



RAPPORT N°

CONFIDENTIALITÉ :

COMMISSION : Général – fonctionnement du conseil

MOTS CLÉS : Conseil de l'Ordre - publicité des débats - retransmission

ARRET DU 9 MARS 2016 N°393589, PROPOSITION DE RECOURS

RAPPORTEUR :

My-Kim YANG-PAYA, MCO (2016-2017-2018)

DATE DE LA REDACTION :

22/08/2016

BATONNIER EN EXERCICE :

Frédéric SICARD
Dominique ATTIAS

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

06/09/2016

CONTRIBUTEURS :

Jacques BUÈS, avocat

TEXTES CONCERNES :

RESUME :

Saisine de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) à l'encontre de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 mars 2016 n°393589 (Annexe 1) pour manquement au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable.

CHIFFRES CLES :

TEXTE DU RAPPORT

Dans son arrêt du 9 mars 2016 n°393589 le Conseil d'Etat a rejeté le recours du Conseil national des barreaux, de la Conférence des bâtonniers et de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris formé à l'encontre de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, en ce qu'elle ne transpose pas les dispositions de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, portant sur la non soumission des services juridiques aux règles de passation des marchés publics.

RAPPEL DU DROIT POSITIF ET INTERET DU RECOURS

1. DIRECTIVE 2014/24 DU 26 FEVRIER 2014 :

Les marchés de services juridiques de représentation en justice ou de conseils liés à une telle représentation sont exclus de son champ d'application (art. 10).

Et s'agissant des prestations de conseil juridique, elles sont également exclues pour les marchés inférieurs à 750.000 € HT. Au-delà de ce seuil, les marchés sont soumis à des règles allégées (art. 4 et 74).

2. VOLET « LEGISLATIF » DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS L'ORDONNANCE N°2015-899 DU 23 JUILLET 2015 :

L'ordonnance ne reprend pas les exclusions susvisées dès lors qu'elle prévoit une exclusion limitée aux :

« 10° [...] marchés publics de services juridiques suivants :

- 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 ;
 - c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
- (...) ».

C'est dans ce contexte que dans son arrêt en date du 9 mars 2016, le Conseil d'Etat, après avoir rejeté la requête en référé-suspension du CNB, de la Conférence des bâtonniers et de l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris – Ord. Conseil d'Etat, 16 octobre 2015, req. 393588 -, rejette également sur le fond la demande d'annulation pour excès de pouvoir de l'ordonnance précitée du 23 juillet 2015, considérant notamment qu'il est loisible à un Etat membre de prévoir des modalités plus contraignantes que celles inscrites dans le droit de l'Union européenne.

3. VOLET « REGLEMENTAIRE » DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS LE DECRET N°2016-360 DU 25 MARS 2016 :

Plusieurs articles réglementent également le régime des prestations juridiques :

- **Art. 29** : les marchés de services de représentation légale et de conseil en lien avec une procédure contentieuse ne se voient pas appliquer les règles du décret à l'exception de celles figurant aux articles 2, 4, 5, 12, 20 à 23, 30, 48 à 55, 60, 107, 108 et du titre IV de la partie I.

Il en résulte que ces marchés sont bien des marchés publics, mais exemptés d'un certain nombre de règles. Il est toutefois précisé que « *l'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public* ».

- **Art. 28** : les autres marchés de services juridiques peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 27. Et l'on rappellera que cet article dispose que « *l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée dont il détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».
- **Art. 30** : Enfin, quelle que soit la nature des prestations, il est possible de conclure un marché public « *négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable* » pour un « *besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25.000 € HT* ».

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, à l'exception des marchés de prestations juridiques visés à l'article 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, tous les autres marchés de prestations juridiques sont par nature des marchés publics.

L'exclusion par la Directive 2014/24 des marchés de services juridiques de représentation en justice ou de conseils liés à une telle représentation dans la directive 2014/24 n'est donc pas reprise en droit interne.

Il a seulement été prévu au plan réglementaire que ces marchés sont soumis à certaines règles dont on relèvera qu'elles ne portent pas sur des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable. Pour autant, il a été vu que l'article 29 précité du décret du 25 mars 2015 dispose que dans ce cas « *l'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public* », faisant ainsi peser sur cet acheteur la responsabilité d'une absence de procédure de publicité et de mise en concurrence préalable.

Aussi en l'état les prestations de représentation en justice et de conseil en lien avec un contentieux ne peuvent être attribuées, sans incertitude pour l'acheteur, en l'absence d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence (à l'exception du cas où le montant de ces prestations serait inférieur à 25.000 euros H.T) et sont par nature des marchés publics dont le contrôle échappe au Bâtonnier de l'ordre des avocats.

