'il appartenait au Gouvernement, en application de l'article 42 de la loi du 20 décembre 2014, qui l'autorisait à prendre toute mesure relevant du domaine de la loi pour la transposition de la directive 2014/24/UE, de déterminer celles des exclusions du champ d'application de cette directive qu'il entendait reprendre dans le droit national ; qu'en précisant ainsi son champ d'application, l'ordonnance attaquée n'a pas excédé l'habilitation donnée par le législateur ;

En ce qui concerne les autres marchés de services juridiques :

8. Considérant, en second lieu, qu'en vertu des articles 74 et suivants de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, les marchés publics pour les services sociaux et d'autres services spécifiques, parmi lesquels figurent les marchés publics de services juridiques autres que ceux qui sont exclus du champ d'application de la directive en vertu du point d) de son article 10 et dont la valeur est supérieure ou égale à 750 000 euros hors taxe, relèvent d'une procédure de passation spécifique, définie par ses articles 75 et 76 ; que ces articles laissent aux Etats membres, en ce qui concerne l'attribution des marchés, le soin de mettre en place des règles nationales garantissant que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques ;

9. Considérant que l'article 42 de l'ordonnance attaquée, qui énumère les différentes procédures de mise en concurrence applicables à la passation des marchés publics, soumet, à son 1° la passation des marchés publics qui répondent à un besoin dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens à une procédure formalisée ; que le 2° du même article prévoit, pour les autres marchés, « *une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes mentionnés à l'article 1^{er}, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils mentionnés au 1° du présent article ou en fonction de l'objet de ce marché* » ; que l'article 42 précise que les conditions et modalités de passation des marchés sont fixées par voie réglementaire ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 ci-dessus que la circonstance que les articles 74 et suivants de la directive prévoient, pour les marchés de services juridiques autres que les marchés relatifs à la représentation devant une juridiction et au conseil lié à une procédure devant une juridiction, une procédure de passation spécifique, ne faisait pas obstacle à ce que l'ordonnance attaquée soumette la passation de ces mêmes marchés à des règles plus contraignantes ; qu'en tout état de cause, en prévoyant une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, applicable « en fonction de l'objet du marché » quelle que soit la valeur du besoin auquel il répond, le 2° de l'article 42 de l'ordonnance attaquée permet la soumission des marchés de prestations de services juridiques mentionnés ci-dessus à une telle procédure ; que, par suite, le

Conseil national des barreaux et autres ne sont pas fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée méconnaît sur ce point les objectifs fixés par la directive ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il y ait lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, que la requête du Conseil national des barreaux et autres doit être rejetée, y compris ses conclusions aux fins d'injonction et d'astreinte et ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de l'Association des avocats conseils d'entreprises est admise.

Article 2 : La requête du Conseil national des barreaux et autres est rejetée.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au Conseil national des barreaux, à la Conférence des bâtonniers, à l'Ordre des avocats au barreau de Paris, à l'Association des avocats conseils d'entreprises, au Premier ministre, à la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat, au garde des sceaux, ministre de la justice, au ministre des finances et des comptes publics, au ministre de la défense, au ministre de l'intérieur et au ministre des outre-mer.