

N° 393589

Conseil national des barreaux et autres

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 24 février 2016

Lecture du 9 mars 2016

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. Le Conseil de l'Union a adopté le 11 février 2014, deux directives datées du 26 février :

— la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (dite « secteurs classiques ») qui fait l'objet du présent contentieux ;

— la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil 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 (dite « secteurs spéciaux »).

Elles doivent être transposées dans un délai de deux ans à compter de leur entrée en vigueur, c'est-à-dire avant le 18 avril 2016.

Ces directives tendent notamment à faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Les cas de recours à la procédure négociée sont élargis. Une procédure de « partenariats d'innovation » est créée pour réduire les difficultés que rencontrent les marchés de recherche et développement. La faculté pour les acheteurs publics de se fonder sur des critères sociaux et environnementaux est expressément reconnue. Enfin, l'exécution des marchés publics est davantage encadrée.

La transposition de ces directives a été l'occasion pour le Gouvernement de réexaminer la question de la hiérarchie des normes en matière de commande publique.

On sait en effet que la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat distingue traditionnellement les marchés de l'Etat des marchés des collectivités territoriales. Pour ce qui regarde les marchés de l'Etat, « *les conditions de passation des marchés et contrats* » relèvent du pouvoir réglementaire : décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 et CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°238038, A. En revanche, dans le cas des collectivités territoriales, la passation des contrats est une modalité d'exercice du principe de libre administration dont l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la détermination des principes fondamentaux. Il en résulte ainsi que pour ces collectivités, leurs groupements ou leurs établissements publics, « *la définition des procédures de passation des marchés et accords-cadres (...), celle des règles et modalités encadrant l'usage de ces procédures et la définition des critères en fonction desquels des seuils peuvent être retenus* ».

sont au nombre des principes (...) qui relèvent du domaine de la loi » : décision n° 2015-257 L du 14 août 2015.

Le Conseil d'Etat a toutefois cantonné la portée pratique de la compétence du législateur en matière des collectivités territoriales jugeant que le Gouvernement disposait d'une habilitation du pouvoir législatif, sur la base de la loi du 5 octobre 1938 et du décret-loi 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, pris sur son fondement : CE, Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, n°12851, A et *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris* déjà citée.

Toutefois, pour la transposition des directives du 26 février 2014, le Gouvernement a préféré ne pas recourir à l'habilitation de 1938. Il s'est donc fait délivrer par l'article 42 de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises une autorisation à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire à la transposition. Il s'agit pour ce qui concerne la directive « secteurs classiques », de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, objet du présent litige. Cette ordonnance abroge d'ailleurs le décret-loi du 12 novembre 1938. Les mesures de nature réglementaire qu'appelle la transposition feront l'objet d'un décret, dont le projet est en cours d'examen par les formations consultatives du Conseil d'Etat.

La totalité du présent litige concerne la transposition – ou plutôt la non-transposition – par l'ordonnance du 23 juillet 2015, de deux séries de dispositions de la directive « secteurs classiques » relatives à certains services juridiques.

2. La directive envisage en effet deux catégories de services juridiques :

- d'une part, ceux qui se rapportent à la représentation légale du client dans une instance juridictionnelle, ou au conseil lié à une procédure dans une telle instance ;

- d'autre part, une longue série d'autres services juridiques, dont les codes CPV (*common procurement vocabulary*) sont énumérés à l'annexe XIV de la directive.

2.1. Commençons par ces derniers, c'est-à-dire les services juridiques autres que ceux qui se rapportent à la représentation légale ou au conseil dans une procédure juridictionnelle. Selon le considérant (116) de la directive, les services ainsi listés n'ont en principe qu'une dimension transnationale limitée, notamment parce qu'ils concernent des questions de droit purement national. Ils ne « *devraient* » donc être couverts que par un « *régime assoupli* » de passation et seulement à partir de 750 000 euros. En effet à compter de ce seuil, ils sont supposés susciter l'intérêt d'opérateurs économiques internationaux et faire intervenir des questions juridiques impliquant plus d'un seul droit national.

