

SÉNAT

DEUXIEME SESSION EXTRAORDINAIRE DE 1989 - 1990

Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 27 août 1990.

Enregistré à la Présidence du Sénat le 25 septembre 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 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,

Par M. Bernard LAURENT,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jacques Larché, président ; Louis Virapoullé, François Giacobbi, Charles de Cuttoli, Michel Darras, vice-présidents ; Charles Lederman, Germain Authié, René-Georges Laurin, Marcel Rudloff, secrétaires ; MM. Guy Allouche, Alphonse Arzel, Gilbert Baumet, Pierre Biarnès, Christian Bonnet, Philippe de Bourgoing, Raymond Bouvier, Jean Chamant, Raymond Courrière, Etienne Dailly, André Dagnac, Luc Dejoie, Michel Dreyfus-Schmidt, Mme Jacqueline Fraysse-Cazalis, MM. Jean-Marie Girault, Paul Graziani, Hubert Haenel, Daniel Hœffel, Charles Jolibois, Lucien Lanier, Bernhard Laurent, Marc Lauriol, Paul Masson, Daniel Milláud, Charles Ornano, Georges Othily, Robert Pages, Claude Prädille, Albert Ramassamy, Roger Romani, Michel Rufin, Jacques Sourdille, Jacques Thyraud, Jean-Pierre Tizon, Georges Treille.

Voir le numéro :

Sénat : 338 (1989-1990).

Marchés publics.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	7
EXPOSÉ GÉNÉRAL	9
CHAPITRE INTRODUCTIF - ÉLÉMENTS RELATIFS AU POIDS ÉCONOMIQUE DES MARCHÉS PUBLICS	9
A. UN POIDS ÉCONOMIQUE CONSIDÉRABLE	9
1. Les marchés publics dans la C.E.E.	9
2. Les marchés publics en France	10
B. LES PERSPECTIVES DE L'OUVERTURE COMMUNAUTAIRE	10
1. La situation actuelle : une ouverture particulièrement faible	10
2. Les conséquences de la directive «travaux publics» sur les marchés publics	11
PREMIÈRE PARTIE - LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE D'ENQUÊTE SUR LES MARCHÉS PUBLICS	15
I. DE LA BRIGADE À LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE	15
A. LA BRIGADE INTERMINISTÉRIELLE : UNE STRUCTURE LÉGÈRE	15
1. Attributions et saisine	15
2. Bilan d'activité	16
3. Des difficultés de fonctionnement	17
B. LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE : UN STATUT RENFORCÉ	18
1. Un champ de contrôle élargi	18
2. Un renforcement considérable des moyens d'investigation ..	20
3. Une saisine étendue et simplifiée	21
4. Un élément du dispositif destiné à favoriser la transparence de la vie politique	21
II. LA DÉFINITION D'UNE NOUVELLE INCRIMINATION	22
1. La qualité de l'auteur de l'infraction	22
2. Les éléments constitutifs de l'infraction	23

III. LES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES LOIS 24

A. L'INSTITUTION D'UNE MISSION INTERMINISTÉRIELLE RÉPOND-ELLE EFFECTIVEMENT À UNE NÉCESSITÉ ? 24

1. Il existe déjà de nombreux organismes de contrôle compétents en matière de marchés publics 25

2. L'institution d'un organisme spécialisé apparaît toutefois fondée 26

a) Les solutions écartées par la commission des Lois 26

b) Le principe retenu d'une mission interministérielle renforcée 27

B. LA DÉFINITION DU RÔLE ET DES POUVOIRS DE LA MISSION DOIT ÊTRE PRÉCISÉE 28

1. Un instrument au service des autorités de contrôle 28

2. Des compétences plus strictement définies 29

3. La définition de l'auteur du « délit de complaisance » 29

DEUXIÈME PARTIE - LA TRANSPOSITION DE CERTAINES DISPOSITIONS DE LA NOUVELLE DIRECTIVE « MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX » 31

I. LE RENFORCEMENT RÉCENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS 31

A. LE SILENCE DES TRAITÉS CONSTITUTIFS ET L'ADOPTION DES PREMIÈRES DIRECTIVES 31

B. L'ÉCHEC DES PREMIÈRES DIRECTIVES ET LA RELANCE DE LA COORDINATION DES MARCHÉS PUBLICS 32

C. LES DERNIÈRES ÉTAPES DU RENFORCEMENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS 34

II. LA DIRECTIVE N° 89-440 PORTANT COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX 35

A. L'EXTENSION DE LA NOTION COMMUNAUTAIRE DE MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX 36

1. L'extension de la définition de l'objet du marché public de travaux 36

2. La définition des organismes assujettis : l'extension de la notion de « pouvoir adjudicateur » 37

3. Le relèvement substantiel du seuil d'application de la directive 39

B. LES GRANDES LIGNES DU CONTENU DE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE	39
1. L'information préalable à la passation des marchés	40
2. La suppression des entraves techniques	41
3. Précisions relatives aux modes de passation des marchés publics de travaux	41
4. L'attribution des marchés	42
III. LE PROJET DE LOI : LES ASPECTS LÉGISLATIFS DE LA TRANSCRIPTION ET LEURS DIFFICULTÉS	42
A. LE PARTAGE LOI-RÈGLEMENT	43
B. LES DIFFICULTÉS DE LA TRANSCRIPTION : LA NOTION COMMUNAUTAIRE D'«ORGANISME PUBLIC»	43
C. LES EFFETS DE LA TRANSPOSITION : DES CONTRAINTES NOUVELLES POUR CERTAINS POUVOIRS ADJUDICATEURS	45
IV. LES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES LOIS	46
A. LE CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES COMMUNAUTAIRES	46
B. UNE PRÉCISION	47
EXAMEN DES ARTICLES	49
TITRE PREMIER - TRANSPARENCE ET RÉGULARITÉ DES PROCÉDURES	49
<i>. Article Premier - Création d'une mission interministérielle d'enquête sur les marchés</i>	49
<i>. Article 2 - Ouverture et conclusions des enquêtes</i>	53
<i>. Article 3 - Pouvoirs d'enquête administrative</i>	57
<i>. Article 4 - Pouvoirs d'enquête préliminaire</i>	58
<i>. Article 5 - Pouvoirs d'enquête judiciaire</i>	60
<i>. Article 6 - Institution d'un nouveau délit</i>	63
<i>. Article 7 - Délit d'opposition à l'exercice de leurs pouvoirs par les membres de la mission</i>	65

TITRE II - SOUMISSION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS A DES OBLIGATIONS DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE	66
<i>. Article 8 - Marchés de travaux conclus par les groupements de collectivités publiques et les organismes de droit privé chargés d'une mission d'intérêt général</i>	66
<i>. Article 9 - Extension des obligations communautaires aux marchés majoritairement subventionnés sur fonds publics</i> ...	70
<i>. Article 10 - Contrats de concession et contrats passés par les concessionnaires</i>	70
<i>. Article 11 - Secteurs et marchés exclus</i>	72
TITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES	75
<i>. Article 12 - Modalités d'application</i>	75
<i>. Article 13 - Modalités d'application outre-mer</i>	75
TABLEAU COMPARATIF	77
ANNEXE	99

Mesdames, Messieurs,

Le projet de loi soumis à notre examen a deux objets **totale-
ment distincts** :

- 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 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.

L'adoption de ce second titre présente un certain caractère d'urgence en raison de la date, -le 19 juillet 1990-, fixée par la directive elle-même pour l'entrée en vigueur des obligations qu'elle définit, même si, en l'espèce, l'intervention du législateur ne porte que sur quelques dispositions du texte communautaire, et plus précisément sur la définition, étendue par rapport à 1971, du champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence qui sont dorénavant imposées à un certain nombre d'organismes privés qui ne sont pas soumis au code des marchés publics. La transcription en droit interne de la définition du champ d'application des obligations communautaires ainsi édictées soulève certaines difficultés dans la mesure où les concepts juridiques nationaux et communautaires sont loin de toujours coïncider. La commission des Lois s'est attachée à veiller au meilleur respect du texte communautaire sans toutefois estimer souhaitable d'en étendre

la portée au-delà de l'intention de ses auteurs. Tel est le sens des quelques modifications qu'elle vous proposera.

Le titre premier est d'une toute autre nature et le législateur y retrouve sa pleine liberté. La commission des Lois, après s'être attachée à apprécier la pertinence à la fois du dispositif de contrôle et de la définition de l'incrimination nouvelle qui est instituée, a retenu l'économie générale du dispositif proposé, tant il est vrai que les comportements qu'il s'agit d'identifier et de sanctionner sont inacceptables et doivent être recherchés et poursuivis avec détermination et rigueur. Elle a toutefois souhaité apporter une série de précisions susceptibles d'en assurer l'efficacité dans le respect des droits de la défense et de la vie privée.

Sous réserve de ces modifications, la commission des Lois a émis un avis favorable à l'adoption de l'ensemble du projet de loi.

EXPOSÉ GÉNÉRAL

CHAPITRE INTRODUCTIF

ÉLÉMENTS RELATIFS AU POIDS ÉCONOMIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

Sans dresser un tableau exhaustif du poids économique des marchés publics tant en France que dans la Communauté économique européenne, il a paru utile au rapporteur de rappeler quelques données essentielles, tant nationales que communautaires, susceptibles de préciser le cadre dans lequel s'inscrit le projet de loi soumis à votre examen.

A. UN POIDS ÉCONOMIQUE CONSIDÉRABLE

1. Les marchés publics dans la C.E.E.

Selon les estimations figurant dans le rapport Atkins établi à la demande de la Commission des Communautés européennes, les achats des administrations et des entreprises dépendantes représentaient en 1987 15 % du produit intérieur brut annuel de la Communauté économique européenne, soit 530 milliards d'écus. Parmi ces marchés, les marchés publics avec appel d'offre ou négociés représentaient 8,5 % du produit intérieur brut de la Communauté, soit 300 milliards d'écus. Enfin, les marchés publics faisant l'objet d'un avis publié au Journal officiel des Communautés européennes portaient sur 75 milliards d'écus.

2. Les marchés publics en France

Les statistiques récemment publiées par la commission centrale des marchés font apparaître qu'en 1988 ce sont 315 872 marchés et avenants qui ont été signés en France pour un montant total de 375,2 milliards de francs. Pour 1990, la projection de ces chiffres permet d'évaluer le montant total des marchés et avenants à 390 milliards de francs.

La répartition en valeur de ces marchés entre les différents adjudicateurs fait apparaître que l'Etat conclut 37,2 % de l'ensemble des marchés (dont 64,9 % au titre du ministère de la défense et 20,5 % au titre des postes et télécommunications), que les collectivités locales concluent pour leur part 20,1 % des marchés publics (près de la moitié de ces marchés relèvent des communes), qu'enfin les entreprises publiques, pour leur part, concluent 42,7 % des marchés.

B. LES PERSPECTIVES DE L'OUVERTURE COMMUNAUTAIRE

Réfléchissant aux perspectives d'évolution de la Communauté économique européenne à l'horizon 1969, une longue étude consacrée aux marchés publics s'achevait ainsi : *« l'importance économique et financière de l'enjeu fait du problème des marchés publics l'un des plus importants que la Communauté économique européenne ait jamais eu l'occasion d'aborder »*. Vingt ans après, la question de l'ouverture effective des marchés publics à la concurrence européenne est à nouveau posée. On s'efforcera d'en préciser les conséquences telles qu'elles ont été établies par la Commission des Communautés européennes et les services compétents du ministère de l'économie et des finances.

1. La situation actuelle : une ouverture particulièrement faible

En dépit des directives de 1971 et de 1977, qui seront analysées dans la suite du présent rapport, seuls 2 % des marchés publics conclus au sein de la Communauté économique

européenne sont effectivement confiés à des ressortissants étrangers. Ce chiffre ne constitue qu'une moyenne, la pratique des différents Etats faisant apparaître des comportements plus ou moins ouverts. C'est ainsi qu'en France 2 % des marchés en valeur sont actuellement conclus avec des étrangers. En R.F.A., ce pourcentage atteint 4 %, tandis qu'en Italie il n'est que de 0,5 %.

Le rapport Atkins précité estime l'économie totale résultant de l'application effective des nouvelles directives relatives aux marchés publics à 18 milliards d'écus. Ce chiffre, qui résulte de calculs particulièrement complexes mais dont la pertinence est loin de faire l'unanimité, est fondé sur l'appréciation des effets bénéfiques d'une telle ouverture, effets ainsi définis par le rapport :

- un effet de commerce statique défini comme la sélection des fournisseurs les plus compétitifs ;
- un effet de concurrence apprécié en termes de baisse du niveau des prix proposés par les entreprises.
- enfin, un effet de restructuration particulièrement sensible dans les secteurs de l'informatique, des télécommunications et de l'industrie aérospatiale.

2. Les conséquences de la directive «travaux publics» sur les marchés

Les indications fournies par le ministère de l'économie et des finances à partir des derniers chiffres disponibles (année 1988) font apparaître que seuls 113 marchés publics, pour un montant total de 11,092 milliards de francs, sont effectivement concernés par les dispositions de la directive relatives à la publicité et à la mise en concurrence des marchés de travaux, dès lors que seuls ces marchés portent sur des montants supérieurs au seuil fixé par la directive elle-même, soit 5 millions d'écus (35,2 millions de francs).

On relèvera par ailleurs que 966 marchés conclus en 1988 pour un montant total de 15 milliards de francs auraient échappé à la nouvelle réglementation communautaire, dans la mesure où leur montant unitaire s'établit entre 7 millions et 35 millions de francs. Le tableau reproduit ci-après reprend ces chiffres et présente une ventilation des marchés de travaux recensés en France selon qu'il ont été conclus par l'Etat, les collectivités locales ou les entreprises publiques, selon qu'ils concernent le bâtiment ou le génie civil, selon

Marchés publics de travaux recensés en France pour l'année 1988

TRANCHES DE MONTANT (En Francs français H.T.)	ETAT						COLLECTIVITES LOCALES						ENTREPRISES PUBLIQUES						TOTAL					
	Bâtiment		Génie civil		Total travaux		Bâtiment		Génie civil		Total travaux		Bâtiment		Génie civil		Total travaux		Bâtiment		Génie civil		Total travaux	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
de 0 à 6.999.999	15.715	7.077,4	13.697	9.272,3	29.412	16.349,7	69.624	22.038,9	28.924	19.456,5	98.548	41.495,5	5.200	3.288,4	12.161	10.274,8	17.361	13.563,2	90.539	32.404,7	54.782	39.003,7	145.321	71.400,4
de 7.000.000 à 34.999.999	78	922,0	182	2.657,0	252	3.578,9	318	5.211,9	215	3.286,0	533	8.498,0	28	451,6	153	2.571,7	181	3.023,4	416	6.535,5	550	8.514,7	966	15.100,3
Plus de 35.000.000	9	2.421,4	22	1.075,9	31	3.497,3	27	2.158,9	22	1.846,9	49	4.005,8	1	132,5	32	3.456,7	33	3.589,2	37	4.712,9	76	6.379,4	113	11.092,3
Total	15.794	10.420,8	13.901	13.005,2	29.695	23.426,0	69.969	29.409,7	29.161	24.589,5	99.130	53.999,2	5.229	3.872,6	12.346	16.303,2	17.575	20.175,8	90.592	43.703,1	55.400	53.897,8	146.400	97.600,9

Note : Les seuils sont appréciés en Francs hors-taxes et les montants exprimés en Millions de Francs TTC

enfin que leur montant est inférieur à 7 millions de francs, compris entre 7 millions et 35 millions de francs ou supérieur à ce dernier chiffre.

Si le nombre des marchés dorénavant soumis à la concurrence communautaire peut sembler relativement modeste, on observera toutefois que les montants en cause sont considérables.

PREMIÈRE PARTIE

LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE D'ENQUÊTE SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Le titre premier du projet de loi a tout d'abord pour objet de renforcer le statut de la brigade interministérielle créée en 1976 et initialement chargée de procéder à des enquêtes sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés certains marchés publics. A cet effet, il élargit son champ de compétence et accroît substantiellement ses pouvoirs d'enquête. Par ailleurs, il définit une nouvelle incrimination destinée à permettre que soient mieux sanctionnés les comportements de certains agents publics.

I. DE LA BRIGADE À LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE

A. LA BRIGADE INTERMINISTÉRIELLE : UNE STRUCTURE LÉGÈRE

1. Attributions et saisine

• Instituée en application du décret n° 76-787 du 18 août 1976 aujourd'hui codifié sous l'article 221 bis du code des marchés publics, une brigade interministérielle d'enquêteurs est précisément chargée de procéder à des *«enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles ont été préparés ou exécutés certains marchés»*.

Les marchés entrant dans le champ d'enquête de la brigade sont strictement définis. Il s'agit des marchés conclus soit par l'Etat lui-même, soit par ceux de ses établissements publics qui n'ont pas un caractère industriel ou commercial.

• Aux termes du décret, les enquêtes sont diligentées sur demande soit du Premier ministre, soit du ministre de l'économie et des finances, soit enfin d'un ministre pour son département ou les établissements publics placés sous sa tutelle. Lorsque la demande émane du ministre de l'économie et des finances, celui-ci doit avoir préalablement recueilli l'accord du ou des ministres intéressés, ces derniers pouvant en outre subordonner leur accord à l'association aux investigations d'un membre de l'inspection de leur département ministériel.

• S'agissant des pouvoirs d'enquête de la brigade, on observera que ceux-ci sont limités, dans leur champ, à la seule administration au sein de laquelle les enquêteurs disposent des *«droits d'investigation les plus larges tant sur pièce que sur place»*.

L'article 221 bis du code des marchés publics précise ensuite que les rapports d'enquête établis par la brigade à l'issue de ses investigations, sont adressés au Premier ministre, au ministre de l'économie et des finances ainsi qu'aux ministres intéressés. En outre, les conclusions de ces rapports sont portées, «en tant que de besoin», à la connaissance des agents mis en cause.

• Le décret dispose par ailleurs que les membres de la brigade sont recrutés parmi les magistrats et les fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, et qu'ils sont nommés, sur proposition du ministre dont ils relèvent statutairement, par arrêtés conjoints du Premier ministre, du ministre de l'économie et des finances et du ministre dont ils relèvent.

Il est enfin précisé que, pour sa gestion, la brigade est rattachée la commission centrale des marchés qui est elle-même placée auprès du ministre de l'économie et des finances.

2. Bilan d'activité

Interrogés par votre rapporteur sur l'activité de la brigade interministérielle, les services du ministre de l'économie et des finances ont indiqué que, depuis la date de sa mise en place, une dizaine d'enquêtes importantes avaient pu être conduites. Certaines de ces enquêtes ont été diligentées à la demande du Premier ministre saisi de l'existence de pratiques qui paraissaient irrégulières, soit par

des sociétés ou, soit, plus fréquemment, des syndicats professionnels actionnés par l'un de leurs adhérents qui s'estimait lésé par le déroulement d'une procédure de marché.

D'autres enquêtes trouvent leur origine dans les observations transmises soit par la commission centrale des marchés, soit par la commission de la concurrence remplacée depuis 1986 par le Conseil de la concurrence, soit enfin par l'inspection des finances.

On relèvera en outre que la collaboration de la brigade a été sollicitée ou requise par des juges d'instruction qui souhaitaient un avis sur la régularité de l'attribution ou de l'exécution de marchés intéressant une procédure judiciaire. Par ailleurs, sur le fondement d'une circulaire du 25 janvier 1979, certains parquets ont saisi la brigade de faits relevant de sa compétence, dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de plaintes ou de procédures.

Sans entrer dans le détail des enquêtes effectuées par la brigade, on observe par ailleurs que celle-ci fait valoir, dans le compte rendu qu'elle établit de son activité, la conception très pragmatique qu'elle a de sa mission. C'est ainsi par exemple qu'elle s'attache à redresser une procédure mal engagée si l'intervention peut avoir lieu en temps utile.

Ces enquêtes permettent également de faire ressortir l'organisation défectueuse de certains des services administratifs concernés ou encore font apparaître des limitations anormales de concurrence faussant l'attribution ou l'exécution des marchés en cause.

3. Des difficultés de fonctionnement

Le bilan d'activité de la brigade, dressé à l'issue de quelques années de fonctionnement, a permis d'établir que l'efficacité de son action était limitée par trois séries de contraintes :

- un mode de saisine officielle qui exige de longs délais et préjudicie, de ce fait, à l'efficacité de l'intervention ;
- un champ de compétences qui ne comprend ni les marchés conclus par les collectivités locales, ni ceux qui sont passés par les établissements publics à caractère industriel ou commercial alors que de nombreuses difficultés ont pu être soulevées par ces marchés,

notamment en matière de constructions hospitalières ou scolaires ;

- enfin et surtout les difficultés de la recherche des éléments de preuve lorsqu'une enquête judiciaire est effectuée simultanément , -le secret de l'instruction est opposable à la brigade-, ou encore lorsque les éléments probants sont détenus par les entreprises, dans leurs archives ou dans leur comptabilité.

Les observations ainsi formulées à plusieurs reprises par la brigade ont été prises en compte par le titre premier du projet de loi soumis à notre examen. Celui-ci, non seulement dote la brigade d'un statut législatif, mais également et surtout se propose de renforcer son statut sur trois points :

- une procédure de saisine plus rapide et plus simple ;
- l'élargissement du champ contrôlable à l'ensemble des marchés publics, y compris lorsque le maître d'ouvrage est une collectivité locale ou une entreprise nationale ;
- enfin un renforcement substantiel des moyens d'investigation de la brigade, le cas échéant sur habilitation judiciaire.

B. LA MISSION INTERMINISTÉRIELLE : UN STATUT RENFORCÉ

Le titre premier du projet de loi substitue à la brigade une mission interministérielle d'enquête sur les marchés dont la mission est *« de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés ou exécutés »* les marchés.

1. Un champ de contrôle élargi

Le champ de compétence de cette mission qui se voit dotée d'un statut législatif, est singulièrement élargi par rapport à celui de la brigade, puisqu'il englobe, outre les marchés de l'Etat, l'ensemble des marchés conclus par les collectivités territoriales, les établissements publics, quelle que soit la nature de leur activité, les entreprises publiques soumises au

contrôle de la Cour des comptes et les sociétés d'économie mixte locales.

• On observera tout d'abord que cette définition recouvre des marchés qui ne sont pas publics au sens juridique du terme. Ainsi en est-il par exemple des marchés conclus par les nombreuses entreprises publiques qui ont la forme de sociétés anonymes.

