

N° 506

SÉNAT

QUATRIÈME SESSION EXTRAORDINAIRE DE 1991 - 1992

Rattache pour ordre au proces-verbal de la seance du 8 juillet 1992.

Enregistre à la Présidence du Senat le 31 juillet 1992.

PROJET DE LOI

relatif aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications,

PRÉSENTÉ

au nom de M. PIERRE BÉRÉGOVOY,

Premier ministre,

Par M. Michel SAPIN,

ministre de l'économie et des finances.

(Renvoyé à la commission des Affaires économiques et du Plan sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

Marchés publics. - Eau - Energie - Directives européennes - Hydrocarbures - Mines et carrières - Postes et télécommunications - Transports.

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur au 1er janvier 1993, le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté trois directives tendant à assurer une plus grande ouverture des marchés publics de fournitures et de travaux :

- la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 modifiant la directive n° 71-305 du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ;

- la directive n° 88-295 du 22 mars 1988 modifiant la directive n° 77-62 du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive n° 80-767 du 22 juillet 1980 ;

- la directive n° 90-531 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.

La transposition en droit interne des deux premières directives a déjà donné lieu à l'adoption de plusieurs textes de nature législative et réglementaire. La directive du 17 septembre 1990, qui impose des obligations de publicité et de mise en concurrence, sera transposée par décret pour les contrats de fournitures et de travaux passés, dans les secteurs dits "exclus", c'est-à-dire l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications, par l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics.

Elle est transposée par le présent projet pour les contrats passés par les organismes de droit privé soumis à la directive.

L'article premier soumet à des mesures de publicité et à des procédures de mise en concurrence les contrats de fournitures et de travaux dont le montant est supérieur à des seuils qui seront fixés par arrêté du ministre de l'économie et des finances selon une valeur de 400 000 Ecus pour les fournitures et de 5 millions d'Ecus pour les travaux. Ces contrats sont passés par des organismes de droit privé répondant à différents critères, notamment un financement ou un contrôle de leurs organes de gestion par des autorités publiques ou la détention de droits exclusifs ou spéciaux pour exercer leur activité.

L'article 2 donne la liste des activités dans lesquelles les organismes définis à l'article premier doivent opérer. Sont donc visés les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, dans les conditions précisées par la directive communautaire.

L'article 3 prévoit un régime dérogatoire pour les organismes détenteurs de titres miniers de charbon, d'autres combustibles solides ou d'hydrocarbures liquides ou gazeux délivrés conformément aux dispositions du code minier, sous réserve d'un accord de la Commission des Communautés européennes.

L'article 4 définit les notions de contrat de fournitures et de contrat de travaux, ces contrats étant soumis à la loi sous réserve des exceptions contenues à l'article 5. Il précise également les conditions dans lesquelles des accords peuvent être passés pour une période donnée.

L'article 6 transpose l'article 29 de la directive n° 90-531 qui permet de faire jouer une préférence en faveur d'une offre dont le contenu est majoritairement d'origine communautaire. Les conditions d'application de cette clause sont renvoyées à un décret pris en Conseil d'Etat.

L'article 7 du projet modifie 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 soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Cet article précise le champ d'application du titre II de cette loi en excluant certains contrats, notamment ceux des secteurs exclus. Cette modification a pour objectif d'assurer la cohérence entre cette loi et le présent projet dans les conditions précisées par la directive du 17 septembre 1990.

Les trois derniers articles contiennent des dispositions diverses. L'article 8 prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les conditions d'application de la présente loi. L'article 9 fixe la date d'application de la présente loi au 1er janvier 1993 comme le prévoit la directive n° 90-531 et l'article 10 indique qu'elle n'est pas applicable à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. En effet, elle ne sera pas applicable aux territoires d'outre-mer et à Mayotte et il n'a pas paru souhaitable de traiter différemment Saint-Pierre-et-Miquelon, d'autant que ce territoire n'étant pas membre de la Communauté économique européenne, la transposition de la directive du 17 septembre 1990 n'y est pas obligatoire.

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décrète :

Le présent projet de loi relatif aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, sera présenté au Sénat par le ministre de l'économie et des finances, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

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 :

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'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 qui sont mentionnés ci-dessus ;

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

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 qui sont mentionnés ci-dessus ;

3°) les organismes de droit privé répondant à l'une des conditions suivantes :

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 ;

b) émettre 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 ;

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 ;

4°) 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 ;

5°) les organismes de droit privé qui alimentent en eau potable, électricité, gaz ou chaleur un réseau mentionné aux 1°) et 2°) de l'article 2 et exploité par un organisme visé au 4°) du présent article, sous réserve des dispositions de l'article 3.

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.

Art. 2.

