

N° 6119¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI**instituant les recours en matière de marchés publics**

* * *

AVIS DE LA COUR ADMINISTRATIVE

(25.3.2010)

Le présent avis fait suite à une demande afférente formulée le 12 février 2010 par Monsieur le Ministre de la Justice et ne porte que sur les dispositions prévues qui rentrent dans la sphère de compétence des juridictions de l'ordre administratif.

La Cour tient à préciser d'emblée que dès lors que l'avis qu'elle émet porte exclusivement sur des dispositions relatives à la modification du régime de la voie de référé existant devant la juridiction du président du tribunal administratif et de ses modalités de mise en oeuvre, elle considère ne pas entrer en conflit avec les dispositions de l'article 23 alinéa 1er de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, disposant qu'„*aucun membre de la Cour administrative ne pourra siéger dans des affaires ayant trait à l'application de dispositions légales ou réglementaires au sujet desquelles il a pris part à l'élaboration ... à quelque titre que ce soit (...)*“.

1. Les articles 3 et 4 de l'avant-projet de loi ont trait au „référé précontractuel“, c'est-à-dire aux mesures que le président du tribunal administratif peut prendre au cours de la procédure de mise en adjudication.

Il s'agit en fait de la reprise des articles 2 et 3 de la loi du 13 mars 1993. En ce qui concerne la nature juridique de la voie de recours y visée, il se dégage de la jurisprudence présidentielle qu'il fallait y voir une sorte de référé au fond, c'est-à-dire une voie de droit principale – non conditionnée par un recours au fond, à introduire préalablement ou concomitamment, comme c'est le cas dans le cadre de la procédure de référé telle qu'instituée par les articles 11 (effet suspensif du recours au fond) et 12 (mesures provisoires tendant à sauvegarder les intérêts des parties au recours au fond) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Les mesures prises étaient considérées comme étant essentiellement des mesures définitives et non pas simplement provisoires.

Ceci étant, il convient de constater que l'article 3 de l'avant-projet de loi reprend de la loi de 1993 le terme générique de „mesures provisoires“ que le président du tribunal administratif peut être appelé à prendre pour corriger ou empêcher des violations du droit communautaire ou des dommages, notamment la suppression de spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires contenues dans les documents de l'appel à la concurrence.

Or, l'emploi du qualificatif „provisoire“ est de nature à provoquer des incertitudes quant à la nature – provisoire ou définitive – de la voie de référé instituée. En effet, d'un côté, la terminologie suggère la possibilité de voir remettre en cause les mesures ordonnées par le président. D'un autre côté, le terme employé se heurte au caractère essentiellement définitif notamment de la suppression de spécifications dans les documents de l'appel d'offres. Il conviendrait soit de prévoir et de distinguer entre mesures provisoires et mesures définitives, soit tout simplement de considérer l'ensemble des mesures présidentielles comme étant définitives.

Par ailleurs, l'avant-projet de loi reste muet quant à la force exécutoire de l'ordonnance présidentielle à intervenir et quant aux éventuelles voies de recours existant à son encontre, alors que la loi de 1993 prévoyait que l'ordonnance présidentielle était exécutoire et non susceptible de faire l'objet d'un recours. Il conviendrait de préciser ces points. – Il y a encore lieu de noter dans ce contexte que la loi

de 1993 précisait en son article 10 que le „*juge qui a connu de la demande d'effet suspensif du recours*“ ne pourra pas siéger au fond. C'est à bon escient que ce libellé n'a pas été repris, étant donné que s'il n'y a rien à objecter à ce que le président ou le juge le remplaçant siégeant en tant que juge de référé ne pourra pas siéger dans une éventuelle procédure dirigée contre la décision d'adjudication, il n'en reste pas moins que la terminologie employée impliquait à son tour des interrogations quant à la nature exacte du référé précontractuel.

Contrairement à la loi du 13 mars 1993, l'avant-projet de loi ne prévoit pas la possibilité d'un remplacement du président en cas d'empêchement. En vue d'une prompte évacuation des affaires, il serait utile que le texte soit amendé en ce sens.

2. En ce qui concerne l'article 6 de l'avant-projet de loi, la Cour note que le projet de loi table sur le constat qu'en matière de marchés publics, il se dégagerait de la jurisprudence relative à la condition de l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif, tel qu'énoncé par l'article 11 (2) de la loi du 21 juin 1999, que le moyen tiré de l'absence de pareil risque „*est toujours rejeté*“ et que les discussions ne portaient que sur la deuxième condition légale relative à l'exigence de moyens sérieux invoqués au fond (exposé des motifs page 5). Les auteurs du projet de loi qui paraissent s'accommoder avec cette vision des choses, tablant sur la prémisse de base que le risque de préjudice est en la matière toujours vérifié, se réfèrent par la suite tout simplement à l'article 11.

Ceci étant dit, force est non seulement de constater qu'il ne paraît pas être de la meilleure technique législative possible de faire une référence à une disposition exigeant la vérification d'une double condition, dès lors que l'on ne tient pour appropriée qu'une seule d'entre elles, il convient surtout d'insister sur ce que la jurisprudence récente ne va plus entièrement dans le sens de la jurisprudence constante antérieure (ord. prés. du 7 août 2009, No 25934 du rôle, rejet d'une requête de sursis à exécution, au motif de l'absence de vérification de l'exigence légale d'un préjudice grave et définitif), de sorte qu'il serait judicieux de prévenir toutes discussions sur ce point en exemptant expressément la vérification de la condition légale de l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif. La seule condition de l'intérêt à agir, applicable en vertu du droit commun, semble suffisante pour prévenir des recours abusifs.

3. De façon plus générale, la Cour se permet encore de relever que contrairement à ce que peut suggérer son intitulé, l'avant-projet de loi n'a pas pour vocation de régir „les recours en matière de marchés publics“, d'ailleurs même pas l'entière de la voie de référé administratif existant en matière de marchés publics, dès lors que, dans le cadre de la transposition de la directive 2007/66/CE, ne sont visés que les recours pour les marchés de grande envergure, tombant dans le champ d'application des directives européennes.

Or, la Cour donne à considérer que les constats faits par les instances communautaires au niveau des faiblesses des régimes de recours ne se limitent pas aux seuls marchés de grande envergure, mais que peuvent aussi être touchés les autres marchés publics, pour y être source de non moins de frustrations compréhensibles et que tel est notamment et plus particulièrement le cas en droit luxembourgeois au niveau de la lutte efficace contre d'éventuelles tentatives de rendre irréversibles les conséquences d'une décision d'attribution. S'il s'agit là certes essentiellement d'une considération d'opportunité politique, une réflexion sur la mise en place également d'une réglementation pour les marchés de moindre envergure, voire un régime uniforme pour tous les marchés publics, ne paraît point inutile. Il se pourrait même qu'une question d'égalité devant la loi se pose, car on peut, le cas échéant, se demander légitimement si la différence de traitement des soumissionnaires, en ce qui concerne la possibilité d'agir contre un cahier des charges inadéquat, selon que le marché est régi ou non par le droit communautaire, est rationnellement justifiée et conforme à l'article 10*bis* de la Constitution.

Ainsi délibéré en assemblée générale, le 25 mars 2010.

Le Président de la Cour administrative,
Georges RAVARANI