Ces dispositions nécessitent incontestablement d'être interprétées dans l'esprit de la directive européenne.

LE RECOURS PROPOSE

A l'appui des mémoires déposés, ainsi que d'une note en délibéré (Annexe 2), il a été demandé au Conseil d'Etat de saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de plusieurs questions préjudicielles.

Toutefois, l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 mars 2016 a refusé de poser ces questions préjudicielles sans y apporter de motivation particulière. Ce faisant, il a considéré, de manière implicite, qu'il n'y avait aucun problème de droit.

En droit, cependant, par une décision récente « *Schipani e.a. c. Italie* »¹, la Cour a rappelé l'obligation de motiver le refus de poser une question préjudicielle au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la CJUE.

Selon cette jurisprudence, les juridictions nationales doivent indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, ou que la disposition de droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la CJUE, ou encore que l'application correcte du droit de l'Union ne laisse place à aucun doute raisonnable :

« 69. La Cour rappelle que, dans la décision *Vergauwen et autres* (précitée, §§ 89-90), elle a exprimé les principes suivants (voir également *Dhahbi*, précité, § 31) :

- *L'article 6 § 1 de la Convention met à la charge des juridictions internes une obligation de motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle ;*
- *Lorsqu'elle est saisie sur ce terrain d'une allégation de violation de l'article 6 § 1, la tâche de la Cour consiste à s'assurer que la décision de refus critiquée devant elle est dûment assortie des motifs requis ;*
- *S'il lui revient de procéder rigoureusement à cette vérification, il ne lui appartient pas de connaître d'éventuelles erreurs qu'auraient commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent ;*

¹ CEDH, 21 juillet 2015, *Schipani e.a. c. Italie*, n°38369/09, §69-73

- Dans le cadre spécifique du troisième alinéa de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne (soit l'actuel article 267 du TFUE), cela signifie que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont tenues, lorsqu'elles refusent de saisir la CJCE à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation du droit de l'UE soulevée devant elles, de motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la CJCE.

Il leur faut donc indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, ou que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJCE, ou encore que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. »²

Cette jurisprudence est la confirmation d'un précédent arrêt de la CEDH sanctionnant l'obligation de motiver le refus de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice au titre du droit à un procès équitable³.

Au titre de l'affaire « *Schipani e.a. c. Italie* », la Cour a pu relever que la motivation de l'arrêt litigieux ne permettait pas d'établir si la question avait été considérée comme non pertinente ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée.

Partant, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 §1 de la Convention :

« 71. La Cour a examiné l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2008 sans y trouver aucune référence à la demande de renvoi préjudiciel formulée par les requérants et aux raisons pour lesquelles il a été considéré que la question soulevée ne méritait pas d'être transmise à la CJCE (paragraphe 27 ci-dessus).

Il est vrai que, dans la motivation de l'arrêt, la Cour de cassation a indiqué que le retard dans la transposition des directives litigieuses faisait naître, selon la jurisprudence de la CJCE, le droit à la réparation des dommages subis par les particuliers (paragraphe 25 cidessus). Le Gouvernement soutient, en substance, que cette affirmation peut s'analyser en une motivation implicite du rejet de la première branche de la question préjudicielle sollicitée par les requérants (paragraphe 67 ci-dessus).

Cependant, à supposer même que cela soit le cas, l'affirmation dont il s'agit n'explique pas les raisons pour lesquelles la deuxième branche de la question préjudicielle – la question de savoir si les conditions prévues par le décret législatif no 257 de 1991 rendaient l'obtention du dédommagement impossible ou excessivement difficile – était irrecevable.

² CEDH, 21 juillet 2015, *Schipani e.a. c. Italie*, n°38369/09, §69-73, précité

³ CEDH 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, n° 17120/09

72. La motivation de l'arrêt litigieux ne permet donc pas d'établir si cette dernière branche de la question a été considérée comme non pertinente ou comme relative à une disposition claire ou comme déjà interprétée par la ARRÊT SCHIPANI ET AUTRES c. ITALIE 17 CJCE, ou bien si elle a été simplement ignorée (voir, mutatis mutandis, Dhahbi, précité, § 33 ; voir également, a contrario, Vergauwen, précité, § 91, où la Cour a constaté que la Cour constitutionnelle belge avait dûment motivé son refus de poser des questions préjudicielles).

