

N°427850

Société Rudo Chantier

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 décembre 2020

Lecture du 18 décembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

L'avocat du titulaire du marché peut-il valablement agir au nom de celui-ci pour contester le décompte définitif d'un marché public sans justifier préalablement de son mandat ? C'est cette question, à laquelle la cour administrative d'appel de Paris a répondu négativement, que le pourvoi qui vient d'être appelé vous invite à trancher.

1. Dans la perspective de la création de la « Cité de l'économie et de la monnaie », la Banque de France a lancé en 2010 un projet de réaménagement de l'une de ses anciennes succursales, l'hôtel Gaillard, situé dans le 17^{ème} arrondissement de Paris. Elle a, dans ce cadre, confié à la société Rudo Chantier un marché de travaux de curage, désamiantage et déplombage de cet immeuble, préalablement à sa restructuration.

Après un an et demi d'exécution, ce marché a été résilié aux torts exclusifs de la société sur le fondement de l'article 21 de son CCAG travaux de septembre 2012, compte tenu des insuffisances et malfaçons constatées « tant dans l'organisation du chantier que dans la mise en œuvre des procédures spécifiques et indispensables à ce type d'opération, ce qui a conduit à la pollution du bâtiment ».

La société, dont la demande de reprise des relations contractuelles a été rejetée, a réclamé différentes sommes au titre de l'exécution du marché. La Banque de France lui a transmis un décompte général et définitif, faisant apparaître un solde de plus de 2,7 millions d'euros (TTC) à la charge de la société.

Ce décompte a été contesté par l'avocat de la société. Mais la Banque de France a fait savoir à la société Rudo que son avocat n'avait pas qualité pour contester ce décompte et, partant, que faute de l'avoir valablement contesté dans le délai imparti, la société Rudo devait être regardée comme ayant accepté ce décompte, devenu définitif.

Saisi par la société Rudo, le tribunal administratif de Paris a écarté la fin de non-recevoir en estimant que l'avocat devait être regardé, du fait de la réponse de la Banque de France à son courrier de mise en demeure d'établir le décompte, comme ayant été désigné pour représenter la société dans l'exécution du marché, mais il a rejeté ses demandes au fond.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La cour administrative d'appel de Paris a quant à elle estimé, comme la Banque de France, que la contestation du décompte définitif n'émanant pas de la personne désignée dans les documents contractuels pour représenter le titulaire du marché, elle n'était pas régulière et ne pouvait être opposée au maître d'ouvrage.

La société Rudo Chantier se pourvoit en cassation et soulève devant vous un unique moyen tiré de l'erreur de droit commise par la cour sur ce point.

2. Les stipulations du CCAG de la Banque de France – qui ne sont à cet égard guère originales – prévoient que le cocontractant personne morale doit désigner une personne physique qui le représente.

Plus précisément, l'article 5.1.1 du CCAG stipule ainsi que « Le cocontractant, personne morale, (...) doit désigner expressément la personne physique qui le représente valablement. »

Et l'article 1.2.6. du CCAP de ce marché prévoit que « Dès la notification du marché, le titulaire (...) désigne une personne physique, habilitée à le représenter pour les besoins de l'exécution du marché. D'autres personnes physiques peuvent être habilitées par le titulaire en cours d'exécution du marché. / Ce ou ces représentants sont réputés disposer des pouvoirs suffisants pour prendre, dès notification de leur nom au représentant du pouvoir adjudicateur dans les délais requis ou impartis par le marché, les décisions nécessaires engageant le titulaire ».

Ainsi, le titulaire personne morale peut désigner qui il veut, mais il doit le faire connaître expressément au maître d'ouvrage dès la notification du marché. Il peut aussi en changer mais doit alors notifier ce changement par lettre recommandée avec avis de réception (article 5.2.1 du CCAG).

Le pourvoi présente deux arguments, dont un seul emporte notre conviction.

3. Le premier vise à démontrer que les stipulations du CCAG précitées ne s'appliqueraient qu'à la phase d'exécution des travaux et non à leur règlement financier.

C'est en ce sens qu'a jugé la CAA de Douai (17 juin 2008, SAS Eiffage TP et autres, 06DA00881), en estimant que si la personne publique a ainsi la garantie de disposer d'un interlocuteur unique pendant la durée du chantier, cette stipulation ne trouve pas application s'agissant des opérations plus juridiques ou financières finales.

