

N° 10

# SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1993 - 1994

---

Annexe au procès-verbal de la séance du 6 octobre 1993.

## RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le 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,*

Par M. Robert LAUCOURNET,

Sénateur.

---

(1) Cette commission est composée de : MM. Jean François-Poncet, *président* ; Philippe François, Henri Revol, Robert Laucournet, Jean Huchon, *vice-présidents* ; William Chervy, Francisque Collomb, Jean-Paul Emin, François Gerbaud, Louis Minetti, *secrétaires* ; Henri Bangou, Bernard Barraux, Jacques Baudot, Jacques Bellanger, Georges Berchet, Roger Besse, Jean Besson, Marcel Bony, Jean Boyer, Jacques Braconnier, Robert Calmejane, Louis de Catuelan, Joseph Caupert, Raymond Cayrel, Gérard César, Roland Courteau, Marcel Daunay, Désiré Debavelaere, Jean Delaneau, Jean-Pierre Demerliat, Rodolphe Désiré, Michel Doublet, Pierre Dumas, Mme Josette Durrieu, MM. Bernard Dussaut, Jean Faure, André Fosset, Aubert Garcia, Charles Ginésy, Jean Grandon, Georges Gruillot, Mme Anne Heinis, MM. Rémi Herment, Bernard Hugo, Roger Hussin, Pierre Lacour, Gerard Larcher, Jean-François Le Grand, Charles-Edmond Lenglet, Félix Leyzour, Maurice Lombard, René Marques, François Mathieu, Serge Mathieu, Jacques de Menou, Louis Mercier, Gérard Miquel, Louis Moinard, Paul Moreau, Joseph Ostermann, Albert Pen, Jean Pépin, Daniel Percheron, Jean Peyrafitte, Alain Pluchet, Jean Pourchet, André Pourny, Henri de Raincourt, Paul Raoult, Jean-Marie Rausch, Roger Rigaudière, Jean-Jacques Robert, Jacques Rocca Serra, Jean Roger, Josselin de Rohan, Raymond Soucaret, Michel Souplet, Fernand Tardy.

Voir le numéro :

Sénat : 439 (1992-1993).

---

Marchés publics.

## SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<b>EXPOSÉ GÉNÉRAL</b> .....	
<b>I. LA DIRECTIVE N° 92-13 OUVRE PLUSIEURS OPTIONS DE TRANSPOSITION</b> .....	7
<b>A. L'OBJECTIF POURSUIVI : ASSURER L'APPLICATION DE     LA DIRECTIVE N° 90-531</b> .....	7
<b>P. LES DIFFÉRENTES FORMES DE RECOURS CONTENTIEUX     AUTORISÉES</b> .....	11
<b>1. Les choix ouverts</b> .....	12
<i>a) La qualité de l'instance compétente</i> .....	12
<i>b) La forme de la procédure</i> .....	12
<b>2. Les règles communes</b> .....	13
<i>a) Les conditions d'ouverture des recours</i> .....	13
<i>b) Le droit aux dommages-intérêts</i> .....	13
<i>c) Le régime des mesures provisoires</i> .....	13
<i>d) L'intervention de la Commission des Communautés             européennes</i> .....	14
<b>C. LES MESURES COMPLÉMENTAIRES</b> .....	15
<b>1. La procédure spécifique d'attestation</b> .....	15
<b>2. La procédure de conciliation</b> .....	16
<b>D. LE RÉEXAMEN DE LA DIRECTIVE</b> .....	16
<b>II. LE PROJET DE LOI PRÉVOIT UNE APPLICATION TROP RIGOUREUSE DE L'OPTION LA MIEUX ADAPTÉE</b> .....	17
<b>A. UN TEXTE REPOSANT SUR DES CHOIX PERTINENTS</b> .....	18
<b>1. Un recours juridictionnel réparti entre les deux ordres de         juridiction</b> .....	18
<i>a) Un recours juridictionnel</i> .....	18
<i>b) La répartition des compétences entre les deux ordres             juridictionnels</i> .....	18

	<u>Pages</u>
<b>2. Une contrainte pécuniaire plutôt qu'une suspension/annulation des procédures précontractuelles .....</b>	19
<b>B. DES MODALITÉS D'APPLICATION CRITIQUABLES .....</b>	21
<b>1. Un dispositif conférant des pouvoirs excessifs au juge du référé .....</b>	21
<i>a) Le dispositif .....</i>	21
<i>b) Son caractère excessif .....</i>	22
<b>2. Une interprétation extensive des obligations communautaires, apparemment isolée .....</b>	23
<i>a) La directive commence à être transcrite dans d'autres pays ...</i>	23
<i>b) ... mais seule la France en fait une interprétation extensive ...</i>	24
<b>III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION .....</b>	26
<b>EXAMEN DES ARTICLES .....</b>	29
<i>Article premier (Art. 7-1 et 7-2 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992) : Organisation des recours devant les deux ordres de juridiction .....</i>	29
<i>Texte proposé pour l'article 7-1 : Mise en oeuvre des recours relatifs aux contrats de droit privé .....</i>	30
<i>Texte proposé pour l'article 7-2 : Attribution de compétence pour les recours relatifs aux contrats de droit public .....</i>	35
<i>Article 2 : Modification du champ d'application de la loi du 11 décembre 1992 .....</i>	36
<i>Article 3 : Entrée en vigueur des articles 7-1 et 7-2 .....</i>	38
<i>Article 4 (Article L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) : Mise en oeuvre des recours relatifs aux contrats de droit public .....</i>	38
<b>TABLEAU COMPARATIF .....</b>	41
<b>ANNEXE : Texte de la directive n° 92-13 du 25 février 1992 .....</b>	49

Mesdames, Messieurs,

La réalisation du marché unique communautaire ne saurait être complète sans une ouverture des marchés publics de chaque Etat membre aux entreprises des autres Etats membres, tant ces marchés -qui représentent environ 15 % du PIB de la C.E.E - sont lourds d'enjeux économiques et financiers. Aussi, l'effort engagé dans le sens de cette ouverture dès les années 1970 a-t-il été considérablement accentué ces derniers temps. Depuis 1988, sept directives du Conseil ont été publiées en ce domaine et, à trois reprises, le Parlement français est intervenu pour transposer en droit interne certaines des dispositions de ces directives.

Le projet de loi que nous sommes, aujourd'hui, appelés à examiner s'inscrit dans ce mouvement. Plus précisément, il propose de transcrire dans notre ordre juridique une partie des mesures prévues par la directive n° 92-13 du 25 février 1992, 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.

Ladite directive n° 92-13 a pour objet de garantir, par des procédures appropriées, une application effective des dispositions de la directive n° 90-531 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs précités. Cette dernière ne comportait pas,

en effet, de volet spécifique permettant d'assurer son respect. Elle a été traduite en droit français, d'une part, par la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 que j'avais eu l'honneur de rapporter devant le Sénat il y a un peu moins d'un an <sup>(1)</sup> et, d'autre part, par le décret n° 93-990 du 3 août 1993 <sup>(2)</sup>.

Le présent projet de loi tend donc à compléter l'édifice juridique ainsi construit.

Votre Commission des Affaires économiques et du Plan ne s'attachera pas à décrire ici l'ensemble du contexte économique et juridique dans lequel intervient le nouveau dispositif. Ceci a été fait, de manière approfondie, dans le cadre du rapport précité.

En revanche, avant d'examiner les dispositions du projet de loi (II) et d'exposer les observations qu'il lui inspire (III) elle présentera brièvement les orientations de la directive n° 92-13 (I).

---

*(1) Rapport Sénat n° 15 (1992-1993) fait par M. Robert Laucournet au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan - Discussion et adoption au Sénat le 28 octobre 1992.*

*(2) J.O. du 10 août 1993.*

## I. LA DIRECTIVE N° 92-13 OUVRE PLUSIEURS OPTIONS DE TRANSPOSITION

La directive n° 92-13 du 25 février 1992 marque une des dernières étapes de la construction du corpus de règles établies progressivement, au plan communautaire, pour encadrer les procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services.

En effet, dans les secteurs autres que l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications ces règles sont presque entièrement fixées depuis quelques temps <sup>(1)</sup> et dans ces secteurs, qui ont longtemps été dits «exclus», elles sont en passe de l'être également <sup>(2)</sup>. Dans les deux cas, seules restent désormais à préciser -vraisemblablement sous forme d'une modification des directives existantes- les procédures de recours applicables aux marchés de services.

Pour les secteurs dits exclus, la directive ici étudiée apparaît le pendant de la directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 -traduite en droit français par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992- dont l'objet était d'organiser les procédures de recours applicables aux marchés publics de fournitures et de travaux passés dans les secteurs de droit commun.

Cependant, si ces deux textes poursuivent un objectif similaire et ne visent actuellement que les marchés de travaux et de fournitures, la directive n° 92-13 ouvre, en matière de recours contentieux, un plus large choix d'options aux autorités nationales. Elle institue, en outre, plusieurs mesures complémentaires qui n'étaient pas prévues dans la directive de 1989.

---

(1) Directive n° 88-295 du 22 mars 1988 (fournitures) ; directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 (travaux) ; directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 (procédures de recours) ; directive n° 92-50 du 18 juin 1992 (services).

(2) Directive n° 90-531 du 17 septembre 1990 (fournitures et travaux) ; directive n° 92-13 du 25 février 1992 ici commentée (procédures de recours) ; directive n° 93-38 du 14 juin 1993 (services).

A. L'OBJECTIF POURSUIVI : ASSURER L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE N° 90-531

La directive n° 92-13 organise le contrôle et la sanction de la violation des dispositions communautaires s'appliquant aux marchés des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Pour comprendre sa portée, il n'est pas nécessaire de reprendre l'exposé détaillé du contenu de ces dispositions, votre rapporteur se permettant sur ce point de renvoyer à son précédent travail sur le sujet (rapport Sénat précité).

Il convient toutefois de rappeler que les obligations dont le respect se trouve ainsi assuré s'appliquent aux contrats :

- de fournitures et de travaux,
- souscrits dans les secteurs et par les organismes visés à l'article 2 de la directive n° 90-531 du 17 septembre 1990 (transcrite aux articles premier et 2 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992),
- et dépassant certains seuils estimés hors T.V.A. : 5 millions d'Ecus pour les marchés de travaux ; 400.000 Ecus pour les marchés de fournitures et 600.000 Ecus pour ceux de ces derniers marchés passés dans le secteur des télécommunications <sup>(1)</sup>.

Soulignons également que la réglementation communautaire applicable aux contrats répondant à ces conditions impose, sauf exceptions très précisément définies, une soumission des appels d'offres préalables à :

- des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence (ouvertes, restreintes, négociées) ;
- des spécifications techniques ;
- des critères de qualification, de sélection et d'attribution garantissant la transparence de la décision définitive.