• On remarquera ensuite que selon la portée que l'on donne à l'expression «*entreprises publiques soumises au contrôle de la Cour des comptes*», le nombre des marchés soumis au contrôle potentiel de la mission sera plus ou moins élevé. Sont en effet passibles d'un tel contrôle, aux termes de l'article premier de la loi n° 67-483 du 22 juin 1967 et de l'article 38 du décret n° 85-199 du 11 février 1985 relatifs à la Cour des comptes, tous les organismes bénéficiant de concours financiers publics. Les conséquences de cette observation feront l'objet d'une analyse approfondie à l'occasion de l'examen du titre II du projet de loi qui définit, en application d'une directive, le champ d'application de certaines règles communautaires en matière de passation des marchés de travaux.

• On relèvera par ailleurs que les marchés des collectivités territoriales vont se trouver soumis à une nouvelle forme de contrôle qui viendra s'ajouter aux contrôles effectués notamment par les chambres régionales des comptes.

Cet élargissement aux collectivités locales du champ de compétence de la brigade instituée en 1976, s'accompagne de deux séries de dispositions :

- une certaine déconcentration de l'exercice des compétences en faveur du préfet qui se voit reconnaître la faculté de saisir la mission et figure au nombre des destinataires des rapports et comptes rendus d'audition relatifs aux enquêtes portant sur ces marchés ;

- le droit pour le représentant légal de la collectivité territoriale, de l'établissement public local ou de la société d'économie mixte, de formuler ses observations sur les rapports d'enquête établis par la mission.

2. Un renforcement considérable des moyens d'investigation

C'est en reprenant, pratiquement sans modifications, les dispositions du titre VI de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 qui définissent les pouvoirs d'enquête administrative des enquêteurs du Conseil de la concurrence, et l'article L. 16-B du Livre des procédures fiscales qui reconnaît des pouvoirs de police judiciaire aux services fiscaux, que les auteurs du projet de loi ont considérablement renforcé les moyens d'investigation de la mission interministérielle.

• Les grandes lignes du renforcement des pouvoirs d'enquête de la mission peuvent être tracées comme suit :

- des pouvoirs d'enquête administrative dans les services de l'Etat et des personnes morales entrant dans le champ de compétences de la mission (art. 3) ;

- des pouvoirs d'investigation administrative sur pièces et sur place dans les locaux à usage professionnel (art. 4) ;

- le pouvoir, sur habilitation judiciaire, d'effectuer des visites et des saisies de documents en tous lieux en vue de rechercher la preuve de pratiques constitutives de l'incrimination définie à l'article 6 du projet de loi (art. 5).

Sans entrer dans le détail de ces pouvoirs, on observera que les plus considérables d'entre eux ne peuvent être exercés que sur autorisation de justice et uniquement dans le dessein de rechercher la preuve de pratiques prohibées strictement définies à l'article 6 alors même que le champ d'enquête de la mission et les pouvoirs qu'elle tient des articles 3 et 4 ont un objet beaucoup plus large qui résulte de la définition qu'en donne l'article premier du projet de loi qui évoque les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés ou exécutés les marchés.

• Ce renforcement des pouvoirs d'investigation de la mission s'accompagne de certaines dispositions destinées à garantir le respect des droits de la défense.

C'est ainsi qu'il est précisé qu'un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues (art. 2).

C'est ainsi également que l'ordonnance du juge doit être motivée dans le cadre de la recherche des preuves de l'infraction définie à l'article 6, qu'elle est signifiée, le cas échéant, dans les conditions prévues aux articles 500 et suivants du code de procédure pénale et qu'elle est susceptible d'un recours en cassation (art. 5).

C'est ainsi enfin que la visite s'effectue en présence de l'occupant des lieux et que les parties reçoivent un double du procès-verbal (art. 5).

• Toute entrave apportée à l'exercice de leurs pouvoirs par les membres de la mission est passible d'une peine d'emprisonnement de deux mois à six mois et d'une amende de 5 000 F à 50 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement (art. 7).

3. Une saisine étendue et simplifiée

L'article 2 du projet de loi simplifie la procédure de saisine de la mission et surtout lui reconnaît un véritable droit à l'autosaisine en disposant que les enquêtes sont également diligentées à la demande du chef de la mission.

4. Un élément du dispositif destiné à favoriser la transparence de la vie politique

Au cours des débats relatifs à l'examen de la loi organique n° 88-226 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, enfin de la loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés, le rôle des marchés publics dans le financement des partis politiques a été maintes fois évoqué. En réponse à ces observations, le Gouvernement avait alors indiqué son intention de

renforcer le dispositif de contrôle de ces marchés afin de vérifier effectivement que ceux-ci ne jouaient ou ne joueraient plus le rôle de financement occulte qui leur était prêté.

Le renforcement du dispositif pénal et des moyens d'investigation préalable à l'engagement de poursuites apporte une réponse à ces préoccupations maintes fois évoquées ; la commission des Lois n'a pu que s'en réjouir. Reste toutefois à savoir quelle en sera l'efficacité.

II. LA DÉFINITION D'UNE NOUVELLE INCRIMINATION

L'article 6 du projet de loi définit une nouvelle infraction passible de peines d'emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 5 000 F à 200 00 F, ou de l'une de ces deux peines seulement.

1. La qualité de l'auteur de l'infraction

• Le projet de loi définit comme suit l'auteur des faits qu'il incrimine : *« tout agent des collectivités ou organismes visés à l'article premier ou toute personne agissant pour le compte de ceux-ci »*, soit plus précisément tout agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des entreprises soumises au contrôle de la Cour des comptes ou des sociétés d'économie mixte locale.

• On observera tout d'abord que ces agents n'ont pas nécessairement la qualité de fonctionnaire ou d'agent public.

• On s'interrogera ensuite sur la portée exacte de la notion d'« agent » visée par le projet de loi.

Les dispositions du code pénal relatives à des infractions particulières commises par les détenteurs de l'autorité publique ou des fonctionnaires ne retiennent généralement pas cette notion. C'est ainsi que l'article 174 qui définit le délit de concussion vise, dans son premier alinéa, les *« fonctionnaires »*, les *« officiers publics »*, les *« percepteurs des droits, contributions ou deniers publics, leurs commis*

et préposés», et, dans ses quatrième et cinquième alinéas, les «détenteurs de l'autorité publique». La jurisprudence a retenu une compréhension très extensive de cette dernière notion en rangeant notamment au nombre des détenteurs de l'autorité publique, les magistrats, les officiers de police judiciaire (cass. crim. 1er octobre 1852) et les maires (cass. crim. 1er avril 1813). Peu importe, dans ce contexte, la place occupée par l'intéressé dans la hiérarchie administrative.

L'article 175 du code pénal relatif au délit d'ingérence, vise, pour sa part, les «fonctionnaires», «officiers publics» et «agents du Gouvernement». La jurisprudence a donné à cet égard une interprétation extensive de la notion d'agent du Gouvernement et considère comme tel les maires, adjoints et conseillers municipaux (cass. crim. 28 novembre 1840).

Dans la mesure où l'intention des auteurs du projet de loi semble avoir été de sanctionner, le cas échéant, aussi bien les élus que les agents des collectivités locales ou les salariés des établissements et entreprises publics concernés, le terme d'agent, outre qu'il manque de précision quant à son contenu, ne répond pas à ces intentions. Ainsi, il ne devrait pas, par exemple, permettre de poursuivre les élus complaisants.

2. Les éléments constitutifs de l'infraction

L'infraction est constituée lorsque son auteur a procuré ou tenté de procurer à autrui, -la tentative est punie des mêmes peines que le délit-, «un avantage injustifié» par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés.

Point n'est besoin de rappeler ici ce que de telles pratiques ont d'inadmissibles au regard de la morale publique dont l'une des «règles inviolables», formulée sous l'impulsion de Colbert, est la mise en concurrence loyale et égalitaire des marchés publics. Plus tard, la consécration de la concurrence comme règle de droit impérative résulta des lois du 31 janvier 1833 et du 14 novembre 1837 qui, soucieuses de s'assurer de «la meilleure valeur d'usage du franc dépensé», imposèrent que les marchés passés au nom de l'Etat et des collectivités locales fussent faits «avec concurrence et publicité». En 1964, la codification des textes réglementaires concernant les

marchés publics a confirmé la règle de concurrence qui fut complétée, en 1976, par la notion nouvelle de «*compétition*».

Sans qu'il soit besoin d'aller au-delà de ce très bref rappel historique, il apparaît clairement que cette tradition de concurrence est destinée à protéger les intérêts de l'administration et, au-delà, du contribuable. Elle se fonde aujourd'hui sur certains principes constitutionnels de première importance tels le principe d'égalité, -égalité devant les services publics et les charges publiques, égalité d'accès aux fonctions publiques et dans l'usage du domaine public-, ou la liberté du commerce et de l'industrie.

Certes, ce principe du libre accès à la commande publique ne reçoit pas une application intégrale et l'administration peut, dans certains cas, exclure des entreprises ou les éliminer suivant les informations qu'elle a obtenues sur leurs capacités et leur compétence. Il n'en reste pas moins que lorsque la règle existe, elle ne doit pas être vidée de son efficacité par des comportements de complaisance dont l'actualité récente a malheureusement donné trop d'exemples.

III. LES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES LOIS

L'examen du titre premier du projet de loi a conduit la commission des Lois à procéder selon plusieurs étapes qui l'ont tout d'abord amenée à examiner le bien-fondé de l'institution de la mission interministérielle (A) puis de la création d'une nouvelle infraction (B) avant de procéder à un examen détaillé du dispositif proposé qui l'a incité à adopter certaines modifications (C).

A. L'INSTITUTION D'UNE MISSION INTERMINISTÉRIELLE RÉPOND-ELLE EFFECTIVEMENT À UNE NÉCESSITÉ ?

A la suite de son rapporteur, la commission des Lois s'est tout d'abord inquiétée du bien fondé réel de l'institution d'une mission interministérielle d'enquête sur les marchés, dans la mesure où de nombreux organismes sont d'ores et déjà compétents en pareille matière.

1. Il existe déjà de nombreux organismes de contrôle compétents en matière de marchés publics.

Sans préjudice des contrôles juridictionnels, les marchés conclus par les organismes publics font d'ores et déjà l'objet de certains contrôles à des titres divers.

Sans qu'il soit question d'en dresser un état exhaustif dans le cadre du présent rapport, on rappellera toutefois certaines formes de contrôle qui ont les marchés pour objet soit principal et direct, soit accessoire.

- Ainsi en est-il, par exemple, des marchés conclus par les collectivités locales qui sont soumis au contrôle de légalité exercé par le préfet et le tribunal administratif en application de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

- Ainsi en est-il également des contrôles exercés soit par la Cour des comptes, soit par les chambres régionales des comptes, sur la gestion des organismes soumis à leur contrôle, qu'il s'agisse de collectivités, d'établissements ou d'entreprises publics, ou d'organismes bénéficiant de concours publics.

- Par ailleurs, dans le cadre des compétences qui lui sont reconnues par le quatrième alinéa de l'article 15 du code des marchés publics, la commission centrale des marchés peut procéder, avec l'accord des ministres intéressés, à toutes enquêtes sur place.

- On rappellera d'autre part que la Cour de discipline budgétaire peut être appelée à sanctionner certains comportements de comptables publics qui auraient méconnu les règles régissant le maniement des deniers publics à l'occasion de la passation ou de l'exécution d'un marché public, sans préjudice des dispositions du code pénal traitant de la corruption, de la concussion et de l'ingérence.

C'est ainsi par exemple que, dans un arrêt du 5 juin 1989, la Cour a condamné deux agents d'un établissement hospitalier à des peines d'amendes respectivement fixées à 20 000 F et 10 000 F au

motif qu'ils avaient méconnu certaines règles relatives à la passation des marchés publics.

• Enfin, on signalera que le Conseil de la concurrence institué en application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, a notamment compétence pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles qui s'exerceraient dans le cadre de marchés publics.

C'est ainsi qu'en 1989 le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques d'ententes relevées à l'occasion de marchés publics passés dans le secteur des travaux routiers (décision n° 89 D-34), de l'équipement électrique (décision n° 89 D-42) et de la robinetterie pour gaz domestique (décision n° 89 D-21 du 13 juin 1989 et arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 décembre 1989). Les amendes infligées dans ce dernier cas s'élevaient respectivement, pour les trois entreprises concernées, à 12 millions de francs, 30 millions et 18 millions. Les marchés en cause concernent aussi bien des établissements publics ou des entreprises nationales (le parc de la Villette, la RATP), que des collectivités locales (la ville de Paris).

2. L'institution d'un organisme spécialisé apparaît toutefois fondée

Plusieurs considérations viennent à l'appui de l'opportunité de la création d'une mission interministérielle spécialisée.

a) Les solutions écartées par la commission des Lois

• Le Conseil de la concurrence tient sa compétence de l'ordonnance précitée de 1986 qui a pour objet de sanctionner le respect des règles de concurrence par les entreprises. Si ce texte a effectivement conduit le Conseil à examiner la régularité de la conclusion de certains marchés publics, ce n'est donc qu'au regard de ces règles et pas dans le dessein de déceler, moins encore de sanctionner, les comportements fautifs des agents des organismes maîtres d'ouvrage susceptibles d'avoir porté atteinte au principe de concurrence qui régit la matière.

Certes, le Conseil a pu être amené, dans certains cas, à constater de telles pratiques : en application des dispositions du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, il est alors tenu d'en informer le Parquet. Toutefois, l'élargissement du champ de compétences du Conseil de la concurrence pour lui confier la mission jusqu'ici dévolue à la brigade interministérielle, telle qu'elle est complétée par les dispositions du projet de loi, n'a pas paru opportun à la commission des Lois, même si les pouvoirs dont disposent les enquêteurs du Conseil sont tout à fait comparables à ceux que décrivent les articles 3, 4 et 5 du projet de loi. Il lui est en effet apparu que le Conseil de la concurrence avait une mission spécifique, celle de veiller au respect de la concurrence par les entreprises. Or, même si des liens peuvent apparaître entre le comportement d'un agent public à l'occasion de la passation d'un marché et le comportement des entreprises candidates qui tirent bénéfice de l'avantage injustifié qui leur est consenti par l'agent, ces deux types de comportements ne sont pas de même nature et leur contrôle ne requiert pas les mêmes compétences.

• Quant à un rattachement, suggéré par certains, à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, il n'a pas paru pleinement opportun à votre commission des Lois qui a préféré, suivant en cela les propositions du Gouvernement, maintenir l'existence d'un service d'enquête spécifique travaillant en liaison étroite avec les deux organismes centraux spécialisés dans les marchés, à savoir le service chargé des marchés au sein de la direction de la concurrence et la commission centrale des marchés.

Le caractère interministériel affirmé de cette mission lui confère en outre une autre dimension que celle de simple service du ministère de l'économie et des finances et attire l'attention des responsables de l'ensemble des départements ministériels sur la nécessité de rechercher, pour les sanctionner, les comportements inadmissibles de certains agents.

b) Le principe retenu d'une mission interministérielle renforcée

• La mission interministérielle interviendrait donc en quelque sorte en complément des contrôles préexistants, soit qu'elle joue le rôle de « bras » enquêteur, notamment pour le compte de

la justice, soit qu'elle prépare le terrain pour d'éventuelles poursuites disciplinaires ou judiciaires grâce aux investigations qu'elle conduit spontanément ou sur saisine d'une autorité publique, en particulier lorsqu'un soumissionnaire fait état de certaines irrégularités dans le comportement d'un agent lié à la collectivité ou à l'organisme appelant.

- Le rôle de la mission serait par ailleurs celui d'un conseiller lorsque, par ignorance, certains comportements irréguliers se font jour. La mission peut alors, par les observations informelles qu'elle adresse, permettre un redressement de la situation.

- Enfin et surtout, la mission, outre son rôle de surveillance générale, est également compétente pour rechercher les preuves de la nouvelle incrimination définie à l'article 6 du projet de loi. La définition des auteurs de l'infraction marque cette spécificité du rôle de la mission : celui-ci est avant tout de contrôler la régularité du comportement des « agents » des organismes et collectivités qui concluent des marchés publics, à la différence, notamment, de celui du Conseil de la concurrence qui est de sanctionner la régularité du comportement des entreprises et plus particulièrement dans la manière qui nous occupe, des entreprises soumissionnaires.

B. LA DÉFINITION DU RÔLE ET DES POUVOIRS DE LA MISSION DOIT ÊTRE PRÉCISÉE

La commission des Lois s'est attachée à mieux préciser la nature du rôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés avant d'apporter certaines précisions à la définition de ses pouvoirs.

1. Un instrument au service des autorités de contrôle

A la suite de son rapporteur, la commission des Lois a tenu à rappeler que la mission interministérielle devait être conçue comme

un instrument au service des autorités de contrôle que sont les ministres, les préfets et les juges.

A son sens, il n'est en effet pas concevable que cette mission prenne des allures d'autorité administrative indépendante comme peuvent l'être le Conseil de la concurrence ou la commission des opérations de bourse dont les rôles respectifs sont d'une toute autre nature.

Afin de lever toute ambiguïté sur ce point, la commission des Lois a souhaité que la saisine de la mission soit réservée aux seules autorités publiques et que la mission ne se voit pas dotée du droit à l'autosaisine que lui reconnaît l'article 2 du projet de loi. Elle a en outre considéré que, sous réserve de l'article 40 du code de procédure pénale, les rapports et comptes rendus d'auditions devaient être transmis aux seules autorités qui ont demandé l'enquête et que ces dernières décideraient des suites à leur réserver.

2. Des compétences plus strictement définies

La commission des Lois a par ailleurs introduit un certain nombre de précisions dans le texte.

Ainsi à l'article premier, elle a précisé que le champ de compétences de la mission interministérielle s'étendait aux conditions dans lesquelles les marchés étaient non seulement passés et exécutés mais également préparés. Elle a également défini les modalités de désignation du chef de la mission et rappelé que les enquêteurs étaient tenus au respect du secret professionnel.

Aux articles 3 et 4, la commission des Lois a tenu à rappeler que l'usage de leurs pouvoirs d'enquête administrative par les membres de la mission était strictement subordonné aux exigences de l'enquête qu'ils conduisaient.

3. La définition de l'auteur du « délit de complaisance »

La référence faite à l'article 6 du projet de loi à la qualité d'« agent » de l'auteur de l'infraction n'a pas paru pertinente à la commission des Lois dans la mesure où il lui a semblé que ce vocable

ne pouvait viser ni les élus, ni, par exemple, les administrateurs des sociétés nationales. C'est pourquoi, afin de mettre la lettre du texte en accord avec les intentions des auteurs du projet de loi et ses propres souhaits, la commission des Lois a estimé préférable de viser «**toute personne**».

DEUXIÈME PARTIE

LA TRANSPOSITION DE CERTAINES DISPOSITIONS DE LA NOUVELLE DIRECTIVE «MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX»

Le titre du II du projet de loi a pour objet la transcription en droit interne d'une partie des dispositions de la directive n° 89-440 du Conseil des Communautés européennes en date du 18 juillet 1989 modifiant la directive n° 71-305 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Cette directive constitue une simple étape dans le processus d'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire engagé depuis près de vingt ans. Elle emporte toutefois, pour les marchés publics de travaux, une extension particulièrement importante de la notion de «*pouvoir adjudicateur*» qui commande l'application à ces marchés de la réglementation communautaire en matière de publicité et de mise en concurrence.

I. LE RENFORCEMENT RÉCENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS

A. LE SILENCE DES TRAITÉS CONSTITUTIFS ET L'ADOPTION DES PREMIÈRES DIRECTIVES

• Si les marchés publics n'ont fait l'objet d'aucune mention spéciale dans le traité de Rome, il n'en apparaît pas moins que certaines dispositions générales de ce traité leur sont applicables. C'est ainsi que sans préjudice de l'article 7 qui interdit toute discrimination en raison de la nationalité, on peut évoquer les articles 30 et suivants qui prévoient la suppression, entre les États membres, de toute restriction quantitative et des mesures d'effet équivalent, ou les articles 57 et suivants qui prévoient la suppression des restrictions à la libre prestation des services.

On observera toutefois que ces dispositions se contentent d'édicter des interdictions ou des obligations de ne pas faire. Or seules des obligations positives ou de faire sont effectivement susceptibles de permettre l'interpénétration des marchés publics et d'assurer la transparence et la concurrence de leurs modes de passation.

• Tel est le motif pour lequel deux directives ont été adoptées dans les années soixante-dix, aux fins de coordonner les procédures de passation des marchés publics.

La première porte le n° 71-305, elle est en date du 26 juillet 1971 et concerne les marchés publics de travaux.

La seconde porte le n° 77-62, elle est en date du 20 janvier 1977 et concerne les marchés publics de fournitures ; elle a été adoptée et complétée à la suite de la signature des accords du G.A.T.T. du 12 avril 1979 par une directive n° 80-767 du 18 août 1980.

Ces deux directives qui ont été transcrites en droit français par un décret n° 79-98 du 12 janvier 1979, comportent des dispositions comparables quant aux moyens mis en oeuvre pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence.

Ainsi en est-il :

- des procédures de passation des marchés qui ouvrent à tous les fournisseurs ou entrepreneurs la faculté de présenter leurs offres, sous réserve des cas pour lesquels sont admis soit une sélection initiale, soit des conventions de gré à gré ;
- de la publicité qui doit être donnée aux avis de marché dans le respect de certains délais ouvrant aux entrepreneurs ou aux fournisseurs le temps de préparer leurs offres ;
- des spécifications techniques auxquelles les produits recherchés doivent répondre ou des capacités techniques requises de la part des entrepreneurs ;
- des critères d'attribution des marchés.

B. L'ÉCHEC DES PREMIÈRES DIRECTIVES ET LA RELANCE DE LA COORDINATION DES MARCHÉS PUBLICS

• Si les règles en matière de publicité ont généralement été respectées, il s'est rapidement avéré que la réalisation de l'objectif d'interpénétration des marchés ne progressait pratiquement pas. Ainsi en 1987, seuls 2 % des marchés publics ont effectivement été confiés à des ressortissants étrangers.

