

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 1996-1997

Annexe au procès-verbal de la séance du 30 octobre 1996.

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et la régularité des **procédures de marchés** et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence et la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux **procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications,***

Par M. Henri REVOL,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : MM. Jean François-Poncet, *président* ; Gérard Larcher, Henri Revol, Jean Huchon, Fernand Tardy, Gérard César, Louis Minetti, *vice-présidents* ; Georges Berchet, William Chervy, Jean-Paul Émin, Louis Moinard, *secrétaires* ; Louis Althapé, Alphonse Arzel, Mme Janine Bardou, MM. Bernard Barraux, Michel Bécot, Jean Besson, Claude Billard, Marcel Bony, Jean Boyer, Jacques Braconnier, Gérard Braun, Dominique Braye, Michel Charzat, Marcel-Pierre Cleach, Roland Courteau, Désiré Debavelaere, Gérard Delfau, Fernand Demilly, Marcel Deneux, Rodolphe Désiré, Jacques Dominati, Michel Doublet, Mme Josette Durrieu, MM. Bernard Dussaut, Jean-Paul Emorine, Léon Fatous, Hilaire Flandre, Philippe François, Aubert Garcia, François Gerbaud, Charles Ginésy, Jean Grandon, Francis Grignon, Georges Gruillot, Claude Haut, Mme Anne Heinis, MM. Pierre Hérisson, Rémi Herment, Bernard Hugo, Bernard Joly, Edmond Lauret, Jean-François Le Grand, Félix Leyzour, Kléber Malécot, Jacques de Menou, Louis Mercier, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM. Jean-Marc Pastor, Jean Pépin, Daniel Percheron, Jean Peyrafitte, Alain Plucher, Jean Pourchet, Jean Puech, Paul Raoult, Jean-Marie Rausch, Charles Revet, Roger Rigaudière, Roger Rinchet, Jean-Jacques Robert, Jacques Rocca Serra, Josselin de Rohan, René Rouquet, Raymond Soucaret, Michel Souplet, André Vallet, Jean-Pierre Vial.

Voir le numéro :

Sénat : 9 (1994-1995).

Marchés publics.

SOMMAIRE

Pages

AVANT-PROPOS	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LES MARCHÉS PUBLICS : UN ENJEU ÉCONOMIQUE D'IMPORTANCE QUI A PROGRESSIVEMENT ÉTÉ RÉGLEMENTÉ PAR LES INSTANCES COMMUNAUTAIRES	7
A. LES MARCHÉS PUBLICS REPRÉSENTENT UNE PART SIGNIFICATIVE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE EN EUROPE	7
1. <i>Dans les pays de l'Union européenne</i>	7
2. <i>En France</i>	8
a) Marchés de l'État, des collectivités locales, de leurs établissements publics et des entreprises publiques	8
b) Les opérateurs de réseaux	10
B. LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES ONT PEU À PEU HARMONISÉ LES PROCÉDURES DE PASSATION DE CES MARCHÉS	11
1. <i>Une construction progressive</i>	11
2. <i>Une démarche segmentée inspirée par un double souci d'exhaustivité et de réalisme</i>	14
a) Dans un souci d'exhaustivité, les directives se sont affranchies des distinctions opérées par le droit national	14
b) Une démarche réaliste qui a conduit à réserver un sort particulier aux industries de réseaux	15
c) Des obligations qui ne s'imposent qu'au-delà de seuils dont les montants sont adaptés à la nature des marchés concernés	16
3. <i>Des principes constants</i>	18
C. UN DROIT EUROPÉEN EN MUTATION	19
1. <i>L'état des négociations et le calendrier prévisionnel de la révision des directives</i>	19
2. <i>Votre Commission des Affaires économiques réaffirme la position du Sénat sur ces projets de révision</i>	22
II. LE DROIT NATIONAL A PEU À PEU INTÉGRÉ LES NORMES COMMUNAUTAIRES	25
A. LES DIRECTIVES EUROPÉENNES SONT DES NORMES DE VALEUR SUPÉRIEURE QUE LE DROIT NATIONAL SE DOIT D'INTÉGRER	25
1. <i>Les directives, droit « dérivé » des Traités, nécessitent une transposition en droit interne</i>	25
2. <i>L'absence de transposition ne fait pas échec à l'applicabilité d'une directive</i>	26
B. LE DROIT NATIONAL A PROGRESSIVEMENT INTÉGRÉ LES NORMES COMMUNAUTAIRES SUR LES MARCHÉS PUBLICS	27
C. LA CONDAMNATION DE LA FRANCE POUR SON RETARD À REMPLIR SES OBLIGATIONS EUROPÉENNES	29
1. <i>La totalité des dispositions communautaires n'a pas encore été transposée en droit français</i>	29
2. <i>La France a fait l'objet d'une condamnation en manquement par la Cour de justice des Communautés européennes, le 2 mai 1996</i>	29

