

N° 338

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2000-2001

Annexe au procès-verbal de la séance du 23 mai 2001

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier,

Par M. Pierre JARLIER,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jacques Larché, *président* ; Patrice Gélard, Mme Dinah Derycke, MM. Pierre Fauchon, Charles Jolibois, Georges Othily, Robert Bret, *vice-présidents* ; MM. Jean-Pierre Schosteck, Jean-Patrick Courtois, Jacques Mahéas, Jean-Jacques Hyst, *secrétaires* ; Nicolas About, Guy Allouche, Jean-Paul Amoudry, Robert Badinter, José Balareello, Jean-Pierre Bel, Laurent Béteille, Christian Bonnet, Mme Nicole Borvo, MM. Guy-Pierre Cabanel, Charles Ceccaldi-Raynaud, Marcel Charmant, Raymond Courrière, Luc Dejoie, Jean-Paul Delevoye, Gérard Dériot, Gaston Flosse, Yves Fréville, René Garrec, Paul Girod, Daniel Hoeffel, Jean-François Humbert, Pierre Jarlier, Lucien Lanier, Edmond Lauret, François Marc, Bernard Murat, Jacques Peyrat, Jean-Claude Peyronnet, Henri de Richemont, Simon Sutour, Alex Türk, Maurice Ulrich.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (11ème législ.) : 2990, 3028 et T.A. 665

Sénat : 301, 336 et 337 (2000-2001)

Politique économique.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LE CONTEXTE : LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS APPLICABLE EN SEPTEMBRE 2001	8
A. LES DYSFONCTIONNEMENTS DE L'ACTUEL CODE DES MARCHÉS PUBLICS.....	8
B. UNE RÉFORME PRÉPARÉE PAR LE PRÉCÉDENT GOUVERNEMENT	9
1. <i>Le « rapport Trassy-Paillogues »</i>	9
2. <i>Le projet de loi de MM. Juppé, Arthuis et Galland</i>	10
3. <i>Les travaux du Sénat</i>	12
C. LE GOUVERNEMENT ACTUEL A PROCÉDÉ À LA RÉFORME DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS PAR VOIE RÉGLEMENTAIRE	13
1. <i>Simplification et clarification des règles, meilleure utilisation de l'argent public</i>	14
2. <i>Modernisation</i>	15
3. <i>Ouverture aux petites et moyennes entreprises et aux artisans</i>	15
4. <i>Renforcement du contrôle des marchés publics</i>	16
II. LE PROJET DE LOI : UN ENSEMBLE DE MESURES DISPARATES DESTINÉES, POUR L'ESSENTIEL, À CONSOLIDER LA BASE LÉGISLATIVE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	16
A. LES MESURES CONTENUES DANS LE PROJET DE LOI INITIAL.....	16
1. <i>La réforme de l'ingénierie publique</i>	17
2. <i>Le régime du droit de la commande publique</i>	18
3. <i>Le passage à l'euro fiduciaire</i>	19
B. LES APPORTS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE	19
1. <i>Les délégations de service public</i>	19
2. <i>La sous-traitance</i>	19
3. <i>La passation des marchés</i>	20
4. <i>Le passage à l'euro -fiduciaire</i>	20
III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES LOIS : UN PRAGMATISME TEINTÉ DE REGRET	20
A. REGRETTER L'ABSENCE D'UNE RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE ASSOCIANT LE PARLEMENT	21
B. ADOPTER LE PROJET DE LOI EN AMÉLIORANT SON CONTENU	22

EXAMEN DES ARTICLES	25
TITRE PREMIER : MARCHÉS PUBLICS, INGÉNIERIE PUBLIQUE ET COMMANDE PUBLIQUE	25
• <i>Article premier</i> (art. 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, art. 7 et 7-1 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992) Ingénierie publique	25
• <i>Article 3</i> (art. 38 et 43 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques art. L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales art. 92 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle- Calédonie) Définition de la délégation de service public	39
b) Les apports de la loi.....	41
• <i>Article 3 bis (nouveau)</i> (art. 16 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) Certification de la date de dépôt des offres	49
• <i>Article 4</i> (art. 1 ^{er} , 6 et 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975) Aménagements du régime de la sous-traitance	50
• <i>Article 4 bis</i> (art. 5 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975) Déclaration des sous-traitants auxquels le soumissionnaire à un marché public envisage de recourir	56
• <i>Article 5</i> (art. 9 et 10-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence) Extension du régime de publicité et de mise en concurrence aux organismes ne relevant pas du code des marchés publics	58
• <i>Article 5 bis (nouveau)</i> (art. L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales) Délégation du conseil municipal au maire concernant les marchés passés sans formalités préalables	61
TITRE III : DISPOSITIONS FACILITANT LE PASSAGE À L'EURO FIDUCIAIRE	65
• <i>Article 9</i> (art. 113-10, 442-5, 442-15 nouveaux du code pénal) Protection de l'euro contre le faux monnayage - Adaptation des règles relatives au blanchiment lors du passage à l'euro	65
• <i>Article 10</i> (art. 56 et 97 du code de procédure pénale) Collecte d'informations relatives à la contrefaçon de l'euro	70
ANNEXE : AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR VOTRE COMMISSION DES LOIS	72

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Réunie le mercredi 23 mai 2001 sous la présidence de M. Jacques Larché, président, la commission des Lois a examiné en première lecture, sur le rapport pour avis de M. Pierre Jarlier, le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture après déclaration d'urgence.

M. Pierre Jarlier, rapporteur pour avis, a tout d'abord présenté le nouveau code des marchés publics qui entrera en vigueur en septembre 2001, regrettant que le Parlement n'ait pas été associé à une réforme importante touchant à l'organisation du commerce et de l'industrie et aux prérogatives des collectivités locales.

Il a ensuite rappelé le champ de la saisine de la commission des Lois. Le titre premier, relatif aux marchés publics, à l'ingénierie publique et à la commande publique tend à compléter la réforme du code des marchés réalisée par la voie réglementaire en prévoyant la détermination du régime juridique des missions d'ingénierie publique, l'assimilation de l'ensemble des contrats signés en application du code des marchés publics à des contrats administratifs, la définition de la délégation de service public, l'aménagement du régime de la sous-traitance et la clarification des règles applicables aux organismes publics qui ne sont pas soumis au code des marchés mais sont considérés comme des pouvoirs adjudicateurs par le droit communautaire. Le titre III du projet de loi, consacré au passage à l'euro fiduciaire, compte deux articles prévoyant des mesures pénales destinées à lutter contre le faux-monnayage.

M. Pierre Jarlier a noté que les amendements adoptés par l'Assemblée nationale apportaient d'utiles compléments à ce texte, à l'exception de l'article 5 ter tendant à réintroduire le quart réservataire dans les marchés publics au bénéfice des sociétés coopératives et à l'étendre aux associations.

En conséquence votre commission des Lois vous propose d'adopter **onze amendements** qui, outre des précisions et des clarifications, ont pour objet :

- de **subordonner la subdélégation d'un service public à l'accord** exprès de la **collectivité publique** délégante et d'**interdire la subdélégation de la totalité** de la gestion du service (**article 3**) ;

- d'**étendre** à l'**ensemble** des **marchés du secteur privé**, et non plus aux seuls contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics, les obligations de **protection des sous-traitants** pesant sur le maître de l'ouvrage (**article 4**) ;

- de supprimer l'obligation pour le maître de l'ouvrage de vérifier que les sous-traitants employés pour l'exécution d'un marché ont bien délivré des cautions à leurs propres sous-traitants (**article 4**) ;

- de renforcer la protection des sous-traitants en obligeant chaque entreprise employée dans un marché à **joindre à sa première facture** les **cautions** qu'elle a accordées à ses sous-traitants (**article additionnel avant l'article 4 bis**) ;

- de **supprimer** le quart réservataire au bénéfice des sociétés coopératives et de certaines associations (**article 5 ter**).

Sous réserve de ces observations et des modifications qu'elle vous propose, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption du présent projet de loi.

Mesdames, Messieurs,

Adopté en Conseil des ministres le 25 avril et en première lecture par l'Assemblée nationale le 2 mai dernier, le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier aujourd'hui soumis à votre examen a été renvoyé au fond à votre commission des Finances tandis que votre commission des Lois s'est saisie pour avis du titre premier relatif aux marchés publics, à l'ingénierie publique et à la commande publique, ainsi que du titre III portant dispositions facilitant le passage à l'euro fiduciaire.

Le Gouvernement a choisi, à nouveau, de prononcer l'urgence sur le présent projet de loi examiné, en outre, dans des délais particulièrement brefs par les deux assemblées.

Votre rapporteur rappellera tout d'abord le contexte dans lequel s'inscrit la réforme proposée, notamment l'adoption par la voie réglementaire d'un nouveau code des marchés publics applicable dès septembre 2001.

Puis il présentera les dispositions du projet de loi dont la commission des Lois est saisie ainsi que les travaux de l'Assemblée nationale sur ces articles.

Enfin, il fera part de la position de la commission des Lois, laquelle, sans s'opposer sur le fond aux mesures proposées, vous soumettra plusieurs aménagements.

I. LE CONTEXTE : LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS APPLICABLE EN SEPTEMBRE 2001

A. LES DYSFONCTIONNEMENTS DE L'ACTUEL CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Il convient de souligner au préalable que nul ne conteste ni la légitimité d'un encadrement de la commande publique, ni les principes fondateurs de cet encadrement : transparence des procédures et des choix, recherche de la meilleure efficacité de la dépense publique.

Toutefois, la réglementation actuelle des marchés publics a fait l'objet de vives critiques¹.

Tout d'abord, **l'usage fait du code des marchés publics ne permet pas**, dans de trop nombreux cas, **d'aboutir** au meilleur contrat possible, ni même **à un contrat qui soit raisonnablement satisfaisant pour les deux parties**, l'entreprise et l'acheteur public.

Ce constat est avéré par la proportion écrasante des marchés publics sur appel d'offres qui sont attribués au moins disant. A l'appel d'offres s'est substitué un système d'adjudication de fait, contraire à l'esprit comme à la lettre du code des marchés.

Une telle dérive est préjudiciable tant aux entreprises, incitées à ne porter leur effort que sur le prix au détriment de la qualité, à sous-estimer leurs coûts probables et à en répercuter les effets sur leurs sous-traitants, qu'aux acheteurs publics et à l'ordre public, puisque ce ne sont pas les meilleurs qui sont choisis et que l'usage systématique d'un tel mode de sélection facilite le montage d'ententes illicites.

Ensuite, la réglementation des marchés publics est d'une **complexité excessive**. Les règles, parfois abusivement détaillées ou inutilement contraignantes, accroissent l'insécurité juridique des acheteurs publics et diminuent l'efficacité économique de la commande publique en alourdissant et en allongeant sans nécessité les procédures.

Quant à la forme même du code, résultant d'ajouts successifs qui renvoient le lecteur de page en page, elle présente l'inconvénient de ne pas permettre de distinguer l'essentiel de l'accessoire.

¹ *Rapport d'étape de la mission parlementaire sur la réforme du code des marchés publics, présenté par M. Alfred Trassy-Paillegues, le 31 octobre 1995.*

De plus, plusieurs problèmes de fond ne sont que très imparfaitement réglés par les textes actuels. Tel est le cas des délais de paiement, du statut des marchés d'entreprise de travaux publics, de la définition de la notion d'opération, du statut de la maîtrise d'œuvre dans les marchés autres que les marchés de travaux ou encore de la co-maîtrise d'ouvrage.

Enfin, le dispositif de contrôle et de sanction des marchés publics, s'il semble aujourd'hui suffisant, appelle une meilleure application.

B. UNE RÉFORME PRÉPARÉE PAR LE PRÉCÉDENT GOUVERNEMENT

Dès 1995, à la demande du Premier ministre M. Alain Juppé, a été engagée la réforme tendant à donner à la commande publique un cadre juridique cohérent et adapté à la réalité économique actuelle, dans le respect des principes de transparence des choix et d'égalité dans la concurrence, à procurer à l'acheteur public une sécurité juridique accrue, et à simplifier significativement les textes actuels.

1. Le « rapport Trassy-Paillogues »

A cet effet, la mission parlementaire sur la réforme des marchés publics, confiée à M. Alfred Trassy-Paillogues, député, a remis son rapport en mars 1996 après plusieurs mois de travaux. Il s'agissait de proposer de nouvelles règles de l'achat public qui soient « *plus simples, plus pédagogiques pour l'acheteur public, plus sûres, accompagnées et acceptées* ».

La réforme doit être comprise et appliquée par les acheteurs et maîtres d'ouvrage publics occasionnels, qui sont bien plus nombreux que les spécialistes, aussi bien que par les entreprises. En particulier, le rapport Trassy-Paillogues propose que la présentation du code soit ordonnée conformément à la **chronologie de la procédure d'achat public**.

Sur le fond, il propose une simplification des procédures de passation, notamment la création d'une procédure de **consultation négociée** applicable entre le seuil des achats sur facture et le seuil européen des marchés de fournitures, la **réduction du nombre de seuils** et la **suppression des procédures d'adjudication**.

Il s'agit d'assurer des choix plus **efficaces**, en donnant la première place à la règle de **définition préalable des besoins**, en obligeant l'acheteur public à **définir** par écrit, sur cette base, ses **critères de choix avant** toute démarche d'appel à la concurrence ou de négociation, ou encore à préciser les conditions de dévolution du marché (marché unique ou lots séparés). Ces

mesures devraient éviter que les acheteurs publics ne retiennent que les offres les moins-disantes.

Le rapport s'attache également à une plus grande responsabilisation des maîtres d'ouvrage et des entreprises attributaires à l'égard de la **sous-traitance**, afin de limiter la sous-traitance abusive (« entreprises-téléphone » qui ont pour seul objet de confisquer la marge sans exercer de responsabilités opérationnelles).

Il convient de ne pas ajouter à la difficulté intrinsèque de faire le bon choix celle d'avoir à s'interroger sur les modalités d'application des principes et des procédures. Tout ne dépendant pas des règles, la qualité de l'achat public demeure largement tributaire **des compétences et des comportements** de ceux qui ont à les appliquer. A cet effet, la mission parlementaire a procédé à une large concertation, favorisant l'acceptation des nouvelles règles.

2. Le projet de loi de MM. Juppé, Arthuis et Galland

Sur le fondement du rapport Trassy-Paillogues, et dans le respect du principe constitutionnel de répartition entre la loi et le règlement, le Gouvernement de M. Alain Juppé a présenté en mars 1997 un projet de loi portant réforme du code des marchés publics.

Sur la forme, le Gouvernement proposait de réduire au moins de moitié le volume actuel du code des marchés publics et d'en améliorer la lisibilité en fusionnant les dispositions relatives à l'Etat, aux collectivités locales et celles d'origine communautaire.

- Sur le fond, composé de 31 articles, le projet de loi tendait tout d'abord à poser **les principes, le champ d'application et les caractéristiques des marchés publics**. Il visait ainsi à :

- définir le **champ d'application** du code des marchés publics en se fondant sur un critère organique prenant en compte la nature juridique des personnes morales assujetties ;

- préciser les **principes généraux** s'appliquant à l'ensemble de la démarche d'achat : transparence des choix et efficacité de la dépense publique ;

- définir les **responsabilités** et les fonctions des différentes parties prenantes à la commande publique (donneur d'ordre, personne responsable du marché) ;

- poser le principe général selon lequel la **maîtrise d'ouvrage** relève de la responsabilité du donneur d'ordre ;

- prévoir l'institution d'une **commission des marchés**, de caractère pluraliste ;

- définir les modalités de la **coopération** entre collectivités publiques qui souhaitent s'organiser pour réaliser leurs achats.

- Puis, le projet de loi définissait **l'objet et le contenu** des marchés publics en posant le principe de l'établissement d'un **dossier de consultation**, dont il fixait le contenu minimal et la nomenclature des pièces, et en indiquant que tout marché public devait définir sa **durée d'exécution**, laquelle devait être liée à la nature de la prestation.

- Concernant **l'accès et les procédures de passation**, le projet de loi prévoyait de :

- définir les différentes **procédures** de mise en concurrence des fournisseurs : procédure ouverte, procédure restreinte, concours, appel d'offres, consultation négociée ;

- poser le **principe d'égalité d'accès** des entreprises à la commande publique et celui de gratuité du document de consultation remis à chaque candidat ;

- énumérer les cas d'**exclusion** d'accès à la commande publique, notamment au vu de la régularité de la situation fiscale et sociale des candidats ;

- fixer les **conditions d'accès** aux marchés publics ;

- régler les situations de « **conflit d'intérêts** » et encadrer le recours à la sous-traitance ;

- prévoir que le règlement de la consultation porte à la connaissance des candidats les conditions d'accès au marché ;

- poser le principe d'une **publicité préalable** pour la sélection des candidats ou des offres ;

- déterminer la **hiérarchie** des procédures des marchés publics : marché sans formalisme, consultation négociée, appel d'offres ouvert ou restreint, et rappeler la possibilité d'allotir les marchés ;

- préciser les modalités générales de **choix des offres** : examen séquentiel des offres, l'offre retenue devant être celle qui correspond le mieux aux besoins exprimés, sous réserve d'exceptions liées à la préférence accordée notamment aux sociétés coopératives ;

- fixer la démarche permettant de détecter les **offres particulièrement basses**, c'est-à-dire celles dont le prix ne couvre manifestement pas les coûts du marché, et donner la possibilité au donneur d'ordre de les éliminer ;

- déterminer les pouvoirs dévolus à la commission des marchés des collectivités territoriales ;

- déterminer les obligations d'information vis-à-vis du titulaire, des candidats non retenus et du public.

