

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

LE RÉGIME DES MARCHÉS PUBLICS EN CHINE

Kenneth WEISSBERG LL.M

Avocat à la Cour de Paris

avec le concours de **Xing HU**

Diplômée de l'Université de Xiamen (Chine) et des Universités Paris X et Paris II

La commande publique joue dans la vie économique et sociale du pays, tant au niveau local que national, un rôle très important. De fait, dès 1782 le régime des « achats publics », au sens large du terme, avait été créé en Grande Bretagne. Mais il faudra attendre encore 213 ans, c'est à dire 1995 pour que la Chine mette en place pour la première fois le régime des marchés publics dans une des villes majeures : Shanghai, qualifiée comme étant « le point d'essai ».

Suite à l'immense succès de cette initiative rencontré à Shanghai, c'est à partir de 1998 que le régime des marchés publics s'est développé progressivement dans toute la Chine. Surtout depuis l'entrée en vigueur de la loi des marchés publics le 1^{er} janvier 2003, les marchés publics ont connu un développement monumental, où le montant des marchés publics conclus a atteint des volumes financiers considérables. En effet, en 1998, les dépenses d'achats publics étaient de 3,1 milliards Yuans, alors qu'en 2007, le montant atteignait 600 milliards Yuans, soit 200 fois plus qu'il y a 10 ans. Des économies budgétaires à hauteur de plus de 10% ont ainsi été réalisées.

Face à ces enjeux financiers, le rôle que joue la loi des marchés publics est indéniable, comme les objectifs énoncés en son article premier : réguler les activités des achats publics, améliorer l'efficacité d'utilisation des deniers publics, protéger les intérêts généraux de l'Etat et de la société, assurer les droits des parties concernées et promouvoir un gouvernement sain et incorruptible. Cependant, les juristes et les praticiens n'ont tendance à attacher à ces objectifs qu'un caractère déclaratif, donc, dépourvu de valeur juridique. (Sachant que ceci est aussi une spécificité de la rédaction des lois en Chine, où l'on insère toujours un article premier dans la loi qui énonce les objectifs de celle-ci, sans pour autant lui conférer une valeur juridique.)

1 bis, Avenue de Lowendal
75007 PARIS
TÉL : (33) 01 47 20 22 48
FAX : (33) 01 47 20 21 64
wgz@wgzavocats.com

34, AV. HENRI MATISSE
06200 NICE
TÉL : (33) 04 93 18 83 50
FAX : (33) 04 93 18 83 51
wgz@wgzavocats.com

7, RUE DE BONNEL
69003 LYON
TEL : (33) 04 72 61 75 80
FAX : (33) 04 72 61 75 82
wgz@wgzavocats.com

1395 Brickell Avenue, Suite 700
Miami, FLORIDA 33131
TEL : (1) 305- 372-7474
FAX : (1) 305-372-7475
wgz@wgzavocats.com

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

Le présent article sera divisé en deux parties, la première partie concernera une présentation globale sur le régime juridique des marchés publics en Chine, portant essentiellement sur la loi des marchés publics et complétée par la loi sur l'appel d'offre et les réglementations nationales et locales. La deuxième partie consistera à analyser les problèmes et difficultés liés à ce régime d'un point de vue pratique et voir quelles sont les solutions pouvant y être apportées.

I.- Le régime juridique des marchés publics

A.- La notion de marché public en droit chinois

1.- La nature juridique de marché public

S'agissant de la nature juridique de marché public, il faut tout d'abord mettre en avant, par souci de clarté, l'idée que le système du droit administratif en Chine fut pendant très longtemps sous-développé par rapport aux autres branches du droit, en grande partie en raison de la tradition chinoise. Ceci se manifeste essentiellement par l'absence de juridiction administrative indépendante (les contentieux administratifs relèvent de la compétence du tribunal administratif) et l'inexistence du contrat administratif. En effet, en droit chinois, il n'existe pas de contrat administratif au sens du droit français. Ainsi, le contrat conclu entre une personne publique et une personne privée est assimilable à un contrat civil, donc soumis au droit commun du contrat. Mais compte tenu du fait que ces contrats confèrent aux personnes publiques des pouvoirs exorbitants du droit commun concernant la conclusion, l'exécution ou encore la résiliation du contrat, ils revêtent un caractère spécifique. C'est la raison pour laquelle le droit chinois les nomme « contrats spécifiques de droit civil ».

