

N° 443346

Société Espélia (c/CNB)

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 2 juillet 2021

Décision du 20 juillet 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

A l'occasion de l'examen d'une récente affaire, nous avons évoqué la question de la recevabilité d'un pourvoi et d'une intervention du Conseil national des barreaux (9 juin 2021, CNB et M. B..., n°s 438047 et 438054, aux Tables). Vient aujourd'hui devant vous la question de l'appréciation de son intérêt à agir dans le cadre d'un contentieux « Tarn-et-Garonne ».

1. La question qui vous est posée aujourd'hui était sous-jacente dans l'affaire précédente. Le CNB y était intervenant devant la cour. Ainsi que nous l'avions alors indiqué, en application de votre jurisprudence *Bories* (16 mars 2018, n° 408182, aux Tables sur ce point), la personne qui est intervenue devant la cour a qualité pour se pourvoir en cassation contre l'arrêt rendu contre les conclusions de son intervention. Puis :

- soit cette personne aurait eu qualité, à défaut d'intervention de sa part, pour former tierce-opposition : elle peut alors contester tant la régularité que le bien-fondé de l'arrêt attaqué,
- soit elle n'aurait pas eu cette qualité, et elle n'est alors recevable à invoquer que des moyens portant sur la régularité de l'arrêt attaqué relatifs à la recevabilité de son intervention ou à la prise en compte des moyens qu'elle comporte, tout autre moyen devant être écarté par le juge de cassation.

Nous avons alors rappelé qu'un ordre professionnel ne justifie pas d'un intérêt lésé par la conclusion d'un contrat, et ce y compris si le contrat méconnaît les règles réservant l'exercice des prestations aux professionnels qu'il défend, en nous référant à votre décision *Département de la Loire-Atlantique* (3 juin 2020, n° 426932, aux Tables sur ce point, conclusions Gilles Pellissier).

Le CNB n'avait donc pas, en l'espèce, d'intérêt à contester la validité du contrat et il n'aurait donc pas pu former tierce-opposition. Nous étions ainsi dans le second cas de figure de votre jurisprudence *Bories* et les moyens du pourvoi devaient, dans ce cadre, être écartés. Vous n'avez toutefois pas eu à le juger expressément, puisqu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le pourvoi du CNB dès lors que vous faisiez droit à celui de l'autre requérant.

Nous sommes ainsi, vous l'aurez compris, convaincue que votre jurisprudence *Département de la Loire-Atlantique* a vocation à s'appliquer de façon générale, aux ordres professionnels

et, pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, au Conseil national des barreaux. Mais vous pourrez, si vous nous suivez, le juger expressément à l'occasion de ce nouveau litige.

2. Il concerne un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage, attribué en mai 2015 par la communauté d'agglomération de La Rochelle à la société Espélia pour la passation d'un marché public de collecte des déchets ménagers.

Le Conseil national des barreaux, estimant que ce marché devait être attribué à un prestataire répondant aux exigences de la loi du 31 décembre 1971 au regard de son objet juridique, a saisi le tribunal administratif de Poitiers en vue de l'annulation de ce marché, dans le cadre de votre jurisprudence « Tarn-et-Garonne ».

Le tribunal administratif a fait droit à sa demande et la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel contre ce jugement formé par la société Espélia, qui se pourvoit en cassation.

3. Le pourvoi comporte deux moyens, l'un sur la recevabilité de la demande du CNB, l'autre sur le fond. La question de la recevabilité est ainsi soulevée, et, en tout état de cause, vous auriez dû vous en emparer à défaut, car elle est d'ordre public (21 octobre 1959, K..., p. 533).

Il est inutile de rappeler devant vous le détail de votre décision Tarn-et-Garonne (Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70, conclusions Pdt Dacosta), si ce n'est pour en extraire les termes relatifs à l'intérêt à agir spécifique à ce cadre contentieux : « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ».

Vous avez ensuite ancré cette idée en soulignant qu'un tiers à un contrat administratif n'est recevable à en contester la validité « que » s'il est susceptible d'être ainsi lésé (Département de la Loire-Atlantique précitée).