- S'agissant de **l'exécution du marché**, le projet de loi prévoyait de rappeler les conditions dans lesquelles un **avenant** pouvait être régulièrement conclu ; de prévoir le versement d'avances et d'acomptes au titulaire du marché ; de rappeler l'existence d'un **délai maximal pour le mandatement** des sommes dues aux titulaires de marchés ; de poser le principe de l'interdiction de tout **paiement différé** dans un marché public ; et d'assurer **l'information de l'assemblée délibérante** des collectivités locales à l'occasion de l'examen du budget.

- Enfin, plusieurs dispositions diverses tendaient à rendre applicables aux marchés publics les modalités de transmission électronique et à préciser ceux des contrats qui, en application des textes communautaires, ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le projet de loi.

Ce projet de loi n'a pu être soumis à l'examen du Parlement en raison de la dissolution de l'Assemblée nationale en 1997.

3. Les travaux du Sénat

Lors de la séance publique du 10 février 2000, le Sénat a adopté la proposition de loi de M. Jean-Pierre Raffarin et plusieurs de ses collègues, tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires¹. Celle-ci vise à :

- instituer une **préférence au bénéfice des petites et moyennes entreprises** dans les marchés publics, lorsque celles-ci emploient moins de cinquante salariés, que leur chiffre d'affaires est inférieur à 50 millions de francs et que leur capital est détenu majoritairement par des personnes morales directement détenues par des personnes physiques ;

¹ Voir le rapport n° 189 (Sénat, 1999-2000) de M. Francis Grignon au nom de la commission des Affaires économiques.

- dans le respect de la règle selon laquelle aucune prestation ni aucun ouvrage ne peut être scindé en vue d'être soustrait aux procédures applicables aux marchés publics, confirmer la possibilité du recours à **l'allotissement des marchés** ;

- fixer un **délai de paiement** maximal des marchés publics, le défaut de paiement faisant courir de plein droit des **intérêts moratoires** au bénéfice du titulaire du marché ; les intérêts moratoires dus au titre des marchés des collectivités territoriales seraient à la charge de l'Etat lorsque le retard serait imputable au comptable.

Saisie pour avis de cette proposition de loi, votre commission des Lois avait approuvé et complété ces dispositions¹.

C. LE GOUVERNEMENT ACTUEL A PROCÉDÉ À LA RÉFORME DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS PAR VOIE RÉGLEMENTAIRE

La réforme du code des marchés publics a donné lieu à une concertation fondée sur un document d'orientation, diffusé dès avril 1999, avec pour objectifs principaux d'ouvrir plus largement la commande publique aux petites et moyennes entreprises, de renforcer la transparence des procédures et la sécurité juridique des acheteurs publics, de clarifier le champ d'application d'un droit de la commande publique rénové et simplifié, d'améliorer l'efficacité de la commande publique et les pratiques d'achat public.

A la suite de cette concertation a été publié le nouveau code des marchés publics, annexé au **décret n° 2001-210 du 7 mars 2001**, dont les dispositions entreront en vigueur le 8 septembre 2001².

Cette démarche réglementaire s'accompagne d'une réforme du conseil aux acheteurs de l'Etat et des collectivités territoriales, de la révision de l'instruction accompagnant le code des marchés publics et d'un plan de formation des acheteurs publics.

Il convient de souligner que le nouveau code des marchés publics pourrait subir des modifications prochaines, en raison de la refonte des directives communautaires tendant à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, services et travaux³.

¹ Voir l'avis n° 201 (Sénat, 1999-2000) de M. Paul Girod au nom de la commission des Lois.

² A l'exception de celles de l'article 27, définissant les critères de choix de la procédure applicable, qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

³ Proposition de la Commission des Communautés européennes en date du 10 mai 2000, à la suite du débat sur le Livre vert sur les marchés publics.

L'ensemble de la réforme a une portée considérable puisque les dépenses d'achat des administrations publiques (Etat, collectivités territoriales, sécurité sociale) s'élevaient en 1999 à 746,1 milliards de francs soit 15,7 % des dépenses des administrations publiques et 8,5 % du produit intérieur brut. Dans cet ensemble le montant des marchés publics s'élève à **191 milliards de francs, 60 % de ces marchés étant réalisés par les collectivités locales.**

En moyenne annuelle, sur la période 1995-1998, les collectivités locales ont passé 188.600 marchés, d'un montant moyen de 700.000 francs, et l'Etat 39.900 marchés d'un montant moyen de 2,3 millions de francs.

1. Simplification et clarification des règles, meilleure utilisation de l'argent public

Formellement, le nombre des articles du code est réduit des deux tiers, passant de 399 à 136. Sa lecture est facilitée par l'adoption d'un déroulement chronologique : définition, passation, exécution et contrôle d'un marché public.

Sur le fond, sont précisés la définition du marché public, la méthode de comptabilisation des seuils, le recours aux avenants. Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures sont affirmés.

Le nouveau code met fin à la distinction entre les règles applicables par les collectivités locales et celles réservées à l'Etat. Les seuils sont désormais au nombre de trois :

- **achat sur facture** jusqu'à 90.000 euros HT. En pratique, cela représente, toutes charges comprises, plus du double du seuil précédant de 300.000 francs. Les collectivités publiques pourront donc passer davantage de commandes hors marché. En contrepartie, la notion d'opérations et de prestations homogènes¹ globalise les prestations ;

- au-delà, procédure de **mise en concurrence simplifiée**, qui combine la transparence de l'appel d'offres et les avantages du marché négocié ;

¹ Article 27 du nouveau code des marchés publics, annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001. A titre d'exemple, si les besoins de la personne publique donnent lieu à un ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes, la valeur de l'ensemble de ces fournitures est prise en compte, quel que soit le nombre de fournisseurs auxquels la personne responsable du marché fait appel. Le caractère homogène des fournitures est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel.

- à partir des seuils communautaires de 130.000 euros HT pour l'Etat et 200.000 euros HT pour les collectivités territoriales, les règles prévues par les directives communautaires, c'est-à-dire les **appels d'offres**, s'appliquent.

La règle du **choix du « mieux disant »** plutôt que du « moins disant » est affirmée (principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse).

La procédure du **marché négocié** permet à la personne publique de négocier directement avec les candidats afin de rechercher l'offre économiquement la plus intéressante, alors que le principe en appel d'offres est celui de l'intangibilité des offres et de la prohibition de toute négociation avec les candidats. Elle s'accompagne de garanties renforcées de transparence.

2. Modernisation

Le nouveau code tend à se rapprocher des dispositions contenues dans les directives.

Un régime allégé est défini pour certains marchés (marchés de services sociaux et sanitaires, de services d'éducation et d'insertion professionnelle, de services éducatifs, culturels et sportifs), afin de faciliter la coopération entre les collectivités publiques et le secteur associatif.

Désormais, il sera possible de prendre en compte les conditions sociales et environnementales de l'exécution d'un marché public (mais non les utiliser comme critère de choix des candidats)¹.

Dans l'objectif d'une ouverture à l'innovation, les entreprises candidates pourront proposer des variantes de nature à améliorer le projet de l'administration.

Dans certains cas les transactions par voie électronique et les enchères sur internet seront possibles ; elles seront progressivement mises en œuvre d'ici le 1^{er} janvier 2005.

3. Ouverture aux petites et moyennes entreprises et aux artisans

Le contrôle de la régularité de la situation sociale et fiscale est simplifié et la retenue de garanties allégée.

Les collectivités publiques devront s'engager contractuellement sur des **délais de paiement** globaux auprès de leurs fournisseurs, tout retard de

¹ Article 14 du code des marchés publics annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001.

paiement étant sanctionné automatiquement par le versement d'intérêts moratoires.

L'accès des PME à la commande publique devrait être facilité par l'encouragement du recours à l'allotissement et au groupement des offres.

4. Renforcement du contrôle des marchés publics

Le nouveau code tend à renforcer les moyens de surveillance et de sanction juridictionnels et administratifs (référé précontractuel devant le juge administratif, création des pôles financiers, renforcement des relations entre chambres régionales des comptes et procureurs, vigilance à l'égard du délit de favoritisme, rôle du contrôle de légalité, participation accrue des services départementaux de la concurrence et de la répression des fraudes aux commissions d'appel d'offres, etc.)

Les marchés d'entreprise de travaux publics sont supprimés.

Enfin les commissions spécialisées des marchés, qui émettent un avis sur la régularité des marchés passés par les services de l'Etat et de ses établissements soumis au code des marchés publics, feront l'objet d'un décret spécifique.

II. LE PROJET DE LOI : UN ENSEMBLE DE MESURES DISPARATES DESTINÉES, POUR L'ESSENTIEL, À CONSOLIDER LA BASE LÉGISLATIVE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A. LES MESURES CONTENUES DANS LE PROJET DE LOI INITIAL

Le titre 1^{er} du projet de loi, relatif aux marchés publics, à l'ingénierie publique et à la commande publique, vise à compléter la réforme du code des marchés publics réalisée par le décret le 7 mars 2001 précité.

Avant son examen par l'Assemblée nationale, il comportait cinq articles prévoyant la réforme du régime juridique des missions d'ingénierie publique, l'assimilation de l'ensemble des contrats signés en application du code des marchés publics à des contrats administratifs, la définition de la délégation de service public, l'aménagement des règles de la sous-traitance et la clarification des règles applicables aux organismes publics considérés comme des « *pouvoirs adjudicateurs* » par le droit communautaire mais qui ne sont pas soumis au code des marchés.

Par ailleurs, relève également de l'examen de la commission des Lois le titre III du projet de loi, consacré au passage à l'euro fiduciaire, qui comporte deux articles prévoyant des mesures pénales destinées à lutter contre le faux-monnayage.

1. La réforme de l'ingénierie publique

L'article premier du projet de loi vise à **renover le régime juridique de l'ingénierie publique** afin de le mettre en conformité avec le **droit communautaire de la concurrence**.

Jusqu'à présent, les collectivités locales pouvaient faire appel aux services de l'Etat sans obligation préalable de mise en concurrence, sur la base de simples conventions et d'une tarification définie par un arrêté interministériel.

Il s'agissait principalement de missions de maîtrise d'œuvre, de conduite d'opération d'investissement, d'études et d'assistance technique à la gestion communale.

L'évolution du droit communautaire et de la concurrence a progressivement fragilisé ce cadre. Les directives européennes relatives aux marchés publics de services (directive « services » n° 92-50 du 18 juin 1992 et directive « réseaux » n° 93-38 du 23 juin 1993) imposent aux « pouvoirs adjudicateurs » de mettre en concurrence leurs prestataires de services dès lors que le montant de l'opération dépasse un certain seuil, hormis dans le cas où le prestataire est lui-même un « pouvoir adjudicateur » disposant d'un droit exclusif octroyé par un texte législatif ou réglementaire.

Depuis un arrêt du Conseil d'Etat « Communautés de communes du Piémont de Barr » du 20 mai 1995, tous les contrats entre les personnes publiques, dès lors qu'ils portent sur des prestations d'un montant supérieur aux seuils européens, doivent être attribués conformément aux procédures de publicité et de mise en concurrence communautaires.

Le projet de loi tend à tirer les conséquences de cette évolution en distinguant deux types de missions :

- des **missions d'ingénierie** qui pourraient s'exercer **dans le cadre des règles de la commande publique** et de la **concurrence** (maîtrise d'œuvre, études, conduites d'opérations...). La liste des bénéficiaires de ces missions serait étendue aux établissements publics et aux groupements de communes ;

- une **mission d'assistance technique** aux collectivités de taille et de ressources modestes qui, ne disposant pas de moyens humains et techniques suffisants, doivent pouvoir faire appel aux services de l'Etat pour l'exercice de leurs compétences. Cette mission de service public se verrait attribuer le caractère de **service d'intérêt général** et s'exercerait **en dehors des règles de la concurrence**. Elle serait fondée sur la base de la mission «d'assistance technique à la gestion communale» actuelle, élargie à l'aménagement et à l'habitat. Une convention serait passée avec chaque collectivité bénéficiaire. Un décret fixerait les critères à remplir pour bénéficier de cette mission « de solidarité et d'aménagement du territoire » désormais compatible avec le droit communautaire de la concurrence.

2. Le régime du droit de la commande publique

Les articles 2 à 5 du projet de loi procèdent à une réforme du droit de la commande publique.

Certains marchés soumis au code des marchés publics ayant été récemment considérés par la jurisprudence comme des contrats de droit privé, l'**article 2** tend à **unifier le contentieux** au profit du juge administratif en qualifiant de **contrats administratifs tous les marchés soumis au code des marchés publics**.

L'**article 3** vise à **définir** la notion de **délégation de service public** afin de mieux la distinguer de celle de marchés publics qui est, quant à elle, précisée dans la partie réglementaire du code des marchés publics.

Reprenant les éléments fournis par la jurisprudence, il explicite les critères tirés de l'objet du contrat et des conditions de rémunération du cocontractant de l'administration.

L'**article 4**, relatif à la **sous-traitance**, interdit clairement la sous-traitance totale des marchés publics, limite le mécanisme du paiement direct aux sous-traitants de premier rang et garantit le paiement des sous-traitants de deuxième rang ou plus par le mécanisme de la caution.

L'**article 5** tend à préciser les règles applicables aux **marchés de certains organismes** (divers groupements d'intérêt public et établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat en particulier) qui **ne relèvent pas du code des marchés publics** mais entrent dans le champ des directives européennes « marchés publics ».

3. Le passage à l'euro fiduciaire

L'**article 9** du projet de loi adapte et complète le code pénal pour tenir compte de la décision-cadre adoptée par le Conseil européen, le 29 mai 2000, destinée à renforcer la **protection contre le faux-monnayage** en vue de la **mise en circulation de l'euro**.

En outre, il vise à **protéger les agents**, préposés des établissements de crédit et changeurs manuels, qui seront amenés à effectuer des **opérations de change** de pièces et billets en francs contre des euros entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2002, d'une éventuelle responsabilité pénale pouvant être engagée sur le fondement du **délit de blanchiment**, pour les montants inférieurs à 10.000 euros.

L'**article 10** tend à modifier le code de procédure pénale pour permettre la constitution d'une **base de données** recensant des informations **sur le faux-monnayage en euros** dans le cadre du dispositif prévu par le Système européen de banques centrales. La constitution de cette base implique la transmission des faux billets ou pièces libellés en euros à un centre d'analyse habilité à cette fin.

B. LES APPORTS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Saisie de ce projet de loi en première lecture, l'Assemblée nationale lui a apporté, le 2 mai 2001, quelques aménagements et compléments.

1. Les délégations de service public

A l'article 3, l'Assemblée nationale a précisé qu'il incombait à la **commission d'examen des offres**, composée d'élus issus de l'assemblée délibérante, de **dresser la liste des candidats** admis à présenter une offre dans le cadre des délégations de service public.

Elle a également inséré **un article 3 bis** étendant aux délégations de service public les dispositions, applicables aux marchés publics, relatives à la **certification de la date de remise des offres**.

2. La sous-traitance

A l'**article 4**, l'Assemblée nationale a renforcé les **obligations** qui incombent au **maître de l'ouvrage** en matière de **protection des sous-traitants** et les a étendues aux marchés publics.

A l'initiative du Gouvernement, elle a également inséré un **article 4 bis** tendant à prévoir la **déclaration des sous-traitants** auxquels le candidat à un marché public envisage de faire appel **lors de la soumission**, puis en cours d'exécution du marché.

3. La passation des marchés

A l'**article 5**, l'Assemblée nationale, sur proposition de sa commission des Finances, a **précisé** les catégories d'**organismes de droit public** non soumis au code des marchés publics mais tenus de respecter les règles de **publicité** et de **mise en concurrence**, en mentionnant explicitement les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat et les groupements d'intérêt public.

Elle a également inséré un **article 5 bis** relatif aux délégations accordées par les conseils municipaux aux maires concernant les marchés passés sans formalités préalables, par **coordination** avec la réforme du code des marchés publics.