C'est pourquoi dans la communication qu'elle a adressée au Conseil le 14 décembre 1984, la Commission a dressé ce constat d'échec qui résulte de plusieurs facteurs au nombre desquels on relèvera :

- l'exclusion du champ d'application des directives de secteurs économiques de première importance comme les transports, l'eau, l'énergie et les télécommunications ;
- la transposition souvent incomplète des directives dans les législations nationales ;
- les pratiques des personnes publiques concernées qui se sont efforcées d'échapper aux règles communautaires, notamment en fractionnant les marchés en autant de tranches que nécessaires pour rester en dessous du seuil d'application de ces règles ;
- la brièveté des délais laissés aux candidats étrangers potentiels entre la publication des avis de marché et la date de clôture de la réception des offres ;
- la multiplication de spécifications techniques destinées, en fait, à écarter du marché les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ;
- enfin l'absence d'un véritable système de contrôle assorti de sanctions spécifiques, dans la mesure où seule la procédure prévue à l'article 169 du traité de Rome était applicable, soit un avis motivé de la Commission, après mise en demeure de l'Etat de se conformer à ses obligations dans un certain délai, puis, à l'issue d'un nouveau délai fixé par l'avis, la saisine, par la Commission, de la Cour de justice des Communautés européennes.

• Après avoir opéré ce constat, la Commission a tracé les trois grandes lignes des réformes envisageables qu'elle a ainsi énoncées :

- rendre plus efficace l'application des directives existantes ;
- généraliser leur champ d'application ;
- instituer des garanties juridictionnelles du respect de leurs dispositions.

Précisée dans le Livre blanc remis au Conseil en juin 1985, la mise en oeuvre de ces orientations a pu être accélérée en raison de la volonté réaffirmée par les Etats membres d'achever le grand marché intérieur au 1^{er} janvier 1993 et grâce au nouvel article 100 A introduit dans le Traité de Rome par l'Acte unique, qui a étendu le domaine des mesures pouvant être prises non plus à l'unanimité des Etats membres mais à la majorité qualifiée.

C. LES DERNIÈRES ÉTAPES DU RENFORCEMENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES MARCHÉS PUBLICS

• L'amélioration des premières directives a tout d'abord concerné les marchés de fournitures par l'adoption d'une directive n° 88-295 du 28 mai 1988 qui modifie la directive n° 77-62 précitée et abroge certaines dispositions de la directive n° 80-767 précitée. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989, sauf pour la Grèce, l'Espagne et le Portugal, cette directive a été transposée en droit français par le décret n° 89-236 du 17 avril 1989 complété par un arrêté du 25 avril 1989.

Pour ce qui concerne les marchés de travaux, l'entrée en vigueur de la directive n° 89-440 du 21 juillet 1989 modifiant la directive n° 71-305 précitée était fixée au 19 juillet 1990. Sa transposition en droit interne exigeant des dispositions tant législatives que réglementaires, le titre II du projet de loi soumis à notre examen vient, avec quelque retard, mettre en oeuvre la partie législative de cette transposition. Les dispositions pour lesquelles l'intervention du législateur n'est pas nécessaire ont été transcrites par le décret n° 90-824 du 18 septembre 1990 qui modifie à cet effet le code des marchés publics.

- S'agissant de l'application des règles communautaires aux secteurs exclus par les directives de 1971 et 1976 –l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications–, le processus touche à son terme, la Commission venant de faire adopter sa proposition par le Conseil le 17 septembre dernier. Les Etats membres ont jusqu'en juillet 1992 pour transposer cette directive qui entrera en vigueur le 1er janvier 1993.

- Quant à l'application effective des règles communautaires, la Commission veille à leur transposition dans les droits internes et, en cas de retard ou de transcription incomplète, traduit l'Etat devant la Cour de Justice en recourant à la procédure de manquement prévue par le Traité. C'est ainsi qu'elle a introduit un recours contre la Grèce parce que la loi grecque relative aux marchés publics de travaux s'était contentée d'énoncer le principe de non-discrimination en raison de la nationalité lors de la passation des marchés mais n'avait pas transposé les dispositions de la directive de 1971.

Par ailleurs et surtout la Commission s'attache à renforcer son contrôle sur le respect effectif des règles communautaires. A cet effet, le Conseil a finalement adopté une directive n° 89-665 du 21 décembre 1989 qui devra faire l'objet de mesures de transcription dans les droits internes avant le 21 décembre 1991.

II. LA DIRECTIVE N° 89-440 PORTANT COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

Explicitement fondée sur l'article 57 du Traité, cette directive a pour objet, aux termes même de son exposé des motifs, de garantir *«l'amélioration et l'extension des garanties prévues par les directives concernant la transparence des procédures et des pratiques de passation des marchés publics de travaux, afin de pouvoir mieux veiller au respect de l'interdiction des restrictions et diminuer en même temps la disparité des conditions de concurrence entre ressortissants des Etats membres»*.

Après avoir observé que l'affirmation de ces ambitions marquent l'objet limité de la réglementation communautaire applicable aux marchés publics, –en effet, ces règles concernent la

formation des contrats et non leur exécution-, on s'attachera à analyser les principaux aspects de cette directive.

A. L'EXTENSION DE LA NOTION COMMUNAUTAIRE DE MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

Outre le fait qu'il doit avoir été conclu par écrit et à titre onéreux, un marché ayant pour objet l'exécution de travaux, n'est qualifié de marché public par le droit communautaire que s'il est passé entre certaines personnes au nombre desquelles figure nécessairement un «pouvoir adjudicateur».

1. L'extension de la définition de l'objet du marché public de travaux

- La directive n° 71-305 modifiée s'applique aux marchés publics dont l'objet consiste en des travaux relevant de l'une des activités relatives au bâtiment et au génie civil aujourd'hui énumérées à la classe 50 de la nomenclature générale des activités économiques des Communautés européennes (N.A.C.E.) reproduite à l'annexe II de la directive n° 89-440. Ce texte est reproduit à la fin du présent rapport.

- Cette nouvelle directive considère comme marchés publics de travaux non seulement les travaux qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception de travaux énumérés à l'annexe II, mais également l'ouvrage qui résulte *«d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique»* ainsi que celui dont l'objet est *«de procurer, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur»*.

Il résulte de ces dispositions nouvelles qu'entrent dorénavant dans le champ d'application du droit communautaire des marchés publics de travaux, les marchés de conception-construction et probablement les contrats de promotion immobilière dont l'acquéreur en l'état futur d'achèvement est un pouvoir adjudicateur au sens de la directive.

2. La définition des organismes assujettis : l'extension de la notion de «*pouvoir adjudicateur*»

• A l'origine étaient considérés comme pouvoirs adjudicateurs l'Etat, les collectivités territoriales et certaines personnes morales de droit public –soit en France les établissements publics à caractère administratif, scientifique, technique ou culturel–.

• La directive n° 89-440 apporte trois modifications essentielles :

- la notion de «*personne morale de droit public*» est remplacée par celle d'«*organisme de droit public*» ;
- les concessions sont incluses dans son champ d'application ;
- certaines entités autres que les pouvoirs adjudicateurs sont également soumises au respect de dispositions de la directive.

a) La définition de la notion d'organisme de droit public précisée au paragraphe b) de l'article premier de la directive réunit trois éléments cumulatifs. L'organisme doit :

- avoir été créé pour «*satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial*» ;
- être doté de la personnalité juridique ;
- être contrôlé par un organisme public, c'est-à-dire :
 - . soit avoir une activité financée majoritairement par un autre organisme public ;
 - . soit avoir une gestion soumise au contrôle majoritaire d'un tel organisme ;

. soit avoir un organe d'administration, de direction ou de surveillance contrôlé majoritairement par un tel organisme.

En application de cette définition, l'annexe I de la directive énumère, pays par pays, les organismes concernés. Cette annexe est reproduite à la fin du présent rapport.

b) Par ailleurs, la combinaison des points d) et a) de l'article premier de la directive a pour conséquence d'étendre l'application du droit communautaire, pour ce qui concerne les règles de publicité (article premier ter), aux contrats conclus par les concessionnaires de travaux publics alors que traditionnellement, on le rappellera plus loin, le droit français ne soumet pas de tels contrats au code des marchés publics.

Sont dès lors applicables à ces marchés trois séries de dispositions :

- la publicité des avis de concession et donc l'ouverture à la concurrence de l'attribution de ces contrats ;

- la liberté laissée au pouvoir adjudicateur soit d'imposer au concessionnaire de confier à des tiers un pourcentage minimum de 30% de la valeur des travaux faisant l'objet de la concession, soit d'inviter les concessionnaires à indiquer eux-mêmes ce pourcentage dans leur offre -ce pourcentage pouvant alors être nul- ;

- l'obligation pour les concessionnaires de publier les avis de marché dont la passation avec des tiers est envisagée dès lors que le seuil est dépassé ; toutefois cette obligation ne s'impose pas lorsque les concessionnaires traitent avec des entreprises «liées ou apparentées» ou avec lesquelles ils se sont groupés pour obtenir la concession.

c) Sont par ailleurs soumises au respect des règles communautaires les entités définies au paragraphe 1 de l'article premier bis, c'est-à-dire celles qui passent des marchés de travaux subventionnés «*directement à plus de 50 %*» par un pouvoir adjudicateur et qui exécutent des travaux d'infrastructures d'intérêt général, qu'il s'agisse de travaux de génie civil ou de certains travaux de bâtiments : hôpitaux, équipements sportifs, récréatifs et de loisirs,

bâtiments scolaires et universitaires, bâtiments à usage administratif.

3. Le relèvement substantiel du seuil d'application de la directive

Aux termes de la directive précitée de 1971 modifiée sur ce point par la directive n° 78-669 du 2 août 1978, le seuil d'application des règles communautaires a été fixé à un million d'écus hors taxes, soit 6 900 000 francs.

La directive n° 89-440 porte ce seuil à cinq millions d'écus et le rend applicable, pour les règles de publicité, aux contrats de concession de travaux. L'exposé des motifs justifie ce relèvement à raison «*de l'augmentation des coûts de la construction et de l'intérêt pour les petites et moyennes entreprises de participer à des marchés d'importance moyenne*».

La contrepartie du montant du seuil en monnaie nationale sera révisée tous les deux ans à compter du 1er janvier 1993 sur la base de la valeur quotidienne de la monnaie nationale exprimée en écus durant cette période de 24 mois. L'arrêté du 18 septembre 1990 l'a fixé à 35.200.000 francs hors T.V.A.

On relèvera enfin les dispositions relatives à l'interdiction de fractionner et la prise en considération des valeurs cumulées des lots en cas de scission du marché en lots.

B. LES GRANDES LIGNES DU CONTENU DE LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE

La réglementation communautaire comporte trois volets :

- l'information préalable à la passation des marchés,
- la définition de modes de passation des marchés,
- des règles d'attribution des marchés.

1. L'information préalable à la passation des marchés

- Le souci de transparence réaffirmé dans l'exposé des motifs de la directive se traduit tout d'abord par la définition de règles nouvelles en matière de «*préinformation*» à l'échelon communautaire en faisant obligation aux pouvoirs adjudicateurs de faire connaître leurs programmes de travaux à l'office des publications officielles des Communautés européennes, à compter de la prise de décision autorisant ces programmes.

L'avis doit indiquer les caractéristiques essentielles des marchés de travaux envisagés et être adressé au Journal officiel des Communautés européennes le plus rapidement possible.

Le respect de cette obligation n'est pas sanctionné mais le délai de réception des offres de soumission peut être réduit si l'avis a été adressé à l'office -36 jours au lieu de 52 jours dans une procédure ouverte ; 26 jours au lieu de 40 jours dans une procédure restreinte-.

- La directive étend par ailleurs aux concessions de travaux publics l'obligation d'informer, au moyen d'un avis, de la procédure à laquelle il a l'intention de recourir. Cette obligation concerne également les marchés de sous-traitance passés par les concessionnaires.

- La directive institue en outre une information sur les marchés attribués qui doit être communiquée au plus tard 48 jours après la passation du marché.

- La directive allonge enfin les délais limite minimum de réception des offres qui varient tant en fonction du mode de passation, du marché que de la qualité de la préinformation.

Dans la procédure ouverte, le délai courant est fixé à 52 jours. En cas de procédure restreinte, il est abaissé à 37 jours pour la réception des candidatures et 40 jours pour la réception des offres. Enfin, des délais d'urgence -15 et 10 jours- peuvent être admis dans certaines circonstances.

2. La suppression des entraves techniques

La directive reprend et précise par ailleurs les règles applicables aux documents contractuels et encadre la formulation des spécifications techniques qui peuvent être imposées par le pouvoir adjudicateur.

Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires pour autant qu'elles sont compatibles avec le droit communautaire, ces spécifications doivent obligatoirement être définies par référence soit à des normes nationales transposant des normes communautaires, soit à des agréments communautaires. En l'absence de normes communautaires ou de spécifications techniques communes, référence peut être faite, sans préjudice des principes de l'équivalence et de la reconnaissance mutuelle des spécifications techniques nationales, à d'autres documents, selon un ordre de préférence qui met en premier les normes nationales du pays du pouvoir adjudicateur, puis les autres normes nationales, enfin toute autre norme. Trois cas de dérogation à ces règles sont en outre prévus lorsqu'il est impossible d'établir la conformité avec la norme communautaire, lorsque celle-ci est incompatible avec des installations préexistantes ou lorsqu'elle est inappropriée à l'innovation.

3. Précisions relatives aux modes de passation des marchés publics de travaux

Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés en recourant, selon leur choix, à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. Une déclaration figurant en annexe à la nouvelle directive précise que, dans ces procédures est exclue toute négociation portant sur un des éléments fondamentaux du marché dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, mais qu'il est en revanche possible de discuter avec les soumissionnaires ou les candidats pour faire compléter ou préciser la teneur des offres ainsi que les exigences des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire.

Quant à la procédure négociée, elle demeure d'un usage théoriquement exceptionnel, -telle est en tout cas l'intention affichée par l'exposé des motifs-, justifié, par exemple, par la nature des

travaux, l'inefficacité de l'appel à la concurrence ou encore l'urgence impérieuse.

4. L'attribution des marchés

Sous réserve de précisions relatives au critère d'attribution dit de «l'offre économiquement la plus avantageuse» et aux conditions minimales que doivent respecter les «variantes» qui peuvent être apportées par les candidats au schéma initial de l'offre, la nouvelle directive ne modifie guère les règles d'attribution des marchés définies en 1977. Elle impose toutefois des obligations très renforcées de motivation des choix.

Deux mesures sont par ailleurs maintenues en vigueur jusqu'au 31 décembre 1992, qui permettent de protéger les régions affectées par le déclin industriel en faisant bénéficier certains soumissionnaires d'une préférence.

III. LE PROJET DE LOI : LES ASPECTS LÉGISLATIFS DE LA TRANSCRIPTION ET LEURS DIFFICULTÉS

Le titre II du projet de loi a pour objet strictement limité de poser le principe de l'extension des règles communautaires aux organismes qui ne sont pas soumis au code interne des marchés publics mais qui constituent des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive n° 89-440.

L'extension du champ d'application de ces règles soulève deux séries de difficultés. D'une part, elle touche aux obligations civiles et commerciales et à la libre administration des collectivités locales dont, aux termes des articles 34 et 72 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux. D'autre part, elle soulève des difficultés particulières quant à sa transcription dans notre droit interne.

A. LE PARTAGE LOI-RÈGLEMENT

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, le Parlement est compétent pour déterminer les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales. Or, la directive conduit à imposer des obligations nouvelles à un ensemble de maîtres d'ouvrage tant publics que privés qui, jusqu'à présent, n'étaient pas soumis à des obligations d'une telle nature.

Par ailleurs, la directive est applicable aux marchés conclus par les collectivités territoriales. Or, aux termes de l'article 72 de la Constitution, seule la loi est compétente pour aménager le principe de la libre administration de ces collectivités.

Dès lors, il ne pouvait appartenir qu'au seul législateur de fixer le champ d'application des obligations nouvelles imposées par la directive. Telle est la raison pour laquelle le Gouvernement, sur la recommandation du Conseil d'Etat, a déposé le titre II du présent projet de loi.

On observera toutefois que le projet de loi se contente de renvoyer à des décrets en Conseil d'Etat le soin de fixer la nature des obligations déterminées par la directive ainsi que les seuils à partir desquels ces obligations prennent effet. Cette répartition des compétences entre la loi et le règlement a pour conséquence de réduire à la portion congrue les aspects législatifs de la transcription de la directive «travaux publics» sans qu'il soit toutefois possible d'y voir une atteinte au domaine législatif défini par la Constitution. Tel a été l'avis du Conseil d'Etat saisi du projet de loi par le Gouvernement. Tel a également été l'avis de la commission des Lois qui a estimé que les dispositions de la directive qui ne sont pas reprises dans le projet de loi étaient de nature réglementaire.

B. LES DIFFICULTÉS DE LA TRANSCRIPTION : LA NOTION COMMUNAUTAIRE D'«ORGANISME PUBLIC»

Dans la mesure où les concepts juridiques retenus par la directive sont parfois fort éloignés des concepts juridiques de droit interne, la transcription de dispositions importantes du texte communautaire soulève des difficultés d'interprétation et, plus encore, des difficultés de transposition.

• S'agissant de la définition des organismes publics, la directive retient sous ce vocable les collectivités territoriales et l'Etat pour lesquels il n'y a pas de difficulté particulière d'interprétation. Elle y ajoute «*les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités*», entendant ainsi viser tout groupement de ces collectivités quelle que soit la forme juridique empruntée. S'il est, pour l'heure, difficile de concevoir l'existence de tels groupements qui échapperaient au droit public ou à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat qui requalifie certaines structures de droit privé dès lors qu'elles exercent un service public, l'introduction de cette notion dans la loi française devrait permettre, pour l'avenir, de faire entrer dans le champ d'application des règles communautaires tout groupement de collectivités publiques qui revêtirait une forme privée.

• Pour ce qui concerne les autres organismes que la directive qualifie de publics, les auteurs du projet de loi ont dû procéder à une description précise des organismes concernés, dans la mesure où notre droit public retient une définition très différente de celle qui est formulée par le droit communautaire.

La difficulté de transcription la plus importante résulte des deux aspects du critère de l'intérêt général défini à l'article premier de la directive. En effet, cette notion comporte d'une part un élément finaliste qui ne peut être établi qu'au vu des activités de l'organisme ou de sa décision institutive. Il y aura donc une appréciation au cas par cas de la nature de l'activité de l'organisme. Elle comporte, d'autre part, un élément matériel dans la mesure où l'activité doit être autre qu'industrielle ou commerciale. Sur ce point, la jurisprudence administrative éclaire par avance la portée de ces notions en retenant comme activité d'intérêt général au caractère autre qu'industriel ou commercial, des activités conduites par des organismes publics dans des secteurs d'intervention traditionnels de l'autorité publique d'où son normalement absentes les entreprises privées.

• Une autre difficulté résulte de la définition des entreprises susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la directive.

En effet, si la mention d'un contrôle public majoritaire financier ou d'un contrôle public majoritaire au sein des organes de direction ne soulève aucune difficulté d'interprétation, en revanche,

la définition d'un «contrôle de gestion» par un organisme public est difficile à transposer en droit français.

Sur la recommandation du Conseil d'Etat, les auteurs du projet de loi ont précisé que, sous cette notion de contrôle de gestion exercé par une autorité publique, la directive visait, en droit français, **les entreprises soumises au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes.**

Cette formule soulève toutefois une difficulté d'interprétation dans la mesure où la loi n° 67-483 du 22 juin 1967 et le décret n° 85-199 du 11 février 1985 qui régissent actuellement la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes prévoient que le contrôle peut s'exercer aussi bien sur des entreprises contrôlées majoritairement par l'Etat et les collectivités publiques, soit en termes de capital, soit en termes de direction, mais également que toute entreprise qui bénéficie d'un concours financier public est susceptible de subir un tel contrôle. Dès lors, pourraient se trouver entrer dans le champ d'application de la directive des entreprises purement privées qui recevraient de façon ponctuelle des aides publiques, par exemple sous forme de subventions ou d'avances, alors même que leur activité et leur gestion échappent au contrôle des pouvoirs publics.

C. LES EFFETS DE LA TRANSPOSITION : DES CONTRAINTES NOUVELLES POUR CERTAINS POUVOIRS ADJUDICATEURS

Il résulte d'une part du projet de loi qu'au-delà d'un montant de 5 000 000 d'écus, des obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposent dorénavant aux marchés de travaux suivants :

- les marchés passés par des groupements de droit privé de collectivités publiques (art. 8) ;
- les marchés conclus par les organismes de droit privé chargés d'une mission d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial, et soumis au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes (art. 8) ;
- les marchés de génie civil et certains marchés de bâtiment subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur au sens de la directive (art. 10).

Il résulte d'autre part du projet de loi qu'au-delà du seuil susmentionné, des obligations de publicité s'imposent dorénavant :

- aux projets de concessions de travaux (art. 9),
- aux marchés conclus par les concessionnaires de travaux avec des tiers (art. 9).

IV. LES TRAVAUX DE LA COMMISSION DES LOIS

A. LE CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES COMMUNAUTAIRES

Dans la mesure où le législateur est tenu de respecter les dispositions contenues dans la directive, sa marge de liberté est singulièrement limitée. La commission des Lois s'est toutefois attachée à faire coïncider le mieux possible le champ d'application des dispositions relatives à la transparence et aux modes de passation des marchés de travaux publics qui vont être introduites en droit interne, avec le champ d'application des dispositions relatives à la transparence et au mode de passation des marchés de travaux publics qui figurent dans la directive.

Afin de lever toute ambiguïté, elle a souhaité expliciter la portée de l'expression «*entreprises soumises au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes*», dans la mesure où il lui a semblé que la directive n'entendait pas soumettre au droit communautaire les marchés conclus par des entreprises qui bénéficieraient irrégulièrement de concours financiers publics de faible importance et pourraient, à ce titre, faire l'objet d'un contrôle au titre de la loi de 1967.

En conséquence, la commission des Lois propose de compléter la rédaction de l'article 8 du projet de loi afin de préciser que ne sont soumis au respect des règles communautaires que les entreprises contrôlées par la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes au titre de l'article 6 bis de la loi précitée du 22 juin 1967.

B. UNE PRÉCISION

La commission des Lois a par ailleurs précisé à l'article 10 que les mesures de publicité applicables aux contrats de concession seront précisées par décret en Conseil d'Etat.