La présente loi est applicable aux activités suivantes :

1°) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur ;

2°) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ou l'alimentation de ces réseaux y compris lorsque cette activité est liée :

a) soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées,

b) soit à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage, pour autant que le volume d'eau destiné à l'approvisionnement en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau mis à disposition par ces projets ou par ces installations d'irrigation ou de drainage ;

3°) l'exploitation d'une aire géographique dans le but :

a) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 3 ;

b) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou autres terminaux de transport ;

4°) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus, autocars ou remontées mécaniques ;

5°) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunications visés aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications.

Art. 3.

Sous réserve d'un accord de la Commission des Communautés européennes, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux organismes détenteurs de titres miniers de charbon, d'autres combustibles solides ou d'hydrocarbures liquides ou gazeux délivrés conformément aux dispositions du code minier. Toutefois, les conditions dans lesquelles l'exploitant doit respecter les principes de non discrimination et de mise en concurrence de ses marchés de travaux et de fournitures, ainsi que les mesures d'information relatives à l'octroi de ces marchés, sont fixées par voie réglementaire.

Art. 4.

Les contrats de fournitures mentionnés à l'article premier sont ceux dont l'objet est l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de produits ou de services portant sur les logiciels destinés à l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public ou à être utilisés dans un ou plusieurs services de télécommunications visés aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications.

Les contrats de travaux mentionnés à l'article premier sont ceux dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil.

Les contrats mentionnés au présent article peuvent prendre la forme d'accords ayant pour objet de fixer le contenu des contrats à passer au cours d'une période donnée et notamment les prix et les quantités envisagés. Un décret en Conseil d'Etat fixe, en tant que de besoin, les conditions auxquelles est subordonnée la conclusion de ces accords, de façon à éviter qu'il y soit recouru de façon abusive ou qu'ils aient pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Art. 5.

Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis à l'article 4 lorsqu'ils sont passés :

1°) pour l'achat d'eau par les personnes dont l'activité est de produire ou distribuer l'eau ;

2°) par les personnes dont l'activité est définie au 1°) et au a) du 3°) de l'article 2 en vue d'acquérir de l'énergie ou des combustibles destinés à la production d'énergie ;

3°) par les personnes dont l'activité est définie au 5°) de l'article 2 lorsque ces contrats leur permettent d'assurer des services de télécommunications qui peuvent être offerts par d'autres organismes dans la même aire géographique et dans des conditions similaires ;

4°) pour des fournitures ou des travaux déclarés secrets ou lorsque la livraison ou l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité justifiées par la protection des intérêts essentiels de l'Etat ;

5°) en vertu 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 fournitures ou des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires de l'accord ;

6°) à des fins de vente ou de location à des tiers de fournitures ou d'ouvrages qui peuvent être librement vendus ou loués par d'autres organismes dans des conditions identiques ;

7°) dans un domaine d'activité autre que ceux visés à l'article 2 ou pour la poursuite des activités définies à cet article dans un Etat non membre de la Communauté économique européenne, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté économique européenne ;

8°) par les personnes assurant un service de transport par autobus ou autocar et lorsque d'autres organismes peuvent librement exercer ce service dans les mêmes conditions, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique ;

9°) par les organismes de droit privé autres que les groupements formés entre les collectivités publiques qui assurent l'alimentation en eau potable et en électricité de réseaux destinés à fournir un service au public lorsque cette production est nécessitée par une activité autre que celles visées aux 1°) et 2°) de l'article 2 et que l'alimentation du réseau public provenant d'un surplus de production ne dépasse pas 30 % de la production totale en prenant en considération la moyenne des trois dernières années y compris l'année en cours ;

10°) par les organismes de droit privé autres que les groupements formés entre les collectivités publiques qui assurent l'alimentation en gaz ou en chaleur de réseaux destinés à fournir un service au public lorsque la production de gaz ou de chaleur est le résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées aux 1°) et 2°) de l'article 2 et que l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'organisme en prenant en considération la moyenne des trois dernières années précédentes, y compris l'année en cours.

Art. 6.

L'offre de fournitures portant sur des produits provenant d'un ou de plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne avec lesquels aucun accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté aux contrats de ces pays tiers n'a été signé peut être rejetée.

Si deux ou plusieurs offres sont équivalentes la préférence doit être accordée à celle qui ne peut être rejetée par application des dispositions de l'alinéa ci-dessus. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et notamment la part qui permet de regarder un produit comportant des éléments de diverses origines comme un produit provenant d'un pays tiers visé au présent article, le seuil à partir duquel deux offres sont regardées comme équivalentes, ainsi que les conditions qui, dans l'intérêt de la personne qui se propose de conclure le contrat, peuvent justifier qu'elle écarte le droit de préférence prévu par le présent article.

Art. 7.

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 soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :

"Art. 12. Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11 :

1°) soumis aux dispositions de la loi n°.....du relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;

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 ;

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.

Art. 9.

Les dispositions de la présente loi sont applicables à compter du 1er janvier 1993.

Art. 10.

Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Fait à Paris, le 29 juillet 1992.

Signé : PIERRE BÉRÉGOVOY

Par le Premier ministre :

le ministre de l'économie et des finances

Signé : Michel SAPIN