Enfin, à l'initiative du Gouvernement, elle a adopté un **article 5 ter** qui tend à réintroduire **le quart réservataire**, c'est-à-dire la réservation du quart des lots d'un marché public, au bénéfice des sociétés coopératives et l'a étendu aux associations.

4. Le passage à l'euro-fiduciaire

A l'**article 9**, elle a fixé au 1^{er} décembre 2001 la date du début de la période d'exonération pénale, date correspondant au moment où les banques et les commerces commenceront à être alimentés en euros.

A l'**article 10**, elle a autorisé la transmission par la justice au centre d'analyse national, aux fins d'identification, de l'exemplaire unique des billets ou des pièces contrefaits, dès qu'il n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES LOIS : UN PRAGMATISME TEINTÉ DE REGRET

Au terme de cet examen, votre commission des Lois a choisi d'adopter une démarche pragmatique à l'égard de ce projet de loi disparate destinée à en améliorer le contenu, tout en regrettant l'absence de mise en place d'un véritable code de la commande publique associant le Parlement.

A. REGRETTER L'ABSENCE D'UNE RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE ASSOCIANT LE PARLEMENT

Votre commission des Lois se félicite de l'entrée en vigueur prochaine, après une longue attente, d'un nouveau code des marchés publics simplifié et clarifié.

Elle regrette cependant que le Parlement n'ait pas été associé à cette réforme essentielle.

Certes, le code des marchés publics était une construction entièrement réglementaire en vertu, d'ailleurs, de textes forts anciens. La compétence principale du pouvoir réglementaire en matière de marchés publics est fondée sur les dispositions de l'article 12 de la loi de finances du 31 janvier 1833, sur le décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat aux marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics et, concernant les marchés de travaux, sur la loi n° 57-908 du 7 août 1957.

Tous ces textes sont **antérieurs** à la Constitution de la V^{ème} République, du 4 octobre 1958, qui instaure **un partage constitutionnel entre domaine de la loi et domaine réglementaire**.

L'un des aspects les plus importants d'une véritable réforme de la commande publique eût été le **reclassement des règles** entre les principes fondamentaux, qui sont du ressort de la **loi**, les mécanismes d'application d'ordre public, qui relèvent du **décret**, et les règles supplétives, qui peuvent trouver place dans de simples recommandations.

La réforme du code des marchés publics, comme l'a montré le projet de loi déposé en 1997 par le Gouvernement de M. Alain Juppé, était l'occasion de **donner une valeur législative aux principes** qui gouvernent l'achat public par l'Etat et ses établissements publics, par parallélisme avec ce qui était **constitutionnellement nécessaire pour les marchés des collectivités territoriales**.

En effet, le Conseil d'Etat a jugé, dans un arrêt du 29 avril 1981¹, que **les dispositions du code des marchés publics applicables aux collectivités locales relevaient du domaine de la loi**.

Ce changement de fondement juridique pouvait sembler justifié car la réglementation des marchés constitue, en pratique, une organisation de la liberté du commerce et de l'industrie. Ainsi, par exemple, des principes d'appel public à la concurrence et d'égalité de traitement des candidats, dont il

¹ Conseil d'Etat, Assemblée, 29 avril 1981 – *Ordre des architectes*.

pouvait sembler utile que la loi les explicitât pour l'Etat, comme elle doit le faire pour les collectivités locales.

Il n'aurait pas non plus été anormal que le principe fondamental de choix qui veut que soit retenue l'offre la plus intéressante pour la collectivité s'impose en vertu de la loi.

Comme le soulignait le rapport de M. Alfred Trassy-Paillogues précité, il eût été opportun de « *disposer d'un corps restreint de principes fondamentaux que nul ne puisse ignorer* » alors que « *le mélange des normes donne, en pratique, la même place aux mécanismes de procédure et aux principes qui les fondent, ces derniers étant même bien souvent cantonnés dans l'implicite* ».

Votre commission regrette également **l'absence d'une réforme d'ensemble de la commande publique** qui eût permis de rassembler dans un même code l'ensemble des règles dans ce domaine qu'il s'agisse, par exemple, des dispositions relatives aux délégations de service public ou des dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

B. ADOPTER LE PROJET DE LOI EN AMÉLIORANT SON CONTENU

En dépit de leur caractère disparate, votre commission des Lois approuve, pour l'essentiel, les mesures contenues dans le présent projet de loi et soumises à son examen.

Votre commission considère en effet que les services de l'Etat et des collectivités locales doivent être en mesure d'assurer des prestations d'ingénierie dans les mêmes conditions que les professionnels privés et sans fausser le libre jeu de la concurrence.

En revanche, pour des raisons de solidarité nationale et d'aménagement du territoire, il est légitime que les communes et leurs groupements qui disposent de faibles moyens puissent bénéficier d'une aide à la gestion des services de l'Etat à des tarifs privilégiés.

Si les deux types de missions distinguées par le projet de loi sont parfaitement identifiées, votre rapporteur considère cependant que la mission d'assistance technique mériterait d'être mieux précisée pour s'assurer qu'elle ne rentre pas dans le champ du domaine concurrentiel de la maîtrise d'œuvre.

L'unification du contentieux des marchés publics au profit du juge administratif apportera une plus grande sécurité juridique aux justiciables et réduira les risques d'interprétations divergentes du code des marchés.

La définition législative de la délégation de service public permettra de distinguer clairement cette notion de celle de marchés publics et confortera l'assise d'un mode de gestion des services publics original qui suscite l'intérêt des partenaires de la France.

Les aménagements des règles de la sous-traitance doivent tendre à mieux encadrer la sous-traitance en chaîne, à réduire les délais de paiement des sous-traitants et à améliorer leur protection.

L'extension du régime de publicité et de mise en concurrence aux contrats passés par les organismes ne relevant pas du code des marchés publics mais qualifiés de « *pouvoirs adjudicateurs* » par le droit communautaire répond aux exigences européennes.

En revanche, la réintroduction du quart réservataire au profit des sociétés coopératives et son extension aux associations ne paraît pas conforme au droit communautaire et au principe d'égalité.

Votre commission des Lois vous propose d'adopter onze amendements qui, outre des précisions et des clarifications ont pour objet :

- de **subordonner la subdélégation d'un service public à l'accord** exprès de la **collectivité publique** délégante et d'**interdire la subdélégation de la totalité** de la gestion du service (**article 3**) ;

- d'**étendre à l'ensemble des marchés du secteur privé**, et non plus aux seuls contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics, les obligations de **protection des sous-traitants** pesant sur le maître de l'ouvrage (**article 4**) ;

- de supprimer l'obligation pour le maître de l'ouvrage de vérifier que les sous-traitants employés pour l'exécution d'un marché ont bien délivré des cautions à leurs propres sous-traitants (**article 4**) ;

- de renforcer la protection des sous-traitants en obligeant chaque entreprise employée dans un marché à **joindre à sa première facture les cautions** qu'elle a accordées à ses sous-traitants (**article additionnel avant l'article 4 bis**) ;

- de **supprimer** le quart réservataire au bénéfice des sociétés coopératives et de certaines associations (**article 5 ter**).

*

* *

Sous réserve de ces observations et des modifications qu'elle vous propose, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption du présent projet de loi.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER MARCHÉS PUBLICS, INGÉNIERIE PUBLIQUE ET COMMANDE PUBLIQUE

Article premier

(art. 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983,
art. 7 et 7-1 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992)

Ingénierie publique

Cet article vise à rénover le régime juridique de l'ingénierie publique afin de le mettre en conformité avec le droit communautaire de la concurrence.

Qu'il s'agisse d'études, de maîtrise d'œuvre, de maîtrise d'ouvrage ou de conduite d'opérations d'investissement, les collectivités locales, en particulier les communes, peuvent s'en remettre à leurs propres services, aux services de l'Etat ou aux professionnels du secteur privé. Dans ce dernier cas, la mise en concurrence est obligatoire en application du code des marchés publics. En revanche, le recours aux services de l'Etat ne nécessite pas, actuellement, la mise en œuvre d'une telle procédure.

Cependant, l'exercice rémunéré des missions d'ingénierie sans mise en concurrence et à des prix qui ne sont pas ceux du marché a été remis en cause par la jurisprudence, au regard des dispositions du traité de Rome et du droit communautaire de la concurrence, ce qui a rendu nécessaire une révision des modalités d'intervention de l'ingénierie publique.

1) Un régime ancien

a) Les origines de l'ingénierie publique

Les services de l'Etat, en particulier les **services déconcentrés du ministère de l'équipement et du ministère de l'agriculture**, remplissent de longue date¹ des missions d'ingénierie au profit d'autres collectivités publiques, principalement les collectivités territoriales.

A la veille de la Révolution, les municipalités versaient une rémunération aux ingénieurs des ponts et chaussées, en général de 1/20^e du prix des ouvrages d'urbanisme, pour tous les travaux réalisés sur leur sol. Les cahiers de doléance critiquaient ces prélèvements qui renchérisaient le coût des travaux.

Le système s'est maintenu sous tous les régimes politiques mais, à partir d'un décret du 10 mai 1854, il a été restreint aux interventions des ingénieurs et techniciens dans les affaires d'intérêt communal ou privé où leur rôle n'était pas obligatoire, sous réserve de l'autorisation du préfet.

Jusqu'au début du XX^e siècle, les travaux ruraux étaient également confiés aux services des ponts et chaussées. En 1902, la direction de l'hydraulique et des améliorations agricoles a été créée. Un arrêté du 28 janvier 1903 a autorisé ce service à prêter son concours en dehors des missions de l'Etat et à percevoir, en contrepartie, des honoraires. En 1937, le ministère de l'agriculture décidait de confier au corps du génie rural l'exécution de tous les travaux communaux qu'il subventionnait.

En dépit d'efforts de coordination, une certaine concurrence s'est établie entre directions départementales de l'équipement et services déconcentrés du ministère de l'agriculture.

Au total, le **montant annuel moyen** des rémunérations versées aux services de l'Etat par les collectivités territoriales s'est élevé à **1.560 millions de francs hors taxes** sur les trois dernières années, les deux-tiers environ provenant de prestations réalisées par les services du ministère de l'équipement et le tiers restant de ceux du ministère de l'agriculture.

Jusqu'en 2000, les sommes ainsi perçues alimentaient non pas les recettes budgétaires de l'Etat, mais un compte de tiers tenu dans les écritures de chaque trésorier-payeur général, qui permettait de financer un **régime indemnitaire spécifique en dehors du budget de l'Etat**.

Depuis 1979, il n'y avait plus de lien entre le volume des recettes engendrées dans un département et le montant des primes distribuées aux

¹ L'origine de ces prestations remonterait au décret du 5 fructidor an XII sur l'organisation du corps des ingénieurs des ponts et chaussées.

personnels de ce département, mais le maintien de ce régime spécifique différent des autres systèmes de primes des fonctionnaires faisait l'objet de nombreuses critiques.

b) Le régime actuel de l'ingénierie publique

La loi de finances pour 2000¹ a intégré au budget général de l'Etat les recettes engendrées par ces missions. Les rémunérations sont désormais perçues sous forme de fonds de concours et les indemnités spécifiques de service des agents sont des **primes banalisées**.

Les lois² qui régissaient ces interventions ont ainsi été abrogées. De sorte qu'aujourd'hui, l'ingénierie publique est régie par deux dispositions législatives :

- l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat dispose que « *les services de l'Etat, des régions et des départements peuvent apporter leur concours aux communes qui le demandent pour l'exercice de leurs compétences dans les conditions définies par convention passée, selon le cas, avec les représentants de l'Etat, le président du conseil régional, le président du conseil général et le maire de la commune concernée* » ;

- l'article 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République dispose dans le même sens que « *les services déconcentrés de l'Etat peuvent concourir par leur appui technique aux projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération qui en font la demande [...]* ».

Les **champs** de ces deux articles **diffèrent** même s'ils comportent de nombreux recoupements.

Selon les indications fournies à votre rapporteur, qu'il s'agisse de concours ou d'appui technique, les **prestations** d'ingénierie publique visées seraient **les mêmes**. Par ailleurs, la notion « *d'exercice de leurs compétences* » engloberait celle de « *projet de développement économique, social et culturel* ».

Cette dernière concernerait en particulier les projets d'infrastructures et de constructions publiques qui relèvent de la compétence des collectivités et établissements publics visés dans la loi de 1992. La construction de lycées, de

¹ Article 49 de la loi n° 29-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000.

² Lois n° 48-1530 du 29 septembre 1948 réglementant l'intervention des fonctionnaires des ponts et chaussées dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes et n° 55-985 du 26 juillet 1955 réglementant l'intervention des fonctionnaires du génie rural dans ces mêmes affaires.

salles polyvalentes intercommunales, l'aménagement de nouveaux pôles de développement économique ou de transports en commun en site propre en sont quelques illustrations.

La notion d'« *exercice de leurs compétences* » serait plus large et intégrerait en outre l'élaboration de politiques et de stratégies d'interventions, la gestion de patrimoine, la délivrance d'autorisations individuelles, qui ne relèvent pas toutes de la notion de projet.

En revanche, les **bénéficiaires** comme les **prestataires** de l'ingénierie publique ne sont **pas les mêmes** selon qu'il s'agit de la loi de 1983 ou de la loi de 1992. La première prévoit une aide des services de l'Etat, des régions et des départements aux seules communes, alors que la seconde permet à l'ensemble des collectivités locales et à leurs établissements publics de coopération de demander une aide des seuls services de l'Etat.

c) La nature des prestations

Les demandes d'aide des collectivités locales font l'objet d'une **délibération du conseil municipal**, transmise ensuite pour **autorisation au préfet**.

Les concours apportés par les services de l'équipement se répartissent en concours occasionnels (maîtrise d'œuvre, conduite d'opération, conseil et assistance) et concours permanents (aide technique à la gestion communale, gestion de services autres que la voirie communale, contrôles, affermage ou régie, conseil et assistance).

La mission de **conception-maîtrise d'œuvre représentait 68 % des recettes** des directions départementales de l'équipement en 1995. Elle concerne pour l'essentiel des travaux de voirie et réseaux divers.

La **conduite d'opérations (10 % des recettes)** concerne l'assistance à maîtrise d'ouvrage de caractère administratif, technique et financier, c'est-à-dire ce qui n'est pas « réservé » aux architectes. Il s'agit de la phase préalable du projet : consultation, rédaction du programme proposé aux architectes.

La gestion des services autres que la voirie (5 % des recettes) consiste en la gestion des réseaux de distribution d'eau, d'assainissement, de collecte et de traitement des ordures ménagères, l'entretien des bâtiments publics.

Les contrôles (3 % des recettes) portent sur le respect du cahier des charges en matière de distribution d'eau potable, de réseaux d'assainissement, de collecte et de traitement des déchets.

Enfin, l'**aide technique à la gestion communale (13 % des recettes)** est une mission de caractère permanent au profit des communes qui en font la demande. Les moyens sont fournis par la commune (agents et engins), mais la

direction départementale de l'équipement assure la prestation d'encadrement sous forme de préparation de la programmation, de suivi financier et de contrôle. La rémunération des services de l'Etat consiste en une sorte d'abonnement, fonction du nombre d'habitants de la commune, dont le montant est fixé chaque année par arrêté ministériel.

Les missions de conception-maîtrise d'œuvre représentent l'essentiel des activités d'ingénierie des directions départementales de l'agriculture et de la forêt, soit les deux tiers environ des recettes. Leurs principes sont identiques à ceux prévalant au ministère de l'équipement.

Les interventions de conseil et d'assistance concernent la maintenance du patrimoine immobilier, le contrôle des services d'eau et d'assainissement, les missions de conseil et d'assistance aux collectivités locales.

L'aide technique à la gestion communale est réservée aux services de l'équipement.

Selon les informations communiquées à votre rapporteur, le nombre total moyen de ces concours sur les trois dernières années était supérieur à 30.000 par an (hors assistance technique à la voirie communale). On estime à environ **22.000 le nombre moyen de communes et groupements bénéficiaires** chaque année. Le montant moyen des rémunérations de ces concours est d'environ 35.000 F hors taxes.

2) Un régime remis en cause par l'évolution du droit de la concurrence

Ainsi, jusqu'à présent, les collectivités locales pouvaient faire appel aux services de l'Etat sans obligation préalable de mise en concurrence, sur la base de simples conventions et d'une tarification définie par arrêté ministériel.

L'évolution du droit communautaire et de la concurrence a progressivement fragilisé ce cadre et nécessité une révision des modalités d'intervention de l'ingénierie publique.

a) Le droit de la concurrence

Le paragraphe 2 de l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne dispose que *«les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté»*.