En conséquence, à la différence du droit français qui considère que « les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs »¹, en Chine la nature civile du contrat administratif au sens du droit français explique logiquement que tous les marchés publics passés sont des contrats de droit commun, et donc soumis au droit privé du contrat. Ainsi cette conclusion est expressément prévue à l'article 43 de la loi des marchés publics.

2.- La définition de marché public

La loi des marchés publics donne une définition en son article 2 qui dispose que :

¹ Article 2 de la loi MURCEF

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

« La présente loi s'applique aux marchés publics réalisés sur le territoire de la république populaire de la Chine ;

Les marchés publics sont les achats de fournitures, de travaux, de services figurant dans la liste des achats centralisés ou allant au-delà des seuils d'achats par les organes étatiques nationaux et locaux, les établissements publics et les associations publiques en utilisant les fonds publics fiscaux ;

La liste des achats centralisés et les seuils d'achats sont élaborées en vertu des dispositions de la présente loi ;

Le terme « achat » signifie l'obtention de fournitures, de travaux, de services par la voie d'un contrat à titre onéreux, comprenant ainsi l'achat, la location, la prise en crédit-bail, la délégation ;

Le terme « fourniture » signifie toutes formes et toutes sortes de biens qui comprennent les matières premières, les combustibles, les équipements et les produits ;

Le terme « travaux » signifie tous les travaux de bâtiment ou de génie civil, comprenant la construction, la reconstruction, l'expansion, la décoration, la destruction, la restauration et la réparation ;

Le terme « services » signifie tout autre achat que les fournitures et les travaux déjà mentionnés. »

Cette définition fait apparaître les éléments méritant une attention particulière et en même temps qui permet de cerner le champ d'application de la loi.

Tout d'abord, le point commun avec le droit français, est que le marché public est un contrat, plus précisément est un contrat synallagmatique, qui repose sur l'accord de volonté de deux parties et par lequel chacune des parties recevra un avantage.

Ensuite, cette définition limite le champ d'application de la loi aux deux catégories de marchés publics, soit les achats ayant pour objet les fournitures, les travaux, les services qui figurent dans la liste des achats centralisés élaborée au niveau national et local par les autorités compétentes selon les dispositions applicables, soit aux achats dont le montant dépasse les seuils fixés par les autorités compétentes. Ainsi, les marchés publics qui ne figurent pas dans la liste d'achats ni dépassent pas les seuils établis sont exclus du champ d'application de cette loi. C'est pourquoi l'article 28 prévoit expressément que le pouvoir

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

adjudicateur pour les marchés de fourniture et de services ne peut en aucun cas diviser délibérément le marché pour échapper à la procédure prévue par la loi des marchés publics surtout la procédure d'appel d'offre.

Néanmoins, pour les personnes publiques, il est toujours possible de ne pas recourir à la procédure d'attribution prévue dans la loi des marchés publics, et de conclure le contrat directement avec l'entreprise qu'elles estiment compétente et appropriée. Cette marge de manœuvre ainsi laissée aux personnes publiques dans la pratique ne manque pas de soulever des problèmes.

Puis, en ce qui concerne les personnes publiques, cette définition n'est guère précise ni certaine. Surtout eut égard à l'imprécision de l'ensemble du droit administratif en Chine. On peut le constater lorsque même dans le chapitre 2, consacré expressément aux « parties des marchés publics », les « acheteurs » définis à l'article 15 ne sont que par la reprise des termes, à l'identique, de l'article 2, sans aucune précision apportée.