Ce « *régime assoupli* » figure aux articles 74 à 76 de la directive sous le nom de « *système spécial* ». L'article 75 prévoit qu'au-dessus de 750 000 euros hors taxe, les pouvoirs adjudicateurs devront publier un avis de marché simplifié ou un avis de préinformation, puis faire connaître les résultats de la procédure par un avis d'attribution. L'article 76 précise que les États membres sont libres de déterminer les règles de procédure applicables à ces marchés, à condition qu'elles permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les

spécificités des services juridiques concernés et qu'elles garantissent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit l'existence d'un tel « système spécial » au 2° de son article 42 qui pose le principe d'« *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.

La même disposition précise que cette procédure adaptée est applicable, soit aux marchés dont la valeur sera inférieure aux seuils européens publiés au JORF, soit « *en fonction de l'objet* » des marchés. Enfin les conditions et modalités de cette procédure, comme d'ailleurs des autres procédures de passation, seront fixées par voie réglementaire.

2.2. Abordons maintenant l'exception, c'est-à-dire les services juridiques qui se rapportent à la représentation légale du client dans une instance juridictionnelle, ou au conseil lié à une procédure devant une telle instance. Ces services sont exclus du champ de la directive.

Plus précisément l'article 10 de la directive dispose que celle-ci « *ne s'applique pas* » aux marchés publics de services ayant pour objet, notamment, « *d) l'un des services juridiques suivants:/ i) la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil dans le cadre:/ - d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un État membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou/ - d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales ;/ ii) du conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au présent point, sous i), 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, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE* ».

Cette exclusion est motivée par les considérants (24) et (25) de la directive selon lesquels, en substance, les modalités de sélection ou d'agrément des personnes qui dispensent ces services sont par nature incompatibles avec les règles de passation des marchés publics.

Le Gouvernement a cependant fait le choix de ne pas reprendre ces services dans la liste des exclusions du champ d'application de l'ordonnance qui figurent à l'article 14 de celle-ci.

Les marchés de représentation légale se verront donc appliquer l'une ou l'autre des procédures de mise en concurrence prévues à l'article 42 de l'ordonnance selon le choix qui sera fait par le pouvoir réglementaire, pourvu que celui-ci respecte les deux critères tirés, comme nous l'avons dit, des seuils européens ou de « *l'objet* » du marché.

En revanche, la France a bien exclu du champ d'application de l'ordonnance d'autres services juridiques également prévus au d) de l'article 10 de la directive : il s'agit des prestations visées du iii) au v) de ce d) et qui portent respectivement sur les « *services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires* »,

sur les « services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'État membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions » et enfin sur les « services juridiques qui, dans l'État membre concerné, sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique ».

3. La présente requête n'est dirigée contre l'ordonnance attaquée que sur les deux points que nous avons mentionnés :

- elle tend à l'annulation de l'article 14 en tant qu'il n'exclut pas du champ d'application de l'ordonnance les services juridiques relatifs à la représentation devant une juridiction et au conseil lié à une procédure devant une juridiction ;

- elle tend à l'annulation du chapitre II du titre II de la première partie de l'ordonnance, consacrée à la procédure de passation des marchés, en tant qu'il ne prévoirait pas le « système spécial » assoupli prévu par le considérant (116) et les articles 74 à 76 de la directive.

Le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté pour défaut d'urgence, par une ordonnance en date du 16 octobre 2015, la requête en référé-suspension formée par le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris contre les mêmes dispositions. Il vous revient aujourd'hui de connaître du recours pour excès de pouvoir des mêmes requérants.

4. Nous vous proposons, pour commencer, d'admettre l'intervention de l'Association des avocats conseils d'entreprises au soutien des requérants. L'article 5 de ses statuts lui donne pour mission de défendre les droits et les intérêts matériels et moraux de tous les avocats. Elle nous semble donc justifier d'un intérêt suffisant à l'annulation de l'ordonnance attaquée. Vous l'avez, dans le passé, jugée recevable à demander l'annulation du décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le code des marchés publics : CE, 9 août 2006, *Association des avocats conseils d'entreprises et SELARL Cabinet Philippe Petit et associés et autres*, n°286316, B.