Les **directives européennes** relatives aux marchés publics de services (directive « services » 92-50 du 18 juin 1992, et partie services de la directive « réseaux » 93-38 du 23 juin 1993) transposées, en ce qui concerne les entités soumises au code des marchés publics, par le décret n° 98-111 du 27 février 1998¹, imposent aux « *pouvoirs adjudicateurs* » de mettre en concurrence leurs prestataires de services dès lors que le montant de l'opération dépasse un certain seuil², sauf dans le cas où le prestataire est lui-même un « *pouvoir adjudicateur* » disposant d'un droit exclusif octroyé par un texte législatif ou réglementaire.

De la même façon, le nouveau **code de commerce** impose le respect des règles de la libre concurrence, en particulier dans ses articles L. 420-1 et L. 420-2. Les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, sont soumises aux règles de la libre concurrence.

b) La jurisprudence du Conseil d'Etat

Dans un arrêt du 20 mai 1998, rendu à propos d'un contrat de services d'assainissement confié par une communauté de communes à un syndicat mixte dont elle était membre, le Conseil d'Etat³ a estimé que le traitement des eaux usées ne faisant pas partie des compétences obligatoires du syndicat, celui-ci ne disposait pas d'un droit exclusif et que le contrat de prestations de services aurait dû être passé conformément aux obligations de publicité et de mise en concurrence de la directive 92/50.

Il résulte de cet arrêt que **tous les contrats de services des entités soumises aux directives doivent, quand leur montant est supérieur aux seuils européens, être attribués conformément aux procédures de publicité et de mise en concurrence européennes**. Seuls échappent à cette obligation ceux qui sont confiés à un prestataire de services qui est lui-même une entité adjudicatrice et qui dispose d'un droit exclusif octroyé par un texte législatif ou réglementaire.

Cette règle vaut pour l'ensemble des contrats entre personnes publiques, dès lors qu'ils portent sur des prestations d'un montant supérieur

¹ En ce qui concerne les entités non soumises au code des marchés publics, les deux directives ont été transposées par la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et, d'une part, le décret n° 98-112 du 27 février 1998 modifiant le décret du 31 mars 1992, s'appliquant aux **entités de droit privé d'intérêt général sous forte dépendance publique** définies par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, d'autre part, le décret n° 98-113 du 27 février 1998 modifiant le décret du 3 août 1993, s'appliquant aux contrats des **entités publiques ou privées ayant une activité d'opérateur de réseaux** dans les secteurs de l'énergie, de l'eau potable, des transports et des télécommunications.

² 0,9 M.F. H.T. pour les opérations de services de l'Etat et de ses établissements publics sans EPIC ; 1,3 M.F. pour celles des collectivités locales et des établissements publics locaux ; 2,6 M.F. pour celles des opérateurs de réseaux d'eau potable, d'énergie et de transport.

³ Conseil d'Etat, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr.

aux seuils communautaires. Elle a vocation à s'appliquer, en particulier, tant aux relations contractuelles entre collectivités territoriales ou établissements publics locaux qu'à celles entre ces dernières et les services de l'Etat.

Dans un avis du 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard, le Conseil d'Etat a précisé qu'aucun principe n'interdisait à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Pour pouvoir être retenue, son offre suppose, « *d'une part, que le prix proposé soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects, d'autre part, l'absence d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et qu'enfin elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* ».

Ainsi, dans un arrêt du 22 juillet 1999¹, le tribunal administratif de Besançon n'avait pas hésité à sanctionner une concurrence jugée déloyale de la part des services de l'Etat.

c) La révision des modalités d'intervention de l'ingénierie publique

Lors de sa réunion du 13 juillet 1999, le comité interministériel pour la réforme de l'Etat a décidé de moderniser les activités d'ingénierie publique en prévoyant la réforme du cadre juridique d'intervention des services de l'Etat pour leur permettre de participer à des appels à la concurrence, la budgétisation des rémunérations accessoires au 1^{er} janvier 2000, la fixation d'objectifs de qualité, la production de recommandations déontologiques, la création d'un dispositif de pilotage conjoint de l'offre d'ingénierie entre services de l'équipement et de l'agriculture et la mise en place d'une instance nationale interministérielle pour le suivi de l'ensemble de ces actions.

3) Les dispositions du projet de loi

Le présent article constitue la traduction législative de cette réforme et vise à permettre d'**adapter le régime de l'ingénierie aux exigences du droit de la concurrence**, en soumettant les prestations des services de l'Etat au code des marchés publics, à l'exception des missions d'aide à la gestion des communes et de leurs groupements disposant de faibles moyens.

a) La soumission des prestations d'ingénierie publique au code des marchés publics

¹ Tribunal administratif de Besançon, 22 juillet 1999, M. Monnot contre commune de Boussières.

Les deux premiers paragraphes du présent article ouvrent la possibilité aux services de l'Etat, des régions et des départements d'exercer des missions d'ingénierie dans le cadre des règles de la commande publique et de la concurrence (maîtrise d'œuvre, études, conduite d'opérations).

Le paragraphe I modifie ainsi l'article 12 de la loi du 7 janvier 1983 afin de soumettre le concours apporté par l'Etat, les régions et les départements au nouveau code des marchés publics.

Il étend expressément le bénéfice de ces concours aux établissements publics des communes et aux établissements publics de coopération intercommunale.

De même, le paragraphe II propose une nouvelle rédaction de l'article 7 de la loi d'orientation du 6 février 1992 afin de soumettre les prestations des services de l'Etat non plus à une convention, mais au nouveau code des marchés publics.

Par ailleurs, il étend le champ des prestataires de l'appui technique aux services de l'Etat à compétence nationale, qui ont pu développer des expertises sur les grands ouvrages de l'Etat, à l'exemple du centre d'études techniques maritimes et fluviales, du service technique des bases aériennes, du service technique des remontées mécaniques et des transports guidés ou encore du service d'études techniques des routes et autoroutes.

Le champ des bénéficiaires serait, quant à lui, élargi à l'ensemble des établissements publics et ne concernerait plus seulement les collectivités locales et leurs établissements publics de coopération. Les chambres de commerce et d'industrie, les établissements publics d'aménagement de villes nouvelles, par exemple, pourraient ainsi faire appel aux concours des services de l'Etat.

b) L'aide à la gestion des communes et de leurs groupements disposant de faibles moyens

Le paragraphe III du présent article consacre l'existence d'une **mission d'assistance technique aux collectivités** de taille et de ressources **modestes** qui, ne disposant pas de moyens techniques, doivent pouvoir faire appel aux services de l'Etat pour l'exercice de leurs compétences.

Cette mission de service public se verrait attribuer le caractère de **service d'intérêt général** et s'exercerait **en dehors des règles de la concurrence**. Elle serait mise en oeuvre sur la base de la mission d'assistance technique à la gestion communale actuelle élargie à l'aménagement et l'habitat.

Une convention serait passée avec chaque collectivité bénéficiaire. Un décret fixerait notamment les critères à satisfaire pour bénéficier de cette

« mission de solidarité et d'aménagement du territoire » désormais compatible avec le droit communautaire.

4) Les observations de votre commission des Lois

a) La soumission des prestations d'ingénierie publique au code des marchés publics

Votre commission des Lois constate que la liste des bénéficiaires de l'ingénierie publique proposée par le présent article ne comprend pas l'ensemble des établissements de coopération des collectivités locales, en particulier les syndicats mixtes.

Inversement, le texte proposé pour l'article 12 de la loi du 7 janvier 1983 ne prévoit pas que les services d'une commune ou d'un établissement public de coopération locale puissent apporter leur appui technique à une autre commune.

Votre commission des Lois observe également que les prestations d'ingénierie publique seront soumises au code des marchés publics et devront faire l'objet d'une mise en concurrence. **Encore faut-il que les tarifs mis en œuvre par les services des collectivités publiques ne constituent pas une concurrence déloyale pour leurs concurrents**, professionnels privés (bureaux d'études, ingénieurs conseils, géomètres, architectes) et sociétés d'économie mixte.

Selon les informations recueillies par votre rapporteur, s'agissant des missions de mandat et de conduite d'opérations, la concurrence ne concernerait que les personnes physiques et les sociétés d'économie mixte, ainsi qu'un nombre très limité d'entreprises privées agréées en conduite d'opérations.

Dans le domaine du bâtiment, conformément à la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, les services de l'Etat ne devraient pas ou plus faire de maîtrise d'œuvre.

Pour les aménagements d'espaces publics, le ministère de l'équipement aurait l'intention de **développer les interventions associant les directions départementales de l'équipement et les architectes ou paysagistes privés**. Votre rapporteur se félicite d'un tel partenariat public-privé.

En matière d'eau et d'assainissement, la concurrence est réduite du fait de la concentration opérée au sein d'un nombre limité de grands groupes.

b) L'aide à la gestion des communes et de leurs groupements disposant de faibles moyens

S'agissant du texte proposé par le paragraphe III, votre commission des Lois observe que l'érection de l'assistance technique aux petites communes et à leurs groupements en **service d'intérêt économique général** au sens du traité instituant la Communauté européenne permettrait de déroger aux règles de la concurrence conformément à l'article 86-2 du traité.

Selon les informations fournies à votre rapporteur, un barème de rémunération analogue à celui existant pour « *l'assistance technique à la gestion communale* » actuelle serait maintenu¹. **Le mode de rémunération n'aurait pas pour objet de permettre d'équilibrer le coût de la mission, mais de la rendre accessible à toutes les collectivités** grâce à un prix abordable, conformément aux exigences des services d'intérêt général.

Les missions d'assistance à l'exercice des compétences propres à la collectivité pourraient de toutes façons difficilement être assurées par l'initiative privée, dans la mesure où elles relèvent pour une large part des prérogatives de la puissance publique.

Les pouvoirs de police de la conservation du domaine public ne peuvent en effet être délégués qu'à une autorité publique dûment investie (agents assermentés) pour établir des constats à la suite d'infractions portant atteinte à la voirie publique. Les pouvoirs de police de la circulation ne peuvent être délégués au représentant d'un groupement de communes. Le maire conserve donc l'exercice de cette mission même sur la voirie d'intérêt communautaire. Il a d'autant plus besoin d'une assistance relevant de l'exercice de l'autorité publique que sa commune est petite, donc non pourvue de personnel qualifié en la matière.

Les missions d'étude et de direction des travaux confiées dans le cadre de l'aide technique à la gestion communale sont composées de petites interventions dont la programmation est souvent aléatoire (dégradations de voirie suite à des accidents ou des événements climatiques, coordination des travaux avec les concessionnaires...) et dont l'exécution nécessite parfois des délais d'intervention très courts pour des raisons de sécurité.

Le contenu de la « mission communale », inspiré de l'aide technique à la gestion communale existante, serait modernisé par rapport aux pratiques des services et aux attentes des communes. Il devrait comprendre l'**assistance à la gestion de la voirie communale** (assistance à l'exercice des pouvoirs de police de la circulation, assistance à la gestion du domaine public, assistance à la programmation des travaux, définition des travaux, aide à la passation des marchés et surveillance de travaux d'entretien...), **avis techniques** sur l'opportunité et la faisabilité de projets, conseil sur les procédures et modalités à mettre en œuvre.

¹ Le barème actuel est déterminé par l'arrêté du 20 avril 2000 fixant les taux et les modalités de rémunération des prestations d'ingénierie réalisées au profit de tiers par certains services des ministères de l'équipement et de l'agriculture et précisant les modalités de leur intervention.

Les groupements pourraient obtenir une assistance à la prise en charge et à l'exercice de leurs compétences dans les domaines de la gestion de la voirie d'intérêt communautaire, de l'aménagement et de l'habitat (avis sur l'opportunité et la faisabilité de projets, conduite des études préalables, conseil sur les procédures et modalités à mettre en œuvre...), ainsi qu'une aide à la mise en place d'un service technique dans le cas où la taille et les ressources du groupement le permettent.

Il a également été indiqué à votre rapporteur que cette assistance technique ne devrait **pas** comprendre **de missions de maîtrise d'œuvre**, à l'exception de petits travaux de modernisation de la voirie, et qu'il était envisagé de renforcer l'assistance en amont au maître de l'ouvrage et de confier au secteur privé certaines missions comme l'établissement des plans d'alignement.

Si les deux types de missions distinguées par le projet de loi sont parfaitement identifiées, votre rapporteur considère cependant que la mission d'assistance technique mériterait d'être mieux précisée pour s'assurer qu'elle ne rentre pas dans le champ du domaine concurrentiel de la maîtrise d'œuvre qui relève, dans ce cas, de l'article 12 de la loi du 7 janvier 1983 et de l'article 7 de la loi du 6 février 1992.

Votre commission des Lois observe par ailleurs que ce régime dérogatoire concernerait les **seuls services de l'Etat et non ceux des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération**. Il lui paraît souhaitable, au contraire, de permettre à ces collectivités de venir en aide aux communes et à leurs groupements qui se trouvent sur leur territoire et de contribuer elles aussi à ce service d'intérêt général.

Sous réserve de ces observations et des amendements proposés par la commission des Finances, votre commission des Lois a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article premier.

Article 2

Unification du contentieux relatif aux marchés publics

Cet article vise à attribuer l'ensemble du contentieux des marchés publics à la juridiction administrative en qualifiant ces derniers de contrats administratifs.

1) La qualification incertaine des marchés publics

Les incertitudes liées à la qualification des marchés publics ont en effet conduit la jurisprudence à dissocier des marchés soumis au code des marchés publics de la sphère des contrats administratifs.

La première, la Cour de cassation a jugé que la soumission d'un contrat aux dispositions du code des marchés publics ne lui conférait pas par elle-même le caractère d'un contrat administratif, dès lors que le cocontractant ne participait pas directement à l'exécution du service public et que le contrat ne contenait pas de clause exorbitante de droit commun.¹

Le Tribunal des conflits a récemment confirmé cette jurisprudence en considérant que « *la seule circonstance que la passation des contrats de fournitures (...) ait été soumise (...) au code des marchés publics ne saurait leur conférer à elle seule le caractère de contrats administratifs* ». »

Le **critère principal** utilisé pour définir le « marché public de droit privé » est l'absence de **clause exorbitante du droit commun**, définie comme une clause générant « *des droits et des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* ». »³

Selon la présence ou non de telles clauses, le marché sera qualifié de contrat administratif ou de contrat de droit privé et son contentieux soumis au juge administratif ou au juge judiciaire. Or cette notion demeure incertaine et les deux juridictions n'adoptent pas toujours des positions convergentes.

Cette incertitude sur la qualification du contrat complique et ralentit le recours au juge, les entreprises ne sachant pas quelle est la juridiction compétente. Dans l'affaire *commune de Sauve* précitée, le tribunal des conflits n'a désigné le juge compétent qu'après plus de deux ans de contentieux. Le constat d'une multiplication de ses interventions en la matière témoigne des difficultés des justiciables.

La dualité des contrats risque de surcroît de faire naître des divergences d'interprétation dans l'application du code des marchés publics dès lors que l'un ou l'autre des ordres juridictionnels est saisi.

Ces incertitudes sont d'autant plus dommageables que la qualification de contrat administratif emporte des conséquences importantes.

Ainsi, les marchés publics des collectivités locales ne sont pas soumis à l'obligation de transmission au préfet s'ils sont de droit privé. Or, une erreur sur la nature du contrat peut lui ôter toute valeur juridique s'il n'a pas été transmis alors qu'il devait l'être.

2) Les dispositions du projet de loi

¹ Cour de cassation, première chambre civile, 17 décembre 1997 – Société Locunivers.

² Tribunal des conflits, 5 juillet 1999 – commune de Sauve - et 14 février 2000 – commune Baie de Mahaut.

³ Tribunal des conflits, 15 novembre 1999 – commune de Bourisp.

Dans un souci de sécurité juridique, le projet de loi tend donc à unifier le contentieux des marchés publics en les qualifiant dans la loi de **contrats administratifs**. Il prévoit, dans son second alinéa, que les dossiers pendants devant les juridictions judiciaires avant la date d'entrée en vigueur de la loi continueront d'être traités par elles jusqu'à l'épuisement des instances.

Cette intervention de la loi pour préciser la répartition des compétences juridictionnelles en matière contractuelle n'est pas nouvelle¹.

Le **Conseil constitutionnel**, dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 relative à la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, a précisé que *« lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »*.

Il avait en l'espèce relevé que *« la loi présentement examinée tend à unifier, sous l'autorité de la Cour de cassation, l'ensemble de ce contentieux, et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ; dès lors cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé tel qu'il est reconnu par les lois de la République »* [c'est-à-dire le principe fondamental reconnaissant la compétence du juge administratif pour l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales ou les organismes placés sous leur autorité ou sous leur contrôle].

3) Les observations de votre commission des Lois

Votre commission des Lois approuve cette unification du contentieux au profit du juge administratif, juge naturel des actes des administrations.

¹ L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII relative à la division du territoire de la République et à l'administration dispose ainsi que *« le tribunal administratif prononcera (...) sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés »*.

De même, l'article L. 84 du code du domaine de l'Etat prévoit que *« les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'Etat, les établissements publics ou leurs concessionnaires, sont portés en premier ressort devant le tribunal administratif »*.