Enfin, la définition limite le champ d'application de la loi en donnant une condition particulière selon laquelle la commande publique sera régie par la loi des marchés publics, lorsque la personne publique paie le marché en utilisant les fonds publics fiscaux. Cette limite tenant au mode de financement restreint considérablement le champ d'application de la loi.

B.- La passation des marchés publics

Les règles auxquelles la passation des marchés publics doit obéir sont prévues dans les chapitres 1, 2, 3 et 4 portant sur les règles générales, les parties des marchés publics, les différentes formes d'attribution et les procédures d'attribution.

1.- Les principes fondamentaux des marchés publics

Ces principes sont mentionnés à l'article 3 de la loi des marchés publics qui dispose que « les marchés publics doivent respecter les principes de transparence des procédures, de concurrence loyale, d'égalité de traitement des candidats, d'honnêteté et de bonne foi. »

D'abord, le principe de transparence des procédures signifie que la procédure de passation des marchés

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

publics ne doit pas être opaque, que les différentes phases de la procédure doivent donner lieu à une information et à une concurrence loyale entre les divers candidats. Ce principe est mis en œuvre essentiellement par une obligation de publicité. Ainsi l'article 11 précise que les informations sur les marchés publics, que ce soit les avis pré-information, les avis d'appel d'offres ou les avis de contribution, doivent être publiés dans un délai prévu par la Loi sur les publications désignées par les organes de supervision, sauf si elles concernent des secrets commerciaux nécessitant la confidentialité. De même, lors des procédures de contestation et de contrôle, il s'agit de respecter le principe de transparence en donnant une réponse aux personnes concernées et en rendant les résultats publics par voie de publication.

Le principe de concurrence loyale exige quant à lui, d'une part, que l'accès à la commande publique doit être libre et impartial, et que la personne publique ne doit pas créer ou laisser s'installer un milieu non concurrentiel. Dès lors, elle ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles autorisées par la loi. En outre, l'article 5 met particulièrement en évidence l'interdiction de discrimination qui empêche la participation des fournisseurs de régions différentes remplissant pourtant les conditions exigées. Cette précision a pour but de lutter contre le protectionnisme régional qui reste encore très fort en Chine. D'autre part, ce principe implique un sens d'équité qui consiste à favoriser les PME, les entreprises d'origine des régions moins développées et des régions d'ethnie minoritaire, cette discrimination positive est prévue dans l'article 9. Néanmoins, l'application de cet article dans la pratique ne paraît pas évidente.

Le principe d'égalité de traitement des candidats est le corollaire du principe d'égalité devant la loi. En conséquence, la personne publique doit traiter de façon identique tous les candidats. L'article 22 dans son dernier alinéa précise que la personne publique, compte tenu de la spécificité du marché, peut fixer des conditions spécifiques, mais il est interdit pour elle de faire une discrimination en prévoyant des conditions déraisonnables.

Enfin, le principe d'honnêteté et de bonne foi est un principe fondamental du droit civil des contrats qui doit être respecté dans tous les contrats, dont ceux de marchés publics.

2.- Les règles générales de passation de marché public

Comme nous l'avons déjà vu, les marchés publics soumis à la loi des marchés publics sont classés dans deux catégories. Ainsi, les règles applicables pour ces deux catégories ne sont pas les mêmes. Pour les

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

marchés de fournitures de travaux et de services qui relèvent de la liste des achats centralisés, il est obligatoire pour les personnes publiques de passer par un organisme dénommé « centrale d'achats » qui joue donc le rôle de mandataire. Ce sont des organismes de droit public qui sont dotés de la personnalité juridique, ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, créés par l'Etat, les collectivités territoriales ou les municipalités pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général.