a) L'article 169 du Traité instituant la Communauté européenne	29
b) La condamnation de la France pour non transposition des directives sur les marchés publics.....	31
3. <i>La menace de la procédure de l'article 171</i>	31
III. LE PRÉSENT PROJET DE LOI FAIT LE CHOIX D'UNE TRANSPOSITION LITTÉRALE DES SEULES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES.....	33
A. UNE DÉMARCHE DU GOUVERNEMENT EN DEUX TEMPS	33
1. <i>Le projet de loi n° 130 du 30 novembre 1993</i>	33
2. <i>Le présent projet de loi</i>	33
B. UNE DÉMARCHE DISSOCIÉE DU PROJET DE RÉFORME DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS	34
1. <i>Le présent texte ne s'insère pas dans le cadre du code des marchés publics</i>	34
2. <i>L'avenir reste donc ouvert pour la réforme annoncée du code des marchés publics</i>	34
C. LE PRÉSENT PROJET DE LOI FAIT LE CHOIX DE SE CANTONNER À LA STRICTE TRANSPOSITION DES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES.....	35
1. <i>Le titre premier du projet de loi</i>	36
a) Les acteurs concernés.....	36
b) Ses principales dispositions.....	37
2. <i>Le titre II du projet de loi</i>	37
a) Les secteurs et les opérateurs concernés	37
b) Ses principales dispositions.....	40
IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION	41
EXAMEN DES ARTICLES.....	43
TITRE PREMIER - SOUMISSION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS MARCHÉS DE SERVICES ET DE FOURNITURES À DES OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE	43
• <i>Article premier - Soumission des contrats de fournitures passés par certains organismes à des obligations de publicité et de mise en concurrence</i>	44
• <i>Article 2 - Soumission des contrats de services passés par certains organismes à des obligations de publicité et de mise en concurrence</i>	49
• <i>Article 10-1 (nouveau) de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 - Régimes de certains contrats de services</i>	51
• <i>Article 10-2 (nouveau) de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 - Contrats de services exclus des obligations communautaires</i>	61
• <i>Article 3 - Recours contre les manquements Contrats de droit privé</i>	69
• <i>Article 4 - Recours contre les manquements Contrats de droit public</i>	71
• <i>Article 5 - Exclusions du champ d'application de la loi</i>	73
TITRE II - DISPOSITIONS COMPLÉTANT, EN CE QUI CONCERNE CERTAINS CONTRATS DE SERVICES, LA LOI N° 92-1282 DU 11 DÉCEMBRE 1992 RELATIVE AUX PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS CONTRATS DANS LES SECTEURS DE L'EAU, DE L'ÉNERGIE, DES TRANSPORTS ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS.....	76
• <i>Article 6 - Soumission des contrats de services passés par les opérateurs de réseaux à des obligations de publicité et de mise en concurrence</i>	77
• <i>Article 8 - Abrogation</i>	80

- 1. Article 4-1 (nouveau) de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 **Régime de certains contrats de services**..... 82
- 2. Article 4-2 (nouveau) de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 **Les contrats de services exclus des obligations communautaires**..... 86
- 3. Article 4-3 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 **Extension aux contrats de services des dispositions relatives aux accords-cadres** 87
- Article 10 - 87
- **Extension des conditions d'exclusion aux contrats de services** 87
- Article 11 - **Exclusion des contrats de services passés avec des entreprises liées** 89
- Articles 12 et 13 - **Coordination en matière de recours**..... 94

