

N° 161

# SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1990 - 1991

---

---

Annexe au procès-verbal de la séance du 13 décembre 1990.

## 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 ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, EN NOUVELLE LECTURE relatif à la transparence et à la régularité des , rocédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence,*

Par M. Bernard LAURENT,

Senateur.

---

(1) Cette commission est composée de : MM Jacques Larché, *président* ; Louis Virapoulle, François Giacobbi, Charles de Cuttoli, Michel Darras, *vice-présidents* ; Charles Lederman, Germain Authie, René Georges Laurin, Marcel Rudloff, *secrétaires* ; Guy Allouche, Alphense Arzel, Gilbert Baumet, Pierre Biarnes, Christian Bonnet, Philippe de Bourgoing, Raymond Bouvier, Jean Chamant, Raymond Courrière, Etienne Dailly, André Daugnac, Luc Dejoie, Michel Dreyfus Schmidt, Mme Jacqueline Fraysse Cazals, MM. Jean-Marie Girault, Paul Graziani, Hubert Haenel, Daniel Hœffel, Charles Jobbois, Lucien Lanier, Bernard Laurent, Paul Masson, Daniel Millaud, Lucien Neuwirth, Charles Ornano, Georges Othily, Robert Pagès, Claude Pradille, Aibert Ramassamy, Roger Romani, Michel Rufin, Jacques Sourdille, Jacques Thyraud, Jean-Pierre Tizon, Georges Treille.

**Voir les numeros :**

**Senat :** Première lecture : 338, 479 (1989 1990) et T.A. 3 (1990 1991).

Deuxième lecture : 99 (1990 1991)

Commission mixte paritaire : 122 (1990 1991).

Nouvelle lecture : 160 (1990 1991)

**Assemblée nationale (9<sup>e</sup> législ.) :** Première lecture : 1629, 1758 et T.A. 392

Commission mixte paritaire : 1782.

Nouvelle lecture : 1787, 1792 et T.A. 122.

---

Marchés publics.

## SOMMAIRE

---

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION .....	3
EXPOSÉ GÉNÉRAL .....	4
TABLEAU COMPARATIF .....	9

Mesdames, Messieurs,

Votre Haute assemblée est appelée à examiner, en nouvelle lecture, les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif 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, adopté, en nouvelle lecture, par l'Assemblée nationale, après échec de la commission mixte paritaire qui s'est réunie au Sénat le 4 décembre 1990, à l'issue d'une lecture dans chaque chambre.

On rappellera que ce projet de loi a un double objet :

- d'une part, il se propose, dans un titre premier, « *d'améliorer la transparence et la régularité des procédures de marchés* » au moyen d'un renforcement du statut de l'un des organismes chargés du contrôle de la régularité de ces procédures, de l'extension du champ de compétence de la mission interministérielle ainsi renforcée et de l'incrimination des pratiques qui permettent à certains soumissionnaires de bénéficier d'avantages injustifiés ;
- d'autre part, il procède, dans un titre II, à la transcription en droit interne des dispositions de nature législative exigée pour la mise en oeuvre de la directive communautaire n° 89-440 du 18 juillet 1989, modifiant la directive n° 71-305 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

\* \* \*

\*

• En première lecture, le Sénat a souhaité affiner la rédaction des articles 8 et 10 du titre II afin de la rapprocher de celle de la directive.

Pour ce qui concerne le titre premier, il a introduit plusieurs séries de modifications respectivement destinées à renforcer les droits de la défense, à préciser la définition de l'infraction créée à l'article 6 et à encadrer plus strictement tant les pouvoirs de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés, –à cet égard, il a écarté le principe de l'autosaisine et subordonné étroitement l'exercice de ses pouvoirs d'investigation par la mission aux nécessités de l'enquête–, que son champ de compétence dont il a exclu, sur proposition de nos collègues, Jean Arthuis et Pierre Vallon, les établissements publics à caractère industriel et commercial ainsi que les entreprises publiques.

Enfin, sur proposition de notre collègue René-Georges Laurin et des membres du groupe R.P.R, il a posé le double principe de l'information du conseil de la concurrence lorsque l'enquête fait apparaître des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, et, en pareille circonstance, du transfert au conseil de la direction de l'enquête.

• L'Assemblée nationale a adopté conformes en première lecture, le titre II du projet de loi ainsi que les dispositions d'application figurant au titre III.

S'agissant du titre premier, elle a retenu toutes les modifications apportées par le Sénat, qui tendaient à renforcer les droits de la défense, encadrer les pouvoirs d'enquête de la mission interministérielle et préciser la définition de l'incrimination.