La centrale d'achats agit au nom et pour le compte de la personne publique qu'il représente et est soumis à la Loi des marchés publics. En effet, l'article 14 de la Loi englobe les mandataires chargés des achats dans la définition des parties des marchés publics.

En revanche, pour les marchés publics qui ne figurent pas dans la liste mais qui dépassent les seuils prévus par les réglementations, les personnes publiques ont, dans ce cas là, trois options : soit elles confèrent l'attribution des marchés à la centrale d'achats, soit elles procèdent elles-mêmes à la procédure prévue par la Loi pour attribuer les marchés, soit elles désignent par la voie d'un contrat de mandat un autre organisme d'agence d'achat, qui peut être une personne morale de droit privé et dont la qualité de mandataire d'achat est reconnue par le ministère des finances ou par les collectivités locales. L'article 19 alinéa 2 précise que la personne publique peut librement choisir l'agence d'achat, et qu'aucune autre entité ou individu ne peut, en aucun cas, la désigner à sa place.

Il en résulte que le régime des marchés publics en Chine est un système à deux voies parallèles.

3.- Les différentes formes d'attribution

Les différentes formes d'attribution prévues à l'article 26 sont au nombre de 5:

- l'appel d'offres ouvert,
- l'appel d'offres invité,
- le dialogue compétitif,
- la procédure négociée et
- la procédure de source d'achat unique.

Etant donné que la procédure d'appel d'offres ouverte est celle qui réalise la mise en concurrence la plus complète, le dernier alinéa de l'article prévoit que celle-ci est la principale forme d'attribution.

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

Cependant, curieusement, la Loi ne donne pas de définition détaillée de ces modes d'attribution, ni de seuils au-delà duquel le marché doit se faire par telle ou telle procédure. Pour les seuils des marchés, il appartient aux autorités locales de chaque niveau de les fixer, ce qui entraîne un certain enchevêtrement de réglementation qui ne favorise pas la mise en concurrence et la clarification de l'information. Ceci montre d'ailleurs une partie de la réalité du droit chinois qui se contente de donner un encadrement général mais manque de précision et de détails et, a fortiori, de certitude et de sécurité juridique dans la pratique.

S'agissant de la définition de « appel d'offres », on la trouvera dans la Loi sur l'appel d'offre qui prévoit en son article 10 que l'« appel d'offres ouvert » est la procédure par laquelle toute entité candidate peut présenter une offre, alors que l'« appel d'offres invité » est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur présélectionne les candidats en leur envoyant des « lettres d'invitation ». L'article 4 de la Loi des marchés publics dispose que les marchés publics de travaux qui doivent recourir à la procédure d'appel d'offres seront régis par la Loi sur l'adjudication. En outre, toutes les dispositions concernant la procédure d'appel d'offres sont dans la loi sur l'adjudication, ce qui est contraire au droit français qui dispose d'un Code des marchés publics régissant tous les aspects des marchés publics.

S'agissant de la « procédure de dialogue compétitif », c'est une relative nouveauté de la loi des marchés publics. En France c'est par le code de 2004 que le législateur a instauré cette procédure. Aux termes de l'article 30, dans quatre cas de figure il y aura recours à cette procédure :

- lorsque les appels d'offres n'ont donné lieu à aucune candidature ou que le pouvoir adjudicateur n'a pas pu sélectionner de candidat compétent;
- lorsque le pouvoir adjudicateur est dans l'incapacité de définir les moyens techniques ou les conditions de nature à satisfaire ses besoins ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'élaborer le montage financier d'un projet,
- ou lorsque la procédure d'appel d'offre ne peut pas satisfaire des besoins urgents.

Aux termes de l'article 31 la « procédure de source d'achat unique » s'applique aux marchés de fournitures et de services :

- lorsqu'il est nécessaire de passer le marché avec le fournisseur unique ;

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

- lorsqu'en cas d'urgence et d'imprévision il n'est pas possible de satisfaire les besoins auprès d'autres fournisseurs ou prestataires ;
- ou lorsque, dû à l'incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien, il est nécessaire de passer des marchés complémentaires avec le fournisseur ou prestataire du marché initial, et que le montant total des marchés complémentaires n'excède pas 10% du montant du marché initial.