5. Le premier moyen des requérants est tiré de ce que l'absence de transposition de l'exclusion des services de représentation légale, porterait atteinte aux objectifs poursuivis par la directive et notamment celui d'harmonisation des législations nationales, qu'il méconnaîtrait le principe d'application uniforme du droit de l'Union européenne, l'article 88-1 de la Constitution et l'exigence constitutionnelle de transposition des directives.

5.1. En réalité, toute l'argumentation est fondée sur l'idée que la directive serait une directive d'harmonisation et que la France serait par conséquent tenue de transposer en droit les exclusions de son champ d'application qu'elle prévoit.

Nous ne pouvons toutefois retenir cette interprétation.

Le considérant (1) de la directive rappelle que la passation de marchés publics doit être de façon générale conforme aux principes qui découlent du TFUE comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Et il précise ensuite : « *en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique* ».

Le caractère de coordination et non d'harmonisation se manifeste dans de nombreux articles de la directive.

Ainsi l'article 32 laisse aux Etats membres le soin de choisir les hypothèses dans lesquelles « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable* ». L'article 46 laisse aux Etats membres la possibilité de rendre l'allotissement obligatoire. Enfin l'article 76 que nous avons déjà mentionné prévoit à son §2 que « *Les États membres peuvent également prévoir que le choix du prestataire de services est opéré sur la base de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, en tenant compte de critères de qualité et de durabilité en ce qui concerne les services à caractère social* ».

Les documents transmis par la Commission aux Etats membres pour assurer le suivi de la transposition ne laissent non plus aucun doute. Ils comportent un tableau intitulé « options de transposition ». Les exclusions prévues à l'article 10 y figurent. Les Etats membres doivent simplement préciser sur le tableau s'ils ont fait le choix de ne pas du tout transposer ces exclusions, ou de les transposer seulement en partie.

La CJUE a jugé que « *Une harmonisation complète (...) ne saurait être présumée en l'absence d'une volonté clairement exprimée en ce sens par le législateur communautaire* » : Grande chambre, 7 septembre 2004, *Commission c/ République française*, aff. C-347/02. En l'espèce, une telle volonté ne ressort aucunement. C'est bien plutôt la volonté de s'en tenir à des règles de coordination qui transparaît.

5.2. On peut ajouter qu'aucune règle ni aucun principe du droit communautaire ne font obstacle à ce qu'un Etat membre décide d'étendre au-delà du champ d'application d'une directive, à l'occasion de la transposition de celle-ci, certaines procédures qu'elle prévoit. Et les objectifs de la directive 2014/24/UE n'y font pas obstacle non plus.

Les illustrations jurisprudentielles sont multiples. Voyez par exemple la décision CJUE, 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01 : « *rien ne s'oppose à ce qu'un Etat membre étende la portée de la législation nationale transposant [une directive] à des domaines non inclus dans le champ d'application de cette dernière, pour autant qu'aucune autre disposition du droit communautaire n'y fasse obstacle* ».

Ainsi, quand bien même les marchés de représentation légale n'auraient pas été envisagés du tout par la directive, le Gouvernement français aurait pu décider de les soumettre à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ils le sont d'ailleurs déjà en droit français : CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme T-F... et M. B...*, n° 196177, A.

En l'absence même de directive et de dispositions de droit interne, les parties à ces marchés demeurent tenus de respecter le droit primaire de l'Union européenne en général et, en particulier, le principe de non-discrimination et l'obligation de transparence des procédures qui en découle : CJUE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98.

La circonstance que d'autres pays, comme le Royaume-Uni ou la Hongrie, auraient décidé de reprendre dans leur droit national l'exclusion des marchés de représentation légale est par elle-même sans incidence sur la conformité du choix français au droit de l'Union européenne.

Quant à l'argument tiré de ce que les avocats français, soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence, subiraient une discrimination par rapport aux avocats ressortissants des Etats membres qui auront transposé l'exclusion prévue par l'article 10, il ne tient pas.

En effet, les avocats originaires de ces pays qui chercheront des clients en France devront se soumettre aux procédures de notre droit interne. Et les avocats français qui représenteront des clients dans des Etats ayant transposé l'exclusion bénéficieront de celle-ci.

L'ordonnance ne méconnaît donc pas l'obligation de transposition qui s'impose à la France.