Un même juge sera chargé de l'application et de l'interprétation des règles du code des marchés publics. Les justiciables ne seront plus soumis au risque d'une requalification des contrats et aux aléas de jurisprudences divergentes quant à la définition des clauses exorbitantes du droit commun.

Devant le juge administratif, ils disposeront de garanties procédurales analogues à celles que leur offre la juridiction judiciaire.

Les contrats passés en application du code des marchés publics pourront en effet bénéficier des garanties apportées par les procédures précontentieuses ou contentieuses administratives, en particulier celles du référé précontractuel visé aux articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative.

L'article L. 551-1 permet aux justiciables de saisir, avant la conclusion d'un contrat, le président du tribunal administratif ou son délégué d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics. Par voie de référé, celui-ci peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat.

Dans le cadre de l'article L. 551-2, le président ou son délégué dispose des mêmes pouvoirs à l'égard des procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Il peut, en outre, prononcer une astreinte et accorder des dommages et intérêts.

Par ailleurs, le juge administratif n'hésite pas à apprécier la légalité d'actes administratifs au regard du droit de la concurrence communautaire et interne¹.

Votre commission observe toutefois que la **conciliation du code des marchés publics avec d'autres textes** ne va pas toujours sans difficultés, en particulier **dans le domaine des assurances**.

La directive 92/50/CEE « marchés publics de services » prévoit explicitement que les « services d'assurance » doivent donner lieu à mise en concurrence. Aussi les collectivités publiques ont-elles été conduites à appliquer le code des marchés publics pour la passation de leurs contrats.

Les antagonismes directs avec le code des assurances sont rares, dans la mesure où le code des marchés publics comprend essentiellement des règles de procédure et renvoie les dispositions de fond aux cahiers des charges.

¹ Conseil d'Etat, section, 3 novembre 1997, Société Million et Marais.

On peut toutefois relever, à titre d'exemple, qu'un marché public prend effet à la date de sa ratification alors qu'un contrat d'assurances entre en vigueur à la date de sa signature.

En matière de délais de règlement, en cas de retard de paiement de la prime d'assurance par l'assuré, le code des assurances ouvre au bénéfice de l'assureur un mécanisme de suspension d'office, puis de résiliation unilatérale du contrat. Or ce dispositif s'avère incompatible avec les articles du code des marchés relatifs au délai de règlement, qui prévoient seulement des intérêts moratoires au bénéfice du cocontractant.

Enfin, les marchés publics prévoient généralement des prix fermes alors qu'en matière d'assurances les prix peuvent être révisables.

Constatant ces contradictions, le juge administratif a décidé que le code des assurances devait primer¹.

Le changement de compétence juridictionnelle ne devrait donc pas avoir de conséquence de fond. Le fait qu'un contrat soit qualifié d'administratif par la loi n'implique pas qu'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun. Aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire doivent actuellement, s'ils sont saisis d'un contrat d'assurance, appliquer à la fois le code des assurances et le code des marchés publics, étant entendu que le premier comporte des dispositions de valeur législative et prime sur le second, qui revêt un caractère réglementaire. L'unification du contentieux présentera l'intérêt d'une interprétation des règles par un même juge.

Au bénéfice de ces observations, votre commission des Lois a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 2.

Article 3

(art. 38 et 43 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques
art. L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales
art. 92 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie)

Définition de la délégation de service public

Cet article tend à définir la notion de délégation de service public et à prévoir la collégialité de l'établissement de la liste des établissements admis à présenter une offre.

¹ Conseil d'Etat 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*.

L'incertitude actuelle de la distinction entre délégation de service public et marché public a donné lieu à des contentieux, ces deux types de contrats n'étant soumis ni aux mêmes procédures de passation, ni au même régime juridique. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, il convient d'y remédier en :

- donnant une définition législative de la délégation de service public, fondée sur les critères utilisés par la jurisprudence, tirés de l'objet du contrat et des conditions de rémunération du cocontractant de l'administration ;

- définissant par voie réglementaire les marchés publics comme « *les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public (Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, collectivités locales et leurs établissements publics), pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* »¹.

I – Le paragraphe I du présent article tend à définir dans la loi la notion de délégation de service public

1) Le régime actuel des délégations de service public²

a) Une notion jurisprudentielle ancienne

Les délégations de service public recouvrent plusieurs types traditionnels de contrats par lesquels la collectivité publique, pendant une durée déterminée, confie à un organisme distinct, qu'elle a librement choisi, la gestion d'une activité de service public. Ce faisant, la collectivité évite des relations directes avec les salariés et les usagers, ainsi que la responsabilité de questions techniques complexes. Toutefois, elle conserve la maîtrise de ce service, notamment son contrôle. Il s'agit des formules suivantes : **affermage³, concession⁴, gérance, régie intéressée⁵**.

¹ Article 1^{er} du code des marchés publics annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001.

² Pour une analyse des délégations de service public, voir le rapport du Conseil économique et social intitulé : « La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux » présenté par M. Claude Martinand, avril 2001.

³ Le fermier, librement choisi, assure le service public qui lui est délégué par contrat moyennant le versement à la collectivité publique d'une redevance déterminée. La différence entre cette redevance et les recettes qu'il réalisera représente sa rémunération.

⁴ Le concessionnaire doit assurer le service conformément aux prescriptions d'un cahier des charges. Sa rémunération dépend, en tout ou partie, des redevances qui lui sont directement versées par les usagers du service public ou de l'ouvrage public dont le contrat lui confie l'exploitation. Les réseaux d'autoroutes sont le plus souvent concédés.

⁵ La rémunération du régisseur dépend, non pas des bénéfices qu'il a réalisés (comme c'est le cas pour le concessionnaire), mais d'autres résultats de sa gestion : économies réalisées, gains de productivité, extension du service, amélioration de sa qualité. La Régie Autonome des Transports Parisiens en fournit une illustration.

Le **principe de l'intuitu personae** est donc déterminant pour définir la délégation de service public.

La délégation de service public permet de répondre aux spécificités du service public sur le long terme, notamment son adaptabilité (principe de mutation). Contrairement au marché public, le contrat de délégation de service public correspond précisément à la volonté de la collectivité publique, grâce au principe de la libre négociation. Le choix du délégataire est un choix libre : l'autorité administrative ne saurait déléguer l'exploitation d'un service public, sur une durée parfois longue, à une personne en laquelle elle n'aurait pas la plus grande **confiance** possible.

Il convient de rappeler que toutes les activités de service public ne sont pas susceptibles d'être déléguées. En particulier, les missions de police¹ doivent être exercées en propre par la collectivité. Il n'y a pas de contre-indication de principe à la délégation des services publics administratifs², même si la délégation des services publics industriels et commerciaux est plus fréquente. Tel est le cas notamment des services de l'eau, de l'assainissement, des transports urbains et interurbains, des cantines scolaires, de la gestion des parkings et des fourrières, etc.

b) Les apports de la loi

Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales implique le libre choix du mode de gestion des services publics par les autorités élues (régie ou gestion déléguée).

La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, en supprimant la tutelle administrative, a substitué aux cahiers des charges-types (obligatoirement applicables aux services exploités sous le régime de la concession) un système de **modèles** de contrats purement **facultatifs**³.

¹ Conseil d'Etat, 1^{er} avril 1994, ville de Menton.

² Avis du Conseil d'Etat du 7 avril 1986 : « Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même ».

³ Article L. 1231-2 du code général des collectivités territoriales. Par ailleurs, les associations d'élus proposent des modèles qui s'inscrivent pleinement dans le respect de la liberté contractuelle des collectivités locales. A titre d'exemple, l'Association des Maires de France travaille actuellement à un projet de contrat-type de gestion déléguée des services d'eau.

Le **principe de la liberté contractuelle** des collectivités locales est donc pleinement affirmé, avec pour corollaire le contrôle a posteriori des contrats de délégation de service public : contrôle de légalité et contrôle par les chambres régionales des comptes. En pratique, la croissance sans précédent de la délégation contractuelle s'est accompagnée d'une **floraison de nouvelles formules contractuelles**, bousculant les schémas traditionnels.

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « **loi Sapin** », a précisé les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables aux dévolutions contractuelles de service public¹, **sans pour autant définir la notion de délégation de service public.**

La loi Sapin définit les règles de transparence applicables à l'octroi des délégations de service public. La procédure comporte deux étapes : la personne publique délégante assure la **publicité** de son projet, de façon à provoquer sa mise en concurrence ; elle établit ensuite la **liste des candidats admis à présenter des offres** (en fonction des garanties dont ils justifient pour la bonne exécution du service) et adresse à chacun un document leur donnant toutes précisions sur le service à assurer. Mais, au terme de cette procédure, la collectivité **négoce librement les offres** avec leurs auteurs et est libre de son choix.

La procédure de la «loi Sapin » ne s'applique pas aux contrats de délégation de service public passés avec des établissements publics (article 41b de la loi). De plus, certains textes spécifiques régissent l'attribution de certaines délégations².

¹ La «loi Sapin » du 29 janvier 1993 ne s'applique pas aux délégations de service public effectuées par des **actes unilatéraux** des collectivités publiques. Le législateur n'a entendu encadrer que la passation des **contrats** de délégation de service public.

² Concessions de transport et de distribution d'énergie électrique, concessions d'exploitation des chutes d'énergie hydraulique, concessions d'autoroutes, concessions de voies d'eau navigables naturelles ou artificielles.

c) La contrainte communautaire

Les **directives communautaires** relatives aux marchés publics, s'appliquant à des contrats qualifiés de délégation de service public en droit français, sont venues encadrer cette liberté contractuelle. Afin de les transposer, trois lois ont été adoptées successivement à quelques mois d'intervalle :

- la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ; cette loi s'applique à certaines concessions de service public et de travaux publics ;

- la loi n° 92-125 d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République ;

- la loi du 29 janvier 1993 précitée.

Les années 1991-1993 sont donc marquées par la superposition d'un droit constitué pour l'essentiel de solutions jurisprudentielles propres à la concession de service public et éventuellement adaptées à des contrats voisins, et de nouvelles règles législatives ayant vocation à régir l'ensemble des contrats de délégation de service public.

Cette articulation n'est pas aisée ; la multiplicité des contrats susceptibles d'emporter délégation du service public pose des problèmes de qualification et d'identification des régimes applicables, lesquels doivent être clarifiés¹.

d) Depuis 1996 : les réponses de la jurisprudence administrative

Cet effort de clarification de la notion de délégation de service public a d'abord été le fait de la juridiction administrative, qui a tenté d'en affirmer la spécificité par rapport aux marchés publics :

- une délégation de service public a pour **objet** de confier au cocontractant **l'exploitation ou la gestion** d'un service public, l'administration conservant la responsabilité de ce service² ;

¹ Pour une tentative de clarification de la notion de concession, voir la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000.

² Conseil d'Etat, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône contre commune de La Ciotat*. En l'espèce, l'exécution de travaux de modernisation et d'exploitation du réseau d'éclairage et de signalisation tricolore de la commune constitue **par son objet** un marché soumis au code des marchés publics (quelle que soit la qualification juridique retenue par les parties).

- le cocontractant de l'administration peut aussi bien être une personne privée qu'un établissement public¹ ;

- le service en cause doit être un **service public** ;

- la **rémunération** du délégataire doit être **substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service**. Cette jurisprudence constante, récemment explicitée par le Conseil d'Etat, a donné lieu à de nombreux développements dans la doctrine.

La qualification donnée par les parties à leur accord est toujours susceptible de correction par le juge, au regard de ces critères.

La distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération peut être présentée de manière simplifiée de la façon suivante :

- le fait que la rémunération du cocontractant constitue **un prix** versé par la commune entraîne la soumission du contrat au code des marchés publics² ;

- la **perception de redevances** versées par les usagers à l'exploitant caractérise la concession³ (et par extension l'affermage et tous les contrats dans lesquels l'exploitant agit à ses risques et périls).

Cette solution binaire laisse entier le problème des contrats faisant appel à d'autres sources de financement.

Pour y répondre, deux arrêts du Conseil d'Etat de 1999 apportent des précisions sur la notion de « *rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* », qui tend à définir la délégation de service public :

- tout d'abord, des **rémunérations proportionnelles au service rendu** constituent un prix versé par la commune¹. En conséquence, la

¹ Conseil d'Etat, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*. Avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, précité.

² Conseil d'Etat, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* : « La loi du 29 janvier 1993, et notamment son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. Le contrat litigieux prévoyant que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un **prix payé par la commune** (doit être regardé) comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ».

³ Conseil d'Etat, 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai* : « Le syndicat a confié la responsabilité de la gestion du service de transport public de voyageurs de la région de Douai à une entreprise privée qui perçoit des **redevances sur les usagers** et supporte, dans certaines limites, le **risque financier** de l'exploitation. Ces modalités d'exploitation caractérisent l'existence d'une délégation de gestion d'un service public ».

conclusion d'un tel contrat est soumise, quelle que soit la qualification choisie par les parties, au respect des règles fixées par le code des marchés publics ;

- ensuite, le Conseil d'Etat a jugé que, dans une affaire où la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par l'administration était d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant de l'administration, cette **rémunération** était **substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service**². Dès lors, le contrat envisagé devait être analysé non comme un marché mais comme une **délégation de service public**.

2) Le projet de loi initial

Le projet de loi tend à compléter tant l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 précitée que l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales qui en reproduit les dispositions. Il définit la délégation de service public au moyen de **deux critères : l'objet du contrat et le mode de rémunération** du cocontractant de l'administration.

Ainsi, une délégation de service public serait « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ». Il précise que le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au service.

Il reprend donc exactement les termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

3) Les ajouts de l'Assemblée nationale

Sans modifier la rédaction du paragraphe I du présent article, l'Assemblée nationale a apporté plusieurs éclaircissements dans le rapport de Mme Nicole Bricq au nom de la commission des Finances :

¹ Conseil d'Etat, 7 avril 1999, Commune de Guilhaumand-Granges. En l'espèce, la rémunération de la société comportait, d'une part, en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable, une **partie fixe** représentée par la location des compteurs, et une **partie proportionnelle** au volume d'eau distribué, d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau.

² Conseil d'Etat, 30 juin 1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM). En l'espèce, le syndicat mixte avait passé une convention de délégation sous forme d'une régie intéressée pour l'exploitation des éléments d'une filière de traitement des déchets ménagers et assimilés sur le territoire d'une commune. La rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était composée d'une part d'un **prix** payé par le SMITOM pour le traitement des déchets collectés auprès des adhérents de celui-ci et, d'autre part, d'une **partie variable** provenant à la fois des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d'autres usagers que les adhérents du SMITOM, de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans le traitement des déchets collectés auprès des adhérents du syndicat.

- la rémunération doit s'entendre comme la perception des ressources nécessaires à la couverture des dépenses du service concédé, ressources assurées à titre principal par les redevances des usagers mais auxquelles s'ajoutent tous les autres produits d'exploitation ;

- la notion de « résultats de l'exploitation » doit être interprétée de la manière la plus extensive possible et peut être rapprochée des recettes d'exploitation entendues largement, c'est-à-dire du chiffre d'affaires ;

- la notion de rémunération « substantiellement » liée aux résultats de l'exploitation du service suppose que soit établi **un lien entre les risques liés à l'exploitation et la part de la rémunération du cocontractant qui provient de cette exploitation** ;

C'est pourquoi l'Assemblée nationale a écarté la fixation d'un seuil de 50 % ; à titre d'exemple, elle a considéré que la plupart des services de transports urbains étaient déficitaires. Reprenant les termes employés par le commissaire du Gouvernement dans l'arrêt SMITOM, elle a estimé que *« ce qui (était) déterminant pour s'assurer de l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion du service public, (c'était) en fin de compte, que l'équilibre financier du contrat (dépendait) des recettes engendrées par l'exploitation du service »*.

4) La position de votre commission des Lois

Votre commission des Lois approuve l'inscription dans la loi de la définition de la délégation de service public, qui la distingue nettement des marchés publics. Elle formule les remarques suivantes :

- Tout d'abord, elle remarque que le projet de loi définirait les délégations de service public **par l'instrument juridique** réalisant la délégation. En effet, la définition proposée mentionne expressément le terme de « contrat ». Dès lors, le projet de loi ne vise que les délégations de service public **contractuelles**, à l'exclusion des délégations « statutaires », c'est-à-dire par détermination de la loi ou du règlement¹.

Cette conception se justifie par le fait que l'instrument juridique détermine les relations entre la collectivité qui a la maîtrise du service et la personne qui en reçoit la gestion.

- Ensuite, votre commission des Lois souligne que l'interprétation donnée par l'Assemblée nationale rejoint les préoccupations de l'Institut de la décentralisation, lequel, dans le rapport de décembre 1998 consacré à « La gestion déléguée des services publics locaux à l'heure européenne », estimait que *« le critère matériel (l'exécution même du service*

¹ A titre d'exemple, voir la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales.