La « procédure négociée », quant à elle, est prévue à l'article 32 de la loi qui dispose que la « procédure négociée » s'applique aux achats de fournitures lorsqu'ils sont « standardisés au niveau de la condition, suffisants au niveau de la source et dont le prix ne varie pas souvent ». Ainsi, cette procédure ne s'applique qu'aux marchés de fournitures.

Dans le chapitre suivant, la loi détaille le déroulement de ces procédures, mais encore une fois, ces dispositions revêtent un caractère trop général qui est source de difficultés opérationnelles et d'insécurité juridique dans la pratique.

Une fois que la procédure d'attribution est terminée, le fournisseur choisi et la personne publique rédigent et signent leur contrat, l'article 44 dispose que le contrat des marchés publics sera obligatoirement en écrit. En outre la centrale d'achats et l'agence d'achat peuvent signer le contrat en leur qualité de mandataire de la personne publique. Enfin l'exécution des marchés devra obéir aux principes fondamentaux du droit commun et aux règles qui régissent l'exécution de tous les contrats.

C.- La contestation, le contrôle et le recours des marchés publics

L'article 52 dispose que dans la procédure de passation des marchés publics, il est possible pour les fournisseurs potentiels estimant que leur droit n'a pas été respecté de contester la procédure auprès des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire les personnes publiques acheteurs, les centrales d'achats ou les agences d'achats ; et si la réponse ne les satisfait pas, de le contester auprès de l'autorité de contrôle des marchés publics, qui a pour vocation de contrôler et de superviser les irrégularités durant toute la procédure. La réponse des pouvoirs adjudicateurs ou des autorités de contrôle doit être donnée dans le délai prévu par la loi. Cependant cela ne doit pas avoir pour conséquence la divulgation de secrets commerciaux.

1 bis, Avenue de Lowendal
75007 PARIS
TÉL : (33) 01 47 20 22 48
FAX : (33) 01 47 20 21 64
wgz@wgzavocats.com

34, AV. HENRI MATISSE
06200 NICE
TÉL : (33) 04 93 18 83 50
FAX : (33) 04 93 18 83 51
wgz@wgzavocats.com

7, RUE DE BONNEL
69003 LYON
TEL : (33) 04 72 61 75 80
FAX : (33) 04 72 61 75 82
wgz@wgzavocats.com

1395 Brickell Avenue, Suite 700
Miami, FLORIDA 33131
TEL : (1) 305- 372-7474
FAX : (1) 305-372-7475
wgz@wgzavocats.com

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

Enfin, après la phase de contestation, les fournisseurs qui sont toujours mécontents de la réponse apportée ou lorsque la réponse n'a pas été donnée dans les délais, peuvent intenter une action auprès du tribunal administratif. La responsabilité des personnes publiques, des centrales d'achats, des agences d'achats et leurs employées sera engagée en cas de violation des règles, sous forme de responsabilité civile, administrative ou pénale.

Dans le cadre de l'exécution des marchés, les contentieux relèvent du droit des contrats.

II.- Les problèmes rencontrés dans la pratique des marchés publics

Après une brève présentation du régime des marchés publics et en dépit de progrès indéniables ces dernières années, il convient néanmoins de relever les problèmes et difficultés rencontrés par ce régime dans la pratique qui sent encore nombreux.

A.- L'incohérence de différentes lois et l'enchevêtrement de réglementations

C'est l'un des problèmes majeurs de l'ensemble du droit chinois, particulièrement du droit administratif, dû au manque de technique législative affinée et à la complexité du système juridique multi niveaux en Chine. En matière de marchés publics, ce problème se manifeste tant au niveau horizontal qu'au niveau vertical.

