

N° 439
—
SÉNAT

DEUXIÈME SESSION EXTRAORDINAIRE DE 1992-1993

Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 13 juillet 1993.
Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 juillet 1993.

PROJET DE LOI

*relatif aux recours en matière de passation de certains contrats
de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau,
de l'énergie, des transports et des télécommunications,*

PRÉSENTÉ

AU NOM DE M. ÉDOUARD BALLADUR,

Premier ministre,

PAR M. PIERRE MÉHAIGNERIE,

Ministre d'Etat, garde des Sceaux, ministre de la Justice.

(Renvoyé à la commission des Affaires économiques et du Plan sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

Marchés publics.

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté le 25 février 1992 la directive 92/13/C.E.E. portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Il convient d'en effectuer la transposition en droit interne.

Cette directive a pour objet notamment 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 90/531/C.E.E. du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Ainsi que l'a fait la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, qui a transposé la directive 89/665/C.E.E. du 21 décembre 1989 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, le présent projet de loi confie le contentieux de la méconnaissance des règles communautaires au juge normalement compétent, qu'il appartienne aux juridictions de l'ordre judiciaire ou à celles de l'ordre administratif, et ce avec des effets équivalents des recours dans les deux ordres de juridictions.

L'article premier, qui introduit deux nouveaux articles 7-1 et 7-2 dans la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, prévoit la possibilité pour toute personne ayant intérêt à agir de demander au juge d'ordonner, avant la conclusion du contrat, à l'auteur du manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, de se conformer à celles-ci, et de prononcer une astreinte.

Un tel recours correspond, dans des termes communautaires, à une procédure « ayant pour but de corriger la violation constatée » aux règles de publicité et de mise en concurrence, en émettant « un

ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée ».

Par une telle procédure, le juge judiciaire, avant la conclusion du contrat, pourra contraindre une entité adjudicatrice à supprimer une clause illégale ou à accomplir une formalité obligatoire.

Les modalités techniques de l'astreinte sont précisées aux troisième et quatrième alinéas de l'article 7-1. Il est retenu un système qui reprend les règles posées par la section VI de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, s'agissant de l'astreinte prononcée pour assurer l'exécution d'une décision de justice.

Le recours ainsi mis en place 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 soit d'indiquer, dans les trente jours de la notification de la demande de régularisation de la procédure de passation du contrat, que la violation a été corrigée, soit de justifier la non-régularisation de la procédure ou la suspension de celle-ci ou enfin qu'un recours a été introduit.

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. La voie de l'appel n'est pas ouverte contre la décision du juge.

L'article 7-2 prévoit les recours ouverts devant les juridictions de l'ordre administratif et renvoie à un article L. 23 nouveau du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui figure à l'article 2 du présent projet et qui reprend au profit du juge administratif les mêmes dispositions que celles prévues pour le juge judiciaire, sous réserve de la prise en compte de l'absence de ministère public.

L'article 4 insère dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel les dispositions que le juge administratif aura à appliquer et qui sont calquées sur celles du juge judiciaire prévues à l'article 7-1. Cette insertion est opérée par substitution aux dispositions de l'actuel article L. 23 dudit code ; celles-ci, qui prévoient l'inapplicabilité de l'article L. 22 à Saint-Pierre-et-Miquelon, ne sont en effet pas indispensables puisque l'article L. 22 met en œuvre la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de cer-

tains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, laquelle n'est pas applicable dans cette collectivité territoriale.

L'article 2 du projet de loi simplifie le champ d'application des dispositions réciproques des articles L. 22 (relatif aux recours en matière de marchés publics) et L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel en modifiant la loi du 11 décembre 1992 pour prévoir que les établissements publics de l'Etat à caractère industriel et commercial relèveront de l'article L. 23 tandis que, si ces établissements sont ceux des collectivités locales, ils relèveront de l'article L. 22.

Enfin, l'article 3 du projet aménage l'article 9 de la loi du 11 décembre 1992, relatif à l'entrée en vigueur de cette loi à compter du 1^{er} janvier 1993, pour préciser que, bien évidemment, cette date n'est pas applicable aux nouveaux articles 7-1 et 7-2.

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, garde des Sceaux, ministre de 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 dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, sera présenté au Sénat par le ministre d'Etat, garde des Sceaux, ministre de la Justice, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

Article premier.

Après l'article 7 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs

de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, sont insérés les articles 7-1 et 7-2 ainsi rédigés :

« *Art. 7-1.* – En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis à l'article premier 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 d'ordonner, avant la conclusion du contrat, à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et de prononcer une astreinte.

« 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.

« L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Elle est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif. Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Si l'une de ces conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire.

« Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.

« 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.

« *Art. 7-2.* – En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis à l'article premier et relevant du droit public, toute personne qui a un intérêt à conclure le contrat et qui est susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, les mesures prévues à l'article L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. »

Art. 2.

Le 3^o de l'article premier de la loi précitée du 11 décembre 1992 est ainsi rédigé :

« 3^o Les exploitants publics et les établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial ; ».

Art. 3.

A l'article 9 de la loi précitée du 11 décembre 1992, après les mots : « à compter du 1^{er} janvier 1993 », sont ajoutés les mots : « à l'exception des articles 7-1 et 7-2 ».

Art. 4.

L'article L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. L. 23.* – Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles sont soumis les contrats visés à l'article 7-2 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

« Le président du tribunal administratif peut ordonner à l'auteur du manquement, avant la conclusion du contrat, de se conformer à ses obligations et prononcer une astreinte.

« L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Elle est provisoire ou définitive. Elle doit être considérée comme provisoire à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif. Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine. Si l'une de ces conditions n'a pas été respectée, l'astreinte est liquidée comme une astreinte provisoire.

« Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et

des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou en partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou en partie, d'une cause étrangère.

« 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 ci-dessus a été commise.

« Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. »

Fait, à Paris, le 28 juillet 1993.

Signé : Édouard BALLADUR.

Par le Premier ministre :

Le ministre d'Etat, garde des Sceaux, ministre de la Justice,

Signé : Pierre MÉHAIGNERIE.