---

*(1) Actuellement, la correspondance en francs français de ces différents seuils est précisée par l'arrêté du 3 août 1993 relatif au montant des contrats de fournitures et de travaux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et soumis aux règles de concurrence dans le cadre de la Communauté européenne (JO du 10 août 1993, p. 11271).*

” De ce fait, les manquements pouvant faire l'objet d'un **recours précontractuel** au titre de la directive n° 92-13 sont nombreux et d'une gravité très variable. A titre d'illustration, l'encadré ci-après fournit quelques exemples de cette grande diversité.



**Exemples de manquements aux dispositions de la directive n° 90-531, qui sont susceptibles de recours sur le fondement de la directive n° 92-13 (liste sans caractère exhaustif)**

**1. Manoeuvres visant à échapper au champ d'application de la directive n° 90-531**

- Utilisation abusive des motifs de secret et de sécurité.
- Actes ayant pour objet de scinder les marchés, de soustraire une part de prestations ou de fausser le mode de calcul du montant du marché pour éviter d'atteindre les seuils de déclenchement des procédures spécifiques.
- Utilisation abusive de la procédure négociée.
- Utilisation abusive du recours à la procédure d'exception autorisant l'appel d'offre sans mise en concurrence préalable.

**2. Irrespect des obligations de publicité**

- Défaut de publication au Journal Officiel des Communautés européennes des avis suivants : avis relatif à une procédure ouverte, avis relatif à une procédure restreinte, avis relatif à une procédure négociée, avis périodique indicatif utilisé comme moyen de mise en concurrence, avis concernant un système de qualification.
- Non renouvellement annuel de la publicité d'un avis de qualification lorsque le système a une durée supérieure à 3 ans ou est de durée indéterminée.
- Avis non conforme au modèle.
- Publication d'un avis au niveau national avant envoi au Journal Officiel des Communautés européennes.
- Contenu de l'avis publié au niveau national différent de celui publié au Journal Officiel des Communautés européennes.

**3. Transgression des règles relatives aux spécifications techniques**

- Spécifications techniques non définies par rapport à des spécifications européennes, alors que ces dernières existent.
- Dérogation abusive à des spécifications européennes.
- Défaut de motivation des dérogations à des spécifications européennes.
- Introduction de spécifications dans un but discriminatoire.

**4. Non conformité des modalités de qualification**

- Défaut de communication des critères et des règles de qualification ou de leur mise à jour aux fournisseurs et entrepreneurs qui les demandent.
- Imposition à certains fournisseurs et entrepreneurs de conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été imposées à d'autres.
- Absence de motivation du rejet de qualification adressé à un fournisseur ou à un entrepreneur.
- Rejet de qualification ne reposant pas sur des critères objectifs définis lors de l'établissement du système de qualification.
- Retrait de qualification pour des raisons ne se fondant pas sur les critères objectifs du système.
- Absence de notification à l'intéressé de l'intention de mettre fin à sa qualification ou notification sans indication des raisons justifiant cette intention.

### 5. Irrespect des critères de sélection et d'attribution

- Réduction injustifiée du nombre de candidats retenus ne permettant pas d'assurer une concurrence suffisante.
- Absence de communication dans les délais prévus, des cahiers des charges et des renseignements complémentaires demandés par les fournisseurs et entrepreneurs.
- Discrimination dans la sélection des candidats à une procédure restreinte ou négociée.
- Irrespect des délais minimum pour la réception des demandes de participation ou des offres.
- Acceptation de délais de remise des offres différents selon les candidats.
- Irrespect des critères et règles objectifs définis pour opérer la sélection des candidats.
- Absence de mise à disposition des fournisseurs et entrepreneurs qui le demandent, des critères et règles utilisés pour la sélection des candidats.
- Irrespect des critères annoncés ou de leur ordre d'importance pour l'attribution du marché.
- Rejet d'une offre jugée anormalement basse sans demander au soumissionnaire des renseignements complémentaires.
- Rejet injustifié d'une offre qui ne contient pas plus de 50 % de produits originaires de pays tiers.
- Refus d'accorder la préférence à une offre communautaire respectant les conditions de l'article 29.2 de la directive n° 90-531 ou préférence accordée à tort.

### B. LES DIFFÉRENTES FORMES DE RECOURS CONTENTIEUX AUTORISÉES

Le dispositif retenu répond à une double préoccupation. D'une part, il vise à faire mettre en place dans les Etats membres des «*moyens de recours efficaces et rapides*» afin d'assurer «*un renforcement substantiel des garanties de transparence et de non discrimination... (qui) ... soit suivi d'effets concrets*». D'autre part, il reconnaît «*qu'il convient de tenir compte de la spécificité de certains ordres juridiques en autorisant les Etats membres à choisir entre différentes options*».

Le texte ouvre donc aux autorités nationales, le choix entre plusieurs types de recours contentieux, mais il impose le respect d'un certain nombre de règles communes.

## 1. Les choix ouverts

### *a) La qualité de l'instance compétente*

La rédaction du paragraphe 1 de l'article 2 pourrait laisser supposer qu'en principe, les instances compétentes pour connaître des recours doivent avoir un caractère juridictionnel. Cependant le paragraphe 9 du même article admet, sans le préciser explicitement, qu'elles peuvent être administratives si leurs décisions sont motivées et, notamment dans l'hypothèse d'une présomption d'illégalité, contestables devant une juridiction .

Parallèlement, les Etats membres sont habilités à répartir les recours entre des instances distinctes.

Ces choix se trouvaient d'ailleurs également proposés par la directive n° 89-665 en date du 21 décembre 1989, relative aux procédures de recours en matière de marchés publics de fournitures et de travaux dans les secteurs autres que ceux initialement dits exclus.

### *b) La forme de la procédure*

La directive n° 89-665 précitée limitait sensiblement la liberté des Etats membres dans l'élaboration de la procédure à mettre en oeuvre puisqu'elle imposait :

- la prise de mesures provisoires en référé, soit pour corriger la violation alléguée ou empêcher de nouveaux dommages, soit pour suspendre la procédure de passation du marché public en cause ou l'exécution de la décision prise par le pouvoir adjudicateur ;

- l'annulation des décisions illégales portant sur l'attribution finale du marché aussi bien que sur ce qui conditionne cette attribution.

La directive n° 92-13, ici examinée, reprend ces dispositions (aux a et b du paragraphe 1 de l'article 2) mais autorise également une solution de remplacement -dite option c- permettant de corriger ou d'éviter une infraction en exerçant sur ses auteurs une pression indirecte, et non pas une pression directe.

L'option «c» assigne comme finalité au recours la prise de mesures ayant pour but *«...de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés ; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée*

*dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée». Elle doit être mise en oeuvre dans les délais les plus brefs mais pas obligatoirement par voie de référé.*

Soulignons enfin que, **quelle que soit l'option, la directive n'interdit ni n'exige la possibilité de faire appel de la décision prononcée.**

## 2. Les règles communes

### *a) Les conditions d'ouverture des recours*

Ce sont toutes les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs qui peuvent faire l'objet d'un recours.

A qualité pour l'exercer en vertu de l'article premier «... *toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée*».

### *b) Le droit aux dommages-intérêts*

Indépendamment du mode de recours institué, **les personnes lésées** par la violation doivent pouvoir obtenir des dommages-intérêts. Ainsi, en dispose l'alinéa d du paragraphe 1 de l'article 2.

Par ailleurs, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un Etat membre peut prévoir que, **après la conclusion** d'un contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance compétente se limitent à l'octroi de dommages-intérêts (article 2, paragraphe 6).

### *c) Le régime des mesures provisoires*

Pour ce qui concerne uniquement les mesures provisoires pouvant être prises par l'instance compétente pour connaître du recours, les Etats membres peuvent préciser qu'il y aura lieu de «...*tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et*

*de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages ».*

Il s'agit là d'une formulation particulière de la théorie dite du bilan. Celle-ci est mise en oeuvre par les juridictions administratives françaises. Son application conduit, notamment, le juge à évaluer les conséquences des décisions pouvant être prises sur un dossier particulier et à écarter celles de ces mesures qui, tout en étant légales, portent une atteinte disproportionnée à l'un des intérêts en présence.

Cette disposition (article 2, paragraphe 4) présente l'avantage manifeste d'autoriser un cantonnement des pouvoirs de l'instance compétente dans des limites raisonnables.

*d) L'intervention de la Commission des Communautés européennes*

Il faut enfin souligner que la mise en oeuvre de la procédure contentieuse peut résulter d'une initiative de la Commission des C.E.E.

L'intervention de la Commission n'est possible qu'avant la conclusion du contrat qui suit l'attribution du marché.

La Commission ne peut exercer ses prérogatives que dans la mesure où elle estime qu'a été commise «une violation claire et manifeste». Cette notion n'est pas définie par la directive, mais on peut raisonnablement considérer qu'elle englobe les manquements les plus graves tels le défaut de publication de l'avis d'appel d'offres au Journal Officiel des Communautés européennes, l'utilisation abusive de la procédure négociée ou la publication d'avis comportant des clauses incompatibles avec le droit communautaire.

Les droits reconnus à la Commission ne peuvent être exercés qu'auprès des seules autorités compétentes des Etats membres. Ils sont soumis à des conditions restrictives et encadrés par une procédure précise.

Celle-ci s'ouvre par la notification adressée à l'Etat et au pouvoir adjudicateur par la Commission qui y énonce les motifs pour lesquels elle estime qu'une violation claire et manifeste a été commise et en demande la correction.

L'Etat membre est seul compétent pour lui répondre dans les vingt jours :

- soit il indique que la violation a été corrigée ;
- soit il expose les raisons pour lesquelles elle ne l'a pas été, notamment en cas de recours juridictionnel ;
- soit il notifie à la Commission que la procédure précontractuelle a été suspendue, une nouvelle notification indiquant par la suite l'évolution de la situation : levée de la suspension ou ouverture d'une nouvelle procédure de passation.

Les compétences et les pouvoirs accordés à la Commission dans la directive n° 92-13 sont rigoureusement identiques à ceux qui lui sont attribués dans le cadre de la directive n° 89-665.

#### C. LES MESURES COMPLÉMENTAIRES

En revanche, la directive n° 93-13 instaure deux dispositifs particuliers qui ne figuraient pas dans la directive n° 89-665.

##### 1. La procédure spécifique d'attestation

Outre les voies de recours classiques, le texte communautaire introduit une procédure spécifique et facultative dite d'attestation (articles 3 à 7) qui repose sur un contrôle périodique de l'ensemble des achats des entités adjudicatrices. Institué à la discrétion des États membres, ce système a pour but de vérifier que les procédures de passation des marchés, suivie par les adjudicateurs sont conformes au droit communautaire.