Au niveau horizontal, trois lois, la Loi des marchés publics, la Loi sur l'appel d'offre et la Loi des contrats qui régissent la matière ne sont pas tout à fait cohérentes. Au niveau vertical, un encadrement très général laisse une grande marge de manœuvre aux autorités locales, ce qui entraîne un certain enchevêtrement de réglementations et donc une incertitude et une insécurité juridique.

Il est donc indispensable de perfectionner l'encadrement juridique des marchés publics par des techniques législatives plus affinées mais cela dépend du perfectionnement de l'ensemble du système juridique qui ne peut être que progressif.

1 bis, Avenue de Lowendal
75007 PARIS
TÉL : (33) 01 47 20 22 48
FAX : (33) 01 47 20 21 64
wgz@wgzavocats.com

34, AV. HENRI MATISSE
06200 NICE
TÉL : (33) 04 93 18 83 50
FAX : (33) 04 93 18 83 51
wgz@wgzavocats.com

7, RUE DE BONNEL
69003 LYON
TEL : (33) 04 72 61 75 80
FAX : (33) 04 72 61 75 82
wgz@wgzavocats.com

1395 Brickell Avenue, Suite 700
Miami, FLORIDA 33131
TEL : (1) 305- 372-7474
FAX : (1) 305-372-7475
wgz@wgzavocats.com

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

B.- Les volumes et les domaines des marchés publics sont encore restreints et insuffisants

Bien que les chiffres soient considérables, les volumes des marchés publics conclus sont encore insuffisants par rapport au PIB du pays, puisque selon le critère international, le montant des marchés publics d'un pays présente normalement au moins 10% du PIB, en Chine, le montant est encore très loin pour atteindre 10% du PIB.

De plus les domaines dans lesquels les commandes publiques soumises à la Loi des marchés publics sont encore très restreints, les principaux domaines étant les marchés de fournitures portant essentiellement sur des équipements tels que : ordinateurs, voitures, imprimantes etc., très peu de marchés de services qui occupent moins de 10% du montant total. Cette structure des marchés publics portant principalement sur les fournitures montre bien la faible influence des marchés publics sur le développement économique du pays.

Par conséquent, pour augmenter et élargir les volumes et les domaines des marchés publics, il est nécessaire d'élargir la liste d'achats centralisés en y classant toutes les commandes publiques faites dans l'intérêt du service public, sans distinguer leur source de financement.

C.- Manque de transparence et de concurrence dans les procédures des marchés publics

La transparence des procédures, la mise en concurrence des marchés en tant que principes fondamentaux et deux piliers du droit des marchés publics dans la pratique ne sont pas bien respectées. Par exemple l'article 11 précise que les informations sur les marchés publics doivent être publiées dans un délai prévu par la Loi sur les publications désignées par les organes de supervision, sauf si elles concernent des secrets commerciaux. Cependant la Loi est muette sur la définition de secrets commerciaux et la distinction entre l'information des procédures des marchés et les secrets commerciaux. Par conséquent, sous prétexte de secrets commerciaux, il est tout à fait possible pour les pouvoirs adjudicateurs de ne pas publier toutes les informations des marchés afin de restreindre l'ouverture de l'appel d'offre et de favoriser certaines candidatures dans la distribution du marché. Cela peut même donner lieu à des scandales de corruption qui sont actuellement encore nombreux.