Toutefois, d'autres cours retiennent des solutions contraires, étant précisé que ceci pourrait parfois se justifier par des rédactions différentes des CCAG applicables aux litiges, évoquant soit la conduite des travaux soit les besoins de l'exécution du marché.

Deux éléments principaux nous conduisent à écarter une telle piste.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

D'abord, l'intérêt de disposer d'un interlocuteur clairement identifié est tout aussi prégnant pour la phase du règlement financier : là aussi, la personne publique doit avoir l'assurance que la personne qui est son interlocuteur agit bien au nom de la personne morale cocontractante.

Ensuite et surtout, retenir une telle thèse vous conduirait à juger que l'exécution s'arrête là où le règlement financier commence. Or, ce n'est à notre sens ni pertinent, au regard de la poursuite des relations contractuelles, ni conforme à l'esprit de votre jurisprudence. Disant cela, nous pensons notamment à votre récente jurisprudence de Section Association pour le musée des Iles Saint-Pierre-et-Miquelon (1^{er} juillet 2019, n° 412243, au Recueil), qui évoque la possibilité de contester le contrat pendant toute la durée de son exécution, celle-ci devant nécessairement être entendue au sens large, comme incluant le règlement financier.

En l'espèce, les stipulations du CCAG applicable évoque la question de la représentation du titulaire « pour les besoins de l'exécution du marché ». Elles valent ainsi pour toute l'exécution, et en conséquence également pour la question du règlement financier en litige ici.

4. Le second argument du pourvoi repose sur la spécificité de l'avocat et de sa qualité à représenter son client à l'égard de l'administration.

Ecartons en ce sens rapidement l'application, pour la question qui nous intéresse, du code de procédure civile ou des principes dont il s'inspire. Les dispositions de l'article 416 de ce code, qui dispensent l'avocat de justifier qu'il a reçu un mandat pour représenter ou assister une partie concernent une procédure juridictionnelle, comme en témoigne le terme de « partie ». Or, nous nous intéressons ici à une phase pré-contentieuse ou même qui ne sera jamais contentieuse si les cocontractants s'entendent.

En revanche, il nous faut prendre en compte l'article 6 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui dispose que « *Les avocats peuvent assister et représenter autrui devant les administrations publiques, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires* ».

Vous avez, sur ce fondement, affirmé à plusieurs reprises la possibilité, sauf texte contraire, d'une représentation par l'avocat devant différentes administrations (27 octobre 1999, Ministre de la défense c/ Recart, n° 129538, au Recueil ; 9 février 2004, Président du Sénat, n° 257746 ; 3 octobre 2016, Pradel, n° 390726).

Vous avez aussi censuré une circulaire ministérielle qui interdisait à une personne de se faire représenter ou assister, y compris par un avocat, pour la consultation de certains documents administratifs en relevant qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne s'y opposait, ce qui suffisait à faire pleinement application de l'article 6 de la loi de 1971 (3 octobre 2003, Boonen, n° 240270, aux Tables).

La lecture de cet article 6 est toutefois susceptible d'un doute interprétatif : instaure-t-il seulement une possibilité pour l'avocat de représenter une personne devant les administrations publiques, sauf si un texte l'interdit ? Ou prévoit-il non seulement cette possibilité mais aussi une présomption de mandat, dispensant l'avocat d'en justifier, là aussi sauf texte contraire ?

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce doute provient de ce que l'article 8 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat précise notamment que « *L'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence.* »

La combinaison de l'article 6 de la loi et de l'article 8 du décret, chacun étant fait d'un principe assorti de réserves, est moins évidente. Le décret prévoit la règle de la justification du mandat, sauf si la loi ou le règlement en présume l'existence.

Autrement dit, ce n'est pas la possibilité même d'un mandat qui peut ici faire débat que la question de sa justification et de son opposabilité.