L'appréciation de l'intérêt à agir pour contester le contrat se distingue ainsi de celle qui préexistait s'agissant de l'intérêt à agir pour contester l'acte unilatéral détachable du contrat. Et dans ses conclusions sur la décision Tarn-et-Garonne, le Président Dacosta relevait que s'agissant des personnes morales, « devra ainsi être vérifiée avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts qu'elles entendent défendre ».

Ainsi, après avoir relevé que le code de la santé publique n'incluait pas, dans les compétences des agences régionales de santé, le contrôle des marchés publics des établissements publics de santé de leur ressort, vous avez jugé qu'une ARS ne pouvait, en cette seule qualité, être regardée comme justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour demander au juge administratif d'annuler ou de suspendre un tel marché public. Elle doit, comme tout tiers, démontrer qu'elle a été lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses d'un tel marché (2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay et autres*, n°s 395033, 396645, au Recueil).

Vous avez fait application de ce filtre spécifique de recevabilité s'agissant des ordres professionnels. Vous avez ainsi jugé, il y a un an, avec la *décision Département de la Loire-Atlantique* précitée, que tel n'était pas le cas s'agissant d'un conseil régional de l'ordre des architectes.

L'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture dispose que les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte. Mais ceci ne suffit pas à donner un brevet de recevabilité quel que soit le contentieux engagé. Vous avez ainsi jugé que la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge.

Vous êtes ainsi revenus sur la jurisprudence antérieure à Tarn-et-Garonne (28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, n° 221649, aux Tables sur ce point), en application de laquelle un ordre professionnel avait intérêt à contester, par la voie du recours en excès de pouvoir contre l'acte détachable, la conclusion de tout contrat en méconnaissance des règles imposant le recours à un architecte.

Sans les paraphraser, car rien ne vaut jamais l'original, nous rappelons les raisons alors avancées dans ses conclusions par Gilles Pellissier sur les raisons de ce resserrement de l'intérêt à agir des tiers dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne et l'exclusion, en conséquence, des ordres professionnels s'agissant d'un contrat particulier :

- d'abord, la stabilité des relations contractuelles conduit à éviter que se multiplient des recours à l'initiative de tiers alors même que les candidats évincés n'auraient pas saisi le juge. Et ce risque doit particulièrement être pris en compte s'agissant des ordres professionnels ou équivalents : il convient d'éviter des multiplications de contentieux contre tous les contrats entrant dans le champ de compétence d'un ordre professionnel ;
- ensuite, l'ouverture néanmoins permise aux tiers du recours contre le contrat a pour contrepartie une appréciation stricte des intérêts concernés par la relation contractuelle ;
- enfin, la notion de lésion suppose une approche subjective : il faut qu'il existe un lien avec la défense des intérêts individuels et ce n'est pas le cas s'agissant d'une personne morale qui conteste un contrat particulier au motif que les conditions pour recourir à ce type de contrat ne sont pas remplies : elle défend un intérêt professionnel identique, pour une opération déterminée, à celui de ses membres qui auraient pu candidater.

A défaut, l'intervention reste évidemment toujours possible au soutien du recours formé par un tiers lésé (10 février 2014, *Société Cabinet Henri Abecassis*, n° 367262, aux Tables sur ce point).

3. Dans le cadre ainsi rappelé, la profession d'avocats doit-elle être traitée distinctement ?

Ce n'était pas le sentiment de Gilles Pellissier, qui avait précisément souligné, dans ses conclusions précitées, que « *L'enjeu de la question (...) dépasse la défense des droits des architectes à l'occasion de la passation d'un marché de conception-réalisation. Elle se posera à chaque fois qu'un organisme professionnel, dont la mission est toujours d'assurer la défense des droits que ses membres tirent de la réglementation de leur profession, entendra contester la validité d'un contrat en particulier qui, en raison de son objet ou de ses clauses, entre dans le champ d'application de ces droits. La réponse que vous lui apporterez vaudra ainsi, par exemple, pour l'ordre des avocats s'agissant d'un contrat relatif à des prestations juridiques qui leur sont réservées.* »

Plusieurs éléments nous conduisent à vous proposer de transposer votre jurisprudence Département de la Loire-Atlantique à la profession d'avocat et au Conseil national des barreaux.