*public) [devait] retrouver toute sa place et son importance, le critère du mode de rémunération étant largement obsolète. A tout le moins, [il faut] souhaiter un réel **assouplissement du critère financier** pour permettre d'intégrer dans les ressources des délégataires, non seulement les redevances perçues auprès des usagers mais aussi des recettes complémentaires. Au fond, si l'exploitant est rémunéré par l'administration et qu'il est possible de démontrer que cette rémunération est corrélée aux résultats d'exploitation, quand bien même la rémunération proviendrait directement de l'administration, il y aurait quand même, selon cette approche, délégation de service public. En revanche, si cette rémunération était forfaitaire, sans lien avec la production, il y aurait marché public ».*

- Selon les principes généraux du droit administratif, la collectivité confie, sous son autorité et son contrôle, la gestion du service public dont elle a la responsabilité. Seule une collectivité publique peut détenir la maîtrise d'un service public : elle seule est porteuse d'intérêts publics justifiant qu'une autorité soit érigée en service public ; elle seule détient les compétences nécessaires pour créer un service public, en fixer l'organisation, déterminer l'adéquation de son fonctionnement à sa mission et en assumer la responsabilité politique devant ses membres représentés par son corps électoral. **La maîtrise du service public**, ainsi conçue, **se distingue de la gestion proprement dite**, qui a trait à l'exécution du service conformément au cadre juridique préalablement établi.

- Il convient d'explicitier le critère de la « rémunération assurée par les résultats de l'exploitation ».

La nouvelle définition législative de la délégation de service public devrait conduire le juge à **apprécier l'économie générale du contrat**. Il sera en présence d'une délégation s'il apparaît que les recettes d'exploitation, **quel que soit leur pourcentage**, jouent un rôle central dans la réalisation de l'équilibre financier du contrat.

Si **l'appréciation par le juge** du caractère substantiel des résultats de l'exploitation peut générer des incertitudes pour les parties au contrat, il n'en demeure pas moins qu'elle semble être la seule solution aujourd'hui praticable, dans un contexte où la liberté contractuelle a rendu obsolètes les catégories traditionnelles (notamment la gérance et la régie intéressée).

Pour éviter toute requalification par le juge du contrat, il importe que les parties répondent aux questions suivantes : qui supporte la charge des investissements à réaliser ? Qui assume la responsabilité de l'équilibre financier du service ? Qui engage sa responsabilité civile vis-à-vis des tiers ?

En tout état de cause, l'application de deux seuls critères (objet du contrat et rémunération du cocontractant) pourrait ne pas suffire à établir sûrement la frontière entre marché public et délégation de service public.

- De plus, il convient d'encadrer dans la loi la subdélégation de service public.

En principe, le contrat initial entre la collectivité locale et la personne privée délégataire est nécessairement un contrat administratif¹. En conséquence, l'**obligation d'exécution personnelle** devrait conduire à exclure toute possibilité de subdélégation à une tierce personne.

Si la jurisprudence classique en matière de concession de service public met fortement l'accent sur l'obligation d'exécution personnelle qui s'impose au concessionnaire, le jeu de la **liberté contractuelle** tend à admettre la cession avec l'autorisation préalable de l'administration². Toutefois, la liberté de cession complète du contrat paraît difficilement compatible avec la procédure de choix du délégataire que la loi impose aux parties et avec le principe de l'intuitu personae.

Votre commission des Lois vous propose, par **un amendement**, de subordonner la subdélégation d'un service public à l'accord exprès de la collectivité publique, et d'interdire la subdélégation de la totalité de la gestion du service. Cette solution s'inscrit dans le même objectif que l'article 4 du présent projet de loi interdisant la sous-traitance totale d'un marché public.

II – Etablissement de la liste des candidats admis à présenter une offre par la commission d'examen des offres

Le paragraphe II du présent article tend à assurer la **collégialité** de la décision de retenir les candidats admis à présenter une offre dans le cadre d'une délégation de service public, en la confiant à une commission émanant de l'assemblée délibérante.

En l'état actuel du droit, l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales indique que les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Il ajoute que «**la collectivité publique**» **dresse la liste des candidats admis à présenter une offre** après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

A l'initiative de M. Yves Deniaud, l'Assemblée nationale a précisé que ce rôle revenait à la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, c'est-à-dire la commission chargée de

¹ Conseil d'Etat, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*.

² Conseil d'Etat, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux contre ville de Langres*.

l'ouverture des plis, parfois surnommée « **commission de gestion déléguée** » ou « **commission d'examen des offres** ». Cette commission est composée d'élus locaux ; y siègent avec voix consultative le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence.

L'auteur de l'amendement avait suggéré que ce rôle revienne à l'exécutif de la collectivité territoriale. Le Gouvernement a obtenu la rectification de cet amendement, afin de réserver à la commission d'examen des offres, émanation de l'assemblée délibérante, le pouvoir de décision en la matière¹. Cette rédaction a obtenu l'avis favorable de la commission des Finances de l'Assemblée nationale.

Votre commission des Lois approuve cette clarification du droit et vous soumet **un amendement** de coordination tendant à insérer la même disposition à l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée.

III et IV – Coordination

Sur proposition de sa commission des Finances et avec l'avis favorable du Gouvernement, l'Assemblée nationale a introduit deux amendements de coordination portant décompte d'alinéas aux articles 43 de la « loi Sapin », L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales et 92 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Votre commission des Lois a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 3 **ainsi modifié**.

Article 3 bis (nouveau)
(art. 16 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000
relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations)
Certification de la date de dépôt des offres

Cet article vise à étendre aux délégations de service public des dispositions existantes concernant les marchés publics, relatives à la certification de la date de dépôt des offres.

Il a été introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de M. Yves Deniaud, avec l'avis favorable de la commission des Finances et du Gouvernement.

¹ Le Gouvernement a donc changé d'avis sur cette question puisque le 26 avril 2001, il estimait « préférable de considérer la notion de collectivité publique dans un sens restreint, c'est-à-dire ne visant que l'autorité exécutive, et non l'assemblée délibérante, comme autorité compétente pour dresser la liste des candidats » (*Journal Officiel, Questions des sénateurs, page 1437, réponse à la question n° 28950 de M. Gérard Larcher*).

En l'état actuel, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations pose le principe selon lequel toute personne tenue de respecter une date limite ou un délai pour présenter une demande, déposer une déclaration, exécuter un paiement ou produire un document auprès d'une autorité administrative peut satisfaire à cette obligation **au plus tard à la date prescrite au moyen d'un envoi postal, le cachet de la poste faisant foi**, ou d'un procédé télématique ou informatique homologué permettant de certifier la date d'envoi. Des **exceptions** sont toutefois prévues par la loi, concernant les procédures régies par le code des marchés publics et celles pour lesquelles la présence personnelle du demandeur est exigée en application d'une disposition particulière. Le présent article propose d'étendre cette exception aux délégations de service public.

L'exclusion des marchés publics résulte d'une **initiative de la commission des Lois du Sénat**¹, qui a considéré que le maintien de la règle en vigueur permettant d'**écarter les offres réceptionnées tardivement** (quelle que soit la date d'envoi par le candidat) garantissait à la fois le bon fonctionnement du service public (il s'agit de ne pas retarder l'attribution du marché au prétexte d'appliquer un «délai de précaution» tenant compte de l'incertitude du délai d'acheminement postal) et la sécurité juridique pour la personne responsable du marché.

Votre commission des Lois approuve donc l'alignement, sur ce point précis, de la procédure applicable à l'examen des offres des candidats à une délégation de service public sur celle des marchés publics².

Elle a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 3 bis.

Article 4

(art. 1^{er}, 6 et 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975)

Aménagements du régime de la sous-traitance

Cet article vise à interdire clairement la sous-traitance totale des marchés publics, à limiter le mécanisme du paiement direct aux sous-traitants de premier rang et à garantir le paiement des sous-traitants d'un rang supérieur par le mécanisme de la caution.

L'Assemblée nationale a renforcé les obligations de protection des sous-traitants pesant sur le maître d'ouvrage et les a étendues aux maîtres d'ouvrage publics.

1° L'interdiction de la sous-traitance totale des marchés publics

¹ Voir le rapport n°1 (Sénat, 1999-2000) de M. Jean-Paul Amoudry.

² Voir en particulier les articles 59 et 62 du code des marchés publics annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 : « Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été **reçus** au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence » (appels d'offres ouverts et restreints).

Selon l'article premier de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

Cette formule semblait permettre de sous-traiter intégralement l'exécution d'un marché public comme d'un marché privé.

Toutefois, l'article 2 de l'actuel code des marchés publics, repris à l'article 112 du nouveau code des marchés publics issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, précise que « *le titulaire d'un marché public ayant le caractère de contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la collectivité ou de l'établissement public contractant, l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance* ».

La jurisprudence a interprété ces dispositions comme interdisant la sous-traitance totale en matière de marchés publics. La cour administrative d'appel de Bordeaux¹ a ainsi estimé que « *dans le cas où une telle sous-traitance intervient, la collectivité est en droit de résilier le contrat aux torts de l'entreprise* ».

Pour autant, la loi du 31 décembre 1975 n'a pas édicté un régime particulier pour la sous-traitance des marchés publics et l'interdiction prise par le pouvoir réglementaire va au-delà de ses dispositions, au demeurant d'ordre public. On était donc en droit de s'interroger sur la validité de l'interdiction posée par l'article 2 du code des marchés publics.

Le présent article vise à modifier l'article premier de la loi de 1975 afin d'**interdire expressément la sous-traitance totale des seuls marchés publics et de lever toute ambiguïté en la matière.**

Cette interdiction paraît de nature à apporter davantage de transparence, en garantissant que le titulaire retenu au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence sera bien celui qui exécutera le marché et qu'il ne pourra en confier totalement l'exécution à une autre entreprise qui n'avait pas été choisie.

A l'instar de Mme Nicole Bricq, rapporteure au nom de la commission des Finances de l'Assemblée nationale, votre commission des Lois s'interroge sur la signification de la notion de sous-traitance totale et la possibilité de tourner cette interdiction en sous-traitant la quasi-totalité des marchés.

¹ CAA Bordeaux, 15 décembre 1997, SA Thématique.

Toutefois, il ne lui semble pas opportun de fixer dans la loi un seuil minimum de prestations à accomplir, comme le rapport de M. Alfred Trassy-Paillogues avait proposé de le faire, en raison des grandes différences dans les conditions d'exécution des marchés selon les secteurs.

Il est préférable de laisser au juge le soin d'apprécier, au cas par cas, l'importance des missions sous-traitées, au regard de leur montant et de leur volume.

Par ailleurs, il ne semble pas nécessaire d'étendre cette interdiction de sous-traitance totale aux marchés privés qui ne sont pas soumis à des procédures aussi formelles que les marchés publics et reposent davantage sur l'intuitu personae.

Votre commission des Lois vous propose donc d'adopter cette disposition sous réserve d'un **amendement rédactionnel**.

2° La limitation du mécanisme du paiement direct aux sous-traitants de premier rang

Actuellement, s'il n'existe pas de lien contractuel entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, la loi n'en crée pas moins un lien financier, dans un souci de protection du premier en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

L'article 6 de la loi du 31 décembre 1975, relatif aux marchés publics, prévoit ainsi que « *le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution* ».

Ce régime, qui est d'ordre public, s'applique aux marchés passés par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements et entreprises publics. Il ne recouvre donc pas exactement le champ du code des marchés publics¹.

Pendant longtemps l'administration a considéré que seuls les sous-traitants de premier rang pouvaient prétendre au paiement direct de leurs prestations par la collectivité contractante. Selon la Commission centrale des marchés, le seul moyen pour un sous-traitant de deuxième rang ou plus d'acquérir un droit au paiement direct consistait à être accepté par le maître de

¹ L'article 2 du nouveau code des marchés publics prévoit que :

« I. – Les dispositions du présent code s'appliquent :

1° Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;

2° Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

II. – Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics. »

l'ouvrage comme sous-traitant de premier rang sur proposition de l'entrepreneur principal.

S'agissant des marchés privés, la Cour de cassation¹ estime au contraire que « *l'action directe doit être accordée aux sous-traitants du sous-traitant, de la même manière et sans distinction selon leur rang, à l'encontre du maître de l'ouvrage qui reste toujours le même quel que soit la succession des sous-traitants* » tout en réservant le principe selon lequel « *les sous-traitants n'ont une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance* ».

La **jurisprudence** administrative a également interprété les dispositions de l'article 6 comme ouvrant le **droit à paiement direct à tous les sous-traitants, quel que soit leur rang**, à la condition d'avoir été acceptés et que leurs conditions de paiement aient été agréées².

La demande de paiement direct doit être adressée à l'entrepreneur principal qui dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de ses acceptations ou pour signifier au sous-traitant son refus motivé d'acceptation³.

Saisi d'une demande de paiement direct, le maître d'ouvrage doit encore contrôler la créance du sous-traitant, compte tenu des travaux qu'il a exécutés et des prix stipulés par le marché⁴.

Si la sous-traitance a été réalisée en « cascade », il devra ainsi remonter toute la chaîne des sous-traitants avant de pouvoir établir la somme due et la payer.

Cette complexité et la lenteur due aux délais légaux de vérification pénalisent les sous-traitants dont le rang est élevé. La multiplicité des intervenants est en outre source d'erreurs.

En conséquence, le projet de loi tend à **réserver le bénéfice du paiement direct aux sous-traitants de premier rang acceptés** par le maître de l'ouvrage, qui aura également agréé leurs conditions de paiement.

Votre commission des Lois approuve cette disposition qui permettra de simplifier les tâches des maîtres de l'ouvrage et de **réduire les délais de paiement des sous-traitants**.

¹ Cour de cassation, troisième chambre civile, 29 mai 1980 - Société Albra.

² Conseil d'Etat, 10 février 1997, société d'économie mixte d'équipement et d'aménagement de l'Aude.

³ Article 8 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975.

⁴ Conseil d'Etat, 28 avril 2000, Société Peinture Normandie.

3° L'extension du mécanisme de la caution pour garantir le paiement des sous-traitants de deuxième rang ou plus

Le paiement des sous-traitants de deuxième rang ou plus, privés du droit au paiement direct par le maître de l'ouvrage, serait garanti par un mécanisme de caution, selon les modalités déjà définies à l'article 14 de la loi de 1975.

Cet article dispose que : *« A peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant, en application de ce sous-traité, sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié »*. Cependant, *« la caution n'aura pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue le maître de l'ouvrage au sous-traitant dans les termes de l'article 1275¹ du code civil, à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant »*.

La délégation est l'engagement de payer souscrit par le délégué à la demande du délégant au profit du délégataire. Aucune formalité particulière n'est requise par le code civil mais le consentement des trois parties intéressées doit être certain.

Le mécanisme se prête bien au schéma de la sous-traitance : le paiement du sous-traitant par le maître d'ouvrage permet d'éteindre en même temps la dette de l'entrepreneur principal envers le sous-traitant et celle du maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur principal.

Votre commission vous propose d'adopter un **amendement** de précision, tendant à indiquer clairement que les sous-traitants de rang deux ou plus, privés du droit au paiement direct, bénéficieront des mécanismes de la caution ou de la délégation de paiement.

4° Le renforcement des obligations qui incombent aux maîtres d'ouvrage en matière de protection des sous-traitants

L'Assemblée nationale a adopté un amendement tendant à modifier l'actuel article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 afin de renforcer les obligations qui pèsent sur les maîtres d'ouvrage en matière de protection des sous-traitants.

Inséré par la loi n° 86-13 du 6 janvier 1986 relative à diverses simplifications administratives en matière d'urbanisme et à diverses dispositions concernant le bâtiment, cet article concerne **les seuls marchés**

¹ Article 1275 du code civil : *« La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger le débiteur qui a fait la délégation »*.

des entreprises privées et dispose que, pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics, le maître d'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant non agréé, mettre en demeure l'entrepreneur principal de s'acquitter de son obligation de faire agréer le sous-traitant et de faire accepter ses conditions de paiement.

Divers arguments sont généralement avancés pour démontrer qu'un maître d'ouvrage a eu connaissance de l'intervention du sous-traitant sur un chantier : importance des travaux, utilisation de moyens propres du sous-traitant portant la marque de la société (véhicules, tenue des ouvriers), participation aux réunions de chantier. Le sous-traitant peut aussi se dévoiler volontairement au maître de l'ouvrage, même s'il n'en a pas l'obligation.

Le juge examine s'il résulte des faits avancés que le maître de l'ouvrage était suffisamment informé de l'intervention du sous-traitant et de ses liens avec l'entrepreneur titulaire pour le déclarer fautif d'avoir laissé le sous-traitant intervenir sans qu'il ait été accepté et ses conditions de paiement agréées. Si l'ignorance du maître d'ouvrage est établie, il n'y a pas matière à obligations et responsabilité.