On observera à ce propos que ce décret ne pourra que reprendre les dispositions de la directive, dispositions sur la portée exacte desquelles subsiste au moins une interrogation. En effet, une lecture attentive du texte fait apparaître que les dérogations susceptibles d'être apportées aux obligations de publicité ne serait pas les mêmes selon qu'il s'agit d'une concession de travaux ou d'un marché de travaux conclu par un concessionnaire. A cet égard, il est explicitement indiqué à l'article premier ter que les exceptions à la règle de publicité sont applicables aux marchés de travaux passés par les concessionnaires tandis que rien n'est précisé à propos des concessions.

Certes, le législateur n'a pas compétence pour fixer les règles de publicité de ces marchés. Il est toutefois apparu indispensable à la commission des Lois de s'assurer par avance de l'interprétation de ces dispositions de la directive dont les conséquences sont loin d'être négligeables. Telle est la raison pour laquelle elle a chargé son rapporteur d'interroger M. le ministre d'Etat, ministre chargé de l'économie et des finances, aux fins de préciser la portée des dérogations qui sont apportées aux règles de publicité prévues par la directive.

Dans le silence du texte deux interprétations sont envisageables :

- soit les contrats de concession et les marchés conclus par les concessionnaires sont traités de la même façon et peuvent prétendre, le cas échéant, bénéficier des mêmes dérogations aux obligations de publicité ;
- soit les contrats de concession sont tous, sans exception, soumis à l'obligation de publicité dès lors que leur montant dépasse le seuil de 5 000 000 d'écus, interprétation qui suppose que les auteurs de la directive ont estimé que ces contrats par leur nature même exigent qu'une publicité soit faite afin de les ouvrir effectivement à la concurrence.

Cette dernière interprétation qui s'inscrit en rupture avec le régime particulier des contrats de concession, tel qu'il a été élaboré

par le Conseil d'Etat depuis près d'un siècle, semble résulter de la lecture du texte même de la directive. La commission des Lois souhaiterait toutefois avoir confirmation de cette interprétation et que ses motifs de droit et d'opportunité lui soient précisés.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER

TRANSPARENCE ET RÉGULARITÉ DES PROCÉDURES

Article Premier

Création d'une mission interministérielle d'enquête sur les marchés

Cet article institue une mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics qui se substitue à la brigade interministérielle créée par le décret n° 76-787 du 18 août 1976 repris à l'article 221 bis du Code des marchés publics.

1. Une mission chargée de procéder à des enquêtes

Aux termes du premier alinéa de l'article, la mission interministérielle est chargée «*de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés ou exécutés les marchés*».

Cette définition du rôle de la mission interministérielle est reprise du premier alinéa de l'article 221 bis du code des marchés publics, sous la seule réserve de la mention relative aux conditions dans lesquelles sont préparés les marchés soumis à contrôle. On pourrait toutefois soutenir que le contrôle des modalités de passation des marchés comporte, par définition, un examen des conditions dans lesquelles ces marchés ont été préparés.

On observera par ailleurs que le premier alinéa de l'article premier ne précise pas les conditions dans lesquelles les enquêtes sont prescrites, contrairement à la rédaction de l'article 221 bis précité. En effet, un article 2 reprend ces dispositions et fixe les conditions dans lesquelles les enquêtes sont diligentées.

2. Les marchés soumis à enquête

Dorénavant, tous les marchés seront susceptibles de faire l'objet d'enquêtes. Le premier alinéa de l'article premier qui fixe la liste des marchés pour lesquelles les enquêtes peuvent être diligentées vise en effet l'ensemble des marchés publics, puisque cette liste comprend aussi bien les marchés conclus par l'État que les marchés conclus par les collectivités territoriales, les établissements publics, les entreprises publiques soumises au contrôle de la Cour des comptes et les sociétés d'économie mixte locales.

Par rapport au texte en vigueur, le projet de loi étend ainsi considérablement le champ des investigations potentielles de la mission interministérielle qu'il crée. Cet élargissement qui constitue l'un des aspects les plus importants du projet de loi présenté par le Gouvernement, appelle deux séries d'observations :

a) l'État, les établissements publics et les entreprises publiques

Si le contrôle des marchés passés par l'État n'appelle aucune observation particulière dès lors qu'il s'agit du droit commun actuel, l'élargissement de ce contrôle à l'ensemble des établissements publics constitue en revanche une innovation intéressante dans la mesure où jusqu'à présent seuls les établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel ou commercial, —soit les établissements publics à caractère administratif, scientifique ou culturel—, pouvaient faire l'objet de telles enquêtes. Le projet de loi retient, en effet, une approche plus générale du contrôle et fait entrer les établissements publics à caractère industriel ou commercial dans le droit commun.

Une même démarche justifie l'introduction des entreprises publiques dans le champ des investigations de la mission interministérielle. Le projet de loi considère à cet égard comme entreprises publiques les entreprises soumises au contrôle de la Cour des comptes, soit les entreprises visées aux articles premier, 4e alinéa

et 6 bis A de la loi modifiée n° 67-483 du 22 juin 1967 qui relèvent depuis 1976 du contrôle direct de la Cour des comptes.

On observera que cette extension du champ de compétence de la mission interministérielle se traduira par une **augmentation considérable du nombre des marchés contrôlables** dans la mesure où les établissements publics et les entreprises publiques, ainsi qu'on l'a rappelé dans l'exposé général, contractent un très grand nombre de marchés publics.

b) Les collectivités territoriales et les sociétés d'économie mixte locales

Ainsi qu'on l'a précisé plus haut, l'extension du contrôle à l'ensemble des collectivités territoriales constitue l'un des principaux objets du projet de loi et doit être comprise comme le second volet de la politique d'assainissement du financement des partis politiques engagée par le Gouvernement. On rappellera, en effet, qu'à l'occasion de l'examen de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, la question du rôle des marchés publics dans les financements occultes des partis politiques avait fait l'objet de nombreuses observations et que le Gouvernement s'était engagé à présenter un projet de loi susceptible de faciliter la lutte contre les pratiques irrégulières en la matière.

Afin de donner sa pleine efficacité au contrôle des marchés publics conclus par les collectivités territoriales, le projet de loi étend en outre le champ du contrôle aux marchés conclus par les établissements publics locaux et les sociétés d'économie mixte locales régies par la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, qui sont les moyens d'intervention les plus courants des collectivités locales en matière économique.

On observera là encore que cette extension du champ des investigations de la mission interministérielle se traduira par un gonflement très sensible du nombre des marchés contrôlables.

3. La composition de la mission

Dans un second alinéa, l'article premier du projet de loi définit la composition de la mission interministérielle d'enquête sur

les marchés et précise les modalités de désignation des membres de cette mission.

a) Des hauts-fonctionnaires

Aux termes du projet de loi, la mission interministérielle est exclusivement composée de hauts fonctionnaires, choisis parmi les fonctionnaires de catégorie A, les magistrats et les officiers.

Par rapport aux dispositions en vigueur, ces nouveaux critères de recrutement marque le souci des auteurs du projet de loi de garantir le meilleur niveau dans le recrutement des membres de la mission interministérielle.

b) Un caractère interministériel affirmé

Dans la mesure où la mission présente un caractère interministériel, le projet de loi dispose que ses membres sont nommés conjointement par le Premier ministre, le Garde des Sceaux, le ministre chargé de l'économie et des finances et, le cas échéant, le ministre dont l'intéressé relève statutairement.

Les autorités investies du pouvoir de désignation sont les mêmes que celles qui figurent au quatrième alinéa de l'article 221 bis du code des marchés publics, sous réserve de l'adjonction du Garde des Sceaux dont l'intervention apparaît particulièrement justifiée au regard de l'extension des pouvoirs de la mission et plus particulièrement des compétences qui lui sont reconnues par l'article 5 du projet de loi, attributions qu'elle exerce sous le contrôle du juge.

On observera par ailleurs que, contrairement aux dispositions actuelles, le ministre dont relève statutairement l'intéressé ne dispose plus d'un pouvoir de proposition. Cette modification apparaît particulièrement bienvenue, dans la mesure où il pourrait paraître anormal de reconnaître un tel pouvoir à un ministre dont les compétences peuvent n'avoir que des liens lointains avec l'objet même de la mission interministérielle.

On relèvera enfin que le projet de loi ne précise pas plus avant le statut de la mission interministérielle qu'il institue, contrairement au décret précité de 1976 qui indiquait que «pour sa gestion», la brigade était rattachée à la commission centrale des marchés, soit, indirectement, au ministre chargé de l'économie qui assure la tutelle de cet organisme.

Le silence des auteurs du projet de loi sur ce point ne devrait toutefois pas modifier la situation actuelle de la brigade, les services du ministre de l'économie et des finances ayant indiqué à votre rapporteur que la mission serait également placée auprès de la commission centrale des marchés.

* *

*

La commission des Lois a souhaité apporter trois modifications à cet article :

- d'une part, pour compléter la définition du champ de compétence de la mission en précisant qu'elle contrôle également les conditions dans lesquelles les marchés sont préparés ;

- d'autre part pour préciser les conditions de désignation du chef de la mission interministérielle, ainsi d'ailleurs que l'y invitait l'exposé des motifs ;

- enfin pour rappeler que les membres de la mission sont tenus au secret professionnel, dans les conditions prévues à l'article 378 du code pénal, pour les faits dont ils ont connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, sans bien entendu que ce secret soit opposable au juge.

Sous réserve de ces amendements, la commission des Lois a adopté l'article premier.

Article 2

Ouverture et conclusions des enquêtes

Dans un article 2, le projet de loi fixe les conditions dans lesquelles les enquêtes effectuées par la mission interministérielle sont diligentées ainsi que les modalités de transmission de leurs conclusions.

1. Conditions d'ouverture d'une enquête

Pour l'essentiel, le premier alinéa de cet article s'inspire des dispositions du deuxième alinéa de l'article 221 bis du code des marchés publics et dispose que les enquêtes sont diligentées à la demande soit du Premier ministre, soit du ministre chargé de l'économie et des finances, soit de tout ministre pour «*son département et les établissements publics placés sous sa tutelle*».

On observera toutefois que le décret de 1976 ne reconnaissait pas au chef de la brigade interministérielle d'enquête la faculté de saisir la brigade et d'ordonner une enquête, contrairement au projet de loi qui, dans l'intention manifeste de renforcer le pouvoir de la mission interministérielle, dispose que **le chef de cette mission a la faculté de diligenter de sa propre initiative une telle enquête.**

Il précise en outre, s'agissant des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des sociétés d'économie mixte locales, que **le préfet peut demander que soient diligentées des enquêtes portant sur les marchés conclus par ces collectivités, établissements ou sociétés.** Cette extension du droit de saisine est bien entendu justifiée par l'élargissement du contrôle aux marchés conclus par les collectivités territoriales.

On relèvera enfin que **l'accord du ministre concerné n'est plus nécessaire** pour que le ministre de l'économie et des finances puisse ordonner une enquête dans son département ministériel. Le ministre concerné reçoit en effet la faculté d'ordonner lui-même qu'une enquête soit ouverte pour les marchés conclus par son département ministériel ou par l'un des établissements publics placés sous sa tutelle. En revanche, une telle enquête peut également être diligentée sur demande soit du Premier ministre, soit du ministre chargé de l'économie et des finances, sans que le ministre concerné puisse s'y opposer.

2. Rapports et comptes rendus d'audition

Le second alinéa de l'article 2 dispose que dans le cadre de la mission qui leur est impartie par le premier alinéa de l'article premier, les enquêteurs établissent des rapports destinés à retracer

leurs observations et leurs conclusions, assortis, le cas échéant, des comptes rendus des auditions auxquelles ils auront procédé.

Dans un troisième alinéa, l'article 2 indique que les destinataires des rapports et des comptes rendus ainsi établis sont «*les autorités compétentes pour en connaître*», soit les autorités administratives qui ont ordonné l'enquête, celles qui ont la tutelle de l'organisme concerné et, le cas échéant, le juge.

Il précise en outre que lorsqu'il s'agit de marchés conclus par les collectivités territoriales, les établissements publics locaux et les sociétés d'économie mixte locales, ces documents sont transmis au représentant légal de la collectivité ou de l'organisme en cause, avant d'être remis au préfet du département concerné et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête. Dans ce dernier cas, il est prévu que les documents transmis à l'autorité qui a prescrit l'enquête sont assortis des observations du représentant légal de la collectivité ou de l'organisme.

Enfin, dans un dernier alinéa, l'article 2 dispose qu'un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues.

Ce dispositif s'inspire largement de l'article 221 bis du code des marchés publics, et plus particulièrement de son troisième alinéa. On observera toutefois l'introduction de dispositions particulières relatives aux collectivités locales qui se trouveront dorénavant soumises au contrôle de la mission interministérielle et, par voie de conséquence, le souci de ménager l'autonomie de ces collectivités, de leurs établissements publics ainsi que des sociétés d'économie mixte locales au capital desquelles elles participent, par l'insertion d'un droit de réponse aux conclusions de l'enquête.

On relèvera enfin que le projet de loi ne retient pas les dispositions du décret de 1976 qui prévoyaient que les conclusions du rapport établi par la brigade interministérielle étaient «*en tant que de besoin, portées à la connaissance des agents mis en cause.*» La suppression de cette mention ne semble pas pouvoir être acceptée dans la mesure où il convient de préserver les droits de la défense et de mettre à même les agents concernés de formuler leurs observations et d'avoir connaissance des reproches qui leur sont opposés.

* * *

*

La commission des Lois a apporté quatre modifications à cet article :

a) Il lui est tout d'abord apparu que l'ouverture d'un droit à l'autosaisine n'était pas opportune.

En effet, la reconnaissance de ce droit n'est pas techniquement indispensable pour permettre à la mission interministérielle d'exercer efficacement son contrôle. Il suffit à cet égard, pour que l'enquête puisse être ouverte, que le ministre compétent, le ministre de l'économie et des finances ou le Premier ministre ordonne l'enquête, le cas échéant, sur la suggestion de la mission elle-même. La suppression de l'accord du ministre concerné lorsque la décision d'enquête est prise par le ministre de l'économie et des finances devrait en outre considérablement alléger la procédure d'ouverture de l'enquête.

Par ailleurs, sur le terrain des principes, la commission a estimé inacceptable qu'un service interministériel qui ne doit rester qu'un instrument entre les mains des autorités compétentes, puisse prendre, à lui seul, l'initiative d'ouvrir une enquête.

Tels sont les motifs pour lesquels la commission des Lois a supprimé la référence à des enquêtes diligentées à la demande du chef de la mission interministérielle.

b) La commission a d'autre part modifié la rédaction du troisième alinéa de l'article afin de préciser que les rapports et comptes rendus d'audition sont transmis aux autorités qui ont demandé l'enquête. Cette formulation permet de mieux cadrer le rôle de la mission qui est celui d'un « bras » enquêteur au sein des administrations et organismes publics. Bien entendu ces dispositions ne font pas obstacle à l'application, le cas échéant, des dispositions du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale si l'enquête révélait l'existence d'un délit.

c) La commission a par ailleurs complété l'avant-dernier alinéa de l'article afin d'indiquer que les rapports et comptes rendus relatifs à des enquêtes portant sur les marchés des collectivités locales, 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 avant d'être adressés 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.

d) La commission a enfin souhaité mieux garantir le respect des droits de la défense.

A cet effet, elle a complété le dispositif proposé par le projet de loi qui précise qu'un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues, afin de préciser, ainsi que le fait actuellement l'article 221 bis du code des marchés publics, que les conclusions du rapport établi par la mission sont portées à la connaissance des personnes qu'elles mettent en cause.

Article 3

Pouvoirs d'enquête administrative

Cet article définit les pouvoirs d'enquête administrative reconnus aux membres de la mission interministérielle à l'égard des services et personnes soumis à leur contrôle. La formulation diffère de celle qui a été retenue par l'article 221 bis du code des marchés publics mais elle a la même portée. Il s'agit en effet dans les deux textes d'un pouvoir général d'enquête administrative sur pièces et sur place.

L'article 3 précise en outre que les membres de la mission interministérielle ne peuvent se voir opposer aucun secret professionnel ni par les services de l'Etat, ni par aucune des personnes morales soumises à leur contrôle. Cette disposition qui ne figure pas dans le décret de 1976, dans la mesure où seul le législateur peut déroger aux obligations de secret qu'il a lui-même imposées, apparaît aujourd'hui indispensable en raison de l'élargissement du champ de compétences de la mission aux établissements publics et aux entreprises nationales dont l'activité est protégée par plusieurs secrets au premier rang desquels figure le secret industriel et commercial.

On observera que le secret de la défense nationale n'est pas levé par le projet de loi. Outre que le ministre compétent a toujours la faculté de décider une telle levée, cette protection spécifique ne devrait avoir aucune incidence sur le travail d'enquête de la mission dans la mesure où ce secret protège, le cas échéant, le contenu du marché mais qu'il ne saurait soustraire à ses investigations les modalités de passation des marchés.

* * *

*

La commission des Lois a apporté un complément à cet article.

Afin de rappeler que les enquêteurs ne disposent de leurs pouvoirs d'enquête qu'aux seules fins de mener à bien leurs investigations dans le respect de la décision d'ouverture de l'enquête, la commission a souhaité préciser que l'accès à tout document ou élément d'information détenu par les services de l'Etat ou des personnes morales soumises à contrôle est subordonné aux nécessités de l'enquête. Cette précision ne modifie pas la portée du dispositif proposé par les auteurs du projet de loi mais elle en rappelle la finalité.

Article 4

Pouvoirs d'enquête préliminaire

Cet article définit les actes de l'enquête préliminaire qui peut être conduite auprès des entreprises qui sont ou ont été en relation avec l'une des personnes morales ou des collectivités publiques soumises au contrôle de la mission interministérielle.

Ces actes sont de deux sortes : l'exercice d'un droit de communication et la demande de renseignements et de justifications.

Exactement reprises du premier alinéa de l'article 47 de l'ordonnance précitée du 1er décembre 1986 qui définit les pouvoirs d'enquête préliminaire des enquêteurs du Conseil de la concurrence, ces dispositions doivent être strictement entendues dans leur portée. Elles ne sauraient en effet en aucun cas signifier que les enquêteurs aient libre accès dans les lieux professionnels qui sont énumérés, -locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, c'est-à-dire qu'ils puissent, à l'intérieur de ceux-ci, aller en tout point de leur choix pour y demander communication de documents ou poser des questions. Cette dernière interprétation est d'ailleurs exclue par la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 1983 relative à la loi de finances pour 1984 qui a examiné des dispositions portant sur la recherche d'infractions en matière d'impôts sur le revenu et de taxes sur le chiffre d'affaires et dans laquelle le Conseil a estimé

estimé qu'un tel « libre accès » serait constitutif d'une atteinte à la liberté individuelle et méconnaîtrait, à ce titre, la Constitution.

Il faut donc entendre les dispositions de l'article 4 comme instituant l'obligation pour les entreprises concernées de recevoir les membres de la mission, mais ceux-ci devront se tenir à la place qui leur sera assignée. En aucun cas, il ne s'agit d'un droit de perquisition pour l'exercice duquel les membres de la mission doivent se soumettre aux exigences de l'article 5.

En ce qui concerne les actes de l'enquête eux-mêmes, le texte les définit comme suit :

- accès à tous les locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel ;
- accès à tous les livres, factures et autres documents professionnels ;
- droit de prendre copie de tous ces documents ;
- droit de recueillir, soit sur place, soit par convocation, les renseignements et justifications utiles.

Il faut toutefois préciser qu'en l'absence de dispositions spécifiques comparables à celles qui figurent à l'article 3, le refus **soit de communiquer un document, soit de fournir un renseignement ou une justification, peut être justifié par le secret professionnel. En revanche, tout refus injustifié constitue un délit passible des peines prévues à l'article 6 du projet de loi.**

* *

*

Votre commission des Lois a adopté cet article sans modification, sous réserve de préciser, comme à l'article 3, **que les pouvoirs ainsi octroyés par la loi ne doivent être mis en oeuvre que pour les nécessités de l'enquête.**

Article 5

Pouvoirs d'enquête judiciaire

Ce très long article est consacré à la description des pouvoirs d'enquête judiciaire dont les membres de la mission peuvent disposer sur autorisation du juge et sous son contrôle.

1. Des pouvoirs finalisés

Les pouvoirs reconnus aux membres de la mission interministérielle par l'article 5 sont strictement finalisés : ils ne peuvent être mis en oeuvre que pour la recherche et la constatation de l'infraction définie à l'article 6.

On observera qu'en conséquence l'exercice de la mission générale de contrôle sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés ou exécutés les marchés, mission définie à l'article premier du projet de loi, n'ouvre pas aux enquêteurs la faculté de recourir aux pouvoirs décrits à l'article 5. Afin de garantir le strict respect de la finalisation de ces pouvoirs, il est d'ailleurs précisé que la demande d'autorisation adressée au juge doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite et que le juge, conformément à la décision précitée du Conseil constitutionnel du 29 décembre 1983, après avoir vérifié que cette demande est fondée, délivre une ordonnance motivée par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui lui paraissent constitutifs des pratiques définies à l'article 6 et dont la preuve est recherchée.

2. Des pouvoirs exercés sur autorisation judiciaire et sous le contrôle du juge

Conformément aux exigences formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 29 décembre 1983 et à l'exemple des dispositions de l'article L. 16-B du Livre des procédures fiscales dont le paragraphe II de l'article 5 est exactement repris, le projet de loi dispose que l'exercice du droit de visite, de perquisition et de saisie qu'il reconnaît aux membres de la mission interministérielle

doit être autorisé par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter, ou d'un juge délégué par lui.

Le paragraphe II de l'article 5 précise le contenu de cette ordonnance et définit, conformément à la décision précitée du Conseil constitutionnel, des règles de motivation.

Il en résulte indiscutablement que l'autorisation ne peut être délivrée par le juge que s'il constate l'existence de présomptions allant dans le sens de la constitution du délit défini à l'article 6.

On observera que cette règle est conforme au droit commun de la procédure pénale qui subordonne l'ouverture d'une information à la présomption d'une infraction déterminée déjà commise ou en cours d'exécution.

- Pour satisfaire aux exigences constitutionnelles de contrôle effectif du juge récemment rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 décembre 1989, à propos de la modification de l'article L. 16-B précité du Livre des procédures fiscales, le paragraphe III de l'article 5 du projet de loi dispose que la visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées et que celui-ci désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Il est en outre précisé qu'à tout moment le juge peut se rendre sur les lieux et décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

- S'agissant du cas particulier des coffres, le projet de loi reprend les dispositions de l'article L. 16-B précité du Livre des procédures fiscales et précise que le juge peut autoriser par tout moyen la visite du coffre, -y compris donc par simple voie téléphonique-, même si son ordonnance initiale ne faisait pas mention d'un tel coffre.

