

N° 9

SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1994-1995

Annexe au procès-verbal de la séance du 6 octobre 1994.

PROJET DE LOI

complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à 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 et la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative 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. EDOUARD BALLADUR,

Premier ministre,

par M. EDMOND ALPHANDÉRY,

ministre de l'économie.

(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.

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur, le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté un certain nombre de directives tendant à assurer une plus grande ouverture des marchés publics de fournitures, de travaux et de services.

Ces directives créent une distinction entre, d'une part, les textes applicables aux marchés passés par les organismes publics ou les personnes agissant sous leur contrôle et, d'autre part, les opérateurs de réseaux publics exerçant leur activité dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

L'ensemble du dispositif ayant été adopté, la passation des marchés de fournitures, de travaux et de services est soumise à des obligations qui font l'objet de quatre directives :

– la directive n° 93-36 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ;

– la directive n° 93-37 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ;

– la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

– la directive n° 93-38 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

La transposition en droit interne de ces directives a déjà donné lieu à l'adoption de plusieurs textes de nature législative ou réglementaire, mais il restait à transposer les dispositions relatives aux marchés de services et certaines dispositions relatives aux marchés de fournitures.

C'est l'objet du présent projet de loi, divisé en deux titres, qui devraient constituer le dernier texte de nature législative pris pour transposer ces directives."

*

* *

Le titre premier vise à transposer partiellement la directive n° 92-50 relative aux marchés de services et la directive n° 93-36 relative aux marchés de fournitures.

Ces transpositions seront complétées, d'une part, par un décret d'application du présent projet de loi, d'autre part, par une modification du code des marchés publics pour les marchés des collectivités publiques, marchés de l'Etat et des collectivités territoriales.

Ce titre modifie le titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 qui soumet déjà à des obligations de publicité et de mise en concurrence la passation de certains contrats de travaux conclus par des organismes répondant à différents critères, notamment un financement ou un contrôle de leurs organes de gestion par des autorités publiques.

L'article premier crée un article 9-1 dans le texte de 1991 qui soumet déjà à des mesures de publicité et à des procédures de mise en concurrence, qui seront définies par décret en Conseil d'Etat, la passation des contrats de fournitures dont le montant est supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre de l'économie selon une valeur de 200 000 écus, passés par les organismes précités.

L'article 2 crée un article 10-1 et un article 10-2 qui sont insérés dans le titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991.

Le I de l'article 10-1 soumet à des mesures de publicité et à des procédures de mise en concurrence, qui seront également définies par décret en Conseil d'Etat, la passation de contrats de services dont le montant est supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre de l'économie selon une valeur de 200 000 écus.

Compte tenu de l'absence d'une définition exhaustive des services entrant dans le champ d'application de la directive n° 92-50 et de la nécessité de prévoir un régime adapté à chaque catégorie de services, la directive distingue trois classes de services, à savoir :

- les services soumis à l'ensemble des mesures de publicité et de mise en concurrence ;
- les services soumis à un nombre limité de ces mesures ;
- les services exclus de son champ d'application.

En conséquence :

- le II de l'article 10-1 énumère les catégories de services qui sont soumises à l'ensemble des mesures de publicité et de mise en concurrence ;
- le III de l'article 10-1 précise les catégories de services qui sont seulement soumises à des règles relatives à la définition des

caractéristiques essentielles de la prestation attendue ainsi qu'à la publication des résultats de la procédure d'attribution lorsque le contrat est conclu ;

– l'article 10-2 énumère les contrats de services qui sont exclus de toute mise en concurrence communautaire.

Les articles 3 et 4 modifient les articles 11-1 et 11-2 de cette loi afin de soumettre la passation des contrats de services aux mêmes possibilités de recours juridictionnels que celles déjà existantes pour les contrats de fournitures ou de travaux, en vue d'assurer le respect des obligations découlant de la directive.

L'article 5 modifie l'article 12 de la loi du 3 janvier 1991 afin d'assurer la cohérence de son champ d'application avec d'autres textes législatifs.

*
* *

Le titre II du présent projet de loi transpose les dispositions de la directive n° 93-38 relatives à la passation des contrats de services passés par les opérateurs de réseaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Pour ce faire, il modifie la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans ces secteurs. Il sera complété par un décret d'application du présent projet de loi.

L'article 6 étend le champ d'application de l'article premier de cette loi en visant les contrats de services. Comme pour la directive n° 92-50, la directive n° 93-38 ne donne pas de définition exhaustive des services entrant dans son champ d'application. Le dispositif présente donc les mêmes particularités que celles évoquées précédemment.