Or, vous avez apporté une réponse extrêmement claire s'agissant de la portée de l'article 6 de la loi de 1971 avec votre décision Brandeau (5 juin 2003, n° 227373, au Recueil). Si elle est intervenue en matière fiscale, elle « *dépasse évidemment* » ce cadre pour reprendre les termes de Gilles Bachelier dans ses conclusions. Par cette décision, vous y avez jugé que : « sous réserve de dispositions législatives et réglementaires excluant l'application d'un tel principe dans les cas particuliers qu'elles déterminent, les avocats ont qualité pour représenter leurs clients devant les administrations publiques sans avoir à justifier du mandat qu'ils sont réputés avoir reçu de ces derniers dès lors qu'ils déclarent agir pour leur compte. »

Faisant application de ce principe, cette décision constate ensuite qu'« aucune disposition législative ou réglementaire applicable au déroulement de la procédure d'imposition ne subordonne la possibilité pour un avocat de représenter un contribuable à la justification du mandat qu'il a reçu ».

Il nous faut toutefois relever que cette jurisprudence très claire est intervenue avant le décret de 2005. Avant ce texte, des règles équivalentes étaient prévues par les règlements intérieurs de la profession adoptés par le Conseil national des barreaux¹, dont vous avez certes reconnu le caractère réglementaire de certains de ses actes, mais elles ne figuraient dans aucun décret. Et en tout état de cause, si vous aviez une interprétation différente, cela signifierait que malgré ces dispositions y compris entendues comme réglementaires « au sens de » la loi de 1971, vous auriez forgé votre jurisprudence Brandeau en estimant que l'article 6 devait être entendu comme tel malgré ces dispositions.

Postérieurement à ce décret, vous avez déjà jugé que les dispositions de l'article 8 du décret de 2005 n'avaient ni pour objet, ni pour effet d'écarter l'application du principe dont s'inspirent les articles 416 et 417 du code de procédure civile, selon lequel l'avocat n'a pas à

¹ La règle tenant à la justification du mandat sauf disposition le présumant figurait déjà à l'article 6.3 du règlement intérieur unifié (RIU) des barreaux de France, adopté par le Conseil national des barreaux (CNB) le 24 avril 2004. Avant le RIU de 2004, les articles 6.3 et 6.4 du règlement intérieur harmonisé (RIH)(1999) disposaient également que l'avocat devait respecter strictement l'objet du mandat et veiller à obtenir du mandant une extension de ses pouvoirs si les circonstances l'exigent et, qu'à l'exception des mandats dont l'existence était présumée en application de la loi, tout mandat donné à un avocat devait être écrit et faire mention des nom et qualité du mandant et de l'objet pour lequel il est établi. En revanche, le contenu de l'alinéa 1^{er} de l'article 8 du décret de 2005 ne figurait dans aucun autre texte législatif ou réglementaire.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

justifier d'un mandat écrit lorsqu'il représente son client en justice (15 novembre 2006, K... et autres, n°s 283475, 284964, 285065, aux Tables). La réponse va toutefois moins de soi s'agissant de l'article 6 de la loi de 1971, car sa rédaction n'est pas aussi explicite que celle des articles relatifs à la représentation en justice, qui évoquent expressément la présomption de mandat.

Mais d'une part, nous ne suggérerions pas une voie consistant à estimer que le décret a entendu restreindre la portée donnée à la loi telle qu'interprétée par votre jurisprudence, qui a retenu que cet article devait aussi être interprété comme présument l'existence d'un mandat écrit.

D'autre part, vous avez confirmé cette jurisprudence postérieurement, certes sans faire mention du décret, mais à plusieurs reprises depuis 2005 (13 janvier 2010, Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/ P..., n° 323163, aux Tables ; 24 février 2017, M. F..., n° 391014, aux Tables).

Il faut donc interpréter l'article 8 du décret, imposant le mandat sauf texte contraire, comme réservant notamment le cas prévu à l'article 6 de la loi.

En application de celui-ci, le principe est ainsi que, sauf disposition législative ou réglementaire contraire, la représentation par l'avocat est permise devant les administrations publiques, avec une présomption d'existence d'un mandat, dispensant l'avocat d'en justifier.

5. Qu'en est-il s'agissant des marchés publics, et plus largement des contrats de la commande publique ?

Aucune disposition législative ou réglementaire applicable au déroulement de la procédure d'exécution d'un marché public ne subordonne la possibilité pour un avocat de représenter le titulaire du marché à la justification du mandat qu'il a reçu.

Les stipulations contractuelles imposant que le représentant du titulaire du marché ait été expressément désigné par le titulaire s'appliquent donc hormis en ce qui concerne l'avocat, en application des dispositions législatives précédemment rappelées.