Le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution dans la décision précitée du 29 décembre 1989.

3. Protection des libertés individuelles et droits de la défense

Plusieurs des points qui viennent d'être exposés marquent la volonté des auteurs du projet de loi de garantir la protection des libertés individuelles et des droits de la défense. Dans la mesure où ce **dispositif a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 29 décembre 1989**, la commission des Lois n'a pas entendu le modifier.

Elle a toutefois tenu à rappeler avec le Conseil qu'il incombe à l'autorité judiciaire de veiller au respect de ces prescriptions comme de l'ensemble des garanties énoncées par le législateur.

S'agissant plus particulièrement des **droits de la défense**, on ajoutera au nombre des garanties qui ont déjà été évoquées, -autorisation, motivation, contrôle et surveillance de l'exécution de l'ordonnance-, les points suivants :

- l'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite ; à défaut, un avis de réception est notifié après la visite par lettre recommandée avec accusé de réception ; à défaut l'ordonnance est signifiée dans les conditions prévues par les articles 550 et suivants du code de procédure pénale ;
- l'ordonnance est susceptible d'un pourvoi en cassation qui n'a pas d'effet suspensif ; le délai et les modalités de voies de recours sont mentionnés sur les actes de notification et de signification ;
- la visite s'effectue dans les conditions habituelles prévues par le code de procédure pénale et, plus particulièrement l'article 96 ;
- un double du procès-verbal de la visite est remis aux parties intéressées.

* *

*

Dans la mesure où l'article 5 du projet de loi consiste pour l'essentiel en une reprise des dispositions du Livre de procédures fiscales déclarées conformes à la Constitution par le Conseil

constitutionnel, la commission des Lois l'a adopté sans modification.

Article 6

Institution d'un nouveau délit

L'article 6 constitue l'un des objets principaux du projet de loi dans la mesure où il définit une nouvelle incrimination qui vise «*tout agent*» de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des entreprises publiques ou des sociétés d'économie mixte locales ou toute personne intervenant pour le compte de ces collectivités ou organismes «*qui aura procuré ou tenté de procurer à autrui*», c'est-à-dire à une entreprise soumissionnaire, «*un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés passés avec ces organismes ou collectivités*».

1. L'auteur de l'infraction

La formule retenue par les auteurs du projet de loi manque singulièrement de clarté dès lors qu'il n'est pas précisé ce qu'est un «*agent*». En effet, les auteurs du projet de loi ont-ils souhaité compter au nombre des auteurs potentiels de l'infraction les autorités publiques tels les ministres et les élus locaux ? La rédaction actuelle du texte ne permet pas de répondre à cette question.

Certes, on voit mal que les élus qui auraient commis l'infraction décrite échappent à la sanction prévue par le projet de loi. Toutefois, le souci de clarté qui doit présider à toute rédaction législative et plus particulièrement en matière pénale, a conduit la commission des Lois à ne pas retenir la formulation du début du premier alinéa.

2. Les éléments constitutifs de l'infraction

L'infraction est tout d'abord définie par son résultat : le fait d'avoir procuré à autrui un avantage injustifié à l'occasion de l'attribution d'un marché.

Elle est ensuite définie par ses modalités : tout acte effectué en méconnaissance des règles applicables à ces marchés et qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats. Ce faisant, le texte renvoie au droit des marchés publics que celui-ci résulte du code des marchés publics ou encore de la réglementation applicable aux marchés passés par les organismes ou collectivités visés par l'article premier et qui ne sont pas soumis au respect des dispositions de ce code. A titre d'exemple, on songe tout naturellement aux règles communautaires fixées par la directive du 18 juillet 1989 et dont la transposition en droit interne fait pour partie l'objet du titre II du présent projet de loi.

On observera enfin que le délit est constitué même en l'absence d'intention frauduleuse et que la tentative est punie des mêmes peines.

3. La sanction de l'infraction

Le projet de loi assortit le délit qu'il définit de peines d'emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 5 000 francs à 200 000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement.

A titre de comparaison, on rappellera que le délit d'ingérence défini à l'article 175 du code de procédure pénale est également passible d'un emprisonnement de six mois à deux ans.

4. La constatation de l'infraction

Le second alinéa de l'article 6 dispose que l'infraction peut être constatée :

- soit par les officiers et agents de police judiciaire,

- soit par les membres de la mission interministérielle.

Ce dernier cas de figure n'est pas conforme au droit commun. Toutefois, il découle logiquement des pouvoirs de police judiciaire reconnus à ces agents dans le cadre de l'article 5 du projet de loi.

* *

*

Afin de lever toute ambiguïté sur la portée de la définition de l'auteur de l'infraction, la commission des Lois vous propose de modifier le début du premier alinéa de l'article et de substituer aux mots « tout agent » les mots : « toute personne ».

Par voie de conséquence, elle a également modifié la fin de l'article afin de réintroduire les organismes et collectivités visés à l'article premier du projet de loi.

Article 7

Délit d'opposition à l'exercice de leurs pouvoirs par les membres de la mission

Cet article définit une incrimination nouvelle afin de sanctionner ceux qui s'opposeraient à l'exercice de leurs pouvoirs par les membres de la mission, tels qu'ils sont définis aux articles 3, 4 et 5 du projet de loi.

Les peines retenues sont les mêmes que celles qui figurent à l'article 52 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui sanctionne l'opposition à l'exercice de leurs fonctions par les enquêteurs du Conseil de la concurrence.

* *

*

La commission des Lois a adopté cet article sans modification.

TITRE II

SOUSSION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS À DES OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE

Ce titre a pour objet de transposer en droit interne les dispositions de la directive n° 89-440 du 18 juillet 1989 qui posent le principe de l'application de règles contraignantes en matière de publicité et de mise en concurrence aux marchés de travaux passés par des organismes ou des groupements de droit public ou de droit privé qui ne sont pas soumis au respect du code des marchés publics.

On rappellera que le contenu des règles ainsi étendues sera précisé par décrets en Conseil d'Etat.

Article 8

Marchés de travaux conclus par les groupements de collectivités publiques et les organismes de droit privé chargés d'une mission d'intérêt général

Cet article a pour objet de transcrire les dispositions de l'article premier de la directive qui définissent le champ d'application des règles communautaires applicables en matière de marchés de travaux.

Aux termes de cet article premier, sont soumis au respect des prescriptions édictées par la directive, les marchés qui répondent aux deux critères cumulatifs suivants :

- des marchés ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil,
- conclus, par écrit, entre un entrepreneur et un « pouvoir adjudicateur ».

1. L'objet des marchés concernés

Le paragraphe a) de l'article premier de la directive définit comme suit l'objet des marchés entrant dans son champ d'application :

- soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à l'une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage, -défini comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique- ;
- soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

Le premier alinéa de l'article 8 du projet de loi reprend l'ensemble de ces éléments et explicite la référence à l'annexe II que vise la directive et qui énumère la liste des activités professionnelles concernées, liste reprise de la classe 50 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes (NACE). Cette annexe est reproduite à la fin du présent rapport.

Ainsi qu'on l'a rappelé au cours de l'exposé général, la rédaction ainsi retenue a pour résultat, conforme à la directive, d'élargir considérablement le champ d'application des règles communautaires.

2. Le seuil

L'article 8 soumet à des règles spécifiques les marchés de travaux dont le montant est supérieur à un seuil précisé par arrêté du ministre de l'économie et des finances.

Etabli à 5 000 000 d'écus par le paragraphe 4 de l'article premier ter de la directive, ce seuil a été converti en francs français par un arrêté du 18 septembre 1990 qui a fixé le montant des marchés publics de travaux régis par le code des marchés publics et soumis au respect des règles de concurrence communautaires introduites dans le livre V de code par le décret n° 90-824 du 18 septembre 1990, à 35 200 000 francs hors T.V.A..

3. Les pouvoirs adjudicateurs

La directive, dans le paragraphe b de son article premier, définit la notion de « pouvoir adjudicateur ».

Si le cas de l'Etat et des collectivités territoriales ne soulève aucune difficulté particulière d'interprétation, -le décret précité n° 90-824 du 18 septembre 1990 a d'ores et déjà transposé la directive pour ces collectivités-, en revanche, la notion d'« organisme public » est beaucoup plus complexe à expliciter. En effet, certains des organismes visés sous cette appellation sont bien des organismes publics en droit français et sont régis, à ce titre, par le code des marchés publics modifié par le décret du 18 septembre 1990, mais d'autres ne sont pas considérés comme tels par notre droit. En conséquence, la transposition des obligations communautaires en droit interne impose au législateur français de définir avec précision les organismes ainsi visés puis de préciser qu'ils sont soumis au respect de règles spécifiques.

Pour ce qui concerne les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques, le projet de loi (art.8-a) se contente de reprendre les dispositions du troisième alinéa de l'article premier b) de la directive, ce qui ne soulève pas de difficultés particulières.

Pour ce qui concerne les organismes de droit privé créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, le projet de loi reprend là encore les termes mêmes de la directive et renvoie, ce faisant, à des catégories juridiques identifiées depuis longtemps par les jurisprudences du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat qui distinguent, dans l'application des règles de droit, selon qu'une activité présente ou non un caractère industriel ou commercial.

La difficulté résulte en fait de la portée qu'il convient de donner à la directive lorsque celle-ci fait figurer au nombre des organismes qu'elle vise, ceux dont la gestion est soumise à un contrôle de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'organismes de droit public. En effet, les trois critères alternatifs habituels du contrôle à titre principal retenus en droit français, et plus particulièrement par les textes qui régissent le contrôle exercé par la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes, sont :

- le contrôle majoritaire public du capital ;

- le contrôle majoritaire public des organes d'administration, de direction ou de surveillance ;
- le financement public majoritaire et permanent de l'activité.

Or, le projet de loi reprend déjà ces critères dans les alinéas 1° et 3° du paragraphe b) de l'article 8.

Restait donc à transposer les autres aspects de la notion communautaire de gestion soumise à un contrôle public (direct ou indirect). Les auteurs du projet de loi proposent de renvoyer à cet effet aux organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes. Cette référence soulève toutefois certaines difficultés quant à sa portée. En effet, sont susceptibles d'un tel contrôle, aux termes du sixième alinéa de l'article premier de la loi précitée du 22 juin 1967, outre les organismes déjà évoqués, tout organisme qui bénéficie d'un concours public. Dès lors, il convient de savoir si le droit communautaire a été conçu par ses auteurs comme devant également s'appliquer à de tels organismes ou si son intention n'est pas plutôt de s'en tenir aux cas dans lesquels les concours publics présentent un caractère permanent.

* *

*

Afin d'éviter toute incertitude dans l'interprétation de l'alinéa 2 du paragraphe b de l'article premier de la directive, et parce qu'il lui apparaît que l'intention des auteurs de la directive n'est pas de faire entrer dans le champ d'application des règles communautaires auxquelles renvoie l'article 8 du projet de loi, les entreprises privées qui ne bénéficient pas de concours publics permanents et majoritaires, que ceux-ci soient directs ou indirects, la commission des Lois a complété cet alinéa pour préciser que le contrôle doit être fondé sur l'article 6 bis de la loi précitée de 1967.

Ce faisant, la commission des Lois entend respecter dans leur intégralité les exigences communautaires mais sans aller au-delà de ces obligations.

Article 9

Extension des obligations communautaires aux marchés majoritairement subventionnés sur fonds publics

Cet article a pour objet de transcrire les obligations résultant de l'article premier bis de la directive qui étend l'obligation de respect des règles de publicité et des procédures de mise en concurrence aux marchés de travaux financés majoritairement sur fonds publics et, —ce critère s'ajoute au précédent—, dont pourtant le maître d'ouvrage n'est pas un pouvoir adjudicateur au sens de la directive.

Le champ d'application de ces dispositions se trouve toutefois réduit par la définition de l'objet de ces marchés puisque seuls sont concernés les marchés énumérés dans le groupe 502 de la classe 50 de la NACE précitée, soit ceux qui portent sur des ouvrages de génie civil ou des travaux de bâtiments relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments administratifs.

* *

*

La commission des Lois a adopté cet article sans modification.

Article 10

Contrats de concession et marchés passés par les concessionnaires

1. Les contrats de concessions de travaux

Cet article, dans son premier alinéa, soumet les contrats de concession de travaux publics dont le montant dépasse 5 000 000 d'écus, à des règles spécifiques de publicité au sein de la Communauté économique européenne. Ce faisant, il reprend les dispositions du paragraphe 1 de l'article premier ter de la directive tout en précisant qu'un contrat de concession de travaux est un

contrat dans lequel la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage qu'il construit.

2. Les marchés de travaux passés par les concessionnaires

Dans un deuxième aliéna, l'article 10, en application du paragraphe 4 de l'article premier ter de la directive, étend les mêmes obligations de publicité aux contrats conclus par les concessionnaires lorsque leur montant excède le seuil. On rappellera que le droit français considérant, jusqu'à présent, ces contrats comme des contrats purement privés, cette extension constitue un élargissement important du champ d'application des obligations attachées aux marchés publics.

3. Les entreprises groupées

Pour l'application de la directive, il est spécifié, au paragraphe 4 de l'article premier ter, que les entreprises qui se sont groupées pour obtenir un marché ne sont pas considérées comme tierces. Cette précision est reprise par le troisième alinéa de l'article 10 du projet de loi.

Ainsi, nonobstant la forme juridique du «groupement» d'entreprises et la circonstance que le droit français considère que chaque entreprise groupée est un cocontractant distinct du maître d'ouvrage, l'application des obligations communautaires prend en compte les liens économiques réels qui existent entre ces entreprises et appréhende ces dernières, le cas échéant, comme un ensemble unique, pour l'application des règles de publicité pour les contrats qu'elles concluent avec l'un des titulaires de la concession.

4. Les entreprises liées

Ne sont pas non plus considérées comme tierces pour l'application des règles de publicité les entreprises qui se sont groupées pour obtenir une concession de travaux auprès d'un

groupement de droit public formé entre les collectivités publiques ou les entreprises qui leur sont liées.

Le dernier alinéa de l'article 10 précise cette notion d'entreprises liées en reprenant les dispositions du paragraphe 4 de l'article premier ter de la directive. Le critère retenu est celui de «l'influence dominante». Celle-ci est appréciée in concreto ; elle est toutefois présumée en cas de contrôle majoritaire direct ou indirect du capital ou des droits de vote ou encore en cas de contrôle de la désignation de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

* *

*

La commission des Lois a adopté cet article sans modification, sous réserve d'un renvoi à un décret en Conseil d'Etat pour ce qui concerne la définition des règles de publicité applicables à ces marchés.

Article 11

Secteurs et marchés exclus

1. Les secteurs exclus

Les alinéas 1^o, 2^o et 3^o de cet article constituent la transcription du paragraphe 4 de l'article 3 de la directive qui fixe la liste des secteurs économiques échappant à son champ d'application, secteurs qui seront régis par des règles spécifiques déterminées par la directive dite des secteurs exclus qui vient d'être adoptée par le Conseil des ministres de la Communauté.

Ces secteurs exclus sont :

- les transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux ;
- la production et la distribution d'énergie lorsque cette activité est exercée à titre d'activité principale ;
- la production, le transport et la distribution d'eau potable.

2. Les marchés exclus

• Les règles communautaires sont également écartées, aux termes de l'article 3-c) de la directive, lorsque la **sécurité publique** est en cause, c'est-à-dire lorsque :

- les travaux sont déclarés secrets ;
- l'exécution des travaux doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ;
- la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

Sur ces trois points, le projet de loi reprend très exactement le texte même de la directive.

• Les règles communautaires sont par ailleurs privées d'application, aux termes de l'article 4 de la directive, pour les marchés régis par des **règles de procédure spécifiques** et passés en vertu :

- soit d'un accord international conclu en conformité avec le ~~traité~~ **traité de Rome**, entre un Etat membre et un ou plusieurs Etats tiers et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires ;
- soit d'une procédure spécifique d'une organisation internationale ;
- soit d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat tiers.

Ces dispositions sont exactement reprises par le projet de loi, sous réserve de certaines adaptations terminologiques, le texte français parlant par exemple d'« *Etats non membres de la Communauté économique européenne* » alors que la directive évoque les « *Etats ou pays tiers* ».

On observera par ailleurs que le projet de loi, contrairement à la directive, n'évoque pas la question de la conformité de l'accord international qui exclut l'application du droit communautaire des marchés de travaux publics avec le **Traité de Rome**.

* *

*

La commission des Lois a adopté cet article sans modification.

TITRE III
DISPOSITIONS DIVERSES

Article 12

Modalités d'application

Cet article renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les modalités d'application de la présente loi.

* *

*

La commission des Lois a adopté cet article sans modification.

Article 13

Modalités d'application outre-mer

Cet article écarte l'application de la présente loi dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Dans la mesure où le droit communautaire n'est pas applicable de plein droit à cette collectivité, les auteurs du projet de loi font valoir dans l'exposé des motifs qu'il n'a pas paru souhaitable d'y transposer la directive du 18 juillet 1989.

On observera que, ce faisant, la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon se trouve traitée de la même façon que les autres territoires et collectivités territoriales d'outre-mer pour lesquels le droit des marchés publics est une compétence locale qui exclut l'application de la législation métropolitaine.

* *

*

La commission des Lois a adopté cet article sans modification.

TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
Code des marchés publics	TITRE PREMIER TRANSPARENCE ET REGULARITE DES PROCEDURES	TITRE PREMIER TRANSPARENCE ET REGULARITE DES PROCEDURES
<p>Art. 221 bis (premier et quatrième alinéas). - Il est créé une brigade interministérielle chargée de procéder aux enquêtes qui lui sont prescrites, suivant les modalités définies ci-après. Ces enquêtes portent sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles ont été préparés, passés ou exécutés les marchés conclus par l'Etat ou ses établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial.</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 passés ou exécutés les marchés de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des entreprises publiques soumises au contrôle de la Cour des comptes ou des sociétés d'économie mixte locales.</p>	<p>Article premier.</p> <p>Il est...</p> <p>...lesquelles sont préparés, passés...</p> <p>...locales.</p>
<p>Le chef de la brigade interministérielle d'enquêteurs et les membres de celle-ci sont désignés, parmi les magistrats et fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, par arrêtés conjoints du Premier ministre, du ministre de l'économie et des finances et du ministre dont ils relèvent statutairement, sur proposition de ce dernier. La brigade est rattachée, pour sa gestion, à la commission centrale des marchés.</p>	<p>Les membres de la mission 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'Economie et des Finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement.</p>	<p>Le chef de la mission et les membres de celle-ci sont désignés...</p> <p>...statutairement.</p>
Code pénal.	<p>Art. 378. - Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions</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>

Texte en vigueur

temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 F à 15 000 F.

Toutefois, les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements pratiqués dans des conditions autres que celles qui sont prévues par la loi, dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine.

Les mêmes personnes n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa 1er lorsqu'elles informent les autorités médicales ou administratives chargées des actions sanitaires et sociales des sévices ou privations sur la personne de mineurs de quinze ans et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession ; citées en justice pour une affaire de sévices ou privations sur la personne de ces mineurs, elles sont libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine.

N'encourt pas les peines prévues à l'alinéa 1er tout médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer qu'un viol ou un attentat à la pudeur a été commis.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
<p>Art. 221 bis (deuxième alinéa):</p> <p>Le Premier ministre ou le ministre de l'économie et des finances ou chaque ministre pour son département ainsi que pour les établissements publics placés sous sa tutelle, prescrit les enquêtes qu'il juge nécessaire de faire effectuer par la brigade. Lorsque le ministre de l'économie et des finances prescrit une telle enquête, il doit avoir recueilli, au préalable, l'accord du ou des ministres intéressés. Sur la demande du ministre intéressé, un membre de l'inspection de son département ministériel est associé à l'enquête.</p> <p>.....</p>	<p>Art. 2.</p> <p>Les enquêtes sont diligentées à la demande du Premier ministre ou du ministre chargé de l'Economie et des Finances ou, pour son département et les établissements placés sous sa tutelle, à la demande de chaque ministre ou du chef de la mission précitée. 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>Elles donnent lieu à l'établissement de rapports et, le cas échéant, de comptes rendus d'audition.</p> <p>Les rapports et comptes rendus d'audition sont transmis aux autorités compétentes pour en connaître.</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 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>Un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues.</p>	<p>Art. 2.</p> <p>Les enquêtes...</p> <p>...ministre. En outre,...</p> <p>...locales.</p> <p>Alinéa sans modification.</p> <p>Les rapports...</p> <p>... aux autorités qui ont demandé l'enquête.</p> <p>Les rapports et...</p> <p>...sont d'abord transmis ...</p> <p>...l'organisme.</p> <p>Alinéa sans modification.</p>

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

**Art 221 bis (troisième ali-
néa):**

Les enquêteurs disposent dans l'administration des droits d'investigation les plus larges tant sur pièces que sur place. Les rapports d'enquête sont adressés au Premier ministre, au ministre de l'économie et des finances et aux ministres intéressés. Les conclusions de ces rapports sont, en tant que de besoin, portées à la connaissance des agents mis en cause.

.....

**Art 221 bis (cinquième ali-
néa):**

Un arrêté conjoint du Premier ministre et du ministre de l'économie et des finances fixe les modalités de l'organisation et du fonctionnement de la brigade.

Code de procédure pénale

Art.56.- Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal.

Art. 3.

Les membres de la mission peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services de l'Etat ou des autres personnes morales mentionnées à l'article premier de la présente loi.

Art. 4.

Les membres de la mission peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, des factures et de tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications.

Art. 5.

I. - Pour la recherche et la constatation de l'infraction définie à l'article 6 du présent titre, et sous réserve des dispositions de l'article 56 du code de procédure pénale, les membres de la mission peuvent procéder à des visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par

Les conclusions de ces rapports sont portées à la connaissance des personnes mises en cause.

Art. 3.

Les membres de la mission peuvent, pour les nécessités de l'enquête et sans se voir opposer le secret professionnel, accéder...

...loi.

Art. 4.

Les membres de la mission peuvent, pour les nécessités de l'enquête, accéder...

...et justifications.

Art. 5.

Sans modification.

Texte en vigueur

Il a seul, avec les personnes désignées à l'article 57 et celles auxquelles il a éventuellement recours en application de l'article 60, le droit de prendre connaissance des papiers ou documents avant de procéder à leur saisie.

