

SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1991 - 1992

Annexe au procès-verbal de la séance du 19 décembre 1991.

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, MODIFIÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, relatif aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux,

Par M. Bernard LAURENT,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jacques Larché, président ; Louis Virapoullé, François Giacobbi, Charles de Cuttoli, Michel Darras, vice-présidents ; Charles Lederman, Germain Authié, René-Georges Laurin, Marcel Rudloff, secrétaires ; Guy Allouche, Alphonse Arzel, Gilbert Baumet, Pierre Biarnès, Christian Bonnet, Philippe de Bourgoing, Raymond Bouvier, Camille Cabana, Jean Chamant, Raymond Courrière, Etienne Dailly, André Daugnac, Luc Dejoie, Michei Dreyfus-Schmidt, Mme Jacqueline Fraysse-Cazalis, MM. Jean-Marie Girault, Paul Graziaïni, Hubert Haenel, Daniel Hoeffel, Charles Jolibois, Lucien Lanier, Bernard Laurent, Paul Masson, Daniel Millaud, Lucien Neuwirth, Charles Ornano, Georges Othily, Robert Pagès, Claude Pradille, Albert Ramassamy, Michel Rufin, Jacques Sourdille, Jacques Teyraud, Jean-Pierre Tizon, Georges Treille.

Voir les numéros :

Sénat : Première lecture : 388 (1990-1991), 76 et T.A. 30 (1991-1992).
Deuxième lecture : 203 (1991-1992).

Assemblée nationale : Première lecture : 2342, 2467 et T.A. 582.

Marchés publics.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
EXPOSÉ GÉNÉRAL	3
TABLEAU COMPARATIF	5

Mesdames, Messieurs,

Le projet de loi relatif aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux a été examiné en première lecture par l'Assemblée nationale, le 17 décembre dernier.

Ce projet de loi, déposé par le Gouvernement le 13 juin 1991 sur le Bureau du Sénat, avait été adopté par celui-ci le 13 novembre suivant. Il a pour unique objet de mettre en oeuvre les dispositions de la Directive 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 qui doit être transposée dans les droits nationaux avant le 21 décembre 1991.

Le contenu de la Directive a fait l'objet d'une analyse précise dans mon précédent rapport auquel je me permets de renvoyer. Il convient toutefois de rappeler que cette directive contient des dispositions obligatoires qui devront donc impérativement être transposées dans la législation interne et des dispositions facultatives dont l'introduction est à la discrétion des autorités nationales.

Le projet de loi lui-même comporte, tant sur le fond qu'en matière de procédure, des dispositions qui sont très nouvelles dans notre droit. Il prévoit, en effet, l'intervention du juge, administratif ou judiciaire selon la nature du contrat en cause, avant même la conclusion du contrat ou la passation du marché, alors qu'aucune disposition de notre droit ne permet actuellement au juge d'intervenir au cours de la procédure de formation du contrat, en vertu des principes de libre formation des conventions et de l'autonomie de la volonté.

La procédure retenue, tant devant le juge administratif (article L. 22 nouveau du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) que devant le juge judiciaire (articles 11-1 et 11-2 nouveaux insérés dans la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991), est d'une grande singularité puisqu'elle permet au juge de statuer au fond, en la forme des référés, à juge unique, en dernier ressort, quelle que soit l'importance du litige. Certes, «le référé au fond» existe d'ores et déjà dans une certaine mesure en droit administratif, mais il présente ici un caractère particulier puisque toute personne concernée par la conclusion du contrat peut l'intenter.

Par ailleurs, le président du tribunal administratif se verrait dorénavant reconnaître la faculté d'adresser des injonctions à l'égard d'une personne publique, ce qu'il s'est toujours refusé le droit de faire jusqu'à présent.

Le Sénat n'avait apporté à ce dispositif que deux rectifications formelles.

L'Assemblée nationale, pour sa part, a retenu deux modifications :

1. D'une part, elle a supprimé les dispositions de l'article 11-1 nouveau de la loi du 3 janvier 1991 et les dispositions identiques inscrites dans l'article L. 22 nouveau du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui prévoyaient que le président du tribunal faisait droit à la demande portant sur l'une des mesures provisoires si l'un des moyens invoqués était sérieux et de nature à entraîner la nullité de la convention ou de l'une de ses clauses et sous réserve de tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts privés susceptibles d'être lésés ainsi que l'intérêt public. Cette extension de la «théorie du bilan», bien connue du juge administratif, n'étant qu'une faculté prévue par la directive, l'Assemblée nationale, sur proposition de sa commission des Lois, a préféré l'écarter au motif qu'elle était inopportune *«dans la mesure où elle ne concerne que les mesures provisoires alors que le juge peut prendre des mesures définitives»*.

2. D'autre part, elle a adopté une nouvelle rédaction de l'article L. 22 qui en simplifie sensiblement la lecture sans pour autant en modifier la portée.

Parce qu'il ne lui a pas semblé que la portée de ces modifications justifiait une nouvelle navette alors que la France doit respecter ses engagements et transcrire la directive dans son droit interne avant le 21 décembre 1991, la commission des Lois a conclu à l'adoption conforme du projet dans le texte transmis par l'Assemblée nationale.

TABLEAU COMPARATIF

Texte adopté par le Sénat en première lecture

Article premier

Après l'article 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, sont insérés les articles 11-1 et 11-2 ci-après :

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

Texte adopté par l'Assemblée en première lecture

Article premier

Alinéa sans modification

«*Art. 11-1.* — Alinéa sans modification

Propositions de la Commission

Article premier

Sans modification

Texte adopté par le Sénat en première lecture

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

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

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

Texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture

Alinéa sans modification

«La demande...

...référés.

«Art. 11-2. — Non modifié

Propositions de la Commission

Texte adopté par le Sénat en première lecture

Art. 2

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

«**Art. L. 22.** — En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence prescrites par les directives 71/305/CEE du 26 juillet 1971 et 77/62/CEE du 21 décembre 1976 modifiées, et auxquelles est soumise la passation des marchés publics de fournitures et de travaux entrant dans le champ d'application du livre V du code des marchés publics, ou en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence et relevant du droit public, et la passation des contrats de même nature que ceux prévus à l'article 11 de ladite loi et conclus par l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et

Texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture

Art. 2

Alinéa sans modification

«**Art. L. 22.** — Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi :

«1° en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire auxquelles est soumise la passation des marchés publics 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 ;

«2° en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation :

— des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, et qui relèvent du droit public ;

Propositions de la Commission

Art. 2

Sans modification

Texte adopté par le Sénat en première lecture

susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions, et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

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

Texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture

«— des contrats de même nature que ceux prévus à l'article 11 de la loi précitée du 3 janvier 1991 et conclus par l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.

«Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement.

«Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaît lesdites obligations.

«Alinéa sans modification

Propositions de la Commission

Texte adopté par le Sénat en première lecture

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

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

Texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture

«Le président du tribunal administratif ou son délégué statue...

... référés.

«Art. L. 23. — Non modifié

Propositions de la Commission