Sur trois points importants, toutefois, son approche a différé de celle du Sénat :

- à l'article premier, elle a estimé, sur demande du Gouvernement et contre l'amendement présenté par sa commission des Lois, que la compétence de la mission interministérielle devait être étendue aux établissements publics à caractère industriel et commercial ;

- à l'article 2, elle a rétabli le droit d'autosaisine, non sans qu'il ait été précisé, en séance publique, tant par le Gouvernement que par le rapporteur de la commission, que ce droit ne saurait s'exercer que dans le cadre d'une

procédure d'enquête préalablement diligentée sur demande soit du ministre compétent, soit, le cas échéant, du préfet ;

- à l'article 5 bis, après avoir approuvé l'initiative du Sénat tendant à définir les modalités d'une coordination des investigations relevant des compétences respectives de la mission interministérielle et du conseil de la concurrence, elle a supprimé le second alinéa qui prévoyait le transfert de la direction de l'enquête au conseil de la concurrence en cas de concornitance de faits relevant de l'article 6 du projet de loi et des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

• Les travaux de la commission mixte paritaire ont fait apparaître qu'une convergence de vues pouvait s'établir sur les deux premiers points, les représentants de l'Assemblée nationale acceptant que les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat fussent sortis du champ de compétence de la mission interministérielle et ceux du Sénat admettant que le chef de cette mission pouvait diligenter de lui-même des investigations nouvelles si l'enquête en cours laissait présumer des irrégularités dans d'autres marchés.

Ainsi qu'en témoigne le rapport de la commission mixte paritaire, le second alinéa de l'article 5 bis introduit par le Sénat et supprimé par l'Assemblée nationale, n'a pu, en revanche, faire l'objet d'une rédaction consensuelle, en dépit des efforts engagés de part et d'autre, singulièrement par le président, le vice-président et les deux rapporteurs.

Pour l'essentiel, le débat a opposé deux approches différentes, l'une très juridique en apparence, -celle de la majorité des représentants de l'Assemblée nationale-, qui s'appuyait sur le respect des droits de la défense garanti par le projet de loi et l'obligation pour toute autorité constituée et tout fonctionnaire, aux termes du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, de « donner avis sans délai au Procureur de la République » de tout crime ou délit dont il « acquiert connaissance » et de lui « transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs » ; l'autre plus réaliste, -celle de la majorité des représentants du Sénat-, proposait que la direction de l'enquête fût confiée au conseil de la concurrence doté à cet effet des pouvoirs de la mission interministérielle en faisant valoir le risque d'arbitraire que présentaient nécessairement la décision de saisir la mission et les suites réservées à ses conclusions, tant il est vrai qu'une autorité qui

est à la fois administrative et politique peut être tentée d'user de son pouvoir administratif au bénéfice de ses intérêts politiques.

• **En nouvelle lecture, l'Assemblée nationale a repris son texte de première lecture en introduisant à l'article 2 la modification dont les représentants du Sénat avaient admis le principe lors de la réunion de la commission mixte paritaire, soit la reconnaissance d'un droit à l'autosaisine lorsqu'une enquête en cours fait présumer des irrégularités dans d'autres marchés.**

En revanche, et contrairement à ce que ses représentants avaient accepté lors de la commission mixte paritaire, elle n'a pas modifié l'article premier, incluant de ce fait l'ensemble des établissements publics à caractère industriel et commercial dans le champ de compétence de la mission interministérielle.

Enfin, elle a rectifié la rédaction du premier alinéa de l'article 5 bis et maintenu la suppression du second alinéa.

• **Votre commission des Lois vous propose d'adopter la position suivante :**

- **à l'article premier, la suppression de: établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat du champ de compétence de la mission interministérielle ;**

- **à l'article 2, l'adoption du nouveau texte de l'Assemblée nationale qui prévoit en quelque sorte un «droit de suite» lorsqu'une enquête fait apparaître des irrégularités dans d'autres marchés ;**

- **à l'article 5 bis, le rétablissement du second alinéa dans une rédaction modifiée reprise de celle que votre rapporteur avait proposé lors de la commission mixte paritaire afin de préciser que lorsque la direction de l'enquête est transférée au conseil de la concurrence, celui-ci dispose des mêmes pouvoirs d'investigation que ceux reconnus à la mission par les articles 3 à 5 du projet de loi.**

Ce faisant, il vous est proposé de conserver au texte son efficacité tout en l'assortissant de garanties supplémentaires.