Toutefois, il a l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense.

Tous objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Cependant, si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés fermés provisoires jusqu'au moment de leur inventaire et de leur mise sous scellés définitifs et ce, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition suivant les modalités prévues à l'article 57.

Avec l'accord du procureur de la République, l'officier de police judiciaire ne maintient que la saisie des objets et documents utiles à la manifestation de la vérité.

Texte du projet de loi

lui. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

II. - L'ordonnance comporte :

a) le cas échéant, mention de la délégation du président du tribunal de grande instance ;

b) l'adresse des lieux à visiter ;

c) le nom et la qualité du membre de la mission habilité, qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite.

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Le juge motive sa décision par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui lui paraissent constitutifs des pratiques définies à l'article 6 de la présente loi et dont la preuve est recherchée.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place, au moment de la visite, à l'occupant des lieux ou à son représentant, qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu à l'avant-dernier alinéa du présent article. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

Code de procédure pénale.

Art. 550. - Les citations et significations, sauf disposition contraire des lois et règlements, sont faites par exploit d'huissier de justice.

Les notifications sont faites par voie administrative.

L'huissier ne peut instrumenter pour lui-même, pour son conjoint, pour ses parents et alliés et ceux de son conjoint, en ligne directe à l'infini, ni pour ses parents et alliés collatéraux, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement.

L'exploit de citation ou de signification contient la désignation du requérant, la date, les nom, prénoms et adresse de l'huissier, ainsi que les nom, prénoms et adresse du destinataire.

La personne qui reçoit copie de l'exploit signe l'original ; si elle ne veut ou ne peut signer, mention en est faite par l'huissier.

A défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance dans les conditions prévues par les articles 550 et suivants du code de procédure pénale.

Texte en vigueur

Art. 554. - La signification des décisions, dans les cas où elle est nécessaire, est effectuée à la requête du ministère public ou de la partie civile.

Art. 555. - L'huissier doit faire toutes diligences pour parvenir à la délivrance de son exploit à la personne même de l'intéressé et lui en remettre une copie.

Art. 556. - Si la personne visée par l'exploit est absente de son domicile, la copie est remise à un parent, allié, serviteur ou à une personne résidant à ce domicile.

L'huissier indique dans l'exploit la qualité déclarée par la personne à laquelle est faite cette remise.

Art. 557. - Si la copie a été remise à une personne résidant au domicile de celui que l'exploit concerne, l'huissier informe sans délai l'intéressé de cette remise, par lettre recommandée avec avis de réception. Lorsqu'il résulte de l'avis de réception, signé par l'intéressé, que celui-ci a reçu la lettre recommandée de l'huissier, l'exploit remis à domicile produit les mêmes effets que s'il avait été délivré à personne.

Art. 558. - Si l'huissier ne trouve personne au domicile de celui que l'exploit concerne, il vérifie immédiatement l'exactitude de ce domicile.

Lorsque le domicile indiqué est bien celui de l'intéressé, l'huissier sanctionne dans l'exploit ses diligences et constatations; puis il remet une copie de cet exploit à la mairie, au maire ou, à défaut, à un adjoint ou à un conseiller municipal délégué, ou au secrétaire de mairie.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Il informe sans délai de cette remise l'intéressé, par lettre recommandée avec avis de réception, en lui faisant connaître qu'il doit retirer immédiatement la copie de l'exploit signifié à la mairie indiquée. Si l'exploit est une signification de jugement rendu par itératif défaut, la lettre recommandée mentionne la nature de l'acte signifié et le délai d'appel.

Lorsqu'il résulte de l'avis de réception, signé par l'intéressé, que celui-ci a reçu la lettre recommandée de l'huissier, l'exploit remis à la mairie produit les mêmes effets que s'il avait été délivré à personne.

Si l'exploit est une citation à comparaître, il ne pourra produire les effets visés à l'alinéa précédent que si le délai entre le jour où l'avis de réception est signé par l'intéressé et le jour indiqué pour la comparution devant le tribunal correctionnel ou de police est au moins égal à celui fixé, compte tenu de l'éloignement du domicile de l'intéressé, par l'article 552.

Art. 559. Si la personne visée par l'exploit est sans domicile ou résidence connus, l'huissier remet une copie de l'exploit au parquet du procureur de la République du tribunal saisi.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Art. 560. - Lorsqu'il n'est pas établi que l'intéressé a reçu la lettre recommandée qui lui a été adressée par l'huissier conformément aux dispositions des articles 557 et 558, ou lorsque l'exploit a été délivré au parquet, un officier ou un agent de police judiciaire peut être requis par le procureur de la République à l'effet de procéder à des recherches en vue de découvrir l'adresse de l'intéressé. En cas de découverte de ce dernier, l'officier ou l'agent de police judiciaire lui donne connaissance de l'exploit, qui produit alors les mêmes effets que s'il avait été délivré à personne.

Dans tous les cas, l'officier ou l'agent de police judiciaire dresse procès-verbal de ses recherches et le transmet sans délai au procureur de la République.

Art. 561. - Dans les cas prévus aux articles 557 et 558, la copie est délivrée sous enveloppe fermée ne portant d'autres indications, d'un côté que les nom, prénoms, adresse de l'intéressé, et de l'autre que le cachet de l'étude de l'huissier apposé sur la fermeture du pli.

Art. 563. - Dans tous les cas, l'huissier doit mentionner sur l'original de l'exploit, et sous forme de procès-verbal, ses diligences ainsi que les réponses qui ont été faites à ses différentes interpellations.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Le procureur de la République peut prescrire à l'huissier de nouvelles recherches, s'il estime incomplètes celles qui ont été effectuées.

L'original de l'exploit doit être adressé à la personne à la requête de qui il a été délivré, dans les vingt-quatre heures.

En outre, si l'exploit a été délivré à la requête du procureur de la République, une copie de l'exploit doit être jointe à l'original.

Art. 564. - Les huissiers sont tenus de mettre, à la fin de l'original et de la copie de l'exploit, le coût de celui-ci, à peine d'une amende civile de 20 F à 100 F ; cette amende est prononcée par le président de la juridiction saisie de l'affaire.

Art. 565. - La nullité d'un exploit ne peut être prononcée que lorsqu'elle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne qu'il concerne, sous réserve, pour les délais de citation, des dispositions de l'article 553, 2°.

Art. 566. - Si un exploit est déclaré nul par le fait de l'huissier, celui-ci peut être condamné aux frais de l'exploit et de la procédure annulée, et éventuellement à des dommages-intérêts envers la partie à laquelle il est porté préjudice.

La juridiction qui déclare la nullité a compétence pour prononcer ces condamnations.

Texte du projet de loi

Le délai et les modalités de la voie de recours sont mentionnés sur les actes de notification et de signification.

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

L'ordonnance n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif. Les délais de pourvoi courent à compter de la notification ou de la signification de l'ordonnance.

III. - La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant.

En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins, choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'autorité administrative qui a obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite.

Les membres de la mission, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Les membres de la mission dressent, à l'occasion des enquêtes diligentées par eux, un procès-verbal qui est également signé par le ou les officiers de police judiciaire. Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Si, à l'occasion de la visite, les membres de la mission découvrent l'existence d'un coffre dans un établissement de crédit, dont la personne occupant les lieux visités est titulaire et où des pièces et documents se rapportant aux pratiques définies à l'article 6 de la présente loi sont susceptibles de se trouver, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ce coffre. Mention de cette autorisation est portée au procès-verbal prévu à l'alinéa précédent du présent article.

Les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire. Un double de ces derniers est laissé aux parties intéressées.

Les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués à l'occupant des lieux ; toutefois, lorsque des poursuites pénales sont engagées, leur restitution est autorisée par l'autorité judiciaire compétente.

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Art. 6.

Tout agent des collectivités ou organismes visés à l'article premier ou toute personne intervenant pour le compte de ceux-ci, qui aura procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés passés par les collectivités et organismes susmentionnés, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 5 000 F à 200 000 F ou de l'une de ces peines seulement.

Sont habilités à constater l'infraction prévue au présent article, outre les officiers et agents de police judiciaire, les membres de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés.

Art. 7.

Sera puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 5 000 F à 50 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des pouvoirs attribués aux membres de la mission par les dispositions du présent titre.

TITRE II

**SOUSSION DES PROCÉ-
DURES DE PASSATION DE
CERTAINS CONTRATS A DES
OBLIGATIONS DE
PUBLICITE ET DE MISE EN
CONCURRENCE**

Art. 6.

Toute personne qui aura procuré...

...les marchés passés par l'Etat et les collectivités et organismes visés à l'article premier de la présente loi, sera...

...seulement.

Alinéa sans modification.

Art. 7.

Sans modification.

TITRE II

**SOUSSION DES PROCÉ-
DURES DE PASSATION DE
CERTAINS CONTRATS A DES
OBLIGATIONS DE
PUBLICITE ET DE MISE EN
CONCURRENCE**

Texte en vigueur

DIRECTIVE DU CONSEIL DES
C O M M U N A U T E S
EUROPEENNES 71/305/ CEE
du 26 juillet 1971 portant
coordination des procédures de
passation des marchés publics
de travaux modifiée par la
directive 89/440/CEE du 18
juillet 1989

Article premier.

Aux fins de la présente directive :

a) les " marchés publics de
travaux " sont des contrats à titre
onéreux, conclus par écrit entre,
d'une part, un entrepreneur et,
d'autre part, un pouvoir
adjudicateur défini au point b) et
ayant pour objet soit l'exécution,
soit conjointement l'exécution et la
conception des travaux relatifs à
une des activités visées à l'annexe
II ou d'un ouvrage défini au point
c), soit de faire réaliser, par
quelque moyen que ce soit, un
ouvrage répondant aux besoins
précisés par le pouvoir
adjudicateur ;

b) sont considérés comme
" pouvoirs adjudicateurs ", l'Etat,
les collectivités territoriales, les
organismes de droit public et les
associations formées par une ou
plusieurs de ces collectivités ou de
ces organismes de droit public.

On entend par organisme de
droit public, tout organisme :

créé pour satisfaire spécifi-
quement des besoins d'intérêt
général ayant un caractère autre
qu'industriel ou commercial

et
doté d'une personnalité
juridique
et

Texte du projet de loi

Art. 8.

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
dont le montant est égal ou
supérieur à un seuil fixé par arrêté
du ministre chargé de l'Economie
et des Finances, 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, et que se propose de conclure
avec un entrepreneur :

a) soit un groupement de
droit privé formé entre des
collectivités publiques ;

b) soit un organisme de droit
privé, créé 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 :

Propositions de la commission

Art. 8.

Alinéa sans modification.

a) sans modification.

b) sans modification.

Texte en vigueur

... dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa du présent point figurent à l'annexe I. Ces listes sont aussi complètes que possible et peuvent être révisées selon la procédure prévue à l'article 30 ter. A cet effet, les Etats membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs dites listes ;

c) on entend par ouvrage, le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ;

Loi n° 67-483 du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes.

Art. 6 bis -A. - La Cour des comptes assure la vérification des comptes et de la gestion des établissements publics de l'Etat de caractère industriel et commercial, des entreprises nationales, des sociétés nationales, des sociétés d'économie mixte ou des sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat possède la majorité du capital social.

Texte du projet de loi

1° avoir son 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 celui qui est mentionné ci-dessus ;

2° être soumis au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes ;

3° 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 celui qui est mentionné ci-dessus.

Propositions de la commission

1° sans modification.

2° être soumis...

...des comptes en application de l'article 6 bis de la loi n° 67-483 du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes ;

3° sans modification.

Texte en vigueur

B. - La Cour peut également assurer, sous réserve de la compétence attribuée aux chambres régionales des comptes, la vérification des comptes et de la gestion :

Des autres établissements ou organismes publics, quel que soit leur statut juridique, qui exercent une activité industrielle ou commerciale ;

Des sociétés, groupements ou organismes publics, quel que soit leur statut juridique, qui exercent une activité industrielle ou commerciale ;

Des sociétés, groupements ou organismes, quel que soit leur statut juridique, dans lesquels l'Etat, les collectivités, personnes ou établissements publics, les organismes déjà soumis au contrôle de la Cour détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants ;

Des filiales des organismes visés aux deux alinéas précédents, lorsque ces organismes détiennent dans lesdites filiales, séparément, ensemble ou conjointement avec l'Etat plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants ;

Des personnes morales dans lesquelles l'Etat ou des organismes déjà soumis au contrôle de la Cour détiennent, directement ou indirectement, séparément ou ensemble, une participation au capital permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Article premier bis.

1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50 % un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes.

Texte du projet de loi

Art. 9.

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 dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'Economie et des Finances, que se proposent de conclure des personnes qui ne sont pas soumises au code des marchés publics et qui répondent aux conditions suivantes :

1° avoir pour objet de réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous ouvrages de génie civil ou tous travaux de bâtiments relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif;

2° être subventionnés directement à plus de 50 % par l'Etat, les collectivités territoriales, les groupements de droit public formés entre des collectivités publiques, les organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ou les groupements ou organismes définis à l'article 8

Propositions de la commission

Art. 9.

Sans modification.

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la commission
Article premier.	Art. 10.	Art. 10.
<p>d) la " concession de travaux publics " est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ;</p>	<p>Fait l'objet de mesures de publicité la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'Economie et des Finances, dont l'objet est défini à l'article 8, et que se proposent de conclure les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux à caractère industriel ou commercial, ou les groupements ou organismes définis à l'article 8, lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage.</p>	<p>Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'Etat la passation...</p>
Article premier ter.		
<p>1. Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux, les règles de publicité définies à l'article 12 paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13, ainsi qu'à l'article 15 bis sont applicables à ce contrat, lorsque sa valeur égale ou dépasse 5 000 000 d'écus.</p>		
<p>4. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les concessionnaires de travaux autres que les pouvoirs adjudicateurs appliquent les règles de publicité définies à l'article 12 paragraphes 4, 6, 7 et 9 à 13 ainsi qu'à l'article 15 ter dans la passation des marchés de travaux avec des tiers lorsque la valeur de ces marchés égale ou dépasse 5 000 000 d'écus. Une publicité n'est cependant pas requise lorsqu'un marché de travaux remplit les conditions d'application des cas énumérés à l'article 5 paragraphe 3</p>	<p>Il en est de même pour les contrats que se proposent de conclure avec des tiers les titulaires d'un contrat mentionné ci-dessus ou d'un contrat de même nature que ce dernier, conclu par l'Etat, par des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou par des groupements de droit public formés entre des collectivités publiques, lorsque ces titulaires ne sont pas soumis au code des marchés publics ou ne figurent pas à l'article 8.</p>	Alinéa sans modification.
<p>Ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées</p>	<p>Ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui se sont groupées pour obtenir des contrats mentionnés au premier alinéa ou les contrats de même nature conclus par l'Etat, par des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou par des groupements de droit public formés entre des collectivités publiques ou les entreprises qui leur sont liées.</p>	Alinéa sans modification.

Texte en vigueur

On entend par " entreprise liée ", toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute autre entreprise, qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise :

détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise

ou

dispose de la majorité de voix attachées aux parts émises par l'entreprise

ou

peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

La liste limitative de ces entreprises est jointe à la candidature à la concession. Cette liste est mise à jour selon les modifications qui interviennent ultérieurement dans les liens entre les entreprises.

Article 3.

4 La présente directive ne s'applique pas :

a) aux marchés de travaux passés par des transporteurs effectuant des transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux ;

Texte du projet de loi

Sont des entreprises liées celles qui sont soumises à l'influence dominante de l'une d'entre elles. L'influence dominante est présumée lorsqu'une personne, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre personne, détient la majorité de son capital, 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.

Art. 11

Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 8, 9 et 10 lorsqu'ils sont passés :

1° par les personnes dont l'activité est de faire des transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux ;

Propositions de la commission

Alinéa sans modification.

Art. 11.

Sans modification.

Texte en vigueur

b) aux marchés de travaux passés par les pouvoirs adjudicateurs dans la mesure où ces marchés concernent la production, le transport et la distribution d'eau potable, ainsi que par les pouvoirs adjudicateurs dont l'activité principale est de produire ou de distribuer de l'énergie ;

c) les marchés de travaux lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet Etat l'exige "

Article 4

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu :

a) d'un accord international, conclu en conformité avec le traité CEE, entre un Etat membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires, tout accord sera communiqué à la Commission qui peut procéder à une consultation au sein du comité consultatif pour les marchés publics institué par la décision 71/306/CEE, modifiée par la décision 77/63/CEE ;

b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers ;

c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale

Texte du projet de loi

2° par les personnes dont l'activité principale est de produire et distribuer de l'énergie ;

3° pour la production, le transport et la distribution d'eau potable ;

4° pour 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 ;

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 travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des Etats signataires de l'accord

Propositions de la commission

Texte en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la commission

TITRE III

DISPOSITIONS DIVERSES

TITRE III

DISPOSITIONS DIVERSES.

Art. 12.

Les modalités d'application de la présente loi sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 12.

Sans modification.

Art. 13.

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

Art. 13.

Sans modification.

ANNEXE



M

A



U



II

Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

CONSEIL

DIRECTIVE DU CONSEIL

du 18 juillet 1989

modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux

(89/440/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 57 paragraphe 2, son article 66 et son article 100 A,

vu la proposition de la Commission,

en coopération avec le Parlement européen ⁽¹⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽²⁾,

considérant qu'il importe d'arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992; que le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée;

considérant les conclusions des conseils européens successifs concernant la nécessité de réaliser le marché intérieur;

considérant le livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, et notamment son calendrier et son programme d'action pour réaliser l'ouverture des marchés publics de travaux;

considérant la communication de la Commission au Conseil, du 19 juin 1986, sur les marchés publics dans la Communauté;

considérant que les marchés publics de travaux sont régis par la directive 71/305/CEE ⁽³⁾, modifiée en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, ainsi que par la directive 72/277/CEE du Conseil, du 26 juillet 1972, relative aux modalités et conditions de publication des avis de marchés et de concessions de travaux publics au *Journal officiel des Communautés européennes* ⁽⁴⁾, par la déclaration des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 26 juillet 1971, sur les procédures à suivre en matière de concessions de travaux ⁽⁵⁾, et par la décision 71/306/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, instituant un comité consultatif pour les marchés publics de travaux ⁽⁶⁾, modifiée la décision 77/63/CEE ⁽⁷⁾;

considérant que la réalisation d'une liberté d'établissement et d'une libre prestation de services effectives en matière de marchés publics de travaux nécessite l'amélioration et l'extension de garanties prévues par les directives concernant la transparence des procédures et des pratiques de passation des marchés publics de travaux, afin de pouvoir mieux veiller au respect de l'interdiction des restrictions et diminuer en même temps la disparité des conditions de concurrence entre ressortissants des États membres;

considérant que la présente directive ne fait pas obstacle à l'application, notamment de l'article 36 du traité;

considérant qu'il y a lieu de mieux préciser la notion de marchés publics de travaux pour tenir compte notamment

⁽¹⁾ JO n° C 167 du 27. 6. 1988, p. 76, et JO n° C 69 du 20. 3. 1989, p. 69.

⁽²⁾ JO n° C 319 du 30. 11. 1987, p. 55.

⁽³⁾ JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5.

⁽⁴⁾ JO n° L 176 du 3. 8. 1972, p. 12.

⁽⁵⁾ JO n° C 82 du 16. 8. 1971, p. 13.

⁽⁶⁾ JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 15.

⁽⁷⁾ JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 15.

des nouvelles formes contractuelles d'attribution de marchés et d'introduire des critères visant à définir l'ensemble des ententes soumises aux règles de la directive 71/305/CEE;

considérant que la liste des organismes et de catégories d'organismes qui figure à l'annexe I doit être aussi complète que possible;

considérant qu'il importe également d'inclure les dispositions de la directive 71/305/CEE aux travaux que les États subventionnent et qui ne correspondent pas aux définitions figurant à l'article 1^{er};

considérant que, compte tenu de l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et de leur nature spécifique, il est opportun d'inclure dans la directive 71/305/CEE des règles de publicité en la matière;

considérant qu'il y a lieu de préciser l'étendue des exemptions par secteur d'activité afin d'éviter, égard aux interprétations divergentes, que les déséquilibres liés à l'application de la directive 71/305/CEE ne s'accroissent entre États membres;

considérant que, en 1971, le seuil à partir duquel les marchés publics de travaux étaient soumis à la directive 71/305/CEE avait été fixé à un million d'écus et que, compte tenu de l'augmentation des coûts de la construction et de l'intérêt pour les petites et moyennes entreprises de participer à des marchés d'importance moyenne, il convient d'établir ledit seuil à 5 millions d'écus;

considérant que, afin d'éliminer des pratiques restrictives de la concurrence en général et de la pleine participation aux marchés des ressortissants d'autres États membres en particulier, il importe d'améliorer l'accès des soumissionnaires aux procédures de passation de marché;

considérant qu'il est indiqué d'instaurer une procédure négociée qui existe déjà dans la pratique de certains États membres pour limiter les recours à la procédure d'exception prévue à l'article 9 de la directive 71/305/CEE;

considérant que la procédure négociée doit être considérée comme exceptionnelle et qu'elle ne doit donc être appliquée que dans ces cas limitativement énumérés;

considérant qu'il convient que les pouvoirs adjudicateurs fassent connaître aux candidats ou aux soumissionnaires évincés les motivations du rejet de leur candidature ou de leur soumission et qu'ils établissent un procès-verbal sur le déroulement de chaque procédure de passation de marché;

considérant qu'il importe d'adapter les règles communes, dans le domaine technique, à la nouvelle politique communautaire en matière de normalisation et de standardisation;

considérant que, afin d'instaurer les conditions nécessaires à une mise en concurrence effective au plan communautaire, mettant les entreprises des autres États membres à même d'y répondre dans des conditions comparables à celles des entreprises nationales et suscitant, de la part d'un plus grand nombre d'entrepreneurs, plus d'intérêt et de participation

aux marchés publics de travaux, il convient que l'ensemble des opérations et procédures assurant la mise en concurrence des entrepreneurs soit rendu plus transparent; qu'il convient également que les pouvoirs adjudicateurs fassent connaître leurs projets concernant de futurs marchés de travaux au moyen d'un avis de préinformation à l'échelon communautaire et que toute information utile sur les conditions dans lesquelles les différents marchés ont été attribués soit encore rendue publique par le même moyen;

considérant que, afin d'améliorer l'accès et la participation d'un plus grand nombre d'entrepreneurs et de leur permettre la remise d'offres dans des délais raisonnables, en particulier pour les travaux de grande envergure qui présentent généralement une complexité technique et organisationnelle importante, il convient de prolonger les délais pour la réception des demandes de participation ou des offres;

considérant qu'il est de l'intérêt général de stimuler l'évolution du progrès technique dans le secteur du bâtiment et des travaux publics afin que le transfert de technologies et de *know-how* d'un État membre à l'autre se fasse au profit non seulement de la collectivité des usagers mais également de la profession;

considérant que, des travaux étant déjà en cours dans le cadre de la Communauté en vue d'établir des cahiers des charges en termes de performances en lieu et place de prescriptions techniques détaillées, il convient de donner, dès maintenant, aux entrepreneurs de la Communauté la possibilité de proposer, dans le respect de certaines conditions, des variantes;

considérant que, pour assurer la transparence des conditions d'exécution du marché en cause, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander des informations sur la part du marché qui serait éventuellement sous-traitée par les soumissionnaires à des tiers;

considérant qu'il pourrait s'avérer utile d'améliorer la transparence dans le domaine des obligations relatives à la protection et aux conditions de travail en vigueur dans l'État membre où seront exécutés les travaux;

considérant qu'il est indiqué que les dispositions nationales relatives à la passation des marchés publics en faveur du développement régional s'inscrivent dans les objectifs de la Communauté et dans le respect des principes du traité;

considérant qu'il convient d'inclure dans la directive 71/305/CEE des dispositions statistiques adéquates pour améliorer et systématiser l'information sur la manière dont les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés;

considérant que le royaume d'Espagne vient d'adopter une législation pour mettre en œuvre la directive 71/305/CEE; que, étant donné que d'autres modifications à ce stade affecteraient négativement l'adaptation du secteur privé dans ce pays, il est approprié d'accorder au royaume d'Espagne une période supplémentaire pour mettre en œuvre la présente directive;

considérant que la République portugaise a besoin d'une période transitoire pour des raisons similaires;

considérant que la République hellénique va adapter sa législation à la directive 71/305/CEE et que l'incorporation à ce stade d'autres réglementations communautaires affecterait négativement le secteur des marchés publics de travaux et notamment certains facteurs économiquement importants comme la stabilité, la transparence et le maintien, à moyen terme, des conditions commerciales;

considérant que, à la suite des conclusions desdites sessions du Conseil européen ainsi que du livre blanc et de ladite communication de la Commission au Conseil, il convient de modifier la directive 71/305/CEE et d'abroger la directive 72/277/CEE.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

La directive 71/305/CEE est modifiée comme suit.