Avec l'avis favorable du Gouvernement, l'Assemblée nationale a cherché à renforcer ce dispositif.

D'une part, elle a imposé au maître de l'ouvrage, dès qu'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant non accepté et ne bénéficiant pas de la caution ou de la délégation de paiement due par son donneur d'ordre, de mettre en demeure l'entrepreneur principal ou le sous-traitant de se conformer à ces obligations. D'autre part, elle a étendu cette disposition aux marchés publics.

Votre commission vous propose d'adopter **deux amendements** tendant à étendre le champ de l'article 14-1 à l'ensemble des marchés du secteur privé et, pour des raisons de clarté, à transposer ses dispositions dans le titre II de la loi du 31 décembre 1975 qui est spécifiquement consacré aux marchés publics.

La charge imposée au maître d'ouvrage de vérifier que les sous-traitants employés dans un marché se sont eux aussi acquittés de leurs obligations en matière de caution serait supprimée afin de ne pas alourdir à l'excès ses responsabilités. En revanche, votre commission des Lois vous soumettra un amendement tendant à garantir la délivrance de l'ensemble des cautions (voir *infra* article additionnel après l'article 4 bis).

Enfin, dans la mesure où l'article 5 de la loi de 1975 ne crée aucune obligation, la référence à ses dispositions serait supprimée.

Votre commission a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 4 **ainsi modifié**.

Article additionnel avant l'article 4 bis

(art. 3-1 nouveau de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975)

Obligation faite aux entreprises employées dans un marché de joindre à leur première facture les cautions données à leurs sous-traitants

Cet article additionnel vise à renforcer la protection des sous-traitants en obligeant chaque entreprise employée dans un marché à **joindre à sa première facture les cautions qu'elle a accordées à ses sous-traitants**.

Votre commission des Lois observe en effet que la loi n'impose pas d'autre obligation au maître de l'ouvrage que d'adresser une mise en demeure, généralement sous la forme d'une simple lettre avec avis de réception, sommant l'entrepreneur de présenter le sous-traitant occulte ou ses conditions de paiement.

Après la mise en demeure, le maître de l'ouvrage peut continuer comme si de rien n'était et laisser le chantier s'exécuter. Il peut également appliquer des sanctions, notamment résilier le contrat mais le remède risque de se révéler plus dangereux que le mal. En matière de marchés publics, le maître d'ouvrage a la faculté de mettre en œuvre diverses mesures coercitives telles que la mise en régie ou la résiliation.

En revanche, le maître de l'ouvrage qui, ayant connaissance de la présence de sous-traitants ne répondant pas aux obligations définies par la loi, ne s'acquitterait pas de son obligation de mettre en demeure l'entrepreneur principal s'exposerait à une condamnation du juge.

Ainsi qu'il vous l'a été indiqué, votre commission des Lois n'estime pas souhaitable de faire peser la charge de la lutte contre la sous-traitance occulte sur le seul maître de l'ouvrage.

Avec cet article additionnel, que votre commission des Lois vous propose d'insérer par **amendement**, chaque donneur d'ordre sera chargé de vérifier les cautions accordées par ses sous-traitants. Ces derniers auront d'autant plus intérêt à fournir des documents en règle que le paiement de leur facture en dépendra.

Article 4 bis

(art. 5 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975)

Déclaration des sous-traitants auxquels le soumissionnaire à un marché public envisage de recourir

Cet article adopté par l'Assemblée nationale sur un amendement du Gouvernement tend à prévoir que les candidats à un marché public doivent indiquer au maître de l'ouvrage, lors de la soumission, les sous-traitants auxquels ils envisagent de faire appel. D'autre part, le recrutement de

nouveaux sous-traitants en cours de marché devrait également être précédé d'une déclaration.

Dans sa rédaction actuelle, la loi du 31 décembre 1975 ne fait obligation aux candidats à un marché public que de déclarer la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter.

L'article 2 du code des marchés publics, repris à l'article 114 du nouveau code des marchés, précise quant à lui que dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment de l'offre ou de la soumission, le candidat doit fournir à la personne publique contractante une déclaration mentionnant la nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ; le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ; le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ; si la personne publique le demande, les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

Le titulaire du marché a le libre choix entre l'exécution personnelle de celui-ci et le recours à la sous-traitance. La collectivité publique contractante ne saurait interdire le recours à la sous-traitance, ni même limiter le droit du titulaire du marché par la fixation d'un quantum impératif du montant du marché susceptible d'être sous-traité¹.

Postérieurement à la conclusion du marché, le titulaire reste libre de faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les faire accepter par le maître de l'ouvrage et de faire agréer leurs conditions de paiement.

Le présent article vise donc à assurer une plus grande transparence dans la réalisation des marchés publics en permettant l'identification des sous-traitants dès la soumission du marché, sans toutefois remettre en cause la liberté dont jouit l'entrepreneur principal de faire appel à de nouveaux sous-traitants en cours d'exécution.

Votre commission vous soumet un **amendement** de précision tendant à bien spécifier que la liste des sous-traitants établie par le candidat à un marché public ne lui interdit pas de faire appel ultérieurement à de nouveaux sous-traitants à la condition d'obtenir l'agrément du maître de l'ouvrage. De plus, l'obligation faite au titulaire du marché de déclarer au maître de l'ouvrage les nouveaux sous-traitants employés en cours d'exécution du marché serait supprimée, dans la mesure où ces derniers doivent en tout état de cause être soumis à agrément.

¹ Réponse ministérielle n°66151 – Journal officiel – Questions – Assemblée nationale – du 27 mai 1985, p. 2425.

Votre commission a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 4 bis **ainsi modifié**.

Article 5

(art. 9 et 10-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence)

Extension du régime de publicité et de mise en concurrence aux organismes ne relevant pas du code des marchés publics

Cet article tend à étendre le régime de publicité et de mise en concurrence aux contrats passés par les organismes ne relevant pas du code des marchés publics mais qualifiés de « **pouvoirs adjudicateurs** » par le droit communautaire.

La loi du 3 janvier 1991, soumettant la passation de certains contrats à des obligations de publicité et de mise en concurrence, a transposé les directives européennes « marchés publics » pour les **organismes privés**.

Selon l'exposé des motifs du projet de loi, il convient aujourd'hui de transposer ces directives pour les **organismes de droit public ne relevant pas du code des marchés publics**. En pratique, il s'agit de certains groupements d'intérêt public et de certains établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat.

1) La contrainte communautaire

Les directives « marchés publics » ont un champ d'application plus large que celui du code des marchés publics. Ouvrant la commande publique à l'échelle européenne, elles adoptent une logique « fonctionnelle »¹, tandis que le droit français utilise plutôt le critère organique (le code des marchés publics s'applique aux structures purement administratives, à l'exclusion des structures privées et des structures industrielles et commerciales). En particulier, relèvent des directives tous les organismes qui dépendent des pouvoirs publics et ne sont pas purement industriels et commerciaux.

Selon le droit communautaire², sont considérés comme « **pouvoirs adjudicateurs** », l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit

¹ CJCE, 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem: « La notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle. Cette nécessité s'oppose à ce qu'une distinction soit faite selon la forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire ».

² Voir le b) de l'article premier de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

Par « **organisme de droit public** », on entend tout organisme :

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

- ayant la personnalité juridique et

- 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.

2) L'état de transposition actuel

L'article 9 de la loi de transposition du 3 janvier 1991¹ soumet ainsi à des mesures de publicité et à des procédures de mise en concurrence la passation des contrats excédant un montant fixé par voie réglementaire, dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil, 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 :

1° financement majoritaire de son activité par une personne publique ou un organisme mentionné ci-dessus ;

2° gestion contrôlée par une de ces collectivités publiques un de ces organismes ;

b) de l'article premier de la directive 93/37/CEE du conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

b) de l'article premier de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

¹ Le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 précise à quelles règles de publicité et de mise en concurrence est soumise la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services.

3° organe d'administration, de direction ou de contrôle majoritairement composé de membres désignés par ces collectivités publiques ou ces organismes.

Ainsi, à l'heure actuelle, certaines personnes publiques, en particulier certains établissements publics nationaux industriels et commerciaux, ou certains groupements d'intérêt public, relèvent des directives « marchés publics » sans pour autant relever du code des marchés publics.

Jugeant qu'il aurait été trop contraignant pour eux de les soumettre purement et simplement au code des marchés publics, alors que les contraintes européennes sont moins fortes, le Gouvernement propose de les soumettre aux règles européennes de publicité et de transparence figurant dans la loi du 3 janvier 1991.

3) Le projet de loi initial

Le présent article tend à insérer les « organismes de droit public ne relevant pas du code des marchés publics » dans le champ d'application de la loi du 3 janvier 1991, à condition qu'ils aient été créés en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qu'ils remplissent une des trois conditions tenant à l'influence déterminante des pouvoirs publics ou autres pouvoirs adjudicateurs¹.

Il tend aussi à préciser que ces dispositions s'appliquent lorsque la personne exerce la maîtrise d'ouvrage. Enfin, il affirme la possibilité pour l'ensemble de ces organismes d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics.

4) Les ajouts de l'Assemblée nationale

Sur proposition de sa commission des Finances et avec l'avis favorable du Gouvernement, l'Assemblée nationale a adopté un amendement tendant à substituer à la notion d'organisme de droit public ne relevant pas du code des marchés publics, une énumération incluant les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat et les groupements d'intérêt public.

5) Les observations de votre commission des Lois

Votre commission des Lois souligne tout d'abord que la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale semble exclure la **Banque de France** du

¹ Selon l'annexe I de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, sont des organismes de droit public, à titre d'exemple, le CNRS, l'INRA, l'INSERM, l'ANPE, la CNAF, la CNAM, la CNAV, etc.

champ d'application de la loi du 3 janvier 1991, alors que celle-ci a bel et bien la qualité de pouvoir adjudicateur au sens des directives européennes.

En effet, dans un avis du 9 décembre 1999, le Conseil d'Etat a considéré que la Banque de France était une personne publique *sui generis* non soumise aux dispositions du code des marchés publics. Votre commission des Lois vous soumet **un amendement** apportant cette précision.

De façon plus générale, il est regrettable que l'ensemble des mesures de publicité et des procédures de mise en concurrence soient purement et simplement renvoyées au décret, sans que les traits généraux n'en soient fixés dans la loi (décret du 31 mars 1992). La publication par voie réglementaire du nouveau code des marchés publics ne fait qu'aggraver cette tendance.

Votre commission des Lois a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 5 **ainsi modifié**.

Article 5 bis (nouveau)

(art. L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales)

**Délégation du conseil municipal au maire concernant
les marchés passés sans formalités préalables**

Cet article tend à opérer une coordination entre le code général des collectivités territoriales et le nouveau code des marchés publics.

Il a été introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des Finances et avec l'avis favorable du Gouvernement.

En l'état actuel du droit, le 4° de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales régit la délégation du conseil municipal au maire, lequel peut être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être **passés en la forme négociée** en raison de leur montant, lorsque ces crédits sont prévus au budget. Il convient de souligner que les délégations du conseil municipal au maire sont impossibles en dehors des matières où elles sont expressément prévues par la loi.

Actuellement, l'article 308 du code des marchés publics régit les marchés négociés des collectivités locales et de leurs établissements publics, lesquels sont passés dans les mêmes conditions que ceux de l'Etat (art. 104 du même code). Le maire peut, par délégation du conseil municipal, passer des **marchés négociés d'un montant inférieur au seuil de 700.000 F**.

Considérant que le nouveau code des marchés publics supprime la forme négociée des marchés, l'Assemblée nationale a modifié le champ de

cette délégation du conseil municipal au maire afin qu'elle s'applique aux **marchés passés sans formalités préalables**.

Les articles 28 à 31 du nouveau code des marchés publics annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, constituent la section 1 (absence de formalités ou modalités particulières de passation) du chapitre II (définition des procédures) du titre III (passation des marchés) de ce code. Ils disposent que les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables lorsque le **seuil de 90.000 euros HT** n'est pas dépassé. De plus, en deçà du seuil de 130.000 euros hors taxes pour l'Etat et de 200.000 euros hors taxes pour les collectivités territoriales, les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables pour les achats, dans les conditions les plus avantageuses, de denrées alimentaires périssables sur foires et marchés ou sur les lieux de production.

Considérant que cet article reprend une disposition du projet de loi portant réforme du code des marchés publics déposé en mars 1997 par le précédent Gouvernement, votre commission des Lois a émis un **avis favorable** à l'adoption de l'article 5 bis.

Article 5 ter (nouveau)
**Quart réservataire au bénéfice
des sociétés coopératives et des associations**

Cet article tend à réintroduire le « quart réservataire » au bénéfice des sociétés coopératives, et à l'étendre aux associations.

Il a été introduit par l'Assemblée nationale, à l'initiative du Gouvernement et sous-amendé par la commission des Finances.

1) Etat du droit en vigueur

Actuellement, les articles 61 à 73 et 260 à 270 du code des marchés publics, s'inscrivant dans le cadre d'une politique des pouvoirs publics en faveur de l'économie sociale, accordent un traitement privilégié à certaines catégories de candidats sous la double forme d'un **droit de préférence à égalité d'offres** et de la **réservation à leur profit d'une partie des prestations mises en concurrence**.

Ces candidats sont les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP), les groupements de producteurs agricoles, les artisans, les sociétés coopératives d'artisans et les sociétés coopératives d'artistes.

Ils constituent donc une exception au principe d'égalité de la liberté d'accès aux marchés publics¹.

¹ Article 47 du code des marchés publics actuel : « Sous réserve des dispositions des articles 48 à 60 du présent code, les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux

La Commission centrale des marchés a estimé que ces dispositions n'autorisaient à accorder des droits particuliers lors de la passation des marchés ni aux centres d'aide par le travail ni aux entreprises d'insertion.

Les sociétés coopératives bénéficiaires doivent être inscrites sur une liste établie par le ministre chargé du travail.

- Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix en équivalence d'offres, à la soumission ou à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production (SCOP). Toutefois, les préférences accordées aux artisans et sociétés coopératives d'artisans, d'une part, aux artisans d'art, sociétés coopératives d'artisans d'art et sociétés coopératives d'artistes, d'autre part, priment sur la préférence accordée aux SCOP.

- Lorsque les travaux, fournitures ou services sont **répartis en lots** de même nature et de même consistance ressortissant à une même profession et pouvant donner lieu chacun à un marché distinct, l'administration est tenue de réserver préalablement à la mise en concurrence, et dans la proportion d'**un lot sur quatre**, un ou plusieurs lots qui seront attribués, au prix moyen retenu pour les autres lots, aux sociétés coopératives qui, dans le délai fixé par le cahier des charges, ont sollicité le bénéfice de cette mesure et se sont engagées par écrit à accepter ledit prix moyen.

2) Le nouveau code des marchés publics reprend la préférence à offre équivalente

Le I de l'article 54 du nouveau code des marchés publics, annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, reprend les dispositions des articles de l'actuel code des marchés publics relatifs à la préférence¹, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, au profit des SCOP, des groupements de producteurs agricoles, des artisans, sociétés coopératives d'artisans ou sociétés coopératives d'artistes.

Le II de l'article 54 du nouveau code maintient quant à lui le quart réservataire au bénéfice des artisans, sociétés d'artisans ou sociétés coopératives d'artisans.

3) Le projet de loi propose de confirmer le quart réservataire au bénéfice des sociétés coopératives et de l'étendre aux associations.

Lorsque les marchés feront l'objet d'un allotissement et porteront en tout ou partie sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des sociétés coopératives et des associations visant à promouvoir l'emploi de personnes

marchés publics. Sous réserve des dispositions des articles 61 à 73, ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres. »

¹ *Articles 62, 66, 71, 261, 265 et 268 de l'actuel code des marchés publics.*

rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement, un quart des lots devra faire l'objet d'une mise en concurrence de ces structures coopératives et associatives.

4) La position de votre commission des Lois

Sur la forme, votre commission des Lois constate que cet article ne s'insère dans aucune loi ou code existant, ce qui ne lui paraît pas satisfaisant.

Sur le fond, la disposition proposée souffre de l'imprécision des termes employés et génère une incertitude sur le champ d'application exact du dispositif. Quelles sont ces associations « visant à promouvoir l'esprit d'entreprise indépendante et collective » ?

La préférence accordée au moyen du quart réservataire doit être examinée au regard tant du droit communautaire, notamment du principe de la libre concurrence, que du point de vue du droit constitutionnel français, selon lequel le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente **des situations différentes** ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des **raisons d'intérêt général**, pourvu que dans l'un et l'autre cas **la différence de traitement soit en rapport avec la loi qui l'établit**.

Le quart réservataire ne constitue pas une simple faculté pour la personne responsable du marché, mais une **obligation**.