Ainsi, **l'article 9** crée les articles 4-1 et 4-2 de la loi du 11 décembre 1992 qui tiennent compte, comme pour les organismes soumis à contrôle public, de la distinction en trois classes de services :

- les services soumis à l'ensemble des mesures de publicité et de mise en concurrence ;
- les services soumis à certaines de ces mesures, seulement ;
- les services exclus du champ d'application.

Dans la mesure où les catégories de services visées sont les mêmes, ces articles font référence aux listes de services contenues dans la loi du 3 janvier 1991.

Par ailleurs, l'article 9 du projet de loi crée un article 4-3 qui reprend les dispositions de l'ancien troisième alinéa de l'article 4 de la loi du 11 décembre 1992, en les étendant aux contrats de services. Cet article vise la possibilité de contracter sous forme d'accords-cadres passés pour une période donnée.

L'article 7 soumet les contrats passés dans le cadre du régime dérogatoire que peuvent obtenir 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, prévu par l'article 3 de la loi du 11 décembre 1992, aux mêmes possibilités de recours juridictionnels applicables en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cette mesure est complétée au niveau des articles 12 et 13 du projet de loi par l'inclusion dans les articles 7-1 et 7-2 de la loi du 11 décembre 1992 d'une référence à l'article 3 de ladite loi.

Enfin, **l'article 10** étend le champ des exclusions (achats déclarés secrets ou passés en vertu d'un accord international, achats de fournitures directement liés à la nature de l'activité) prévues à l'article 5 de la loi du 11 décembre 1992 aux contrats de services tandis que **l'article 11** crée un article 5-1 dans la loi du 11 décembre 1992 pour tenir compte d'une exclusion spécifique aux contrats de services passés par les opérateurs de réseaux à des filiales spécialisées dans les services.

PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décète :

Le présent projet de loi complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à 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 et la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative 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, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

TITRE PREMIER

DISPOSITIONS COMPLÉTANT, EN CE QUI CONCERNE CERTAINS CONTRATS DE SERVICES ET DE FOURNITURES, 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

Article premier.

Il est inséré, dans 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, après l'article 9, un article 9-1 rédigé comme suit :

« *Art. 9-1.* — 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 ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location-vente, ou la location, avec ou sans option d'achat, de fournitures que se proposent de conclure les personnes mentionnées à l'article 9, et dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. »

Art.2.

Il est inséré dans la même loi, après l'article 10, un article 10-1 et un article 10-2 rédigés comme suit :

« *Art. 10-1.* — I. — Les dispositions du présent article s'appliquent, sauf les exceptions prévues à l'article 10-2 ci-après, à tout contrat qui a pour objet l'exécution, pour un montant égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie, de services définis au II et au III ci-après, lorsqu'il s'agit :

« 1° soit d'un contrat que se propose de conclure, avec un prestataire de services, l'une des personnes énumérées à l'article 9 de la présente loi ;

« 2° soit d'un contrat que se proposent de conclure, avec un prestataire de services, des personnes de droit privé autres que celles qui sont mentionnées au 1° ci-dessus, lorsque ce contrat est, d'une part, en liaison avec un contrat de travaux tel que celui-ci est défini au 1° de l'article 10 de la présente loi et doit être, d'autre part, subventionné directement à plus de 50 % par l'Etat, des collectivités locales, des organismes de droit public n'ayant pas un caractère industriel ou commercial, ou les organismes de droit privé énumérés à l'article 3 de la présente loi.

« II. — Lorsqu'un contrat mentionné au I du présent article a pour objet l'exécution de services qui entrent dans l'une des catégories de services énumérées ci-après, la personne qui se propose de passer le contrat est tenue de se conformer aux mesures de publicité et aux procédures de mise en concurrence qui sont définies par décret en Conseil d'Etat.

« Sont soumis aux dispositions de l'alinéa précédent :

« 1° les services d'entretien et de réparation ;

« 2° les services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports ferroviaires ;

« 3° les services de transports aériens : transports de voyageurs, de marchandises et de courrier ;

« 4° les services de télécommunications ;

« 5° les services financiers :

« a) services d'assurances ;

« b) services bancaires et d'investissement ;

« 6° les services informatiques et services connexes ;

« 7° les services de recherche et de développement dont les résultats appartiennent exclusivement à la personne qui se propose de passer le contrat pour son usage, dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation soit entièrement rémunérée par cette personne ;

« 8° les services comptables, d'audit et de tenue de livres ;

« 9° les services d'études de marché et de sondages ;

« 10° les services de conseil en gestion et les services connexes ;

« 11° les services d'architecture ; les services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; les services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; les services connexes de consultations scientifiques et techniques ; les services d'essais et d'analyses techniques ;

« 12° les services de publicité ;

« 13° les services de nettoyage de bâtiments et les services de gestion de propriété ;

« 14° les services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle ;

« 15° les services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues.