1) L'article 1^{er} est remplacé par le texte suivant:

«Article premier

Aux fins de la présente directive:

- a) les "marchés publics de travaux" sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à un des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur;
- b) sont considérés comme "pouvoirs adjudicateurs". l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par organisme de droit public, tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

— doté d'une personnalité juridique

et

— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de

surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa du présent point figurent à l'annexe I. Ces listes sont aussi complètes que possible et peuvent être révisées selon la procédure prévue à l'article 30 *ter*. À cet effet, les États membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs dites listes;

- c, on entend par ouvrage, le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;
- d) la "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix;

les "procédures ouvertes" sont les procédures nationales dans lesquelles tout entrepreneur intéressé peut présenter une offre;

- f) les "procédures restreintes" sont les procédures nationales dans lesquelles seuls les entrepreneurs invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre;
- g) les "procédures négociées" sont les procédures nationales dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les entrepreneurs de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux;
- h) l'entrepreneur qui a présenté une offre est désigné par le mot "soumissionnaire"; celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte et négociée est désigné par le mot "candidat".

2) Les articles suivants sont insérés:

«Article premier bis

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50 % un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes.

2. Le paragraphe 1 ne concerne que les marchés figurant dans la classe 50 groupe 502 de la nomenclature.

ture générale des activités économiques dans les Communautés européennes (NACE) et les marchés qui portent sur les travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif.

Article premier ter

1. Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux, les règles de publicité définies à l'article 12 paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13, ainsi qu'à l'article 15 bis sont applicables à ce contrat, lorsque sa valeur égale ou dépasse 5 000 000 d'écus.

2. Le pouvoir adjudicateur peut:

- soit imposer au concessionnaire de travaux de confier à des tiers de marchés représentant un pourcentage minimal de 30 % de la valeur globale de travaux faisant l'objet de la concession de travaux, tout en prévoyant la faculté pour les candidats de majorer ce pourcentage. Ce pourcentage minimal doit être indiqué dans le contrat de concession de travaux,
- soit inviter les candidats concessionnaires à indiquer eux-mêmes, dans leurs offres, le pourcentage, lorsqu'il existe, de la valeur globale de travaux, faisant l'objet de la concession de travaux qu'ils comptent confier à des tiers,

3. Lorsque le concessionnaire est lui-même un des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1^{er} point b), il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions de la présente directive.

4. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les concessionnaires de travaux autres que les pouvoirs adjudicateurs appliquent les règles de publicité définies à l'article 12 paragraphes 4, 6, 7 et 9 à 13 ainsi qu'à l'article 15 ter dans la passation des marchés de travaux avec des tiers lorsque la valeur de ces marchés égale ou dépasse 5 000 000 d'écus. Une publicité n'est cependant pas requise lorsqu'un marché de travaux remplit les conditions d'application des cas énumérés à l'article 5 paragraphe 3.

Ne sont pas considérés comme tiers les entreprises qui se sont groupés pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées.

On entend par "entreprise liée", toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise:

- détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise
- ou
- dispose de la majorité de voix attachées aux parts émises par l'entreprise
- ou
- peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

La liste limitative de ces entreprises est jointe à la candidature à la concession. Cette liste est mise à jour selon les modifications qui interviennent ultérieurement dans les liens entre les entreprises.»

3) L'article 2 est supprimé.

4) À l'article 3, les paragraphes 1, 2 et 3 sont supprimés et les paragraphes 4 et 5 sont remplacés par le texte suivant:

«4. La présente directive ne s'applique pas:

- a) aux marchés de travaux passés par des transporteurs effectuant des transports terrestres, aériens, maritimes et fluviaux;
- b) aux marchés de travaux passés par les pouvoirs adjudicateurs dans la mesure où ces marchés concernent la production, le transport et la distribution d'eau potable, ainsi que par les pouvoirs adjudicateurs dont l'activité principale est de produire ou de distribuer de l'énergie;
- c) les marchés de travaux lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet État l'exige.»

5) L'article 4 est remplacé par le texte suivant:

Article 4

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu:

- a) d'un accord international, conclu en conformité avec le traité CEE, entre un État membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les États signataires; tout accord sera communiqué à la Commission qui peut procéder à une consultation au sein du comité consultatif pour les marchés publics institué par la décision 71/306/CEE (1), modifiée par la décision 77/63/CEE (2);

- b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un État membre ou d'un pays tiers;
- c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.

(1) JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 15.

(2) JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 15.

6) L'article suivant est inséré:

«Article 4 bis

1. La présente directive s'applique aux marchés publics de travaux dont le montant cumulé hors TVA, égale ou dépasse 5 000 000 d'écus.

2. La contrevaletur du seuil en monnaies nationales est en principe révisée tous les deux ans avec effet au 1^{er} janvier 1993. Le calcul de cette contrevaletur est basé sur la moyenne de la valeur quotidienne de ces monnaies exprimées en écus, durant les vingt-quatre mois qui se terminent le dernier jour du mois d'octobre qui précède la révision ayant effet le 1^{er} janvier. Ces contrevaleurs sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes* dès les premiers jours du mois de novembre.

3. Lorsqu'un ouvrage est réparti en plusieurs lots faisant l'objet chacun d'un marché, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation du montant indiqué au paragraphe 1. Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le montant indiqué au paragraphe 1, les dispositions de ce paragraphe s'appliquent à tous les lots. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'application du paragraphe 1 pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1 000 000 d'écus, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée des lots.

4. Aucun ouvrage ni aucun marché ne peut être scindé en vue de se soustraire à l'application des paragraphes précédents.

5. Pour le calcul du montant visé au paragraphe 1 ainsi qu'à l'article 5, est prise en considération, outre celle des montants des marchés publics de travaux, la valeur estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.»

7) L'article 5 de la directive est remplacé par le texte suivant:

«Article 5

1. Pour passer leurs marchés publics de travaux, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures définies à l'article 1^{er} points e), f) et g), adaptées à la présente directive.

2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, après avoir publié un avis d'adjudication et sélectionné les candidats selon des critères qualitatifs et connus, dans les cas suivants:

a) en présence d'offres irrégulières à la suite du recours à une procédure ouverte ou restreinte, ou en cas de dépôt de soumissions inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions du titre IV, pour autant que les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées. Les pouvoirs adjudicateurs ne publient pas un avis d'adjudication s'ils incluent dans la procédure négociée toutes les entreprises qui satisfont aux critères visés aux articles 23 à 28 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marché;

b) pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mises au point et non dans un but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement;

c) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

3. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée, sans publication préalable d'un avis d'adjudication, dans les cas suivants:

a) lorsqu'aucune soumission ou aucune soumission appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Un rapport doit être communiqué à la Commission à sa demande;

b) pour les travaux dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant de la protection des droits d'exclusivité, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur déterminé;

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées visées au paragraphe 2. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

d) pour les travaux complémentaires ne figurant pas au projet initialement adjugé ni au premier contrat conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage

tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute ledit ouvrage:

- lorsque ces travaux ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,
- ou lorsque ces travaux, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux complémentaires ne peut pas être supérieur à 50 % du montant du marché principal;

- e) pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé selon les procédures visées au paragraphe 4.

La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 4 bis. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

4. Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.»

8) L'article suivant est inséré:

«Article 5 bis

1. Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai de quinze jours à partir de la réception de la demande, à tout candidat ou soumissionnaire écarté qui en fait la demande, les motifs du rejet de sa candidature ou de la soumission de son offre et, dans le cas d'une soumission d'une offre, le nom de l'adjudicataire.

2. Le pouvoir adjudicateur communique aux candidats ou soumissionnaires qui en font la demande les motifs pour lesquels il a décidé de renoncer à passer un marché mis en concurrence ou de recommencer la procédure. Il informe aussi l'Office de publications officielles des Communautés européennes de cette décision.

3. Pour chaque marché passé, les pouvoirs adjudicateurs établissent un procès-verbal comportant au moins:

- le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché,

- les noms des candidats ou soumissionnaires retenus et la justification de leur choix,
- les noms des candidats ou soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet,
- le nom de l'adjudicataire et la justification du choix de son offre ainsi que, si elle est connue, la part du marché que l'adjudicataire a l'intention de sous-traiter à des tiers,
- en ce qui concerne les procédures négociées, la justification de circonstances visées à l'article 5 qui motivent le recours à ces procédures.

Ce procès-verbal ou les principaux points de celui-ci sont communiqués à la Commission sur sa demande.»

9) Les articles 7, 8 et 9 sont supprimés.

10) L'article 10 est remplacé par le texte suivant:

«Article 10

1. Les spécifications techniques visées à l'annexe III figurent dans les documents généraux ou dans les documents contractuels propres à chaque marché.
2. Sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires, pour autant que celles-ci soient compatibles avec le droit communautaire, ces spécifications techniques sont définies par les pouvoirs adjudicateur par référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou par références à des agréments techniques européens ou par référence à des spécifications techniques communes.
3. Un pouvoir adjudicateur peut déroger au paragraphe 2:
 - a) si les normes, les agréments techniques européens ou les spécifications techniques communes n contiennent aucune disposition concernant l'établissement de la conformité ou qu'il n'existe pas de moyens techniques permettant d'établir de façon satisfaisante la conformité d'un produit à ces normes ou à ces agréments techniques européens ou ces spécifications techniques communes;
 - b) si ces normes, ces agréments techniques européens ou ces spécifications techniques communes imposaient l'utilisation de produits ou des matériaux incompatibles avec des installations déjà utilisées par le pouvoir adjudicateur ou entraînaient de coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées, mais uniquement dans le cadre d'une stratégie clairement définie et consignée en vue d'un passage, dans un délai déterminé, à des normes européennes, à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes;

- c) si le projet concerné constitue une véritable innovation et que le recours à des normes, à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes existants serait inapproprié.

4. Les pouvoirs adjudicateurs qui ont recours au paragraphe 3 en indiquent, sauf si cela n'est pas possible, les raisons, dans l'appel d'offres publié au *Journal officiel des Communautés européennes* ou dans le cahier des charges, et en indiquent dans tous les cas les raisons, dans leur documentation interne et fournissent cette information, sur demande, aux États membres et à la Commission.

5. En l'absence de normes européennes, d'agréments techniques européens ou de spécifications techniques communes, les spécifications techniques:

- a) sont définies par référence aux spécifications techniques nationales reconnues conformes aux exigences essentielles énumérées dans les directives communautaires relatives à l'harmonisation technique, selon les procédures prévues dans ces directives, et en particulier selon les procédures prévues dans la directive 89/106/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, concernant les produits de la construction⁽¹⁾;
- b) peuvent être définies par référence aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages, et de mise en œuvre des produits;
- c) peuvent être définies par référence à d'autres documents.

Dans ce cas, il convient de se rapporter, par ordre de préférence:

- i) aux normes nationales transposant des normes internationales acceptées par le pays du pouvoir adjudicateur;
- ii) aux autres normes et agréments techniques nationaux du pays du pouvoir adjudicateur;
- iii) à toute autre norme.

6. À moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, les États membres interdisent l'introduction, dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, de spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers et qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises. Est notamment interdite l'indication de marques, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée; toutefois, une telle indication accompagnée de la mention "ou équivalent" est autorisée lorsque les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas la possibilité de

donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés.

⁽¹⁾ JO n° L 40 du 11. 2. 1989, p. 12.

11) L'article 11 est supprimé.

12) Les articles 12 à 15 sont remplacés par le texte suivant:

«Article 12

1. Les pouvoirs adjudicateurs font connaître, au moyen d'un avis indicatif, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux qu'ils entendent passer et dont les montants égalent ou dépassent le seuil indiqué à l'article 4 *bis* paragraphe 1.

2. Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public de travaux par procédure ouverte, restreinte ou négociée dans les cas visés à l'article 5 paragraphe 2 font connaître leur intention au moyen d'un avis.

3. Les pouvoirs adjudicateurs désireux d'avoir recours à la concession de travaux font connaître leur intention au moyen d'un avis.

4. Les concessionnaires de travaux autres que les pouvoirs adjudicateurs, désireux de passer un marché de travaux avec un tiers au sens de l'article 1^{er} *ter* paragraphe 4, font connaître leur intention au moyen d'un avis.

5. Les pouvoirs adjudicateurs qui ont passé un marché en font connaître le résultat au moyen d'un avis. Toutefois, certaines informations sur la passation du marché peuvent, dans certains cas, ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entrepreneurs.

6. Les avis prévues aux paragraphes précédents sont envoyés par le pouvoir adjudicateur dans les meilleurs délais et par les voies les plus appropriées à l'Office des publications officielles des Communautés européennes. Dans le cas de la procédure accélérée prévue à l'article 15, les avis sont envoyés par telex, télégramme ou télécopieur.

a) L'avis prévu au paragraphe 1 est envoyé le plus rapidement possible après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux que les pouvoirs adjudicateurs entendent passer.

b) L'avis prévu au paragraphe 5 est envoyé au plus tard quarante-huit jours après la passation du marché en question.

7. Les avis visés aux paragraphes 1 à 5 sont établis conformément aux modèles qui figurent aux annexes

IV, V et VI et précisent les renseignements qui y sont demandés.

Dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger des conditions autres que celles prévues aux articles 25 et 26 lorsqu'ils demandent les renseignements concernant les conditions de caractère économique et technique qu'ils exigent des entrepreneurs pour leur sélection (annexe IV B point 11, annexe IV C point 10 et annexe IV D point 9).

8. Les avis visés aux paragraphes 1 et 5 sont publiés *in extenso* au *Journal officiel des Communautés européennes* et dans la banque de données TED, dans les langues officielles des Communautés, seul le texte de la langue originale faisant foi.

9. Les avis visés aux paragraphes 2, 3 et 4 sont publiés *in extenso* au *Journal officiel des Communautés européennes* et à la banque de données TED, dans leurs langues originales. Un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles des Communautés, seul le texte de la langue originale faisant foi.

10. L'Office des publications officielles des Communautés européennes publie les avis douze jours au plus tard après leur envoi. Dans le cas de la procédure accélérée prévue à l'article 15, ce délai est réduit à cinq jours.

11. La publication dans les journaux officiels ou dans la presse du pays du pouvoir adjudicateur ne doit pas avoir lieu avant la date d'envoi sus-indiquée et doit faire mention de cette date. Elle ne doit pas contenir de renseignements autres que ceux publiés au *Journal officiel des Communautés européennes*.

12. Les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi.

13. Les frais de publication des avis de marchés au *Journal officiel des Communautés européennes* sont à la charge des Communautés. L'avis ne peut dépasser une page dudit journal, soit environ 650 mots. Chaque numéro dudit journal dans lequel figurent un ou plusieurs avis reproduit le ou les modèles auxquels se réfèrent le ou les avis publiés.

Article 13

1. Dans les procédures ouvertes, le délai de réception des offres est fixé par les pouvoirs adjudicateurs de façon à ne pas être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

2. Le délai de réception des offres prévue au paragraphe 1 peut être réduit à trente-six jours si les pouvoirs adjudicateurs ont publié l'avis prévu à l'article 12 paragraphe 1, établi en conformité avec le modèle qui figure à l'annexe IV A, au *Journal officiel des Communautés européennes*.

3. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les cahiers de charges et les documents complémentaires doivent être envoyés aux entrepreneurs par les pouvoirs adjudicateurs ou les services compétents, dans les six jours suivant la réception de la demande.

4. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur les cahiers des charges doivent être communiqués par les pouvoirs adjudicateurs six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

5. Lorsque, en raison de l'importance de leur volume, les cahiers de charges et les documents ou renseignements complémentaires ne peuvent être fournis dans les délais fixés aux paragraphes 3 et 4 ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais prévus aux paragraphes 1 et 2 doivent être prolongés de façon adéquate.

Article 14

1. Dans les procédures restreintes et les procédures négociées aux sens de l'article 5 paragraphe 2, le délai de réception des demandes de participation est fixé par les pouvoirs adjudicateurs de façon à ne pas être inférieur trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

2. Les pouvoirs adjudicateurs invitent simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres. La lettre d'invitation est accompagnée du cahier des charges et des documents complémentaires. Elle comporte au moins:

a) le cas échéant, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour effectuer cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit être éventuellement versée pour obtenir ces documents;

b) la date de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;

c) référence à l'avis de marché publié;

d) l'indication des documents à joindre éventuellement soit à l'appui des déclarations vérifiables

fournies par le candidat conformément à l'article 12 paragraphe 7, soit en complément aux renseignements prévus à ce même article et dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 25 et 26;

e) critères d'attribution du marché s'ils ne figurent pas dans l'avis.

3. Dans les procédures restreintes, le délai de réception des offres, fixé par les pouvoirs adjudicateurs, ne peut être inférieur à quarante jours à compter de la date d'envoi de l'invitation écrite.

4. Le délai de réception des offres prévu au paragraphe 3 peut être réduit à vingt-six jours si les pouvoirs adjudicateurs ont publié l'avis prévue à l'article 12 paragraphe 1, établi en conformité avec le modèle qui figure à l'annexe IV A, au *Journal officiel des Communautés européennes*.

5. Les demandes de participation aux procédures de passation des marchés peuvent être faites par lettre, par télégramme, par télex, par télécopieur ou par téléphone. Dans les quatre derniers cas, elles doivent être confirmées par lettre envoyée avant l'expiration du délai prévu au paragraphe 1.

6. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur le cahier des charges doivent être communiqués par les pouvoirs adjudicateurs six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

7. Lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultations sur place de documents annexes au cahier des charges, les délais prévus aux paragraphes 3 et 4 doivent être prolongés de façon adéquate.

Article 15

1. Dans le cas où l'urgence rend impraticables les délais prévus à l'article 14, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer les délais suivants:

a) un délai de réception des demandes de participation qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis;

b) un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date de l'invitation.

2. Pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur le cahier des charges doivent être communiqués par les pouvoirs adjudicateurs quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

3. Les demandes de participation aux marchés et les invitations à présenter une offre doivent être faites par

les voies les plus rapides possibles. Lorsque les demandes de participation sont faites par télégramme, par télex, par télécopieur ou par téléphone, elles doivent être confirmées par lettre envoyée avant l'expiration du délai prévue au paragraphe 1.»

13) Les articles suivants sont insérés:

«Article 15 bis

Les pouvoirs adjudicateurs désireux d'avoir recours à la concession de travaux fixent un délai pour la présentation des candidatures à la concession, lequel ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

Article 15 ter

Dans les marchés de travaux passés par les concessionnaires de travaux qui ne sont pas eux-mêmes pouvoirs adjudicateurs, le délai de réception des demandes de participation est fixé par le concessionnaire de façon à ne pas être inférieur à trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis, et le délai de réception des offres de façon à ne pas être inférieur à quarante jours à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation à présenter une offre.»

14) Les articles 16, 17 et 18 sont supprimés.

15) Les articles 19 et 20 sont remplacés par le texte suivant:

Article 19

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire publier dans le *Journal officiel des Communautés européennes* des avis annonçant les marchés publics de travaux qui ne sont pas soumis à la publicité obligatoire prévue par la présente directive.

Article 20

L'attribution du marché se fait sur la base des critères prévus au chapitre 2 du présent titre, compte tenu de l'article 20 bis, après vérification de l'aptitude des entrepreneurs non exclus en vertu de l'article 23, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacité économique, financière et technique visés aux articles 25 à 28.»

16) Les articles suivants sont insérés:

«Article 20 bis

Lorsque le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent prendre en considération les variantes présentées par des soumissionnaires lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par ces pouvoirs adjudicateurs.

Les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans le cahier des charges, les conditions minimales que les variantes

doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission. Ils indiquent, dans l'avis de marché, si les variantes ne sont pas autorisées.

Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent rejeter la soumission d'une variante pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques définies par référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes visées à l'article 10 paragraphe 2, ou encore par référence à des spécifications techniques nationales visées à l'article 10 paragraphe 5 points a) et b).

