

N° 388

SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1990 - 1991

Annexe au procès-verbal de la séance du 13 juin 1991.

PROJET DE LOI

*relatif aux recours en matière de passation de certains contrats de
fournitures et de travaux*

PRÉSENTÉ

au nom de Mme EDITH CRESSON,

Premier ministre,

Par M. Michel SAPIN,

ministre délégué à la justice .

(Renvoyé à la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

Marchés publics.

EXPOSE DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté le 21 décembre 1989 la directive 89/665/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. Il convient d'en effectuer la transposition en droit interne avant le 21 décembre 1991.

Cette directive a pour objet de garantir l'application effective "par des recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible", des obligations de publicité ou de mise en concurrence prévues pour ces types de marchés par la directive 88/295/CEE du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE du 21 décembre 1976 et la directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971.

Plutôt que de confier l'examen des recours en matière de marchés publics à une autorité administrative "ad hoc", solution qui ne permet pas, en tout état de cause, de faire l'économie de recours juridictionnels et qui pourrait conduire à remettre en cause les règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, il paraît préférable de confier le contentieux de la méconnaissance des règles communautaires en matière de marchés publics au juge normalement compétent.

Cela peut se faire par un aménagement des règles de la procédure contentieuse :

- d'une part, limité à la phase précédant la conclusion du contrat (après celle-ci, le tiers qui s'estime illégalement évincé dispose des voies de droit commun : action indemnitaire devant le juge civil ou administratif, recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat administratif) ;

- d'autre part, conçu de façon à ce que les effets en soient équivalents, quel que soit l'ordre de juridiction qui ait à connaître du litige.

L'article premier, qui introduit un nouvel article 11-1 dans la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, prévoit les recours ouverts devant les juridictions de l'ordre judiciaire.

Seront soumises à ces juridictions trois catégories de contrats de droit privé dont le régime est défini par 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 :

- certains marchés de travaux conclus par les groupements privés de collectivités publiques et les organismes de droit privé chargés d'une mission d'intérêt général (article 9 de la loi du 3 janvier 1991) ;

- certains marchés d'équipements collectifs subventionnés par des personnes publiques (article 10 de la loi du 3 janvier 1991) ;

- certains marchés de travaux passés par les concessionnaires (article 11 de la loi du 3 janvier 1991).

En permettant l'accès au juge judiciaire avant la conclusion du contrat, les dispositions nouvelles dérogent au principe selon lequel, au nom du consensualisme et de la liberté contractuelle, le juge judiciaire ne sanctionne l'irrégularité des conditions de formation du contrat qu'après coup, par la voie de la nullité.

Le juge judiciaire disposera désormais de pouvoirs d'annulation, de réformation et de suspension de toutes les décisions et actes intervenus dans la procédure de passation du contrat en méconnaissance du droit communautaire.

Ce recours est ouvert à toutes les personnes qui ont vocation à conclure le contrat et susceptibles d'être lésées par la violation du droit communautaire, ainsi qu'au ministère public qui pourra agir d'office lorsque la France aura été saisie par la Commission des communautés européennes. Comme chaque Etat membre, la France doit en effet être en mesure de justifier dans un délai de vingt-et-un jours que la violation des règles communautaires a été corrigée, que la procédure de passation de marché est suspendue ou qu'un recours a été déposé.

La nécessité d'obtenir un résultat aussi rapide que possible conduit à confier ce type de contentieux à un juge unique qui statuera selon la procédure de référé. Afin d'éviter un allongement systématique des délais de passation des marchés, il a été jugé préférable de ne pas prévoir de mécanisme d'appel.

Les mesures sollicitées seront accordées lorsque le contrat ou l'une de ses clauses est susceptible d'être entaché de nullité. Le juge pourra toutefois ne pas accorder les mesures provisoires si elles ne paraissent pas justifiées au regard de l'ensemble des intérêts en cause.

L'article 2, qui introduit un nouvel article L. 22 dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel prévoit les recours ouverts devant les juridictions de l'ordre administratif.

Seront soumises à ces juridictions trois catégories de contrats administratifs :

- les marchés publics de fournitures et de travaux dont le régime est fixé par les décrets n° 89-236 du 17 avril 1989 et n° 90-824 du 18 septembre 1990 (livre V du code des marchés publics) ;

- les concessions de travaux publics conclues par les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs dont le régime est défini à l'article 11 de la loi précitée du 3 janvier 1991 ainsi que celles conclues par l'Etat et ses établissements publics administratifs et dont le régime sera fixé par un décret en Conseil d'Etat en cours d'élaboration ;

- certains marchés de travaux susceptibles d'être inclus dans le champ d'application des articles 9, 10 et 11 de la loi précitée du 3 janvier 1991, passés par des personnes privées agissant pour le compte d'une personne publique et qui, bien que conclus entre personnes privées, ont le caractère de contrats administratifs en vertu de la jurisprudence.

Sont reprises au profit du juge administratif, sous réserve de la prise en compte de l'absence de ministère public, les mêmes dispositions que celles prévues pour le juge judiciaire.

Est ainsi créé un recours de pleine juridiction spécifique qui, tout en reconnaissant au juge administratif ses pouvoirs traditionnels d'annulation et de réformation, lui donne aussi un pouvoir de suspension, voire d'injonction, tout en le privant de son pouvoir de condamnation pécuniaire (lequel relèvera du recours de droit commun).

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre délégué à la justice,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décète :

Le présent projet de loi relatif aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, sera présenté au Sénat par le ministre délégué à la justice, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

Article premier.

Il est ajouté à 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, après l'article 11, les articles 11-1 et 11-2 ci-après :

"Art. 11-1. En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 et relevant du droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions, et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

"La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission des communautés européennes a notifié à l'Etat les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

"La demande est portée devant le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué, qui statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. Il fait droit à la demande portant sur les mesures provisoires si l'un des moyens invoqués est sérieux et de nature à entraîner la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses. Il peut toutefois tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages.

"Art. 11-2. En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 et relevant du droit public, la procédure applicable est celle de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel".

Art. 2.

Au chapitre II du titre III du livre II de la première partie (législative) du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, il est ajouté une section 4, intitulée "Dispositions particulières en matière de contrats et marchés". Cette section comprend les articles L. 22 et L. 23 ci-après :

"Art. L. 22. En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence prescrites par les directives 71/305/CEE du 26 juillet 1971 et 77/62/CEE du 21 décembre 1976 modifiées, et auxquelles est soumise la passation des marchés publics de fournitures et de travaux entrant dans le champ d'application du livre V du code des marchés publics, ou en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et relevant du droit public, et la passation des contrats de même nature que ceux prévus à l'article 11 de ladite loi et conclus par l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la

personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions, et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

"Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

"La demande est portée devant le président du tribunal administratif ou son délégué, qui statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. Il fait droit à la demande portant sur les mesures provisoires si l'un des moyens invoqués est sérieux et de nature à entraîner la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses. Il peut toutefois tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages.

"Art. L. 23. Les dispositions de l'article L. 22 ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon".

Fait à Paris, le 12 juin 1991.

Signé : EDITH CRESSON

Par le Premier ministre :

Le ministre délégué à la justice,

Signé : Michel SAPIN