**Sous réserve des deux modifications qu'elle vous propose, la commission des Lois vous demande d'adopter en nouvelle lecture les dispositions restant en discussion du présent projet de loi.**

## TABLEAU COMPARATIF

<b>Texte adopté par le Sénat en première lecture</b>	<b>Texte adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture</b>	<b>Propositions de la commission</b>
<p><b>TITRE PREMIER</b></p> <p><b>TRANSPARENCE ET REGULARITE DES PROCEDURES</b></p> <p>Article premier</p> <p>Il est créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés, chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial ou des sociétés d'économie mixte locales.</p> <p>Le chef de la mission et les membres de celle-ci sont désignés parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers, par arrêté conjoint du Premier ministre, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement.</p> <p>Les membres de la mission sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal.</p>	<p><b>TITRE PREMIER</b></p> <p><b>TRANSPARENCE ET REGULARITE DES PROCEDURES</b></p> <p>Article premier</p> <p>Il...</p> <p>... publics et des sociétés d'économie mixte locale.</p> <p>Alinéa sans modification</p> <p>Alinéa sans modification</p>	<p><b>TITRE PREMIER</b></p> <p><b>TRANSPARENCE ET REGULARITE DES PROCEDURES</b></p> <p>Article premier</p> <p>Il...</p> <p>... marchés de l'Etat, des établissements publics <i>autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial</i>, des collectivités territoriales <i>et de leurs établissements publics</i>, et des sociétés d'économie mixte locales.</p> <p>Alinéa sans modification</p> <p>Alinéa sans modification</p>

<b>Texte adopté par le Sénat en première lecture</b>	<b>Texte adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture</b>	<b>Propositions de la commission</b>
<p>Art. 2.</p>	<p>Art. 2.</p>	<p>Art. 2.</p>
<p>Les enquêtes sont diligentées à la demande du Premier ministre ou du ministre chargé de l'économie et des finances ou, pour son département et les établissements placés sous sa tutelle, à la demande de chaque ministre. En outre, elles peuvent être diligentées à la demande du préfet lorsqu'elles concernent des marchés passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte locales.</p>	<p>Les...  ...ministre ou du chef de la mission lorsque l'enquête sur un marché fait présumer des irrégularités dans d'autres marchés. En outre, ...  ...locales.</p>	<p>Sans modification</p>
<p>Elles donnent lieu à l'établissement de rapports et, le cas échéant, de comptes rendus d'audition.</p>	<p>Alinéa sans modification</p>	
<p>Les rapports et comptes rendus d'audition sont transmis aux autorités qui ont demandé l'enquête</p>	<p>Alinéa sans modification</p>	
<p>Les rapports et comptes rendus d'audition relatifs à des enquêtes portant sur les marchés des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des sociétés d'économie mixte locales sont d'abord transmis au représentant légal de la collectivité ou de l'organisme concerné. Ils sont ensuite transmis au préfet et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête avec les observations du représentant légal de la collectivité ou de l'organisme.</p>	<p>Alinéa sans modification</p>	
<p>Un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues.</p>	<p>Alinéa sans modification</p>	
<p>Les conclusions de ces rapports sont portées, pour ce qui les concerne, à la connaissance des personnes mises en cause.</p>	<p>Alinéa sans modification</p>	

<b>Texte adopté par le Sénat en première lecture</b>	<b>Texte adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture</b>	<b>Propositions de la commission</b>
Art. 5 bis (nouveau).	Art. 5 bis.	Art. 5 bis.
<p>Le président du conseil de la concurrence est informé sans délai du déclenchement et de l'issue des investigations mentionnées à l'article 5 lorsque ces investigations font apparaître des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.</p>	<p>Le... ..délai des investigations mentionnées à l'article 5 lorsque celles-ci font apparaître..</p>	Alinéa sans modification
<p>La direction de l'enquête est transférée au conseil de la concurrence.</p>	...concurrence.	<p><i>La direction de l'enquête est transférée au conseil de la concurrence qui est investi à cet effet des compétences prévues aux articles 3 à 5. Il transmet ses conclusions à la juridiction compétente.</i></p>
<b>TITRE II</b>	<b>TITRE II</b>	<b>TITRE II</b>
<b>SOUSSION DES PROCEDURES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS A DES OBLIGATIONS DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE</b>	<b>SOUSSION DES PROCEDURES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS A DES OBLIGATIONS DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE</b>	<b>SOUSSION DES PROCEDURES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS A DES OBLIGATIONS DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE</b>
<b>TITRE III</b>	<b>TITRE III</b>	<b>TITRE III</b>
<b>DISPOSITIONS DIVERSES</b>	<b>DISPOSITIONS DIVERSES</b>	<b>DISPOSITIONS DIVERSES</b>
Intitulé	Intitulé	Intitulé
<p>Projet de loi tendant à améliorer la transparence et la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence</p>	<p>Projet de loi relatif à la transparence et à la régularité ...</p>	Sans modification
	... concurrence	