6. Le deuxième moyen, soulevé par l'Association des avocats conseils d'entreprises, revient à soutenir que le Gouvernement, en ne transposant pas l'exclusion dans l'ordonnance attaquée, aurait excédé l'habilitation qu'il tenait de l'article 42 de la loi du 20 décembre 2014.

L'habilitation prévoit que le Gouvernement est « *autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi (...)/ 1° Nécessaire à la transposition de la directive* ».

Les requérants estiment qu'en incluant dans le champ de l'ordonnance des services juridiques que la directive permettait d'exclure, le Gouvernement aurait pris des mesures non « *nécessaires* » à la transposition puisque de celle-ci ne l'exigeait.

Mais nous ne pouvons nous rallier à ce raisonnement.

En habilitant le Gouvernement à prendre toute mesure « *nécessaire* » à la transposition, le législateur l'invite à exercer le pouvoir d'appréciation que la directive confère aux Etats membres, s'agissant de l'opportunité d'utiliser ou non la faculté qu'elle leur ouvre en matière d'exclusion de certains services. Il ne s'agit en aucun cas pour le Parlement d'imposer au pouvoir réglementaire de s'en tenir à une forme de « *service minimum* », consistant à ne prendre strictement aucune mesure qui ne serait pas exigée par la directive.

En l'occurrence, la France a exercé son pouvoir d'appréciation en choisissant d'inclure les services de représentation légale dans le champ d'application de l'ordonnance. Ce faisant, le pouvoir réglementaire n'est pas allé au-delà de l'habilitation législative.

7. Le dernier moyen est tiré de ce que le Gouvernement aurait méconnu son obligation de transposition en ne prévoyant pas dans l'ordonnance le détail du « système spécial » de passation prévu aux articles 74 à 76 de la directive.

L'article 74 prévoit que la procédure allégée du « système spécial » de passation s'applique, nous l'avons dit, notamment aux marchés de services juridiques autres que ceux prévus par l'exclusion du d) de l'article 10 lorsque leur montant est supérieur à 750 000 euros. Cette procédure suppose la publication d'un avis de marché simplifié ou d'un avis de préinformation, puis d'un avis d'attribution. Les États membres sont libres d'en déterminer les règles, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement.

Nous avons dit que l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne détaille pas la procédure adaptée de passation. Mais la France n'a pas méconnu pour autant son obligation de transposition. Il a en effet été décidé de répartir la transposition sur deux supports : législatif et réglementaire.

Au niveau législatif, l'ordonnance prévoit au 2° de son article 42 le principe d'« *une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur* ».

L'ordonnance encadre en outre la marge de manœuvre de l'acheteur en rappelant qu'il reste tenu par les grands principes que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Enfin, la même disposition précise que la procédure adaptée sera appliquée, soit aux marchés dont la valeur sera inférieure aux seuils européens publiés au JORF, soit « *en fonction de l'objet* » des marchés.

L'article 42 renvoie pour le reste à un décret en Conseil d'Etat : il indique à son premier alinéa que « *les conditions et (...) les modalités* » des différentes procédures de mise en concurrence, y compris donc la procédure adaptée, seront fixées par voie réglementaire.

Le choix de recourir ainsi à deux niveaux de normes n'est, par lui-même, pas contestable au regard de l'obligation de transposition.

Les requérants opposent toutefois dernier un argument, tiré de ce que le décret ne pourra pas valablement compléter l'ordonnance puisque l'ensemble de la matière des marchés publics relèverait du domaine législatif. Cela revient à invoquer l'illégalité du futur décret à l'encontre de l'ordonnance attaquée...

En tout état de cause ne relèvent du domaine de la loi, s'agissant des marchés des collectivités territoriales, que « *la définition des procédures* », celle « *des règles et modalités encadrant l'usage de ces procédures* » et « *la définition des critères* » de recours à ces procédures. Les dispositions du 2° de l'article 42, que nous venons de détailler, règlent ces trois questions. Notamment, s'agissant de la définition des critères, elle a renvoyé soit aux seuils européens, soit à « *l'objet* » des marchés.

PCMNC :

- à l'admission de l'intervention de l'Association des avocats conseil d'entreprise ;
- au rejet de la requête.