Etablie -au moins une fois par an- par une personne autorisée offrant toutes les garanties de compétence et d'indépendance, l'attestation doit s'appuyer sur un rapport écrit qui fournit les résultats de l'examen opéré par l'attestateur.

Les entreprises qui ont obtenu une attestation peuvent le signaler dans les avis qu'elles sont amenées à publier au Journal Officiel des Communautés européennes.

La mise en place de ce mécanisme préventif ne dispense, bien entendu, nullement les Etats membres de satisfaire à leur obligation d'ouvrir aux plaintes individuelles une procédure de recours contentieux répondant aux critères décrits précédemment.

## **2. La procédure de conciliation**

Le souci de mettre en oeuvre une réglementation efficace a également conduit les auteurs de la directive à prévoir des modalités de conciliation.

A cet effet les articles 9 à 11 permettent à toute personne s'estimant lésée d'adresser une demande de conciliation soit à la Commission de Bruxelles, soit aux autorités nationales concernées qui ont alors à la transmettre à la Commission.

C'est ensuite la Commission qui propose les conciliateurs et conduit la procédure, chaque partie conservant à tout moment le droit d'y mettre fin.

### **D. LE RÉEXAMEN DE LA DIRECTIVE**

On ne peut clore cette brève présentation sans souligner un point important : avant l'expiration d'une période de quatre ans, la Commission des Communautés européennes examinera l'application de la directive et proposera, le cas échéant, des modifications pour l'adapter.

Il convient donc d'avoir cet élément à l'esprit dans le cadre d'une réflexion sur le meilleur mode de transposition en droit interne.

En effet, si les dispositions communautaires se révèlent à l'usage quelque peu inadaptées et sont en conséquence infléchies, il peut -dans quelques années- s'avérer préjudiciable de les avoir interprétées de manière extensive et d'en avoir opéré une transcription trop rigoureuse. Ceci est d'autant plus dangereux que

ces dispositions interviennent dans un domaine particulièrement sensible aux perturbations précontractuelles.

Malheureusement, le projet de loi présenté au Sénat ne paraît pas échapper entièrement à ce risque.

## **II. LE PROJET DE LOI PRÉVOIT UNE APPLICATION TROP RIGOUREUSE DE L'OPTION LA MIEUX ADAPTÉE**

Quoiqu'en droit français, les recours qui ne relèvent pas de la procédure pénale ressortent, en principe, du domaine réglementaire, l'intervention du législateur se révèle indispensable pour satisfaire aux exigences de la directive.

C'est, en effet, dans le processus même de formation du contrat qu'il s'agit de permettre à des tiers d'intervenir dès lors qu'ils allèguent en être évincés illégalement. Ce faisant, le mécanisme prévu s'oppose aux règles classiques de notre droit qui - en vertu des principes de libre formation des conventions et de l'autonomie de la volonté - ne reconnaît pas aux tiers la possibilité d'intervenir au cours de la période précontractuelle. Cette innovation - dont la loi de janvier 1992 est le seul autre exemple - touche aux principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Elle ne peut donc être introduite, aux termes de l'article 34 de la Constitution, que par la voie législative.

A l'inverse, les orientations de la directive qui ne concernent pas les recours contentieux préalable à la conclusion du contrat entrent clairement dans les attributions du pouvoir réglementaire.

C'est pourquoi, le projet de loi se borne, pour l'essentiel <sup>(1)</sup>, à traduire en droit français les principales dispositions des articles premier et 2 de la directive.

Parmi les choix ouverts par cette dernière, le projet de loi présente une solution entièrement juridictionnelle qui respecte la répartition traditionnelle des compétences entre nos deux ordres de

---

*(1) Il modifie également la portée de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, en excluant de son champ d'application les établissements publics industriels et commerciaux des collectivités locales (article 2), mais cet ajustement ne justifie pas ici de commentaires particuliers.*



juridiction et retient l'option dite «c» (paiement d'une somme déterminée).

Ces arbitrages généraux sont tout à fait judiciaires. Pourtant, dans ce cadre globalement satisfaisant, les modalités pratiques de mise en oeuvre de «l'option c» apparaissent à votre commission d'une rigueur excessive, au regard notamment des exigences du dispositif communautaire.

#### A. UN TEXTE REPOSANT SUR DES CHOIX PERTINENTS

### 1. Un recours juridictionnel réparti entre les deux ordres de juridiction

#### *a) Un recours juridictionnel*

La possibilité de confier l'examen des recours à une autorité administrative spécifique se trouve écartée. Ceci doit être approuvé car :

- le recours administratif ne permettrait pas, en tout état de cause, de faire l'économie du recours juridictionnel ;

- il risquerait, en outre, de remettre en cause les principes de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction.

Aussi la procédure juridictionnelle qui est proposée est-elle, de loin, préférable.

#### *b) La répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels*

En droit français, les contrats assujettis aux dispositions communautaires relatives aux marchés de fournitures et de travaux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications se trouvent -en application de la loi ou de la jurisprudence- régis soit par le droit public, soit par le droit privé.

Ainsi, d'une manière générale, les litiges concernant des marchés de travaux publics des établissements industriels et

commerciaux de l'Etat -directement concernés ici- sont soumis au juge administratif et les contentieux portant sur leurs marchés de fournitures sont arbitrés par le juge judiciaire. Cependant ces principes d'attribution reposent parfois sur des distinctions subtiles (par exemple, entre travaux publics et travaux privés) ou peuvent faire l'objet d'exceptions particulières (un contrat de fournitures soumis à un régime exorbitant du droit commun présente un caractère de contrat administratif).

Dans ces conditions, on ne peut qu'approuver le principe sur lequel repose l'économie du projet de loi, puisqu'il consiste à faire examiner les recours précontractuels fondés sur le droit communautaire par celle des juridictions -judiciaire ou administrative- compétente au fond, en application des critères traditionnels de notre système juridique.

## 2. Une contrainte pécuniaire plutôt qu'une suspension/annulation des procédures précontractuelles

L'organisation juridictionnelle des procédures retenue par le projet de loi est calquée sur celle édictée par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1990 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de marchés de fournitures et de travaux dans les secteurs autres que ceux longtemps dits exclus. Il n'en va pas de même pour les pouvoirs reconnus au juge.

La loi de 1992 lui reconnaît la faculté de prendre «*des mesures provisoires tendant ... à ce que soit **suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte***» et éventuellement d'annuler de telles décisions.

Or, le texte soumis au Sénat écarte cette solution permise, rappelons-le, par la directive. Il innove et vise à assurer le respect précontractuel du droit communautaire en organisant un **système de contraintes pécuniaires** qui est fondé sur les orientations tracées par «*l'option c*».

Pour votre commission des Affaires économiques et du Plan, la **spécificité de certaines des situations qu'il s'agit de réguler justifie ce traitement particulier.**

A la différence de la plupart des marchés publics classiques, de nombreuses activités industrielles visées par le projet de loi obéissent à des procédures complexes et de longue durée. Pour s'en convaincre, il suffit simplement d'énumérer quelques-unes de celles

de nos grandes entreprises et certains des marchés qui seront assujettis au texte : SNCF (construction d'une ligne TGV) ; France Télécom (installation de réseaux en fibre optique) ; EDF (édification d'une centrale nucléaire) ; Lyonnaise des eaux (usine de traitement des eaux usées)...

De ce fait, le traitement des litiges survenant dans de telles occasions peut demander une expertise très approfondie qui pourrait difficilement être effectuée dans des délais assez brefs. Or, la brièveté des délais qui doivent être impartis au juge pour statuer est de règle en l'espèce, car il n'est pas souhaitable de suspendre trop longtemps un appel d'offre en cours d'exécution. Ainsi, dans le cadre de la loi de janvier 1992, le décret n° 92-6964 du 7 septembre 1992 a fixé ce délai à **vingt jours**. Quel contraste si l'on compare ledit délai avec le seul cas connu de recours juridique contre EDF par un fournisseur écarté d'une procédure de qualification (affaire CELDUC) ! Dans cette affaire -qui constitue sans doute un exemple extrême- il s'est écoulé **sept ans** entre les faits et la dernière décision judiciaire.

Par ailleurs, dans les industries de réseaux (télécommunications, transports, énergie) directement visées par la réglementation communautaire, le coût réel de l'annulation ou de la suspension d'une procédure de passation d'un marché dépasse largement, par effet de contagion, les intérêts en jeu sur ce marché. N'oublions pas, par exemple, qu'à la SNCF, des travaux sur la voie qui supposent un ralentissement des trains ou une interdiction de circulation n'entraînent pas seulement l'ouverture d'un chantier mais, aussi, des changements d'horaires, des modifications des flux de trafic, une communication commerciale... Pour ces raisons, ils sont programmés très longtemps à l'avance. Leur déroulement est rigoureusement planifié et une perturbation du calendrier initial suscite de multiples problèmes indépendants du chantier proprement dit.

Soumettre de telles situations au dispositif institué en janvier 1992 aurait donc pu avoir des conséquences très perturbantes, voire pénalisantes compte tenu des enjeux financiers et industriels en cause.

L'interruption de la passation du marché qu'induit la logique de la loi de 1992 est, en effet, de nature à causer des dommages très supérieurs à ceux que pourrait subir un fournisseur lésé. Ainsi l'arrêt des prestations fournies aux clients qui peut en résulter est inacceptable quand il s'agit d'industries de réseaux assurant un service public.

L'introduction d'un retard dans l'exécution d'un ouvrage peut également avoir des conséquences disproportionnées. Dans la plupart des cas la réalisation d'un grand programme industriel

implique la passation de plusieurs marchés. L'arrêt de la procédure de passation de l'un d'entre eux se répercutera donc sur l'ensemble de l'ouvrage et augmentera son coût global d'un pourcentage qui peut, parfois, être prohibitif.

Sans compter que l'arrêt de l'activité chez les différents sous-traitants attributaires du marché peut se traduire par du chômage technique ou l'immobilisation momentanée de moyens de production lourds. Lorsque l'on se rappelle qu'un marché de travaux pour une tranche de centrale nucléaire mobilise, de proche en proche, plus de mille entreprises sous-traitantes, il n'est pas possible de négliger l'impact économique et social que pourrait avoir sa paralysie.

Toutes ces implications négatives amènent logiquement à considérer que le choix de l'option suspension/annulation -et l'extension subséquente de la loi de janvier 1992 aux secteurs exclus- eut été pour le moins inadapté. La raison en est simple : dans ce cadre, les moyens mis entre les mains du juge ne permettent pas une modulation suffisamment précise des sanctions en fonction de la gravité de l'infraction.