Les CCAG sont certes approuvés par voie réglementaire, mais ils deviennent des documents contractuels lorsqu'ils sont intégrés au marché. En outre, bien que certaines stipulations contractuelles puissent revêtir un caractère réglementaire, elles ne constituent pas des dispositions réglementaires au sens général et notamment pour l'application de l'article 6 de la loi de 1971. Au surplus, elles ne sauraient l'être en l'espèce, face à un CCAG non approuvé par arrêté et des clauses régissant, sur le point qui nous intéresse, les seuls liens entre le titulaire et la personne publique.

Vous pourriez être arrêtés un instant par une jurisprudence qui semble retenir une solution inverse, en estimant que la circonstance qu'une personne soit l'avocat n'emporte pas de conséquence à l'égard de l'application du CCAG (7^{ème} SSJS, 11 juillet 2011, OPH de Saint-

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Dizier, n° 338764, C). Mais cette décision, au demeurant isolée et ne faisant aucune mention de l'article 6 de la loi de 1971, répond à une configuration bien différente : non seulement il s'agissait de la question de l'avocat de la personne responsable du marché - et non de l'avocat du titulaire du marché – qui plus est avocat de la société dans un litige de droit du travail devant le conseil de prud'hommes, mais il s'agissait aussi de sa qualité pour recevoir la communication d'un mémoire en réclamation.

A vrai dire, cette solution qui nous semble s'imposer en droit, rejoint aussi une préoccupation d'ordre pragmatique. Il serait en effet excessivement formaliste d'empêcher un avocat d'agir au nom de la société qu'il représente ou même d'exiger de lui un mandat écrit avant tout acte de sa part. Il faudrait alors une première lettre recommandée pour désigner l'avocat, avant que celui-ci puisse rédiger la réclamation. Ce n'est guère réaliste et très orthogonal avec la pratique. En effet, l'avocat ne sera sans doute pas souvent la personne désignée pour suivre le chantier, car il n'est pas le plus à même de le faire. En revanche, il peut intervenir pour des contestations plus juridiques en cours ou en fin de marché. Et en cas de difficulté dans l'usage de son mandat, sa responsabilité professionnelle peut, le cas échéant, être engagée.

Il s'agit donc de donner une portée raisonnable au CCAG, qui vise à ce que la personne morale soit représentée par un interlocuteur physique identifié – ce qui demeure, par ailleurs, nécessaire - tout en estimant que le cas de l'avocat doit être entendu distinctement.

Une dernière question doit encore être abordée si vous nous suivez : en l'espèce, la personne publique est la Banque de France.

La Banque de France est une personne publique (TC, 16 juin 1997, Soc. La Fontaine de Mars c/ Banque de France, n° C03054, au Recueil) sui generis (22 mars 2000, Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France et autres, n° 203854, au Recueil). Dans un avis d'Assemblée générale, le Conseil d'Etat (9 décembre 1999, n° 363834) a notamment précisé que de ce fait, elle n'était « *pas soumise au livre II du code des marchés publics, dont les dispositions s'appliquent, en vertu de l'article 39 dudit code, aux marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial* ».

Vous n'avez jamais eu à vous prononcer expressément sur l'application de la loi de 1971 à la Banque de France. Toutefois, malgré ses spécificités, nous d'identifions pas de raison qui devrait conduire à ne pas faire application de cette loi, régissant spécifiquement les avocats, alors que son article 6 évoque, de façon générale, les « administrations publiques ». La Banque de France doit donc être entendue comme une administration publique au sens et pour l'application de la loi de 1971.

En conséquence, la cour a commis une erreur de droit en faisant droit à la fin de non-recevoir présentée par la Banque de France au motif que l'avocat de la société Rudo n'avait pas qualité pour présenter en son nom le mémoire de réclamation contestant le décompte définitif du marché, sans tenir compte de la spécificité tenant à sa qualité d'avocat et de la présomption de mandat en résultant en application de la loi.

Par ces motifs, nous concluons :

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- à l'annulation de l'arrêt attaqué
- à ce que l'affaire soit renvoyée à la CAA de Paris
- à ce que la Banque de France verse à la société Rudo Chantier une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses conclusions présentées au même titre.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.