Enfin, votre commission des Lois souligne que le quart réservataire doit être bien distingué de l'introduction de critères sociaux pour l'exécution d'un marché¹, prévue à l'article 14 du nouveau code des marchés publics, annexé au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001.

L'ensemble de ces observations conduit la commission des Lois à vous proposer un **amendement de suppression de l'article 5 ter**.

¹ Article 14 : « La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels ».

Article 53 : « Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. »

TITRE III DISPOSITIONS FACILITANT LE PASSAGE À L'EURO FIDUCIAIRE

Article 9

(art. 113-10, 442-5, 442-15 nouveaux du code pénal)

Protection de l'euro contre le faux monnayage - Adaptation des règles relatives au blanchiment lors du passage à l'euro

Cet article tend à adapter le droit pénal français dans la perspective de la mise en circulation de l'euro fiduciaire, notamment pour tenir compte des décisions relatives à la protection de l'euro adoptées par le Conseil de l'Union européenne.

1) Le droit en vigueur en matière de faux monnayage

Le code pénal contient des dispositions très complètes concernant le faux monnayage. Ainsi, les articles 442-1 à 442-7 du code pénal répriment :

- la **contrefaçon ou la falsification des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal** en France (crime puni de trente ans de réclusion criminelle et 3 000 000 F d'amende) ;

- le **transport, la mise en circulation ou la détention en vue de la mise en circulation de signes monétaires contrefaits ou falsifiés** (délit puni de dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 F d'amende, qui devient un crime lorsqu'il est commis en bande organisée) ;

- la **contrefaçon ou la falsification de pièces ou de billets n'ayant plus cours légal** ou n'étant plus autorisés (délit puni de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 F d'amende) ;

- la **mise en circulation de tout signe monétaire non autorisé** (délit puni de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 F d'amende) ;

- l'**emploi ou la détention sans autorisation des matières et instruments spécialement destinés à la fabrication des pièces et des billets** (délit puni d'un an d'emprisonnement et 100 000 F d'amende) ;

- la **fabrication, la vente, la distribution de tous objets présentant avec les signes monétaires ayant cours légal une ressemblance** de nature à faciliter leur acceptation (délit puni d'un an d'emprisonnement et 1000 000 F d'amende) ;

- la **remise en circulation de signes monétaires contrefaits ou falsifiés reçus pour bons** (délict puni de 50 000 F d'amende).

Le code pénal punit également la tentative de ces infractions, prévoit une exemption de peine pour les personnes qui, après avoir tenté de commettre les infractions, ont averti l'autorité administrative et permis d'éviter la réalisation des infractions. Enfin, l'article 442-14 prévoit la responsabilité des personnes morales.

Malgré le caractère très complet de ces dispositions, le prochain passage à l'euro et les décisions adoptées dans ce contexte par le Conseil de l'Union européenne impliquent une adaptation des règles en vigueur.

2) Les décisions du Conseil de l'Union européenne

Le règlement n° 974/98 du 3 mai 1998 concernant **l'introduction de l'euro** a fixé au 1^{er} janvier 2002 le début de la mise en circulation de l'euro fiduciaire et fait obligation aux Etats membres d'assurer des sanctions adéquates contre la contrefaçon et la falsification des billets et des pièces libellés en euros.

Le 28 mai 1999, le Conseil de l'Union européenne a adopté une résolution visant à renforcer le **cadre pénal pour la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro**. Dans cette résolution, le Conseil estime notamment que la réglementation prévue par la convention internationale pour la répression du faux monnayage du 20 avril 1929 constitue un standard minimal commun de protection pénale contre le faux monnayage pour l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne. En pratique, la France satisfait aux obligations de cette convention qu'elle a ratifiée par décret du 10 juillet 1958.

Enfin, le 29 mai 2000, le Conseil de l'Union européenne a adopté une décision-cadre visant à **renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro**. Certaines des dispositions de cette décision-cadre ne sont pas satisfaites par les dispositions du code pénal français et les dispositions du présent article ont pour objet essentiel de corriger cette situation.

3) Les dispositions du projet de loi

- Le paragraphe I tend à modifier l'article 442-5 du code pénal qui, dans sa rédaction actuelle, punit « *l'emploi ou la détention sans autorisation des matières et instruments spécialement destinés à la fabrication des pièces de monnaie et des billets de banque* ».

L'article 3 de la décision-cadre du 29 mai 2000 invite les Etats membres à réprimer le fait frauduleux de fabriquer, de recevoir, de se procurer ou de posséder :

« - des instruments, des objets, des programmes d'ordinateurs et tout autre procédé destinés par leur nature à la fabrication de fausse monnaie ou à l'altération des monnaies ;

« - des hologrammes ou autres éléments servant à protéger la monnaie contre la falsification ».

Pour tenir compte de ces exigences, le présent paragraphe tend à compléter l'article 442-5 pour :

- sanctionner la **fabrication**, au même titre que l'emploi et la détention, d'instruments destinés à la fabrication des billets de banque et des pièces de monnaie ;

- mentionner explicitement les **programmes informatiques** qui auraient pour objet la fabrication de fausse monnaie ;

- sanctionner la fabrication, l'emploi ou la détention d'**instruments destinés à la protection contre la contrefaçon ou la falsification** des billets de banque ou des pièces de monnaie (les hologrammes par exemple).

Le texte proposé tend par ailleurs à porter les peines encourues d'un an d'emprisonnement et 100 000 F d'amende à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende (196 500 F environ). Une telle aggravation paraît justifiée au moment où doit entrer en circulation une nouvelle monnaie.

- Le paragraphe II tend à insérer dans le chapitre du code pénal consacré à la fausse monnaie un article 442-15, afin de prévoir l'application des principales dispositions de ce chapitre en cas de contrefaçon ou falsification de billets ou de pièces n'ayant pas encore cours légal ou n'ayant pas encore été émis.

Une telle disposition est rendue nécessaire par les prescriptions de l'article 5 de la décision-cadre du 29 mai 2000 du Conseil de l'Union européenne. Les infractions concernant les billets ou pièces n'ayant pas encore cours légal ou n'ayant pas encore été émis seront sanctionnées de la même manière que les atteintes aux pièces et billets en circulation.

Ainsi, la contrefaçon ou la falsification de ces pièces et billets sera passible de trente ans de réclusion criminelle et 3 000 000 F d'amende conformément à l'article 442-1 du code pénal.

Une telle disposition est particulièrement destinée à combattre la contrefaçon de l'euro avant le 1^{er} janvier 2002. Il est regrettable qu'elle soit proposée si peu de temps avant l'entrée en vigueur effective de l'euro.

Dans sa résolution du 28 mai 1999, le Conseil de l'Union européenne a constaté que « l'euro sera particulièrement exposé aux risques de

contrefaçon et de falsifications en raison de son importance mondiale » et s'est déclaré « conscient que des comportements frauduleux concernant l'euro ont d'ores et déjà été constatés ».

- Le paragraphe III tend à mettre en œuvre l'article 7 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000, qui prévoit notamment que les Etats membres ayant adopté l'euro prennent les mesures appropriées pour s'assurer que la contrefaçon, tout au moins à l'égard de l'euro, est passible de poursuites indépendamment de la nationalité de l'auteur de l'infraction et du lieu où elle a été commise.

Dans sa rédaction actuelle, l'article 113-10 du code pénal prévoit notamment que la loi pénale française s'applique à la falsification et à la contrefaçon de pièces de monnaie et de billets de banque réprimées par l'article 442-1 commises hors du territoire de la République.

Le présent paragraphe tend à prévoir une telle **application de la loi pénale française** hors du territoire de la République non seulement en cas de contrefaçon ou de falsification de pièces ou de billets ayant cours légal en France, mais également en cas de **transport ou mise en circulation** de tels pièces et billets (art. 442-2 du code pénal), d'**emploi ou détention des matières ou instruments** destinés à la fabrication de pièces et billets (art. 442-5 du code pénal tel que modifié par le présent projet de loi) et d'**infractions concernant des pièces ou billets pas encore émis ou n'ayant pas encore cours légal** (art. 442-15 nouveau du code pénal).

Le présent paragraphe prévoit aussi la compétence des juridictions françaises pour les infractions prévues à l'article 442-8 du code pénal lorsqu'elles sont commises à l'étranger. L'article 442-8 punit la tentative de l'ensemble des infractions prévues par le chapitre du code pénal sur le faux monnayage. Or, le présent projet de loi ne prévoit pas une compétence des juridictions françaises pour l'ensemble des infractions de ce chapitre lorsqu'elles sont commises à l'étranger. Dans ces conditions, **l'adoption sans modification du présent paragraphe aurait pour effet de donner compétence aux juridictions françaises pour la tentative de certaines infractions lorsqu'elle a lieu à l'étranger sans donner compétence à ces juridictions pour les infractions elles-mêmes, ce qui serait absurde.**

Par un **amendement**, votre commission vous propose de supprimer la référence à l'article 442-8 du code pénal dans le présent paragraphe. Non seulement, la mention de cet article créerait une situation de confusion juridique, mais elle est en outre inutile. En effet, dès lors que le législateur prévoit la compétence des juridictions françaises pour certaines infractions commises à l'étranger, il est clair que cette compétence concerne également la tentative des mêmes infractions.

Le projet de loi initial visait également d'autres articles du code pénal, mais l'Assemblée nationale a heureusement supprimé ces références dès lors que les articles concernés ne définissaient pas d'infractions.

- Le paragraphe IV a un objet sensiblement différent des précédents. Il tend en effet à donner une interprétation des règles pénales relatives au blanchiment dans la perspective de l'échange des pièces et billets en francs.

L'article 324-1 du code pénal dispose dans son deuxième alinéa que *« constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit »*.

Or, dans un laps de temps assez court, des milliards de pièces et de billets en francs vont être échangés contre des euros. Il existe donc un risque que des banques puissent être mises en cause pour blanchiment dans le cadre de ces opérations d'échange, dans la mesure où elles ne pourront à l'évidence pas exercer un contrôle approfondi sur l'ensemble des opérations effectuées dans ce cadre.

Dans ces conditions, comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi, le présent paragraphe *« vise à protéger les représentants, agents et préposés des établissements de crédit, des institutions et services visés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier ainsi que les changeurs manuels visés à l'article L. 520-1 du même code, d'une éventuelle responsabilité pénale pouvant être engagée sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 324-1 du code pénal, relatif au délit de blanchiment, à l'occasion d'une opération d'échange de pièces et billets en francs contre des euros, pour un montant inférieur ou égal à 10 000 euros, qu'ils seront amenés à effectuer entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2002 »*.

Les institutions et services mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier sont le Trésor, la Banque de France, les services financiers de La Poste, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations.

Le texte du présent paragraphe précise que *« ces dispositions ne dispensent pas les personnes qui y sont soumises du respect des obligations de vigilance mentionnées au titre VI du livre V du code monétaire et financier »*.

Parmi ces obligations figure celle de déclarer à un service du ministère de l'Economie et des finances, TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers Clandestins), les sommes qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées. Les obligations des organismes financiers en matière de blanchiment ont récemment été modifiées par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

L'Assemblée nationale, à l'initiative de sa rapporteure Mme Nicole Bricq, a modifié la date à laquelle serait mise en œuvre l'exonération de responsabilité prévue au présent paragraphe pour faire référence au 1^{er} décembre 2001 et non au 1^{er} janvier 2002, date de mise en circulation des pièces et billets en euros. La date du 1^{er} décembre 2001 a été retenue car elle correspond au moment où les banques et les commerces commenceront à être alimentés en euros. Au cours du débat, Mme Nicole Bricq a fait valoir que cette modification de la date pourrait « *inciter nos compatriotes à procéder à l'échange entre francs et euros le plus tôt possible* ».

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 9 **ainsi modifié**.

Article 10

(art. 56 et 97 du code de procédure pénale)

Collecte d'informations relatives à la contrefaçon de l'euro

Une proposition de règlement du Conseil relatif à la **protection de l'euro contre le faux monnayage**, présentée par la Commission européenne en juillet 2000 et en cours de négociation, prévoit notamment la création d'une unité de lutte contre le faux monnayage de l'euro qui serait gérée en tant qu'entité administrative d'Europol.

Elle prévoit en outre que les **données techniques relatives aux faux billets et aux fausses pièces en euros** en provenance des Etats membres sont collectées et répertoriées par les autorités nationales compétentes et sont communiquées à la Banque centrale européenne en vue d'y être stockées et traitées.

Les autorités nationales compétentes aux fins de la détection ou du recueil des faux billets en euros devraient remettre sans délai à un **organisme national habilité** des exemplaires de chaque type de faux billet en euro pour analyse et identification ainsi que les informations de nature technique et statistique dont elles disposent. L'organisme habilité devrait transmettre à la Banque centrale européenne tout nouveau type de faux correspondant aux critères adoptés par celle-ci.

Le texte en discussion précise que cette procédure s'appliquerait également au cours des enquêtes judiciaires sauf s'il y a un besoin impératif d'utiliser tous les faux comme éléments de preuve.

Le présent article tend à compléter les articles 56 et 97 du code de procédure pénale, relatifs aux **saisies et perquisitions au cours d'enquêtes de flagrance ou d'informations judiciaires** pour prendre en considération le dispositif de collecte d'informations au niveau européen en cours d'élaboration.

En cas de saisie de billets de banque ou pièces libellées en euros, l'officier de police judiciaire au cours d'une enquête de flagrance, le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui au cours d'une information judiciaire devrait transmettre pour analyse et identification au moins un exemplaire de chaque type de billets ou pièces suspectés faux au centre d'analyse national habilité à cette fin.

Le centre d'analyse pourrait procéder à l'ouverture des scellés dont il dresserait inventaire dans un rapport. Le rapport et les scellés seraient ensuite déposés dans les mains du greffier de la juridiction compétente.

Cette procédure ne serait pas applicable dans les cas où n'existerait qu'un **unique exemplaire d'un type de billets ou de pièces suspectés faux**, aussi longtemps que celui-ci serait nécessaire à la manifestation de la vérité.

Le projet de loi initial excluait toute transmission de pièces ou billets dont un seul exemplaire aurait été découvert, mais l'Assemblée nationale, à l'initiative de sa rapporteure, Mme Nicole Bricq, a estimé souhaitable que la transmission au centre d'analyses soit effectuée dans l'hypothèse où la pièce ou le billet en cause ne seraient plus utiles à la manifestation de la vérité.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 10.

ANNEXE

AMENDEMENTS PRÉSENTÉS
PAR VOTRE COMMISSION DES LOIS

Article 3

Compléter le second alinéa du I de cet article par une phrase ainsi rédigée :

« Le délégataire ne peut subdéléguer une partie de la gestion de ce service à un tiers qu'avec l'accord exprès de la personne délégante ».

Article 3

Après le II de cet article, insérer un paragraphe ainsi rédigé :

II bis.- Au début du deuxième alinéa de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 précitée les mots : « La collectivité publique » sont remplacés par les mots : « La commission mentionnée à l'article 43 ».

Article 4

Rédiger comme suit le 1° de cet article :

1° - Après le mot : « sous-traitant », la fin du premier alinéa de l'article 1er est ainsi rédigée : « l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. »

Article 4

Rédiger comme suit le texte proposé par le 3° de cet article pour compléter l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 :

« Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14. »

Article 4

Après le 3° de cet article, insérer un 3° bis ainsi rédigé :

3° bis - Après l'article 9, il est inséré un article 9-1 ainsi rédigé :

« Art. 9-1. - Le maître d'ouvrage, s'il a connaissance de l'emploi d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, met l'entrepreneur principal en demeure de s'acquitter de ses obligations ».

Article 4

Rédiger comme suit le 4° de cet article :

4° - L'article 14-1 est ainsi modifié :

I- Le premier alinéa est supprimé

II- Le deuxième alinéa est ainsi rédigé :

« Le maître de l'ouvrage, s'il a connaissance de l'emploi d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3, met l'entrepreneur principal en demeure de s'acquitter de ses obligations. »

III – Le début du troisième alinéa est ainsi rédigé : « Si le sous-traitant... (le reste sans changement) »

Article additionnel avant l'article 4 bis

Avant l'article 4 bis, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Après l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 précitée, il est inséré un article 3-1 ainsi rédigé :

« Art. 3-1. - Pour le paiement des prestations qu'il a accomplies, chaque sous-traitant joint à sa première facture les cautions qu'il a données à ses propres sous-traitants ».

Article 4 bis

Rédiger comme suit le second alinéa de cet article :

« Il lui est toutefois possible, lors de la conclusion puis de l'exécution du marché, de faire appel à d'autres sous-traitants dans les conditions fixées à l'article 3 ».

Article 5

Après le deuxième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, insérer un alinéa ainsi rédigé :

« a bis) Soit la Banque de France ;

Article 5 ter

Supprimer cet article.

Article 9

Dans le III de cet article, supprimer la référence :

442-8,