

Arrêt du Conseil d'Etat du 5 mars 2003

Union nationale des services publics industriels et commerciaux

Vu la requête, enregistrée le 7 mai 2001 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, dont le siège est 18, avenue des Champs-Élysées à Paris (75008), la FEDERATION NATIONALE DES ACTIVITES DU DECHET ET DE L'ENVIRONNEMENT dont le siège est 33, rue de Naples à Paris (75008), le SYNDICAT NATIONAL DES CONCESSIONNAIRES DE PARCS PUBLICS DE STATIONNEMENT, dont le siège est 18, avenue des Champs-Élysées à Paris (75008), le SYNDICAT NATIONAL DES ACTIVITES DU DECHET, dont le siège est 33, rue de Naples à Paris (75008), la CHAMBRE SYNDICALE NATIONALE DES FABRICANTS DE MATERIEL DE NETTOIEMENT, DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES DECHETS, dont le siège est 33, rue de Naples à Paris (75008), représentés par leurs présidents en exercice ; ils demandent au Conseil d'Etat l'annulation des 1°, 2° et 7° de l'article 3, de l'article 10 (5ème alinéa), de l'article 68 (3ème alinéa) du code des marchés publics annexé au décret du 7 mars 2001 ;

Vu les autres pièces du dossier ;
Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;
Vu le traité du 25 mars 1957 instituant la communauté économique européenne ;
Vu la directive n° 92/50/CEE du conseil des communautés européennes du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services modifiée par la directive n° 97/52/CEE ;
Vu la directive n° 93/36/CEE du conseil des communautés européennes du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures modifiée par la directive n° 97/52/CEE ;
Vu la directive n° 93/38/CEE du conseil des communautés européennes du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;
Vu le code de commerce ;
Vu la loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays ;
Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures

de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

Vu le décret 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 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Chantepy, Conseiller d'Etat,
- les observations de la SCP Vier, Barthélemy, avocat de l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX,
- les conclusions de M. Piveteau, Commissaire du gouvernement ;

Sur les conclusions dirigées contre le 1° de l'article 3 du code des marchés publics :

Considérant qu'ainsi qu'il ressort de l'arrêt n° 107-98 de la Cour de justice des communautés européennes en date du 18 novembre 1999, si la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures s'applique lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure avec une entité distincte un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, sans qu'il y ait à distinguer selon que cette entité est ou non elle-même un pouvoir adjudicateur, il en va toutefois autrement dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur exerce sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la contrôlent ; que par suite le code des marchés publics, par le 1° de son article 3, pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette directive, exclure de son champ d'application les "contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code" ;

ACTOBA

Base juridique des Médias et des réseaux de Communication

w w w . a c t o b a . c o m

Considérant que ces dispositions imposent expressément au cocontractant de se soumettre, pour répondre à ses besoins propres, aux règles du code ; que par suite le moyen tiré de ce qu'elles méconnaîtraient illégalement les articles L.420-1 et L. 420-2 du code de commerce doit être écarté ;

Considérant que si les requérants invoquent la méconnaissance par le 1° de l'article 3 des stipulations de l'article 87 du Traité de Rome, ce dernier est sans effet direct ; que, par suite, le moyen est inopérant ;

Considérant que si le cocontractant mentionné au 1° de l'article 3 peut être une personne de droit privé, il se trouve en raison de son étroite subordination à la personne publique avec laquelle il passe un contrat dans une situation différente de celle des autres personnes de droit privé qui seraient susceptibles de passer ce contrat ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que les dispositions du 1° de l'article 3 méconnaîtraient le principe d'égalité ne peut qu'être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre le 2° de l'article 3 du code des marchés publics :

Considérant que l'article 6 de la directive n° 92/50/CEE et l'article 11 de la directive n° 93/38/CEE susvisées excluent de leurs champs d'application les "marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) de la directive n° 92/50/CEE sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité" ;

Considérant que le code des marchés publics, par le 2° de son article 3, exclut de son champ d'application les "contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité" ;

Considérant que les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1er point b) de la directive n° 92/50/CEE sont, soit les personnes publiques

soumises au code des marchés publics au sens de l'article 2, soit les personnes mentionnées à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 ; que par suite le moyen tiré de ce que le 2° de l'article 3 méconnaîtrait les objectifs des deux directives en étendant l'exclusion qu'il prévoit aux contrats passés avec une personne appartenant à cette seconde catégorie doit être écarté ;