Il convient donc de se féliciter de l'orientation arrêtée par le Gouvernement en faveur de pénalités pécuniaires permettant une gradation plus aisée.

Il n'en demeure pas moins que les modalités d'application de cette orientation ne sont pas exemptes de critiques, car lesdites pénalités pécuniaires peuvent être prononcées dans l'urgence, sans limitation de montant et sans les garanties procédurales qui sont habituellement reconnues aux justiciables.

## B. DES MODALITÉS D'APPLICATION CRITIQUABLES

### 1. Un dispositif conférant des pouvoirs excessifs au juge du référé

#### a) *Le dispositif*

Que ce soit la juridiction judiciaire ou la juridiction administrative qui soit compétente, la volonté de satisfaire aux exigences de célérité posées par la directive communautaire a conduit à confier le contentieux des manquements aux règles de passation des marchés au seul juge des référés.

Dans les deux cas, celui-ci se voit conféré des pouvoirs d'astreinte reprenant ceux institués, pour assurer l'exécution des décisions de justice, par les articles 33 à 37 de la loi n° 91-650 du 11 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

L'astreinte «*frappe le portefeuille pour contraindre la volonté*» a pu écrire le doyen Carbonnier. De fait, elle est, par essence, une mesure coercitive par laquelle un tribunal condamne la partie qui succombe à verser à celle qui l'emporte une certaine somme d'argent, augmentant avec le nombre de jours de retard mis à exécuter l'obligation.

Les règles posées par la loi de juillet 1991 et reprises dans le présent projet de loi sont particulièrement sévères. Elles permettent le prononcé successif d'une astreinte provisoire -dont la liquidation tient compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée- et d'une astreinte définitive -dont le taux ne peut être modifié lors de la liquidation-, tout en autorisant le cumul de leur montant.

Fondé en quelque sorte exclusivement sur l'attribution de prérogatives prétorienne à un juge statuant en la forme des référés, le système très contraignant ainsi institué n'est pourtant nullement un impératif communautaire. Bien au contraire -nous l'avons vu- la directive autorise des formules plus souples qui, tout en assurant le respect du droit commun de la CEE, éviteraient d'exposer certaines de nos plus grandes entreprises aux risques d'une jurisprudence insuffisamment soucieuse des réalités économiques.

#### *b) Son caractère excessif*

Trois raisons amènent votre Commission à estimer excessif le dispositif proposé.

Il lui apparaît tout d'abord reposer sur une **interprétation par trop extensive** des obligations prévues par la directive. Remarquons notamment que l'astreinte peut difficilement s'analyser en «*un ordre de paiement d'une somme déterminée*» puisque son montant définitif dépend de la rapidité avec laquelle la partie qui est condamnée s'exécute. Elle ne peut donc être «*déterminée*» en toute certitude qu'au moment de sa liquidation et non lors du jugement.

En outre, **aucune limitation n'est fixée au pouvoir du juge**. La prise en compte des conséquences probables des mesures prises, pourtant prévue par la directive lorsqu'il s'agit de mesures provisoires, n'est pas exigée. Le montant de l'astreinte provisoire tout

comme celui de l'astreinte définitive peuvent être établis de manière discrétionnaire.

Enfin, le juge statuant en premier et dernier ressort, **il n'est pas possible de faire appel** de sa décision. Certes, cela n'interdit pas de se pourvoir en cassation mais la Cour de cassation se prononce uniquement en droit. Elle n'examine pas au fond les circonstances de l'espèce et accepte l'appréciation qui en a été faite par le juge du fond dans son jugement. La nouvelle jurisprudence risque, en conséquence, de se construire dans la hâte inhérente aux procédures d'urgence.

Paradoxalement, il y a donc fort à craindre qu'avec un tel système, la mise en oeuvre de «*l'option c*» emporte, des effets équivalents à ceux du recours en annulation/suspension dont on a, par ailleurs, nettement souhaité écarter les dangers.

S'agissant d'organiser une procédure entièrement nouvelle et qui plus est touche au domaine précontractuel dans lequel le juge français n'intervient généralement pas, ne serait-il pas plus sage d'avancer avec davantage de prudence ?

Votre commission incline à se prononcer en ce sens, d'une part, parce que la directive transposée peut être révisée dans quatre ans au vu de son application et, d'autre part, parce que deux au moins de nos partenaires européens -et non des moindres- ne paraissent pas s'engager dans la voie d'une application aussi stricte des règles communautaires.

## **2. Une interprétation extensive des obligations communautaires, apparemment isolée**

### *a) La directive commence à être transcrite dans d'autres pays*

La France n'est pas le seul pays de la C.E.E. à avoir élaboré un projet de transposition de la directive n° 93-12.

Deux de ses grands partenaires, l'Allemagne et le Royaume-Uni, ont fait de même, le Royaume-Uni l'ayant déjà transcrite.

En effet, les «*Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992*» qui organisent l'application en droit britannique

de la directive n° 90-531 rendent également d'effet direct la directive n° 92-13.

En Allemagne, la transcription de cette directive n° 92-13 est prévue par un projet de loi modifiant la loi relative aux principes budgétaires («*Haushaltsgrundsatzgesetz*» : articles 57 a, 57 b, 57 c) et par un projet de règlement sur la procédure de vérification des marchés («*Nachprüfungsverordnung*»).

Chacun de ces pays a élaboré une solution différente de celle proposée en France.

Dans les deux cas c'est l'option «suspension/annulation» qui a été préférée. Cependant, si outre-Manche le contrôle du respect de la réglementation communautaire a été confié aux tribunaux de l'ordre judiciaire, outre-Rhin, il est exercé par des instances de nature administrative (1).

Ces procédures sont toutefois loin d'emporter les conséquences qu'entraîneraient en droit français une extension aux secteurs exclus des mesures instituées par la loi de janvier 1992, ou, tout simplement, une application en l'état du dispositif présenté.

*b) ... mais seule la France en fait une interprétation extensive*

Au **Royaume Uni**, les études communiquées à votre rapporteur sur la portée des textes en vigueur font apparaître que, dans la grande majorité des cas, la sanction devrait plutôt prendre la forme de dommages et intérêts.

En effet, les articles 30 (1) et 30 (2) du règlement britannique prévoient cette possibilité et le contexte jurisprudentiel dans lequel s'inscrit ce règlement laisse supposer que la suspension ou l'annulation d'un marché par le biais d'un «*interim order*» (ordonnance en référé) n'interviendrait que lorsqu'il y a infraction flagrante aux dispositions légales. Ainsi une mesure pouvant retarder ou paralyser la procédure de passation d'un marché paraît exclue, dès lors qu'il existe une contestation sérieuse quant à l'existence ou non d'une telle infraction flagrante.

---

(1) Le premier niveau de recours est un service de vérification des adjudications dont les décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant un commissaire aux adjudications.

En Allemagne, si les projets déposés sont adoptés, derrière la visibilité apparente de la menace de suspension ou d'annulation, les recours devraient vraisemblablement se conclure, eux aussi, par l'attribution de dommages-intérêts.

Les textes n'imposent aucun délai pour prendre une décision ni aux services de vérification des adjudications, ni aux autorités d'appel. De plus, la cascade d'instances mise en place dans chaque Land et au niveau fédéral risque d'allonger les procédures de recours.

Certes, les organismes compétents peuvent, avant la conclusion du contrat, ordonner à l'adjudicateur de « suspendre provisoirement la procédure d'adjudication et, en particulier, de ne pas attribuer le marché tant que l'organisme de vérification n'aura pas pris de décision ».

Cependant, il est précisé que les pouvoirs d'annulation, d'injonction, de substitution et de suspension « *sont applicables exclusivement durant la période précédant la passation des marchés* ». Ceci signifie qu'après la conclusion du contrat, le fournisseur lésé ne pourra qu'obtenir des dommages et intérêts.

Aussi, cette disposition et le jeu conjugué de délais importants - qui rendent difficilement envisageables des mesures de gel des procédures hors cas de violation flagrante - conduisent-elles nombre d'observateurs à estimer que l'indemnisation financière du préjudice subi sera la solution la plus couramment appliquée.

Au-delà des différences de tradition juridique, ces deux exemples semblent bien démontrer :

- d'une part, que ce n'est pas seulement le choix de l'option « *suspension-annulation* » ou « *paiement d'une somme* » qui est déterminant quant aux effets des obligations de la directive en droit interne mais, aussi, les modalités retenues pour la mise en oeuvre de chacune de ces options ;

- et, d'autre part, que l'interprétation du texte communautaire faite par nos deux partenaires est beaucoup plus restrictive que celle révélée par le projet de loi présenté au Sénat.

Les dispositifs mis en place en Grande-Bretagne et en Allemagne fonctionnent de façon à préserver les droits de l'acheteur dans des contentieux qui, par nature, ne sont pas faciles à régler. Celui présenté en France n'apparaît pas offrir, tout à fait, les mêmes garanties.



Quite à prendre le risque de caricaturer la situation, d'aucuns tendent même à conclure que, dans les cas les plus courants, un adjudicateur ayant transgressé les règles communautaires de passation des marchés se verrait condamné à des dommages-intérêts et à des astreintes financières contraignantes à Paris, alors qu'il n'aurait à acquitter que des dommages-intérêts à Londres et à Munich.

De tels déséquilibres n'apparaissent pas souhaitables à votre commission des Affaires économiques et du Plan. C'est pourquoi, dans le souci d'assurer une application fidèle des règles communautaires sans pour autant imposer aux entreprises françaises concernées plus de contraintes que celles supportées - dans leurs pays - par leurs homologues étrangères, elle présentera plusieurs amendements au texte soumis au Sénat.

### III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Fidèle aux principes qu'elle-même et le Sénat ont défendus l'an dernier lors de la transposition de la directive n° 90-531, votre commission des Affaires économiques et du Plan a été guidée, tout au long de ses travaux, par deux préoccupations majeures :

- traduire en droit français toutes les obligations créées par la directive n° 93-12 mais rien que ces obligations ;

- éviter que nos entreprises puissent se voir soumises à des contraintes qui ne s'imposeraient pas à leurs homologues des autres pays de la CEE.

Sur ce fondement, il lui est donc apparu regrettable que le projet de loi ne prenne pas en compte les dispositions qui, dans le texte transposé, permettent :

- de soumettre le prononcé de mesures provisoires à l'évaluation de leurs conséquences sur les intérêts en présence ;

- de ne pas écarter une possibilité d'appel à l'encontre des décisions prononçant une astreinte définitive ;

- et, au total, de pallier au risque que les mécanismes mis en place puissent, en définitive, avoir les mêmes effets que l'option de suspension/annulation écartée en raison même des périls auxquels elle aurait exposé des marchés particulièrement complexes et coûteux.