« III. – Lorsqu'un contrat mentionné au I du présent article a pour objet l'exécution de services qui entrent dans des catégories de services autres que celles mentionnées au II du présent article ou à l'article 10-2, la personne qui se propose de passer le contrat est tenue, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat :

« — d'inclure dans les documents généraux ou les cahiers des charges propres à chaque contrat les caractéristiques essentielles de la prestation attendue qu'elle doit définir par référence à des normes précisées par le même décret ;

« — de faire connaître, une fois le contrat conclu, les résultats de la procédure d'attribution.

« *Art. 10-2.* — Sont exclus du champ d'application de l'article 10-1 ci-dessus :

« 1° les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location d'immeubles ou qui concernent les droits sur ces biens ;

« 2° les contrats ayant pour objet l'achat, le développement, la production, la coproduction ou le temps de diffusion de programmes par des organismes de communication audiovisuelle ;

« 3° les contrats relatifs aux services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radio messagerie et de communications par satellite ;

« 4° les contrats qui ont pour objet les services d'arbitrage ou de conciliation ;

« 5° les contrats de services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente, au transfert de titres et autres instruments financiers, ainsi que les contrats qui concernent des services rendus par la Banque de France ;

« 6° les contrats de travail ;

« 7° les contrats de services de recherche et de développement autres que les contrats mentionnés au 7° du II de l'article 10-1 ;

« 8° les contrats de services dont le prestataire est l'une des personnes énumérées à l'article 9 ci-dessus ou une personne publique, désignée sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu ou sur le fondement de dispositions législatives ou réglementaires. »

Art. 3.

Au début du premier alinéa de l'article 11-1 de la même loi, les mots : « des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 » sont remplacés par les mots : « des contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1, 10-2 et 11 ».

Art. 4.

A l'article 11-2 de la même loi, les mots : « la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 » sont remplacés par les mots : « la passation des contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1, 10-2 et 11 ».

Art. 5.

L'article 12 de la même loi est modifié comme suit :

I. – Au début de l'article, les mots : « Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11 » sont remplacés par les mots : « Les dispositions du titre II ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1, 10-2 et 11 ».

II. – Au début du 2^o, les mots : « concernant des travaux » sont remplacés par les mots : « concernant des travaux, des fournitures ou des services ».

III. – Au 3^o, les mots : « 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 » sont remplacés par les mots : « et portant sur des fournitures, services ou travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des Etats signataires de l'accord ».

TITRE II

**DISPOSITIONS COMPLÉTANT, EN CE QUI CONCERNE
CERTAINS CONTRATS DE SERVICES, LA LOI N° 92-1282
DU 11 DÉCEMBRE 1992 RELATIVE AUX PROCÉDURES
DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS DANS LES
SECTEURS DE L'EAU, DE L'ÉNERGIE, DES TRANS-
PORTS ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS**

Art. 6.

Le premier alinéa de l'article premier de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains

contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications est modifié ainsi qu'il suit :

« 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, de travaux et, dans les conditions définies aux articles 4-1 et 4-2, des contrats de services, dont le montant est égal ou supérieur à des seuils fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et que se proposent de conclure, avec un fournisseur, un entrepreneur ou un prestataire de services, lorsqu'ils exercent les activités mentionnées à l'article 2, les organismes suivants : »
(le reste sans changement).

Art. 7.

L'article 3 de la même loi est modifié comme suit :

I. — Les mots : « Sous réserve d'un accord de la Commission des Communautés européennes, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables » sont remplacés par les mots : « Les dispositions de la présente loi, à l'exception de ses articles 7-1 et 7-2, ne sont pas applicables ».

II. — Les mots : « de ses marchés de travaux et de fournitures » sont remplacés par les mots : « de ses marchés de travaux, de fournitures et de services ».

Art. 8.

Le troisième alinéa de l'article 4 de la même loi est abrogé.

Art. 9.

Il est inséré dans la même loi, entre les articles 4 et 5, un article 4-1, un article 4-2 et un article 4-3 rédigés comme suit :

« Art. 4-1. — I. — Lorsqu'un contrat de services mentionné à l'article premier a pour objet l'exécution de services qui entrent dans l'une des catégories de services énumérées au II de l'article 10-1 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, la personne qui se propose de passer le contrat est tenue de se conformer aux mesures de publicité et aux procédures de mise en concurrence prévues à l'article premier.