Tout d'abord, celui-ci est, aux termes de l'article 21-1 de la loi du 31 décembre 1971, un établissement public doté de la personnalité morale. Si son statut le distingue ainsi d'un ordre professionnel, son objet est aussi de « représenter la profession d'avocat notamment auprès des pouvoirs publics ». La loi prévoit également qu'il « peut, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession d'avocat ».

La circonstance que l'objet social soit défini par la loi plus que par des statuts ne nous paraît pas, pour la question qui nous est posée, déterminante. En tout état de cause, avec les architectes, vous étiez aussi en présence de dispositions législatives, et cela ne vous a pas arrêté dès lors que le concept large de représentation devant les juridictions ne suffit pas à caractériser l'intérêt à agir au sens Tarn-et-Garonne.

Ensuite, contrairement à ce qui est soutenu, votre jurisprudence relative aux architectes ne repose pas sur des prémisses propres à la nature des prestations concernées ou aux seuls marchés de conception-réalisation. Plus que l'objet du contrat litigieux, c'est bien l'objet du recours qui a guidé le sens de votre décision.

En outre, s'il fallait établir une distinction entre ce que vous avez jugé s'agissant des architectes et ce qui vous est soumis aujourd'hui s'agissant des avocats, deux éléments iraient plutôt dans le sens d'un intérêt à agir potentiellement plus grand pour les premiers. Pour deux raisons : premièrement, la règle potentiellement méconnue par un contrat comme celui de l'espèce ne concerne pas que les avocats mais les professions juridiques ; deuxièmement, vous étiez en présence d'un ordre de niveau régional dans le précédent Loire-Atlantique, ce qui nous conduit, si cette circonstance devait être prise en compte, plutôt à estimer, a fortiori, que le niveau national éloigne encore davantage la personne morale du litige. D'ailleurs, aucun candidat évincé localement ne s'est apparemment senti lésé ici, du moins au point de former un recours.

Enfin, la rédaction de l'arrêt pose une difficulté révélatrice : contrairement à ce qui est retenu par la cour, la mission confiée par la loi au CNB n'est bien sûr pas de protéger l'intérêt collectif de la profession d'avocat « dans l'attribution du marché litigieux ».

Finalement, avec la décision Département de la Loire-Atlantique, vous avez écarté l'idée de créer une catégorie particulière de tiers, qui aurait été intermédiaire entre les tiers privilégiés et les autres tiers. Avec cette affaire, nous vous proposons à la fois de confirmer cette approche unique des autres tiers et d'y ajouter un traitement lui aussi unique des ordres professionnels ou personnes morales chargées de la défense d'une profession.

La spécificité des métiers du droit, à laquelle nous ne pouvons pourtant qu'être sensibles, ne saurait justifier un traitement différent s'agissant de l'appréciation de l'intérêt à agir.

La décision Abecassis précitée relative à l'intervention portait précisément sur le Conseil national des barreaux. Votre rapporteur public n'avait pas manqué de relever que la Cour de cassation avait peu avant déclaré recevable son intervention dans un litige contractuel mettant en cause une atteinte au monopole de la profession sur les prestations de service juridique. Il nous est plus difficile aujourd'hui de dresser un tel parallèle eu égard à la spécificité du contentieux Tarn-et-Garonne devant le juge administratif¹.

Nous vous proposons donc de juger que le CNB n'était pas recevable à contester la validité d'un marché public confiant à un opérateur déterminé une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage en se prévalant seulement des missions qui lui sont confiées par la loi.

La cour a donc commis une erreur de droit en écartant la fin de non-recevoir.

L'arrêt doit donc être annulé et le règlement au fond s'en déduit : la société Espélia est fondée à soutenir que c'est à tort que le TA de Poitiers a fait droit aux conclusions du CNB et annulé le marché litigieux.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la CAA de Bordeaux du 9 juillet 2020 et du jugement du TA de Poitiers du 4 juillet 2018
- au rejet de la demande présentée par le CNB devant le TA de Poitiers et de ses conclusions au titre de l'article L. 761-1 du CJA
- à ce que le CNB verse à la société Espélia une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

¹ Voir notamment Cass. Civ.2^{ème}, 14 janvier 2021, n° 18-22.984