1 bis, Avenue de Lowendal
75007 PARIS
TÉL : (33) 01 47 20 22 48
FAX : (33) 01 47 20 21 64
wgz@wgzavocats.com

34, AV. HENRI MATISSE
06200 NICE
TÉL : (33) 04 93 18 83 50
FAX : (33) 04 93 18 83 51
wgz@wgzavocats.com

7, RUE DE BONNEL
69003 LYON
TEL : (33) 04 72 61 75 80
FAX : (33) 04 72 61 75 82
wgz@wgzavocats.com

1395 Brickell Avenue, Suite 700
Miami, FLORIDA 33131
TEL : (1) 305- 372-7474
FAX : (1) 305-372-7475
wgz@wgzavocats.com

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

En outre, comme on l'a déjà évoqué, le protectionnisme régional reste encore très fort en Chine, il est donc assez courant dans la pratique pour les personnes publiques de publier les informations en ajoutant des conditions restreignant l'origine des candidatures et ayant pour effet d'empêcher les fournisseurs de différentes régions d'entrer sur le marché local.

Face à ces problèmes, il convient de renforcer le contrôle des irrégularités des procédures de marchés publics, donc de renforcer les pouvoirs des autorités de contrôle et d'assurer l'indépendance absolue de ces autorités par rapport aux personnes publiques acheteur. Puisque dans la pratique il est possible que l'autorité de contrôle et la personne publique entretiennent des liens qui compromettent l'impartialité des décisions prises.

D.- Le droit de recours est loin d'être perfectionné

Les recours dont disposent les fournisseurs tant à la phase de passation du marché public qu'à la phase d'exécution du marché sont loin d'être perfectionnés.

D'abord, l'efficacité de la procédure de contestation, que ce soit devant les pouvoirs adjudicateurs ou les autorités de contrôle, est très limitée. La personne ayant le droit de contester est limitée à la seule personne qui estime que son droit n'a pas été respecté, et le délai de contestation est relativement court, 7 jours. D'ailleurs la réponse donnée ne doit pas avoir pour effet de dévoiler les secrets commerciaux, comme évoqué précédemment, cela donne une grande marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs et aux autorités de contrôle.

Ensuite, ce n'est que lorsque la décision prise par l'autorité de contrôle ne la satisfait pas ou lorsque la réponse n'a pas été donnée dans le délai que la personne peut intenter une action devant le tribunal administratif. Ainsi la procédure de contestation devient une procédure préalable à la saisine du juge.

Pour les litiges résultant de l'exécution du contrat, la soumission du contrat au droit commun ne manque pas de soulever des problèmes qui ne favorisent pas la protection des intérêts légitimes de cocontractant de la personne publique dans la mesure où on renverse la charge de la preuve : il incombe au demandeur de prouver la faute de la personne publique alors que dans les litiges administratifs la charge de preuve pèse sur l'administration.

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

Enfin, un point retiendra particulièrement notre attention en présence de l'article 50, qui prévoit que « lorsque la poursuite de l'exécution du contrat aura pour effet de compromettre ou de nuire à l'intérêt général de l'Etat ou de la société, les parties devront modifier, suspendre ou mettre fin au contrat. La partie fautive devra payer des dommages intérêts. »

Cet article reconnaît dans les faits le droit pour la personne publique de modifier, de suspendre et de résilier le contrat sans l'accord de son cocontractant pour motif d'intérêt général, ce qui est la caractéristique du pouvoir exorbitant du droit commun. Néanmoins à la différence du droit français qui prévoit que la résiliation pour motif d'intérêt général ou dans l'intérêt du service public doit donner lieu à une indemnisation intégrale incluant le paiement des prestations exécutées, le manque à gagner et la perte du bénéfice attendu, cet article n'admet que les dommages intérêts dus à la faute des parties. De plus, la Loi des contrats, ne prévoit pas non plus d'indemnisation en cas de résiliation du contrat sans faute. Par conséquent, l'indemnisation ne sera pas accordée si la personne publique n'a commis aucune faute dans la résiliation du contrat pour motif d'intérêt général. Nous remarquerons ici encore une fois la tradition chinoise qui maintient toujours l'ascendant de la société sur l'individu.