TABLEAU COMPARATIF 95

ANNEXES 115

- ANNEXE 1 - Liste des personnes entendues par le rapporteur 116
- ANNEXE 2 - Les directives marchés publics et l'état de leur transposition 118
- ANNEXE 3 - Arrêt en manquement du 2 mai 1996 de la Cour de Justice des Communautés européennes 120
- ANNEXE 4 - Textes réglementaires prévus par le projet de loi..... 124

Mesdames, Messieurs,

Le projet de loi qui est soumis aujourd'hui à l'examen de notre Haute Assemblée vise à permettre la transposition en droit interne d'une partie des dispositions des directives européennes sur les marchés publics prises par le Conseil des Ministres des Communautés européennes en 1992 et 1993 dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur.

Ce projet de loi, déposé sur le Bureau du Sénat le 6 octobre 1994, sera le dernier texte de nature législative adopté pour transposer les directives qui soumettent à des obligations de publicité et de mise en concurrence la passation des marchés de fournitures, de travaux et de services :

- la directive n° 93-36 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ;
- la directive n° 93-37 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ;
- la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;
- la directive n° 93-38 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;
- ainsi que la directive n° 92-13 du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

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

En effet, bien que certaines de ces directives fassent déjà l'objet, au niveau communautaire, de négociations en vue de leur modification¹, au sujet desquelles notre Haute Assemblée a pris position², la France s'est vue condamnée en manquement le 2 mai 1996 par la Cour de Justice des Communautés européennes à cause de son retard à transposer en droit interne les directives concernées. C'est dans ce contexte que la discussion du présent texte a été inscrit à l'ordre du jour, deux ans après son dépôt au Parlement.

Ce projet intervient dans un domaine d'importance puisque les marchés visés représentent une part non négligeable de l'activité économique. Néanmoins, il est d'une portée juridique limitée au regard de l'objet des dispositions communautaires qui l'ont institué.

Il se contente, en effet, de définir quels sont les contrats et les organismes de droit privé les souscrivant qui se trouvent inclus dans le champ d'application national de la directive. La fixation des obligations contenues dans la directive et la détermination des seuils à partir desquels ces obligations s'imposent relèvent du pouvoir réglementaire.

De même, le projet de loi ne transpose pas les obligations communautaires s'appliquant aux personnes publiques et principalement aux établissements publics. Toutes ces mesures relèvent, en effet, du code des marchés publics.

Les enjeux économiques que représentent les marchés publics ont amené les institutions communautaires à poser des règles pour leur passation (I), ce qui a induit des transformations importantes du droit national (II). Le présent projet de loi a pour objet de clore le cycle national des transpositions nécessaires pour rendre applicables les directives européennes adoptées dans ce domaine (III).

¹ Dans cette perspective, la Commission européenne a d'ailleurs publié, en août 1996, un Livre vert sur « les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir ».

² Voir pour la directive n° 93-38, la Résolution du Sénat (n° 1, 1995-1996) et le rapport n°355 de M. Henri Revol (Sénat, 3° session extraordinaire de 1994-1995), présenté au nom de la Commission des Affaires économiques.

EXPOSÉ GÉNÉRAL

I. LES MARCHÉS PUBLICS : UN ENJEU ÉCONOMIQUE D'IMPORTANCE QUI A PROGRESSIVEMENT ÉTÉ RÉGLEMENTÉ PAR LES INSTANCES COMMUNAUTAIRES

A. LES MARCHÉS PUBLICS REPRÉSENTENT UNE PART SIGNIFICATIVE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE EN EUROPE

1. Dans les pays de l'Union européenne

Le constat, dans la dernière moitié des années 1980, du poids des marchés publics dans l'activité économique des pays européens est à la base de la décision des instances communautaires d'élaborer des règles communes pour la passation de ces marchés.

En effet à la fin de la dernière décennie, la Commission européenne évaluait à 15 % du PIB des Douze le montant des marchés publics passés chaque année. Ce pourcentage représente aujourd'hui, pour les quinze pays membres de l'Union européenne, un montant supérieur à 5.500 milliards de francs.