Cette omission par le projet de loi de plusieurs des possibilités ouvertes par le droit communautaire apparaît d'autant plus gênante, pour celles de nos industries qui sont concernées, que leurs concurrentes britanniques et allemandes sont déjà soumises -ou devraient prochainement être soumises- à des mesures apparemment mieux adaptées aux réalités économiques.

C'est pourquoi votre commission est favorable à une modification allant en ce sens de la procédure que propose le projet de loi. Elle vous présentera en conséquence **onze amendements** ayant pour objet de soumettre les pouvoirs du juge du référé aux limites explicitement prévues dans la directive communautaire n° 93-14.

## EXAMEN DES ARTICLES

### *Article premier*

*(Art. 7-1 et 7-2 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992)*

### **Organisation des recours devant les deux ordres de juridiction**

La directive n° 92-13 que vise à transposer le projet de loi a pour objet, nous l'avons vu, d'assurer le respect des obligations fixées par la directive n° 90-531 qui a été traduite dans notre droit par la loi du 11 décembre 1992.

Fort logiquement, le texte soumis au Sénat propose, par voie de conséquence, de transcrire la directive n° 92-13 en insérant plusieurs dispositions, à cette fin, dans la loi de décembre 1992.

Ainsi, l'article premier du projet de loi, introduit deux nouveaux articles (7-1 et 7-2) dans la loi de 1992. Ceux-ci précisent les modalités de mise en oeuvre des recours pouvant être engagés à l'encontre des manquements à la réglementation communautaire qui s'applique aux marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Pour ce faire, les deux nouveaux dispositifs distinguent selon que les contrats visés relèvent du droit privé ou du droit public.

L'article 7-1 fixe l'ensemble des modalités de la procédure contentieuse régissant les contrats de droit privé. Pour ce qui concerne ceux qui ressortent du droit public, l'article 7-2 renvoie à l'article L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ce dernier article se trouvant modifié par l'article 4 du projet de loi.

*Texte proposé pour l'article 7-1*

**Mise en oeuvre des recours relatifs aux contrats de droit privé**

**1. Le dispositif**

● **Sa portée**

Cela a déjà été souligné dans le cadre de l'exposé général du présent rapport : un certain nombre de contrats définis à l'article premier de la loi de décembre 1992 sont assujettis aux règles du droit privé.

Il s'agit, tout d'abord, des contrats passés entre deux personnes privées <sup>(1)</sup>, même s'ils se rattachent à une mission de service public <sup>(2)</sup>, à l'exception de ceux portant sur certains travaux routiers (routes et autoroutes, tunnels routiers <sup>(3)</sup>) ou de ceux dont l'un des cocontractants agit pour le compte d'une collectivité publique <sup>(4)</sup>.

Les contrats souscrits par une personne publique avec une entreprise privée peuvent également être soumis au régime du droit privé s'ils ne concernent pas un marché de travaux publics, s'ils ne visent pas à l'exécution d'une mission de service public et s'ils ne comportent pas de clause exorbitante du droit commun.

L'article 7-1 ouvre la faculté au juge judiciaire d'intervenir, par dérogation aux principes de notre droit, dans le processus de la conclusion des contrats privés précités dès lors qu'un manquement aux règles communautaires régissant ce processus se trouve allégué.

---

*(1) Dans les cas qui nous intéressent, ce pourrait par exemple être ceux passés par une société des eaux avec un cocontractant privé.*

*(2) TC, 3 mars 1969, Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés «Interlait», Lebon p.682.*

*(3) TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, Lebon p. 787.*

*(4) CE, 30 mars 1975, Société d'Équipement de la région montpelliéraine, Lebon p. 326 ; TC, 7 juillet 1975, commune d'Agde, Lebon p. 798.*

### • Son contenu

Si les conditions précitées sont vérifiées, le juge judiciaire peut être saisi soit par toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ledit manquement, soit par le ministère public lorsque la Commission des Communautés européennes a notifié à l'Etat qu'elle constatait une violation claire et manifeste des obligations qui s'imposent au pouvoir judiciaire.

Cette dernière voie de recours répond aux exigences de l'article 8 de la directive. Elle est destinée à permettre à la France d'être en mesure de justifier, dans un délai de 30 jours, que la violation des règles communautaires notifiée par la Commission a été corrigée, que la procédure de passation du marché a été suspendue ou qu'un recours a été déposé.

Le litige est porté devant **un juge unique** et non devant une formation collégiale. Ce juge est soit le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente - à savoir, le plus souvent, le tribunal de grande instance -, soit son délégué.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 7-1, ce juge **« statue en premier et dernier ressort en la forme des référés »**.

Cette disposition emporte **deux conséquences** simultanées.

Elle implique, en premier lieu, que la décision du juge ne sera **pas susceptible d'appel** puisqu'elle est rendue en dernier ressort.

En second lieu, elle entraîne que **la décision prise est de nature contentieuse**, porte sur le fond et n'est pas assujettie au régime de l'exécution provisoire.

Une telle décision n'obéit pas, en effet, au régime juridique de l'ordonnance de référé de droit commun. Dans ce dernier cadre, le juge peut uniquement prononcer des mesures provisoires qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse et ne touchent pas au fond du litige (1), dès lors que les mesures à prendre ont un caractère d'urgence. Dans le cas qui nous intéresse, le président ou son délégué statue **« en la forme des référés »** - c'est-à-dire de manière rapide - mais sans être pour autant juge des référés ; il est juge du fond.

---

(1) Voir, à ce propos, articles 484, 808 et 809 du nouveau code de procédure civile.

L'ordonnance prise en cette forme l'est au principal et non pas au provisoire. Elle a donc autorité de la chose jugée.

Certes, les éléments qui caractérisent cette procédure - à savoir un juge unique statuant au fond et en dernier ressort, quelle que soit l'importance du litige - sont connus de notre droit (1). Cependant leur combinaison est rarissime. Seule, à la connaissance de votre rapporteur, la loi du 4 janvier 1992 en fournit un autre exemple et ce caractère exceptionnel se doit d'être souligné.

Bien entendu, cette solution originale répond à l'exigence communautaire de faire trancher le litige «dans les délais les plus brefs».

Elle n'en présente pas moins des inconvénients certains à partir du moment où elle s'applique à des relations précontractuelles dont les enjeux financiers peuvent être considérables.

Inconvénients d'autant moins contestables que le juge compétent pour ordonner à l'adjudicateur mis en cause de se conformer à ses obligations peut assortir ses injonctions de mesures d'astreinte identiques à celles prévues, pour assurer le respect des décisions de justice, par la loi de juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

Prononcées en dernier ressort et sans les délais souvent nécessaires à un examen approfondi au fond, ces mesures présentent en effet le risque d'engendrer un blocage des négociations précontractuelles, car elles permettent - nous l'avons vu dans le cadre de l'exposé général - de condamner un adjudicateur récalcitrant ou sûr de son bon droit au paiement de sommes dont le montant n'est pas limité. Et ce, ne l'oublions pas, alors même qu'en droit la Cour de cassation peut, en définitive, décider - mais trop tard - que ledit adjudicateur avait respecté ses obligations. La comparaison avec les procédures de droit commun souligne le caractère excessif de ces règles : si, après sa conclusion, un contrat pouvait être annulé dans les mêmes conditions de précipitation, ne serait-il pas pour le moins

---

(1) • Le tribunal d'instance statue à juge unique et connaît en dernier ressort de toutes les actions personnelles et mobilières, mais seulement jusqu'à la valeur de 13.000 francs et à charge d'appel jusqu'à 30.000 francs (article L.321-4 et R.321-1 du code de l'organisation judiciaire).

• Le pouvoir de prendre certaines décisions au fond en la forme des référés est attribué aux juges des affaires matrimoniales (article 1084 du code de procédure civile) et existe en matière d'urbanisme et d'expropriation mais, dans ces cas, la décision prise est susceptible d'appel.

difficile de soutenir que la sécurité juridique des transactions se trouve assurée ?

## 2. Les amendements proposés

### ● Leur motivation

Votre commission a choisi de retenir les grands principes de la procédure proposée par le projet de loi (juge unique statuant selon une procédure d'urgence et pouvant prononcer des injonctions assorties d'astreintes). Elle a, en effet, considéré qu'ils composaient les éléments d'une réponse adaptée aux exigences de la réglementation communautaire. Mais, afin d'en éviter toute application excessive, elle a eu pour souci d'encadrer plus strictement les pouvoirs reconnus au juge.

Pour ce faire, elle propose :

- de souligner plus nettement qu'actuellement que ces pouvoirs ressortent d'une procédure spéciale et qu'ils doivent être exercés de manière progressive, le prononcé d'une astreinte provisoire ne pouvant suivre une injonction qu'après un certain délai et une astreinte définitive ne pouvant être ordonnée qu'après liquidation de l'astreinte provisoire ;

- de soumettre le prononcé de l'astreinte provisoire au respect de la «*théorie de bilan*» telle qu'elle est énoncée au paragraphe 4 de l'article 2 de la directive ;

- d'ouvrir la voie de l'appel pour les décisions condamnant au paiement d'une astreinte définitive.

### ● Leur contenu

Elle vous soumet, en conséquence, **six amendements**.

Le **premier** précise le caractère spécial de la procédure prévue. Il interdit ainsi que les mesures entrant dans ce cadre puissent être combinées avec des mesures de droit commun telles celles ouvertes par l'article 809 du code de procédure civile, qui permet, entre autres, au président du tribunal de grande instance de prescrire en référé des «*mesures conservatoires ou de remises en état*»

par nature étrangères au régime de « l'option c » qu'il s'agit de transposer.

Le deuxième organise le déroulement du premier temps de l'instance. Il indique quelle est l'autorité juridictionnelle compétente. Il précise, d'une part, que le juge doit déterminer les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit se conformer à ses obligations et, d'autre part, qu'il ne peut prononcer une astreinte provisoire qu'à l'expiration de ces délais.

Surtout, en conformité avec la directive n° 92-13, il ouvre au juge la possibilité de ne pas accorder d'astreinte provisoire lorsque, après examen des incidences probables de cette mesure sur tous les intérêts en présence, il apparaît que ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.

Les troisième et quatrième amendements sont des amendements de cohérence, en ce sens qu'ils suppriment des dispositifs organisant d'une manière différente de celle que propose votre commission la juxtaposition des régimes d'astreinte provisoire et définitive.

Le cinquième est de nature purement rédactionnelle.

Le sixième amendement définit les règles applicables au prononcé de l'astreinte définitive. A la différence du texte initial, il précise qu'elle ne peut être ordonnée qu'à la liquidation de l'astreinte provisoire -et non simplement après le prononcé de cette dernière- et à la condition expresse que le (ou l'un) des manquements constatés -et dont l'absence de correction a déjà été sanctionnée par une astreinte provisoire- n'ait pas été corrigé.