E.- Le nouveau défi et l'opportunité en face de l'ouverture internationale des marchés publics en Chine

La Loi des marchés publics n'interdit pas les fournisseurs étrangers de conclure les marchés publics en Chine, mais eu égard au principe de l'ouverture réciproque des marchés publics alors qu'actuellement la Chine n'a signé aucun traité bilatéral d'ouverture des marchés publics et ne fait pas partie de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics, ceux-ci sont donc théoriquement réservés aux nationaux. En outre, l'article 10 de la Loi des marchés publics prévoit que « les marchés publics doivent porter sur les fournitures, travaux et services nationaux sauf lorsqu'il est impossible ou économiquement déraisonnable de les obtenir sur le territoire de la Chine, ou lorsque le marché public sera exécuté à l'étranger ». Cet article exclu donc principalement les fournitures, les travaux et les services étrangers pour les marchés publics passés en Chine. En bref, les marchés publics en Chine sont encore fermés aux concurrents internationaux.

Néanmoins, l'ouverture de l'économie est la tendance générale dans un contexte fortement internationalisé et mondialisé, les marchés publics y font également partie, ainsi l'article 84 dispose que

1 bis, Avenue de Lowendal 75007 PARIS TÉL : (33) 01 47 20 22 48 FAX : (33) 01 47 20 21 64 wgz@wgzavocats.com	34, AV. HENRI MATISSE 06200 NICE TÉL : (33) 04 93 18 83 50 FAX : (33) 04 93 18 83 51 wgz@wgzavocats.com	7, RUE DE BONNEL 69003 LYON TEL : (33) 04 72 61 75 80 FAX : (33) 04 72 61 75 82 wgz@wgzavocats.com	1395 Brickell Avenue, Suite 700 Miami, FLORIDA 33131 TEL : (1) 305- 372-7474 FAX : (1) 305-372-7475 wgz@wgzavocats.com
--	---	--	--

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS

WEISSBERG - GAETJENS - ZIEGENFEUTER & Associés

SOCIÉTÉ D'AVOCATS AU BARREAU DE PARIS
www.wgzavocats.com

« lorsque le marché public est financé par une organisation internationale ou un gouvernement étranger, si les parties dans leur contrat prévoient d'autres dispositions concernant les conditions d'achat, ces dispositions recevront application si elles ne nuisent pas l'intérêt général de l'Etat et de la société. » Par cet article la Chine ouvre une petite porte aux fournisseurs étrangers de décrocher les marchés publics en Chine. D'une manière plus poussée, la Chine a commencé au début de l'année 2008 des négociations pour adhérer à l'Accord plurilatéral sur les Marchés publics de l'OMC.

* *
*

L'adhésion de la Chine à l'AMP rendra les procédures d'obtention de marchés publics plus ouvertes et transparentes par l'entrée de concurrents étrangers et permettra par ailleurs aux fournisseurs chinois d'avoir accès aux marchés publics des pays membres de l'AMP. Cela demanderait un régime juridique des marchés publics plus perfectionné et une compétitivité renforcée des fournisseurs chinois. Comme une classique expression chinoise, l'opportunité coexiste avec le défi.

1 bis, Avenue de Lowendal
75007 PARIS
TÉL : (33) 01 47 20 22 48
FAX : (33) 01 47 20 21 64
wgz@wgzavocats.com

34, AV. HENRI MATISSE
06200 NICE
TÉL : (33) 04 93 18 83 50
FAX : (33) 04 93 18 83 51
wgz@wgzavocats.com

7, RUE DE BONNEL
69003 LYON
TEL : (33) 04 72 61 75 80
FAX : (33) 04 72 61 75 82
wgz@wgzavocats.com

1395 Brickell Avenue, Suite 700
Miami, FLORIDA 33131
TEL : (1) 305- 372-7474
FAX : (1) 305-372-7475
wgz@wgzavocats.com

AUTRES BUREAUX: BEYROUTH, BUENOS AIRES, DOUALA, MONTREAL, MIAMI, NEW YORK, TORONTO
MEMBRES DU GROUPEMENT INTERNATIONAL CONSULEGIS