« II. — Lorsqu'un contrat de services mentionné à l'article premier a pour objet l'exécution de services qui entrent dans l'une des catégories de services définies au III de l'article 10-1 de la loi du 3 janvier 1991 précitée, la personne qui se propose de passer le contrat est tenue, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat :

« — d'inclure dans les documents généraux ou les cahiers des charges propres à chaque contrat les caractéristiques essentielles de la prestation attendue qu'elle doit définir par référence à des règles précisées par le même décret ;

« — de faire connaître, une fois le contrat conclu, les résultats de la procédure d'attribution.

« Art. 4-2. — Sont exclus du champ d'application de l'article premier ci-dessus les contrats de services entrant dans l'une des catégories de services énumérées à l'article 10-2 de la loi du 3 janvier 1991 précitée à l'exception de ceux définis au 2° de cet article.

« Art. 4-3. — Les contrats mentionnés aux articles 4 et 4-1 peuvent prendre la forme d'accords-cadres ayant pour objet de fixer le contenu des contrats particuliers à passer au cours d'une période donnée et notamment les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Ces accords sont conclus pour les fournitures, les travaux ou chaque catégorie de services, dans les mêmes conditions que les contrats susvisés. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les conditions auxquelles est subordonnée la conclusion de ces accords, de manière à éviter qu'il y soit recouru de façon abusive avec effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. »

Art. 10.

L'article 5 de la même loi est modifié comme suit :

I. — Au début de l'article, les mots : « aux contrats définis à l'article 4 » sont remplacés par les mots : « aux contrats définis aux articles 4, 4-1 et 4-3 de la présente loi et au 2° de l'article 10-2 de la loi du 3 janvier 1991 ».

II. — Au 4°, les mots : « Pour des fournitures ou des travaux » sont remplacés par les mots : « Pour des fournitures, des travaux ou des services ».

III. — Au 5°, les mots : « et portant sur des fournitures ou des travaux » sont remplacés par les mots : « et portant sur des fournitures, des travaux ou des services ».

Art. 11.

Il est inséré dans la même loi, entre les articles 5 et 6, un article 5-1 rédigé comme suit :

« *Art. 5-1.* – Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables :

« – aux contrats de services définis à l'article 4-1 passés par un groupement constitué de personnes visées à l'article premier avec l'une des personnes membres du groupement ;

« – aux contrats passés par une des personnes ou un groupement constitué de personnes visées à l'article premier avec une entreprise liée à cette personne ou à l'une des personnes membres du groupement, à condition qu'au moins 80 % du chiffre d'affaires moyen en matière de services réalisé par cette entreprise liée, au sein de la Communauté européenne, au cours des trois dernières années écoulées, proviennent de la prestation de ces services aux personnes auxquelles elle est liée.

« Si une des personnes mentionnées à l'article premier acquiert des prestations de services identiques ou similaires auprès d'une ou plusieurs entreprises qui lui sont liées, il est tenu compte du chiffre d'affaires total ainsi réalisé au sein de la Communauté européenne pour ces services et par ces entreprises.

« Sont des entreprises liées :

« 1° celles dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux d'un des organismes visés à l'article premier ;

« 2° celles qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'un organisme visé à l'article premier ;

« 3° celles qui peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante sur un organisme visé à l'article premier ;

« 4° celles qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant également une telle influence sur l'organisme visé à l'article premier.

« L'influence dominante exercée sur une entreprise est celle qui résulte de la propriété, de la participation financière et des règles qui régissent ladite entreprise. Il en est ainsi notamment lorsqu'une personne ou un groupement de personnes détient la majorité du capital de cette entreprise ou dispose de la majorité des voix attachées aux

parts émises par elle ou peut désigner plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance.

« Un décret précise les conditions dans lesquelles les organismes visés à l'article premier notifient à la Commission des Communautés européennes, sur sa demande, des informations relatives à l'application des dispositions du présent article. »

Art. 12.

Au premier alinéa de l'article 7-1 de la même loi, après les mots : « la passation des contrats définis à l'article premier », sont insérés les mots : « ainsi qu'à l'article 3 ».

Art. 13.

A l'article 7-2 de la même loi, après les mots : « la passation des contrats définis à l'article premier », sont insérés les mots : « ainsi qu'à l'article 3 ».

Fait à Paris le 5 octobre 1994.

Signé : EDOUARD BALLADUR.

Par le Premier ministre,

Le ministre de l'économie,

Signé : EDMOND ALPHANDÉRY.