Cet amendement ouvre aussi la possibilité de faire appel de cette décision puisqu'en cette circonstance, si le juge continue à statuer en la forme des référés, il n'intervient plus en dernier ressort. Il est toutefois précisé, par souci de conformité au texte communautaire, que l'appel est interjeté « *comme en matière de référé* » c'est-à-dire selon des procédures accélérées.

Enfin, ledit amendement rappelle, tout comme le projet de loi, que l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts et prévoit l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour préciser les conditions d'application du dispositif. Il apparaît, en effet, nécessaire de préciser les délais dans lesquels le juge doit statuer à chaque stade de la procédure, les modalités d'appel d'une décision d'astreinte définitive, ainsi que celles du calcul de cette astreinte de manière à ce que, à défaut d'être déterminé au moment du jugement, son montant puisse tout au moins être déterminable.



N'oublions pas, en effet, que la directive communautaire prévoit que les obligations qu'elle instaure se trouvent satisfaites en cas de «paiement d'une somme déterminée» et que l'astreinte, prononcée dans les conditions du droit commun, ne peut pas recevoir une telle qualification.

**Votre Commission des Affaires économiques et du Plan vous demande en conséquence d'adopter les modifications au texte proposé pour l'article 7-1 dans la forme où elle vous les soumet.**

*Texte proposé pour l'article 7-2*

**Attribution de compétence pour les recours relatifs aux contrats de droit public**

Le présent article donne compétence à la juridiction administrative pour connaître des litiges nés d'un manquement précontractuel aux règles communautaires lorsque, d'une part, le contrat en cause est un de ceux visé à l'article premier de la loi de décembre 1992 et que, d'autre part, il relève du droit public. Ce dispositif est, en quelque sorte, le pendant du premier alinéa de l'article 7-1, dont il reprend d'ailleurs la structure rédactionnelle.

Pour préciser la portée du critère ainsi retenu, rappelons simplement que les contrats relevant du droit public sont ceux passés par une personne publique ou pour son compte et soumis au droit administratif :

- soit en vertu d'une disposition législative expresse,
- soit en raison de la présence de clauses exorbitantes du droit commun dans les stipulations,
- soit parce que le cocontractant se voit confier une participation directe à l'exercice d'une activité de service public.

Ainsi, dans les cas couverts par le projet de loi, les contrats passés par un établissement public industriel et commercial et portant sur des marchés de travaux publics verront les litiges précontractuels auxquels ils peuvent donner lieu soumis au juge administratif.

L'article 7-2 précise que l'intervention de ce juge s'effectue dans les conditions prévues à l'article L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours d'appel, article L.23 dont une nouvelle rédaction se trouve par ailleurs proposée par l'article 4 du projet de loi.

Cet article 7-2 se limitant, en définitive, à fixer clairement le critère de compétence du juge administratif, **vo**tre **commission** vous demande de l'adopter tel qu'il vous est présenté.

\*

\* \*

Elle vous demande, ensuite, d'adopter dans son ensemble l'article premier du projet de loi avec les amendements qu'elle vous a proposés.

## *Article 2*

### **Modification du champ d'application de la loi du 11 décembre 1992**

L'article 2 tend à harmoniser le dispositif de l'article premier de la loi n° 92-1292 du 11 décembre 1992 avec les règles régissant le code des marchés publics. La modification proposée a pour but de permettre la soumission, par décret, des contrats passés par les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) des collectivités locales, non pas aux procédures de recours établies par le présent projet de loi, mais à celles résultant de la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992.

Votre **commission** est favorable à cette orientation pour des raisons qui sont à la fois d'ordre économique et juridique.

En premier lieu, elle relève que les marchés des EPIC des collectivités locales atteignent très rarement la complexité technique et l'ampleur financière de ceux ouverts par les EPIC de l'Etat. Leur soumission au droit commun (régime de suspension/annulation) n'emporte donc pas les inconvénients redoutés pour des marchés

d'envergure nationale et peut même présenter quelques avantages pour les PME locales écartées, à tort, d'un appel d'offres.

On se doit, en second lieu, de constater qu'une tradition juridique bien établie tend, dans notre pays, à confier au pouvoir réglementaire le soin d'organiser les marchés de travaux et de fournitures des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Les dispositions auxquelles sont, en ce domaine, assujetties les collectivités locales ont été précisées par des règlements d'administration publique et des décrets pris sur le fondement d'une habilitation donnée au Gouvernement par un décret-loi du 12 novembre 1938. Par la suite, l'article 21 de la loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements autres qu'industriels et commerciaux, et les équipements collectifs a prévu que la réglementation des marchés de travaux de l'Etat, de ses établissements publics, autres qu'industriels et commerciaux, ainsi que les marchés de travaux des collectivités locales et des établissements publics locaux relève en permanence du pouvoir réglementaire. Cette attribution de compétence n'ayant pas été remise en cause malgré le partage opéré par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, les règles du livre III du code des marchés publics (marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics) ont été exclusivement fixées par le pouvoir réglementaire.

Certes, à l'initiative du Sénat, le Parlement avait souhaité et le Gouvernement accepté, lors de la discussion de la loi de décembre 1992 qui a transposé la directive n° 92-1282, que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) soient assujettis par la loi, et non par le règlement, aux dispositions de cette directive. Cependant, le texte introduit, à cette occasion, visait, pour l'essentiel, les EPIC de l'Etat pour lesquels -le présent projet de loi le démontre bien- l'application du droit communautaire peut poser de délicats problèmes.

Dans ces conditions, votre commission ne présente pas d'objections à l'ajustement souhaité par le Gouvernement et vous demande d'adopter l'article 2 sans modification.

### Article 3

#### Entrée en vigueur des articles 7-1 et 7-2

L'article 3 de la loi de décembre 1992 précise que les dispositions de cette loi sont applicables à compter du 1er janvier 1993. Or, cette date d'entrée en vigueur ne peut, à l'évidence, être retenue pour les articles 7-1 et 7-2 que le présent projet de loi y insère.

L'article 3 ici examiné tire donc la conséquence logique de cette situation en précisant que la date indiquée ne s'applique pas aux deux nouveaux articles.

**Aussi, votre commission vous demande-t-elle d'adopter l'article 3 en l'état.**

### Article 4

*(Article L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel)*

#### Mise en oeuvre des recours relatifs aux contrats de droit public

##### ● Le dispositif

L'article 4 aménage, dans des conditions comparables à celles posées au 7-1 de l'article premier, la procédure de recours ouverte devant le juge administratif. Il modifie l'article L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel <sup>(1)</sup>.

---

*(1) Par la même, se trouvent supprimées les dispositions figurant actuellement dans cet article L.23 et qui excluent l'application de l'article L. 22 à St-Pierre-et-Miquelon. Cette suppression apparaît toutefois pertinente car l'article L.22 correspond à une application de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 (modifiée par la loi du 4 janvier 1992) et cette loi de 1991 est déjà, en vertu de son article 14, inapplicable à cette collectivité territoriale*

Le dispositif est tout à fait comparable à celui prévu pour l'intervention du juge judiciaire.

Sous réserve d'une particularité examinée ci-après, le recours est ouvert aux mêmes personnes. Le juge compétent demeure un juge unique -le président du tribunal administratif- et dispose des mêmes pouvoirs d'injonction et d'astreinte que son homologue judiciaire.

Seule différence notable : en l'absence de ministère public devant le juge administratif et afin de respecter les obligations d'informations envers la Commission, il est précisé que « *le représentant de l'Etat dans le département où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité locale ou un établissement public local* » peut également engager la procédure.

Signalons enfin que, en confirmation de l'innovation juridique réalisée par la loi du 4 janvier 1992, le Président du tribunal administratif se voit attribuer la faculté de prononcer des injonctions à l'égard d'une personne publique. En effet, si le juge judiciaire s'était depuis longtemps reconnu le droit d'adresser des injonctions à l'administration -notamment en cas de voie de fait-, jusqu'à l'intervention de la loi précitée le juge administratif s'y était toujours refusé et n'avait pas été habilité à le faire par le législateur. Ce n'était que pour assurer l'exécution d'une décision de justice que le Conseil d'Etat avait été -il y a treize ans- autorisé à prononcer des astreintes à l'encontre d'une personne publique (article 2 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980) <sup>(1)</sup>.

Identique à celui présenté à l'article 7-1, ce dispositif fait donc l'objet des mêmes observations de la part de votre commission.

#### ● Les amendements présentés

C'est pourquoi, elle présentera au présent article des amendements poursuivant les mêmes fins que précédemment.

---

<sup>(1)</sup> Les cas où une astreinte est infligée en application de cette disposition sont assez peu fréquents. Il n'en demeure pas moins que le Conseil d'Etat n'hésite pas à sanctionner des comportements anormaux. Une décision rendue récemment à l'encontre d'un office public d'aménagement et de construction en fournit un exemple significatif (C.E. 28 mai 1993 - Mme BASTIEN, n° 119-714).

**Le premier amendement**, à l'instar de celui présenté à l'article 7-1, établit le caractère spécial de la procédure instituée.

**Le deuxième**, de manière tout à fait parallèle à qui a été exposé précédemment, organise la succession chronologique des mesures d'injonction et d'astreinte provisoire tout en soumettant le prononcé de cette astreinte au respect de «*la théorie du bilan*» énoncé par la directive.

**Les troisième et quatrième amendements** sont la conséquence des deux précédents et du suivant.

**Le cinquième** organise le régime de l'astreinte définitive, rappelle que l'astreinte, quelle que soit sa forme, est indépendante des dommages-intérêts et prévoit l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat. Il est le pendant du sixième amendement proposé à l'article 7-1.

En conséquence, votre Commission des Affaires économiques et du Plan vous demande d'adopter l'article 4 amendé en ce sens.

\*

\* \*

Elle vous demande, également, compte tenu des réflexions qu'elle a présentées et sous réserve de l'adoption des modifications qu'elle a proposées, d'adopter 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.

## TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p><b>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</b></p> <p>.....</p> <p>Art. 7</p> <p>L'article 12 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumet- tant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence est ainsi ré- digé :</p> <p>"Art. 12. Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11 :</p> <p>"1°) Soumis aux dispositions 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 ;</p> <p>"2°) Concernant des travaux déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;</p>	<p><b>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</b></p>	<p><b>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</b></p>

Texte en vigueur

3°) Passés à l'issue de la procédure spécifique d'une organisation internationale ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou non membre de la Communauté économique européenne ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des Etats signataires de l'accord."

Art. 8

Un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les conditions d'application de la présente loi.

.....