73. Ce constat suffit pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.
»

Au cas d'espèce, il a pu être demandé au Conseil d'Etat de saisir la CJUE des questions préjudicielles suivantes :

- 1) L'article 10 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014⁴, lu à la lumière du considérant 25 de cette même directive⁵, doit-il être interprété comme mettant à la charge des Etats membres une obligation stricte de ne pas transposer dans leur droit interne les exclusions du champ d'application de la directive qu'il recense ?
- 2) La directive 2014/24/UE du 26 février 2014 est-elle constitutive d'une directive d'harmonisation ou d'une directive de coordination ?
- 3) En tout état de cause, l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne doit-il être interprété comme donnant la possibilité aux Etats membres de déroger aux exclusions prévues expressément par une directive ?

Or, l'arrêt du Conseil d'Etat contesté expose que :

⁴ Article 10 de la directive 2014/24/UE « Exclusions spécifiques pour les marchés de services » :

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet : [...]

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 1er de la directive 77/249/CEE ; [...]

⁵ Considérant 25 de la directive 2014/24/UE : « Un certain nombre de services juridiques sont fournis par des prestataires de services désignés par une cour ou un tribunal d'un État membre, impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires, doivent être prestés par un notaire ou sont associés à l'exercice de l'autorité publique. De tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics par exemple pour la désignation de procureurs publics dans certains États membres. Ces services juridiques devraient dès lors être exclus du champ d'application de la présente directive. »

« 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 méconnaîtrait 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 ;

[...]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 ; »

En conséquence, il est permis de présenter les observations suivantes :

- Les dispositions des articles 10 et 25 de la directive n'ont été pas relevées. Il a seulement pu être affirmé, de façon elliptique et sans motivation, qu'aucune disposition ou aucun principe du droit de l'Union européenne, ne s'opposaient à ce que les Etats membres décident de soumettre, aux marchés exclus du champ d'application de la directive, des règles plus contraignantes que celles qu'elle définit.
- Il est pris uniquement appui sur le premier considérant de la directive 2014/24/UE pour affirmer que celle-ci était **une directive de coordination**. De la même manière, il n'est pas fait mention de la question de savoir s'il s'agissait d'une directive d'harmonisation.
- Aucune mention n'est faite de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne⁶ et notamment de la question de savoir si cet article permet à un Etat membre de déroger aux exclusions d'une directive.

De façon singulière, le Conseil d'Etat ne se livre à aucune analyse juridique des Traités et de la Jurisprudence de la CJUE. Bien au contraire, ses affirmations se révèlent sommaires et dénuées de fondement juridique.

L'arrêt ne se livre à aucune analyse critique des questions préjudicielles pour motiver en quoi ces dernières ne seraient pas pertinentes, à l'égard desquelles la CJCE aurait déjà livré une interprétation, ou encore que les dispositions issues du droit de l'UE ne laisseraient de place à aucun doute raisonnable.

⁶ Article 288 du TFUE:

« (ex-article 249 TCE)

Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre.

La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.

Les recommandations et les avis ne lient pas. »

En conséquence, l'analyse nous conduit à penser que cette absence de motivation explicite pourrait constituer un manquement au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable.

S'il doit être rappelé, d'une part, les faibles taux d'admission des recours devant la Cour EDH, et d'autre part, que la jurisprudence européenne compte, à notre connaissance, seulement deux exemples de constat de violation à l'encontre d'un État du fait du refus de l'une de ses juridictions de transmettre une question à une autre juridiction⁷, il est utile de rappeler, notamment en raison du caractère récent de cette jurisprudence, que le présent cas d'espèce pourrait constituer, si elle l'entendait ainsi, une possibilité pour la Cour EDH de sanctionner l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 mars 2016 au titre d'une violation de l'article 6§1 de la Convention EDH.

Dans le cas contraire, la Cour EDH pourrait considérer que le Conseil d'Etat s'est livré à une motivation implicite du rejet cependant que cette interprétation serait hautement critiquable.

En application de l'article 35 § 1 de la Convention EDH, le délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. Ainsi, le recours devra être déposé le 9 septembre prochain.

Il est proposé que ce recours soit confié à Jacques Buès, avocat au Barreau de Paris, contributeur du présent rapport pour avoir suivi ce contentieux depuis plusieurs années, étant précisé que l'ensemble des diligences qu'il a assuré pour le Barreau de Paris l'ont toujours été de façon Pro Bono.

CALENDRIER DE MISE EN ŒUVRE :

Immédiat

⁷ CEDH 8 avril 2014, *Dhahbi c/ Italie* , n° 17120/09 et CEDH 21 juillet 2015, *Schipani et autres c/ Italie* , n° 38369/09, précité