Article 20 ter

Dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander au soumissionnaire de lui communiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers.

Cette communication ne préjuge pas la question de la responsabilité de l'entrepreneur principal.»

17) L'article 22 est remplacé par le texte suivant:

«Article 22

1. Dans les procédures restreintes ou les procédures négociées, les pouvoirs adjudicateurs choisissent, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de l'entrepreneur ainsi que des renseignements et des formalités nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci, les candidats qu'ils inviteront à soumettre une offre ou à négocier parmi ceux présentant les qualifications requises par les articles 23 à 28.

2. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs passent un marché par procédure restreinte, ils peuvent prévoir la fourchette à l'intérieur de laquelle se situera le nombre des entreprises qu'ils envisagent d'inviter. Dans ce cas, la fourchette est indiquée dans l'avis. La fourchette sera déterminée en fonction de la nature de l'ouvrage à réaliser. Le chiffre le moins élevé de la fourchette ne doit pas être inférieur à cinq. Le chiffre supérieur de la fourchette peut être fixé à vingt.

En toute hypothèse, le nombre de candidats admis à soumissionner doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

3. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs passent un marché par procédure négociée, dans les cas visés à l'article 5 paragraphe 2, le nombre des candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés.

4. Chacun des États membres assure que les pouvoirs adjudicateurs fassent appel, sans discrimination, aux ressortissants des autres États membres répondant aux qualifications requises et dans les mêmes conditions qu'aux nationaux.»

18) L'article suivant est inséré:

«Article 22 bis

1. Le pouvoir adjudicateur peut ou peut être obligé par un État membre d'indiquer dans le cahier des charges l'autorité ou les autorités auprès desquelles les soumissionnaires peuvent obtenir les informations pertinentes sur les obligations relatives aux dispositions de protection et conditions de travail qui sont en vigueur dans l'État membre, la région ou la localité dans laquelle les travaux sont à exécuter et qui seront applicables aux travaux effectués sur le chantier durant l'exécution du marché.

2. Le pouvoir adjudicateur qui fournit les informations mentionnées au paragraphe 1 demande aux soumissionnaires ou aux participants à une procédure de marché d'indiquer qu'ils ont tenu compte, lors de la préparation de leur offre, des obligations relatives aux dispositions de protection et conditions de travail qui sont en vigueur au lieu où les travaux sont à exécuter. Ceci ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 29 paragraphe 5 relatives à la vérification de offres anormalement basses.»

19) L'article 24 est remplacé par le texte suivant:

«Article 24

Tout entrepreneur désireux de participer à un marché public de travaux peut être invité à justifier de son inscription au registre professionnel dans les conditions prévues par la législation de l'État membre où il est établi:

- pour la Belgique, le "Registre du commerce" — "Handelsregister",
- pour le Danemark, le "Handelsregistret", "Aktieselskabsregistret" et "Erhvervsregistret",
- pour l'Allemagne, le "Handelsregister", et le "Handwerksrolle",
- pour la Grèce, peut être demandée une attestation sous serment devant notaire sur l'exercice de la profession d'entrepreneur de travaux publics,
- pour l'Espagne, le "Registro Oficial de Contratistas del Ministerio de Industria y Energia",
- pour la France, le "Registre du commerce" et "Répertoire des métiers",
- pour l'Italie, le "Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato",

- pour le Luxembourg, le "Registre aux firmes" et le "Rôle de la chambre des métiers",
 - pour les Pays-Bas, le "Handelsregister",
 - pour le Portugal, le "Comissão de Alvaras de Empresas de Obras Publicas e Particulares" ("CAEOPP"),
 - pour le Royaume-Uni et pour l'Irlande, l'entrepreneur peut être invité à produire en certificat du "Registrar of Companies" ou du "Registrar of Friendly Societies" ou, si tel n'est pas le cas, une attestation précisant que l'intéressé a déclaré sous serment exercer la profession en question dans le pays où il s'est établi en un lieu spécifique et sous une raison commerciale déterminée.
- 20) A l'article 29, le paragraphe 3 est supprimé et les paragraphes 4 et 5 sont remplacés par le texte suivant:

4. Le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsqu'un État membre se fonde sur d'autres critères pour l'attribution des marchés, dans le cadre d'une réglementation en vigueur au moment de l'adoption de la présente directive visant à faire bénéficier certains soumissionnaires d'une préférence, à condition que la réglementation invoquée soit compatible avec le traité.

5. Si, pour un marché donné, des offres semblent présenter un caractère anormalement bas par rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur, avant de pouvoir rejeter ces offres, demande, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre qu'il juge opportunes et vérifie cette composition en tenant compte des justifications fournies.

Le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications tenant à l'économie du procédé de construction, ou aux solutions techniques adoptées ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux ou à l'originalité du projet du soumissionnaire.

Si les documents relatifs au marché prévoient l'attribution au prix le plus bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer à la Commission le rejet des offres jugées trop basses.

Toutefois, et pour une période allant jusqu'à la fin 1992 et lorsque la législation nationale en vigueur le permet, le pouvoir adjudicateur peut, exceptionnellement et à l'exclusion de toute discrimination sur la base de la nationalité, rejeter des offres présentant un caractère anormalement bas par rapport à la prestation, sans être tenu d'observer la procédure prévue au premier alinéa, dans le cas où le nombre de ces offres pour un marché déterminé est tellement important que la mise en œuvre de cette procédure conduirait à un retard substantiel et compromettrait l'intérêt public qui s'attache à la réalisation du marché en cause. Le recours à cette procédure

exceptionnelle fait l'objet d'une mention dans l'avis visé à l'article 12 paragraphe 5.

21) Les articles suivants sont insérés dans le titre V:

«Article 29 bis

1. La présente directive ne fait pas obstacle, jusqu'au 31 décembre 1992, à l'application des dispositions nationales en vigueur sur la passation des marchés publics de travaux et dont l'objectif est de réduire l'écart entre les diverses régions et de promouvoir l'emploi dans les régions les moins favorisées ou affectées par le déclin industriel, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité, notamment avec les principes de l'exclusion de toute discrimination fondée sur la nationalité, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, et avec les obligations internationales de la Communauté.

2. Le paragraphe 1 s'applique sans préjudice de l'article 29 paragraphe 4.

Article 29 ter

1. Les États membres notifient à la Commission les dispositions nationales visées à l'article 29 paragraphe 4 et à l'article 29 bis ainsi que les modalités de leur application.

2. Les États membres concernés adressent à la Commission, tous les ans, un rapport décrivant l'application des dites mesures. Ces rapports sont soumis au comité consultatif pour les marchés publics.

22) Les articles suivants sont insérés:

«Article 30 bis

1. En vue de permettre l'appréciation des résultats de l'application de la présente directive, les États membres communiquent à la Commission un état statistique concernant les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs au plus tard le 31 octobre 1993 pour l'année précédente et ensuite le 31 octobre de chaque deuxième année.

Néanmoins, en ce qui concerne la République hellénique, le royaume d'Espagne et la République portugaise, la date du 31 octobre 1993 est remplacée par celle du 31 octobre 1995.

2. Ces États précisent au moins le nombre et la valeur des marchés passés par chaque pouvoir adjudicateur ou catégorie de pouvoirs adjudicateurs au-dessus du seuil, en distinguant, dans la mesure du possible, selon les procédures, les catégories de travaux et la nationalité de l'entrepreneur auquel le marché a été attribué et, dans le cas des procédures négociées, en

tilé selon l'article 5, en précisant le nombre et la valeur des marchés attribués à chaque État membre et aux pays tiers.

3. La Commission détermine, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, la nature des informations statistiques complémentaires requises conformément à la présente directive.

Article 30 ter

1. L'annexe I de la présente directive est modifiée par la Commission lorsque, en fonction notamment des notifications des États membres, il apparaît nécessaire:

- a) d'exclure de l'annexe I, les organismes de droit public qui ne correspondent plus aux critères définis à l'article 1^{er} point b);
- b) d'inclure, dans cette annexe, les organismes de droit public qui répondent à ces critères.

2. La Commission modifie l'annexe I, après avis du comité consultatif pour les marchés publics.

Le président du comité soumet au comité un projet des mesures à prendre. Le comité émet son avis sur ce projet, dans un délai que le président peut fixer en fonction de l'urgence de la question en cause, le cas échéant, en procédant à un vote.

L'avis est inscrit au procès-verbal; en outre, chaque État membre a le droit de demander que sa position figure à ce procès-verbal.

La Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité. Elle informe le comité de la façon dont elle a tenu compte de cet avis.

3. Les versions modifiées de l'annexe I sont publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*.

23) L'article 31 est supprimé.

24) Les annexes I et II de la directive 71/305/CEE sont remplacées par les annexes I à VI de la présente directive.

Article 2

La directive 72/277/CEE est abrogée.

Article 3

Les États membres mettent en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard un an après la date de sa notification ⁽¹⁾. Ils en informent immédiatement la Commission.

Néanmoins, la République hellénique, le royaume d'Espagne et la République portugaise mettent en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 1^{er} mars 1992.

Article 4

Les États membres veillent à ce que le texte des dispositions essentielles de droit interne, d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qu'ils adoptent en exécution de la présente directive soit communiqué à la Commission.

Article 5

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 18 juillet 1989.

Par le Conseil
Le président
R. DUMAS

⁽¹⁾ La présente directive a été notifiée aux États membres le 19 juillet 1989.

ANNEXE I

LISTES DES ORGANISMES ET DES CATEGORIES D'ORGANISMES DE DROIT PUBLIC VISÉS À L'ARTICLE 1^{er} POINT b)

I. En BELGIQUE:

- le Fonds des routes 1955 - 1969 — «Het Wegenfonds»,
- la régie des voies aériennes — «de Regie der Luchtwegen»,
- les centres publics d'aide sociale,
- les fabriques d'église,
- l'office régulateur de la navigation intérieure — «de Dienst voor regeling van de binnenvaart»,
- la régie des services frigorifiques de l'État belge — «de Regie der Belgische Rijkskoel- en Vriesdiensten».

II. Au DANEMARK:

«andre forvaltningssubjekter».

III. En RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE:

Les «Bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts»; les «Landesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts» soumises à un contrôle budgétaire de l'État.

IV. En GRÈCE:

les autres personnes morales de droit public dont les marchés publics de travaux sont soumis au contrôle de l'État.

V. En ESPAGNE:

les autres personnes morales soumises à un régime public de passation de marchés.

VI. En FRANCE:

- les établissements publics à caractère administratif, à l'échelon national, régional, départemental ou local,
- les universités, établissements publics à caractère scientifique et culturel et autres établissements définis par la loi d'orientation de l'enseignement supérieur n° 68—978 du 12 novembre 1968.

VII. En IRLANDE:

les autres autorités publiques dont les marchés publics de travaux sont soumis au contrôle de l'État.

VIII. En ITALIE:

- les universités d'État, les instituts universitaires de l'État, les consortiums pour les travaux d'aménagement des universités,
- les instituts supérieurs scientifiques et culturels, les observatoires astronomiques, astrophysiques, géophysiques ou vulcanologiques,
- les «Enti di riforma fondiaria»,
- les institutions d'assistance et de bienfaisance de toutes espèces.

IX. Au LUXEMBOURG:

les établissements d'utilité publique soumis à la haute surveillance du gouvernement, des syndicats de communes et des communes.

X. Aux PAYS-BAS:

- les «Waterschappen»,
- les «Instellingen van wetenschappelijk onderwijs vermeld in artikel 15 van de Wet of het Wetenschappelijk Onderwijs (1960)», les «Academische ziekenhuizen»,
- la «Nederlandse Centrale Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk Onderzoek (TNO)» et les organisations qui en dépendent.

XI. Au PORTUGAL:

les personnes morales de droit public dont la passation de marchés publics de travaux est assujettie à un contrôle de l'État.

XII. Au ROYAUME-UNI:

- les «Education Authorities»,
- les «Fire authorities»,
- les «National Health Service Authorities»,
- les «Police Authorities»,
- la «Commission for the New Towns»,
- les «New Towns Corporations»,
- la «Scottish Special Housing Association»,
- la «Northern Ireland Housing Executive».

ANNEXE II

LISTE DES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES

correspondant à la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes

Classes	Groupes	Sous-groupes et positions	Intitulé
50			BÂTIMENT ET GÉNIE CIVIL
	500		Bâtiment et génie civil (sans spécialisation), démolition
		500.1	Construction de bâtiments et travaux de génie civil, sans spécialisation
		500.2	Démolition
	501		Construction d'immeubles (d'habitation et autres)
		501.1	Entreprise générale de bâtiment
		501.2	Entreprise de couverture
		501.3	Construction de cheminées et fours
		501.4	Entreprise d'étanchéité
		501.5	Entreprise de ravalement et d'entretien de façades
		501.6	Entreprise d'échafaudage
		501.7	Entreprise spécialisée dans d'autres activités du bâtiment (y compris charpente)
	502		Génie civil: construction de routes, ponts, voies ferrées, etc.
		502.1	Entreprise générale de génie civil
		502.2	Entreprise de terrassement à l'air libre
		502.3	Entreprise d'ouvrages d'art terrestres (à l'air libre ou en souterrain)
		502.4	Construction d'ouvrages d'art fluviaux et maritimes
		502.5	Construction de voies urbaines et de routes (y compris la construction spécialisée d'aérodromes)
		502.6	Entreprises spécialisées dans le domaine de l'eau (irrigation, drainage, adduction, évacuation des eaux usées, épuration)
		502.7	Entreprises spécialisées dans d'autres activités de génie civil
	503		Installation
		503.1	Entreprise d'installation générale
		503.2	Canalisation installation de gaz, eau et appareils sanitaires)
		503.3	Installation de chauffage et de ventilation (installation de chauffage central, conditionnement d'air, ventilation)
		503.4	Isolation thermique, phonique et antivibratile
		503.5	Isolation d'électricité
		503.6	Installation d'antennes, paratonnerres, téléphone, etc.
	504		Aménagement et parachèvement
		504.1	Aménagement général
		504.2	Plâtrerie
		504.3	Menuiserie en bois, principalement orientée vers la pose (y compris pose de parquets)
		504.4	Peinture et vitrerie, collage de papiers peints
		504.5	Revêtement de sols et de murs (pose de carrelages, d'autres couvre-sols et de revêtements collés)
		504.6	Aménagements divers (pose de poêles de faïence, etc.)

ANNEXE III

DÉFINITION DE CERTAINES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- 1) «*Spécifications techniques*», l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges, définissant les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de caractériser objectivement un travail, un matériau, un produit ou une fourniture de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur. Ces caractéristiques incluent les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables au matériau, au produit ou à la fourniture en ce qui concerne le système d'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage. Elles incluent également les règles de conception et de calcul des ouvrages, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages ainsi que les techniques ou méthodes de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages.
- 2) «*Norme*», la spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative, pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas, en principe, obligatoire.
- 3) «*Norme européenne*», les normes approuvées par le Comité européen de normalisation (CEN) ou par le Comité européen de normalisation électronique (Cenelec) en tant que «normes européennes (EN)» ou «documents d'harmonisation (HD)», conformément aux règles communes de ces organisations.
- 4) «*Agrément technique européen*», l'appréciation technique favorable de l'aptitude à l'emploi d'un produit, basée sur la satisfaction des exigences essentielles pour la construction, selon les caractéristiques intrinsèques de ce produit et les conditions établies de mise en œuvre et d'utilisation. L'agrément européen est délivré par l'organisme agréé à cet effet par l'État membre.
- 5) «*Spécification technique commune*», la spécification technique élaborée selon une procédure reconnue par les États membres et qui aura fait l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.
- 6) «*Exigences essentielles*», exigences concernant la sécurité, la santé et certains autres aspects d'intérêt collectif, auxquelles peuvent satisfaire les ouvrages.

ANNEXE IV

MODÈLES D'AVIS DE MARCHÉS DE TRAVAUX

A. Pré-information

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de telex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur:
2. a) Lieu et exécution:
 - b) nature et étendue des prestations et, dans le cas où l'ouvrage est divisé en plusieurs lots, caractéristiques essentielles de ces lots par référence à l'ouvrage:
 - c) si elle est disponible, estimation de la fourchette du coût des prestations envisagées:
3. a) Date provisoire pour l'engagement des procédures de passation du ou des marchés:
 - b) si elle est connue, date provisoire pour le début des travaux:
 - c) s'il est connu, calendrier provisoire pour la réalisation des travaux:
4. Si elles sont connues, conditions de financement des travaux et de révision des prix et/ou référence aux textes qui les réglementent:
5. Autres renseignements:
6. Date d'envoi de l'avis:
7. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

B. Procédures ouvertes

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de telex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur:
2. a) Mode de passation choisi:
 - b) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres:
3. a) Lieu d'exécution:
 - b) nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage:
 - c) si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots:
 - d) indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets:
4. Délai d'exécution éventuellement imposé:
5. a) Nom et adresse du service auquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés:
 - b) le cas échéant, montant et modalités de paiement de la somme qui doit être versée pour obtenir ces documents:
6. a) Date limite de réception des offres:
 - b) adresse où elles doivent être transmises:
 - c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées:
7. a) Le cas échéant, personnes admises à assister à l'ouverture des offres:
 - b) date, heure et lieu de cette ouverture:

8. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés:
9. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent:
10. Les cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'entrepreneurs attributaire du marché:
11. Conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par l'entrepreneur:
12. Délai pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre:
13. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du marché. Les critères autres que le prix le plus bas sont mentionnés lorsqu'ils ne figurent pas dans le cahier des charges:
14. Le cas échéant, interdiction des variantes:
15. Autres renseignements:
16. Date de publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de pré-information ou mention de sa non-publication:
17. Date d'envoi de s:
18. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

C. Procédures restreintes

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur:
2. a) Mode de passation choisi:
b) le cas échéant, justification du recours à la procédure accélérée:
c) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres:
3. a) Lieu d'exécution:
b) nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage:
c) si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots:
d) indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets:
4. Délai d'exécution éventuellement imposé:
5. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'entrepreneurs attributaire du marché:
6. a) Date limite de réception des demandes de participation:
b) adresse où elles doivent être transmises:
b) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées:
7. Date limite d'envoi des invitations à soumissionner:
8. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés:
9. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent:
10. Renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur ainsi que conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci:
11. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du marché lorsqu'ils ne sont pas mentionnés dans l'invitation à soumissionner:

12. Le cas échéant, interdiction des variantes:
13. Autres renseignements:
14. Date de publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de pré-information ou mention de sa non-publication:
15. Date d'envoi de l'avis:
16. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

D. Procédures négociées

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur:
2. a) Mode de passation choisi:
b) le cas échéant, justification du recours à la procédure accélérée:
c) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres:
3. a) Lieu d'exécution:
b) nature et étendue des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage:
c) si l'ouvrage ou le marché est divisé en lots, l'ordre de grandeur des différents lots et la possibilité de soumissionner pour un, pour plusieurs ou pour l'ensemble des lots:
d) indications relatives à l'objectif de l'ouvrage ou du marché lorsque celui-ci comporte également l'établissement de projets:
4. Délai d'exécution éventuellement imposé:
5. Le cas échéant, forme juridique que devra revêtir le groupement d'entrepreneurs attributaire du marché:
6. a) Date limite de réception des demandes de participation:
b) adresse où elles doivent être transmises:
c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées:
7. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés:
8. Modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent:
9. Renseignements concernant la situation propre de l'entrepreneur ainsi que les renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation des conditions minimales de caractère économique et technique à remplir par celui-ci:
10. Le cas échéant, interdiction des variantes:
11. Le cas échéant, noms et adresses des fournisseurs déjà sélectionnés par le pouvoir adjudicateur:
12. Le cas échéant, date des publications précédentes au *Journal officiel des Communautés européennes*:
13. Autres renseignements:
14. Date de publication au *Journal officiel des Communautés européennes* de l'avis de pré-information:
15. Date d'envoi de l'avis:
16. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

E. Marchés passés

1. Nom et adresse du pouvoir adjudicateur:
2. Mode de passation choisi:
3. Date de la passation du marché:
4. Critères d'attribution du marché:
5. Nombre des offres reçues:
6. Nom et adresse du ou des adjudicataire(s):
7. Nature et étendue des prestations effectuées, caractéristiques générales de l'ouvrage construit:
8. Prix ou gamme des prix (minimum/maximum) payé(s):
9. Les cas échéant, valeur et part du contrat susceptible d'être sous-traité à des tiers:
10. Autres renseignements:
11. Date de publication de l'avis du marché dans le *Journal officiel des Communautés européennes*:
12. Date d'envoi du présent avis:
13. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

ANNEXE V

MODÈLE D'AVIS DE CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS

1. Nom, adresse, numéros de téléphone, de télégraphe, de télex et de télécopieur du pouvoir adjudicateur:
2. a) Lieu d'exécution:
b) objet de la concession; nature et étendue des prestations:
3. a) Date limite de présentation des candidatures:
b) adresse où elles doivent être transmises:
c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées:
4. Conditions personnelles, techniques et financières à remplir par les candidats:
5. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du contrat:
6. Le cas échéant, pourcentage minimal des travaux confiés à des tiers:
7. Autres renseignements:
8. Date d'envoi de l'avis:
9. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

ANNEXE VI

MODÈLE D'AVIS DE MARCHÉS DE TRAVAUX PASSÉS PAR LE CONCESSIONNAIRE

1. a) Lieu d'exécution:
b) nature et étude des prestations, caractéristiques générales de l'ouvrage:
2. Délai d'exécution éventuellement imposé:
3. Nom et adresse de l'organisme auprès duquel les cahiers des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés:
4. a) Date limite de réception des demandes de participation et/ou de réception des offres:
b) adresse où elles doivent être transmises:
c) la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées:
5. Le cas échéant, cautionnement et garanties demandés:
6. Conditions de caractère économique et technique à remplir par l'entrepreneur:
7. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du marché:
8. Autres renseignements:
9. Date d'envoi de l'avis:
10. Date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes:

DÉCLARATION**Ad article 5 paragraphe 4 de la directive 71/305/CEE**

Le Conseil et la Commission déclarent que, dans les procédures ouvertes ou restreintes, est exclue toute négociation avec les candidats ou les soumissionnaires portant sur des éléments fondamentaux des marchés dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, et notamment sur les prix; cependant, il peut y avoir des discussions avec les candidats ou les soumissionnaires seulement pour faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, ainsi que les exigences des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire.