Article premier

Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats de fournitures et de travaux, dont le montant est égal ou supérieur à des seuils fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances et que se proposent de conclure avec un fournisseur ou un entrepreneur, lorsqu'ils exercent les activités mentionnées à l'article 2, les organismes suivants :

Texte du projet de loi

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.

Propositions de la commission

Article premier

Alinéa sans modification

\*Art. 7-1. - En cas...

...privé,  
le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.



Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

*« Sur demande de toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par un manquement, le Président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.*

1°) Les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques ;

2°) Les organismes de droit privé, créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et répondant à l'une des conditions suivantes :

a) Avoir leur activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'État, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux qui sont mentionnés ci-dessus ;

b) Être soumis à un contrôle de leur gestion par l'un des organismes visés au a) ci-dessus ,

« La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission des Communautés européennes a notifié à l'État 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.

Alinéa sans modification

Alinéa supprimé

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>c) Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ;</p>	<p>«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. <i>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.</i></p>	<p>«Le montant...</p> <p>...l'exécuter.</p>
<p>3°) Les exploitants publics et les établissements publics ayant un caractère industriel et commercial ;</p>	<p>«<i>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.</i></p>	<p>«Le Président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.</p>
<p>4°) Les organismes de droit privé répondant à l'une des conditions suivantes :</p>	<p>«<i>Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de réfère.</i></p>	<p>«<i>Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de réfère.</i></p>
	<p>«<i>L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. 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.</i></p>	<p>«<i>L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. 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.</i></p>
		<p>«<i>Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article, notamment les modalités de calcul de l'astreinte définitive.</i>»</p>

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>a) Avoir leur capital détenu majoritairement par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ;</p>	<p>« 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. »</p>	Alinéa sans modification
<p>b) Emettre des parts auxquelles s'attachent la majorité des voix revenant aux membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ,</p>		
<p>c) Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que ceux mentionnés ci-dessus ;</p>		
<p>5°) Les organismes de droit privé bénéficiant de droits qui résultent d'une autorisation délivrée par l'Etat, des collectivités territoriales ou leurs groupements, en vertu d'une loi ou d'un acte administratif, ayant pour effet de réserver à ces organismes l'exercice d'une activité définie à l'article 2.</p>		
<p>La liste des organismes ou catégories d'organismes visés au présent article est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances.</p>		
Article premier	Art. 2	Art. 2
3° (Voir ci-dessus)	Le 3° de l'article premier de la loi précitée du 11 décembre 1992 est ainsi rédigé :	Sans modification

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
Art. 9	«3° Les exploitants publics et les établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial ; ».	Art. 3
Les dispositions de la présente loi sont applicables à compter du 1er janvier 1993.	A l'article 9 de la loi précitée du 11 décembre 1992, après les mots : « à compter du 1er janvier 1993 », sont ajoutés les mots : « à l'exception des articles 7-1 et 7-2 ».	Sans modification
<b>Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel</b>	Art. 4	Art. 4
Art. L. 23. – Les dispositions de l'article L. 22 ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.	L'article L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est remplacé par les dispositions suivantes :	Alinéa sans modification
	«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 no 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.	«Art. L. 23. – Le président...
	«Les personnes habilités 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.	...télécommunications. <i>Le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.</i>
		Alinéa sans modification

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

«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.

"Le président du tribunal administratif *ou son délégué* peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. *Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.*

«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.

*Alinéa supprimé*

«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.*

«Le montant...

...l'exécuter.

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

«Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, 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.

Alinéa sans modification

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

Alinéa sans modification

*«Si, a la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.*

*«L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. 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.*

*«Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application du présent article, notamment les modalités de calcul de l'astreinte définitive.»*

## DIRECTIVE 92/13/CEE DU CONSEIL

du 25 février 1992

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

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100 A,

vu la proposition de la Commission (1),

en coopération avec le Parlement européen (2),

vu l'avis du Comité économique et social (3),

considérant que la directive 90/531/CEE du Conseil, 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 (4) fixe des règles en matière de passation des marchés destinées à assurer des chances équitables aux fournisseurs et entrepreneurs potentiels, mais ne comporte pas de dispositions spécifiques permettant d'en garantir l'application effective;

considérant que les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer cette application ne sont pas toujours adéquats;

considérant que l'absence de moyens de recours efficaces ou l'insuffisance des moyens existants pourrait dissuader les entreprises communautaires de soumissionner; qu'il convient, dès lors, que les États membres remédient à cette situation;

considérant que la directive 89/665/CEE du Conseil, 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 (5) est limitée aux procédures de passation des marchés entrant dans le champ d'application de la directive

71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (6), modifiée en dernier lieu par la directive 90/531/CEE, et de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (7), modifiée en dernier lieu par la directive 90/531/CEE;

considérant que l'ouverture à la concurrence communautaire des marchés publics dans les secteurs en question implique que des dispositions soient arrêtées pour que des procédures de recours appropriées soient mises à la disposition des fournisseurs ou des entrepreneurs en cas de violation du droit communautaire en la matière ou des règles nationales transposant ce droit;

considérant qu'il est nécessaire de prévoir un renforcement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination et qu'il importe, pour qu'il soit suivi d'effets concrets, de disposer de moyens de recours efficaces et rapides;

considérant qu'il convient de tenir compte de la spécificité de certains ordres juridiques en autorisant les États membres à choisir entre différentes options aux effets équivalents en ce qui concerne les pouvoirs des instances de recours;

considérant que l'une de ces options inclut le pouvoir d'intervenir directement dans les procédures de passation des marchés des entités adjudicatrices, par exemple en suspendant ces procédures ou bien en annulant des décisions ou des clauses discriminatoires dans des documents ou des publications;

considérant que l'autre option prévoit le pouvoir d'exercer une pression indirecte effective sur les entités adjudicatrices afin qu'elles remédient à toute violation ou qu'elles s'abstiennent d'en commettre et afin d'empêcher que des préjudices soient causés;

considérant que l'introduction d'une demande de dommages-intérêts doit toujours être possible;

considérant que, lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle n'est pas tenue, en vue d'obtenir le remboursement de ces frais, de prouver que le marché lui aurait été attribué en l'absence de cette violation;

(1) JO n° C 216 du 31. 8. 1990, p. 8.

JO n° C 179 du 10. 7. 1991, p. 18.

(2) JO n° C 106 du 22. 4. 1991, p. 82.

JO n° C 39 du 17. 2. 1992.

(3) JO n° C 60 du 8. 3. 1991, p. 16.

(4) JO n° L 297 du 29. 10. 1990, p. 1.

(5) JO n° L 395 du 30. 12. 1989, p. 33.

(6) JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5.

(7) JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 1.

considérant qu'il serait utile que les entités adjudicatrices qui se conforment aux règles en matière de passation des marchés puissent le faire connaître par des moyens appropriés; que cela suppose un examen, par des personnes indépendantes, des procédures et des pratiques de ces entités;

considérant que, à cet effet, un système d'attestation prévoyant une déclaration concernant l'application correcte des règles en matière de passation des marchés, sous la forme d'un avis publié au *Journal officiel des Communautés européennes*, est approprié;

considérant que les entités adjudicatrices doivent avoir la possibilité de recourir au système d'attestation si elles le souhaitent; que les États membres doivent leur donner cette possibilité; que, à cet effet, ils peuvent soit mettre en place eux-mêmes le système, soit permettre aux entités adjudicatrices de recourir à un système d'attestation établi par un autre État membre; qu'ils peuvent confier la responsabilité d'effectuer l'examen prévu par le système d'attestation à des personnes, à des professions ou au personnel d'institutions;

considérant que la souplesse nécessaire dans l'instauration d'un tel système est garantie par la définition de ses caractéristiques essentielles indiquée dans la présente directive; que les modalités précises de son fonctionnement devraient être fixées dans des normes européennes auxquelles fait référence la présente directive;

considérant que les États membres peuvent avoir besoin de fixer des modalités de ce type avant l'adoption des règles figurant dans les normes européennes, ou bien en sus de ces règles;

considérant que, lorsque les entreprises n'introduisent pas de recours, certaines violations pourraient ne pas être corrigées si un mécanisme spécifique n'était pas mis en place;

considérant qu'il importe en conséquence que, lorsque, à son avis, une violation claire et manifeste a été commise au cours d'une procédure de passation de marché, la Commission puisse intervenir auprès des autorités compétentes de l'État membre et de l'entité adjudicatrice concernés afin que des mesures appropriées soient prises en vue de la correction rapide de cette violation;

considérant qu'il importe de prévoir la possibilité d'un mécanisme de conciliation au niveau communautaire pour permettre le règlement à l'amiable des différends;

considérant que l'application effective de la présente directive devra être réexaminée en même temps que celle de la directive 90/531/CEE, sur la base d'informations à fournir par les États membres quant au fonctionnement des procédures nationales de recours;

considérant que la présente directive doit être mise en application en même temps que la directive 90/531/CEE;

considérant qu'il est approprié d'accorder au royaume d'Espagne, à la République hellénique et à la République portugaise des délais supplémentaires adéquats pour transporter la présente directive, eu égard aux dates de mise en application de la directive 90/531/CEE dans ces pays,

A ARRETÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

## CHAPITRE PREMIER

### Recours au niveau national

#### Article premier

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 8, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou les règles nationales transposant ce droit en ce qui concerne:

a) les procédures de passation des marchés relevant de la directive 90/531/CEE

et

b) le respect de l'article 3 paragraphe 2 point a) de ladite directive, dans le cas des entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres veillent à ce que les procédures de recours soient accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite l'application d'une telle procédure ait préalablement informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.

#### Article 2

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1<sup>er</sup> prévoient les pouvoirs permettant:

soit



a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres préjudices soient causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché en cause ou l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice

et

b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans l'avis de marché, l'avis périodique indicatif, l'avis sur l'existence d'un système de qualification, l'invitation à soumissionner, les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation de marché en cause;

soit

c) de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures que celles prévues aux points a) et b), ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.

Les États membres peuvent effectuer ce choix soit pour l'ensemble des entités adjudicatrices, soit pour des catégories d'entités définies sur la base de critères objectifs, en sauvegardant en tout cas l'efficacité des mesures établies afin d'empêcher qu'un préjudice soit causé aux intérêts concernés;

d) et, dans les deux cas susmentionnés, d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par la violation.

Lorsque des dommages-intérêts sont réclamés au motif qu'une décision a été prise illégalement, les États membres peuvent prévoir, si leur système de droit interne le requiert et s'il dispose d'instances ayant la compétence nécessaire à cet effet, que la décision contestée doit d'abord être annulée ou déclarée illégale.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir, par elles-mêmes, des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation des marchés auxquelles elles se rapportent.

4. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs

conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. La décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas atteinte aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

5. La somme à verser conformément au paragraphe 1 point c) doit être fixée à un niveau suffisamment élevé pour dissuader l'entité adjudicatrice de commettre une infraction ou de persévérer dans une infraction. Le paiement de cette somme peut être subordonné à une décision finale établissant que la violation a bien été commise.

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur un contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national. En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion d'un contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

7. Lorsqu'une personne introduit une demande de dommages-intérêts au titre des frais engagés pour la préparation d'une offre ou la participation à une procédure de passation de marché, elle est tenue uniquement de prouver qu'il y a violation du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit et qu'elle avait une chance réelle de remporter le marché, chance qui, à la suite de cette violation, a été compromise.

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport à l'entité adjudicatrice et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.

## CHAPITRE 2

## Attestation

## Article 3

Les États membres donnent la possibilité aux entités adjudicatrices de recourir à un système d'attestation conforme aux articles 4 à 7.

## Article 4

Les entités adjudicatrices peuvent faire examiner périodiquement les procédures de passation des marchés relevant du champ d'application de la directive 90/531/CEE, ainsi que leur mise en œuvre pratique, en vue d'obtenir une attestation constatant que, à ce moment, celles-ci sont conformes au droit communautaire en matière de passation des marchés et aux règles nationales transposant ce droit.

## Article 5

1. Les attestateurs établissent, pour le compte des entités adjudicatrices, un rapport écrit sur les résultats de leur examen. Avant de délivrer aux entités adjudicatrices l'attestation visée à l'article 4, ils s'assurent que les irrégularités qu'ils ont éventuellement constatées dans les procédures de passation des marchés et dans leur mise en œuvre pratique ont été corrigées et que des mesures ont été prises pour éviter leur répétition.

2. Les entités adjudicatrices qui ont obtenu une attestation peuvent inclure la déclaration suivante dans leurs avis à publier au *Journal officiel des Communautés européennes*, en vertu des articles 16 à 18 de la directive 90/531/CEE:

«L'entité adjudicatrice a obtenu une attestation, conforme à la directive 92/13/CEE du Conseil, constatant que, à la date du . . . ., ses procédures de passation des marchés et leur mise en œuvre pratique étaient conformes au droit communautaire en matière de passation des marchés et aux règles nationales transposant ce droit.»

## Article 6

1. Les attestateurs sont indépendants des entités adjudicatrices et doivent s'acquitter de leurs tâches en toute objectivité. Ils offrent des garanties appropriées de qualification et d'expérience professionnelles pertinentes.

2. Les personnes, les professions ou le personnel d'institutions appelés à exercer les fonctions d'attestateur peuvent être désignés par l'État membre concerné lorsque celui-ci considère qu'ils répondent aux exigences du paragraphe 1. À cette fin, l'État membre peut exiger les qualifications

professionnelles qu'il juge pertinentes et qui correspondent au moins au niveau d'un diplôme d'enseignement supérieur au sens de la directive 89/48/CEE<sup>(1)</sup> ou prévoir que certains examens d'aptitude professionnelle organisés ou reconnus par l'État donnent ces garanties.

## Article 7

Les dispositions des articles 4, 5 et 6 sont à considérer comme des exigences essentielles pour l'élaboration de normes européennes concernant l'attestation.

## CHAPITRE 3

## Mécanisme correcteur

## Article 8

1. La Commission peut invoquer les procédures prévues au présent article si, préalablement à la conclusion d'un contrat, elle estime qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires dans le domaine des marchés a été commise durant une procédure de passation de marché entrant dans le champ de la directive 90/531/CEE ou en ce qui concerne l'article 3 paragraphe 2 point a) de ladite directive pour les entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. La Commission notifie à l'État membre et à l'entité adjudicatrice concernés les raisons qui l'ont amenée à conclure qu'une violation claire et manifeste a été commise, et demande que celle-ci soit corrigée par les moyens appropriés.

3. Dans les trente jours qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

a) la confirmation que la violation a été corrigée

ou

b) une conclusion motivée indiquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée

ou

c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'entité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2 paragraphe 1 point a).

4. Une conclusion motivée au sens du paragraphe 3 point b) peut notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours prévu à l'article 2 paragraphe 9. Dans ce cas, l'État membre concerné informe la Commission de l'issue de ces procédures dès que celle-ci est connue.

(<sup>1</sup>) JO n° L 19 du 24. 1. 1989, p. 16.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue dans les conditions prévues au paragraphe 3 point c), l'État membre concerné notifié à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.

## CHAPITRE 4

### Conciliation

#### Article 9

1. Toute personne qui a ou a eu un intérêt à obtenir un marché entrant dans le champ d'application de la directive 90/531/CEE et qui, dans le cadre de la procédure de passation de ce marché, s'estime lésée ou risquant d'être lésée par suite du non-respect du droit communautaire en matière de passation des marchés ou des règles nationales transposant ce droit peut demander l'application de la procédure de conciliation prévue aux articles 10 et 11.

2. La demande visée au paragraphe 1 est adressée par écrit à la Commission ou aux autorités nationales énumérées à l'annexe. Ces autorités la transmettent dans les meilleurs délais à la Commission.

#### Article 10

1. Lorsque la Commission estime, sur la base de la demande prévue à l'article 9, que le différend concerne l'application correcte du droit communautaire, elle invite l'entité adjudicatrice à déclarer qu'elle est prête à participer à la procédure de conciliation. Si l'entité adjudicatrice refuse d'y participer, la Commission informe la personne qui a fait la demande que la procédure ne peut être entamée. Si l'entité adjudicatrice donne son accord, les paragraphes 2 à 7 s'appliquent.

2. La Commission propose, aussi vite que possible, un conciliateur figurant sur une liste de personnes indépendantes accréditées à ces fins. Cette liste est dressée par la Commission après consultation du comité consultatif pour les marchés publics ou, s'il s'agit d'entités adjudicatrices dont les activités sont définies à l'article 2 paragraphe 2 point d) de la directive 90/531/CEE, après consultation du comité consultatif pour les marchés de télécommunications.

Chaque partie à la procédure de conciliation déclare si elle accepte le conciliateur, et désigne un conciliateur supplémentaire. Les conciliateurs peuvent inviter au maximum

deux autres personnes en tant qu'experts pour les conseiller dans leurs travaux. Les parties à la procédure et la Commission peuvent récuser les experts invités par les conciliateurs.

3. Les conciliateurs donnent à la personne qui a demandé l'application de la procédure de conciliation, à l'entité adjudicatrice et à tout autre candidat ou soumissionnaire participant à la procédure de passation de marché en cause, la possibilité d'exposer son point de vue, soit oralement, soit par écrit.

4. Les conciliateurs s'efforcent de rechercher dans les meilleurs délais un accord entre les parties, dans le respect du droit communautaire.

5. Les conciliateurs informent la Commission de leurs conclusions et de tout résultat auquel ils sont parvenus.

6. La personne qui a demandé l'application de la procédure de conciliation et l'entité adjudicatrice ont, à tout moment, le droit de mettre fin à la procédure.

7. À moins que les parties n'en décident autrement, la personne qui a demandé l'application de la procédure de conciliation et l'entité adjudicatrice supportent leurs propres frais. En outre, elles supportent chacune la moitié des frais de la procédure, à l'exclusion des frais des parties intervenantes.

#### Article 11

1. Lorsque, dans le cadre d'une procédure déterminée de passation de marché, une personne intéressée au sens de l'article 9, autre que celle qui a demandé l'application de la procédure de conciliation, a introduit un recours juridictionnel ou un autre recours au sens de la présente directive, l'entité adjudicatrice en informe les conciliateurs. Ceux-ci informent ladite personne que l'application de la procédure de conciliation a été demandée et l'invitent à indiquer dans un délai déterminé si elle accepte de participer à cette procédure. Si cette personne refuse d'y participer, les conciliateurs peuvent décider, au besoin à la majorité, de mettre fin à la procédure de conciliation lorsqu'ils estiment que la participation de cette personne est nécessaire pour régler le différend. Ils notifient cette décision à la Commission en la motivant.

2. Les mesures prises en application du présent chapitre ne portent pas atteinte:

- a) aux mesures que la Commission ou tout État membre pourrait prendre en application des articles 169 ou 170 du traité ou en application du chapitre 3 de la présente directive;
- b) aux droits de la personne qui a demandé l'application de la procédure de conciliation, à ceux de l'entité adjudicatrice ou à ceux de toute autre personne.

## CHAPITRE 5

## Dispositions finales

*Article 12*

1. Avant l'expiration d'une période de quatre ans à compter de la mise en application de la présente directive, la Commission, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, réexamine l'application des dispositions de la présente directive, et notamment l'utilisation des normes européennes, et propose, le cas échéant, les modifications jugées nécessaires.

2. Les États membres communiquent à la Commission, chaque année avant le 1<sup>er</sup> mars, des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours qui se sont déroulées au cours de l'année civile précédente. La Commission détermine, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, la nature de ces informations.

3. Pour les questions concernant les entités adjudicatrices dont les activités sont définies à l'article 2 paragraphe 2 point d) de la directive 90/531/CEE, la Commission consulte aussi le comité consultatif pour les marchés de télécommunications.

*Article 13*

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 1<sup>er</sup>

janvier 1993. Le royaume d'Espagne prend ces mesures au plus tard le 30 juin 1995. La République hellénique et la République portugaise prennent ces mesures au plus tard le 30 juin 1997. Ils en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres mettent en vigueur les mesures visées au paragraphe 1 aux mêmes dates que celles qui sont prévues par la directive 90/531/CEE.

3. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

*Article 14*

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 25 février 1992.

*Par le Conseil*

*Le président*

Vitor MARTINS

## ANNEXE

Autorités nationales auxquelles peuvent être adressées les demandes d'application de la procédure de conciliation visées à l'article 9

*En Belgique*

Services du premier ministre.

Diensten van de Eerste Minister.

Ministère des affaires économiques.

Ministerie van Economische Zaken.

*Au Danemark*

Industri- og Handelsstyrelsen (pour les fournitures).

Boligministeriet (pour les travaux).

*En Allemagne*

Bundesministerium für Wirtschaft.

*En Grèce*

Υπουργείο Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας.

Υπουργείο Εμπορίου.

Υπουργείο Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων.

*En Espagne*

Ministerio de Economía y Hacienda.

*En France*

Commission centrale des marchés.

*En Irlande*

Department of Finance.

*En Italie*

Presidenza del Consiglio dei Ministri Politiche Comunitarie.

*Au Luxembourg*

Ministère des travaux publics.

*Aux Pays-Bas*

Ministerie van Economische Zaken.

*Au Portugal*

Conselho de mercados de obras publicas e particulares.

*Au Royaume-Uni*

H. M. Treasury.