Considérant que les dispositions précitées du 2° de l'article 3 prévoyant que le droit exclusif doit être détenu "sur le fondement d'une disposition légalement prise", et donc d'une disposition prise antérieurement à la passation du contrat et indépendamment de sa formation, ne méconnaissent pas les objectifs des deux directives précitées ; que celles-ci n'ont pas exclu que ce droit exclusif puisse avoir été attribué par la personne publique appelée à passer le contrat ; que le moyen tiré de ce que le 2° de l'article 3 du code serait contraire aux objectifs des deux directives pour n'avoir repris ni la condition relative à la publicité de l'acte accordant le droit exclusif ni celle de la compatibilité de cet acte avec le Traité doit être écarté, dès lors qu'une disposition "légalement prise" doit nécessairement être compatible avec les normes juridiques qui lui sont supérieures et avoir fait l'objet des mesures de publicité appropriées ;

Sur les conclusions dirigées contre le 7° de l'article 3 du code des marchés publics :

Considérant que la directive n° 92/50/CEE susvisée soumet la passation des marchés publics de services à des règles de transparence et de mise en concurrence ; que si le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie soutient que les contrats de mandat qui ont pour objet exclusif de confier au mandataire mission de représenter une personne publique mandante n'entrent pas dans le champ d'application des annexes I A et I B de cette directive, le 7° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette dernière, soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, y compris ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la réalisation de prestations d'autres services ; que, dès lors, l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, la FEDERATION NATIONALE DES ACTIVITES DU DECHET ET DE L'ENVIRONNEMENT, le SYNDICAT NATIONAL DES CONCESSIONNAIRES DE PARCS PUBLICS DE STATIONNEMENT, le SYNDICAT

ACTOBA

Base juridique des Médias et des réseaux de Communication

w w w . a c t o b a . c o m

NATIONAL DES ACTIVITES DU DECHET, la CHAMBRE SYNDICALE NATIONALE DES FABRICANTS DE MATERIEL DE NETTOIEMENT, DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES DECHETS sont fondés à demander l'annulation du 7° de l'article 3 ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 10 du code des marchés publics :

Considérant que ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés passés par l'Etat soient définies par la loi ; Considérant que les dispositions du décret du 12 novembre 1938, pris en vertu de la loi du 5 octobre 1938 et relatif aux marchés des collectivités locales et des établissements publics, ont donné compétence au pouvoir réglementaire pour étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve des adaptations nécessaires, les dispositions applicables aux marchés de l'Etat ; que les prescriptions de l'article 34 de la Constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence ainsi attribuée au gouvernement ; que le Premier ministre était dès lors compétent pour étendre aux collectivités locales les nouvelles règles qu'il fixait pour les marchés publics de l'Etat ; que par suite le moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire ne pouvait étendre aux marchés publics des collectivités territoriales les dispositions de l'article 10 du code doit être écarté ;

Sur les conclusions dirigées contre l'article 68 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes des trois premiers alinéas de l'article 68 du code des marchés publics : "L'appel d'offres sur performances est organisé selon les règles applicables à l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions qui suivent. Après examen et classement des offres par la commission d'appel d'offres, chaque candidat est entendu par la commission, dans des conditions de stricte égalité, définies dans le règlement de la consultation. A la suite de cette audition et, le cas échéant, d'une audition supplémentaire si elle s'avère nécessaire, les candidats peuvent préciser, compléter ou modifier leur offre. L'offre modifiée est remise et traitée dans les mêmes conditions que l'offre initiale. La discussion avec les candidats a pour seul objet la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique. Les procédés et les prix proposés par les candidats ne peuvent être divulgués au cours de la discussion. La personne responsable du marché ne peut

élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre" ;

Considérant que les dispositions précitées de la seconde phrase du 3ème alinéa de l'article 68 ont pour seul objet d'obliger la personne responsable du marché à assurer un traitement égal des candidats, dans l'hypothèse où elle élabore ou modifie le cahier des charges en combinant des éléments proposés par certains d'entre eux, et qu'elle ne saurait avoir pour effet d'affranchir cette personne du respect du secret des affaires et de la propriété intellectuelle, dont la première phrase du même alinéa a précisément pour objet de rappeler l'obligation ; que par suite les moyens tirés de ce que les dispositions de cet alinéa porteraient atteinte au secret des affaires, à la propriété intellectuelle et à l'égalité entre les candidats doivent être écartés ;

DECIDE

Article 1

Le 7° de l'article 3 du code des marchés publics annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 est annulé.

Article 2

Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 3

La présente décision sera notifiée à l'UNION NATIONALE DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX, à la FEDERATION NATIONALE DES ACTIVITES DU DECHET ET DE L'ENVIRONNEMENT, au SYNDICAT NATIONAL DES CONCESSIONNAIRES DE PARCS PUBLICS DE STATIONNEMENT, au SYNDICAT NATIONAL DES ACTIVITES DU DECHET, à la CHAMBRE SYNDICALE NATIONALE DES FABRICANTS DE MATERIEL DE NETTOIEMENT, DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES DECHETS, au Premier ministre, au garde des sceaux, ministre de la justice et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.