2. En France

a) *Marchés de l'État, des collectivités locales, de leurs établissements publics et des entreprises publiques*

La Commission centrale des marchés fournit les chiffres concernant les marchés publics. Elle est habilitée, par l'article 35 du code des marchés publics, à recenser les marchés passés par les personnes publiques assujetties au respect des dispositions de ce code (l'État, ses établissements publics administratifs, les collectivités locales et leurs établissements publics), ainsi que les personnes publiques qui n'y sont pas assujetties (établissements publics à caractère industriel et commercial, entreprises nationales et sociétés d'économie mixte).

En 1993, dernière année connue, la Commission centrale des marchés a dénombré plus de 180.000 marchés passés pour un montant total de l'ordre de **300 milliards de francs**.

MONTANT DES MARCHÉS PASSÉS EN 1991, 1992 ET 1993

Pouvoir adjudicateur	1991	1992	1993
État et établissements publics nationaux à caractère administratif	104,6	127,4	117,3
Collectivités locales et établissements publics locaux	103,2	91,6	98,2
Entreprises publiques	103,5	75,1	73,8
Ensemble	311,3	294,1	289,3

(En milliards de francs - Source : Commission centrale des marchés)

Notons que l'impact économique réel des marchés publics est supérieur à ces 300 milliards, puisque les commandes (700 milliards de francs) passées en-dessous du seuil à partir duquel il est nécessaire de se plier aux obligations de mise en concurrence ne sont pas recensées.

Au total, les marchés publics représentent près de 11 % du Produit Intérieur Brut.

L'État et ses établissements publics administratifs passent le plus grand nombre de marchés (plus du tiers en 1993).

Les branches économiques les plus concernées sont le bâtiment et le génie civil ainsi que la construction navale, l'aéronautique et l'armement qui représentent plus de 50 % du montant total annuel.

Des données plus précises sont fournies par le tableau suivant :

**RÉPARTITION PAR BRANCHE ÉCONOMIQUE DES MARCHÉS PASSÉS
EN 1993**

Branche économique	Montant des marchés en millions de francs	En pourcentage du total
Agriculture, sylviculture, pêche	163,4	-
Viande, produits laitiers	632,6	-
Autres produits agricoles et alimentaires	820,3	-
Combustibles minéraux solides, coke	17,5	-
Produits pétroliers, gaz naturel	1.467,7	-
Minerais et métaux ferreux	1.072,7	-
Minerais et métaux non ferreux	370,7	-
Matériaux de construction	1.670,0	-
Verre	59,6	-
Chimie de base, fibres synthétiques	1.019,0	-
Parachimie, pharmacie	4.543,3	1,75 %
Fonderie, travail des métaux	2.002,2	-
Construction mécanique	13.325,1	5,14 %
Matériels électriques professionnels	31.383,6	12,11 %
Biens d'équipement ménager	315,9	-
Automobile, matériel de transport terrestre	5.531,4	2,13 %
Construction navale, aéronautique, armement	47.153,2	18,20 %

Branche économique	Montant des marchés en millions de francs	En pourcentage du total
Textile, habillement	6.180,2	2,38 %
Cuir et chaussures	2.699,9	-
Bois, meubles, industries diverses	7.200,9	2,78 %
Papier, carton	3.485,8	-
Imprimerie, presse, édition	463,9	-
Caoutchouc, matières plastiques	488,3	-
Bâtiment, génie civil	95.401,4	36,80 %
Réparation, commerce automobile	623,1	-
Hôtels, cafés, restaurants	275,7	-
Transports	965,7	-
Services marchands aux entreprises	26.189,5	10,11 %
Services marchands aux particuliers	3.567,9	-
Location, crédit-bail immobilier	42,5	-
TOTAL	259.132,7	100 %

(Source : commission centrale des marchés)

b) Les opérateurs de réseaux

Pour ce qui concerne les principaux acteurs publics qui opèrent plus précisément dans les secteurs de l'énergie, du transport et des télécommunications, le montant des marchés passés en 1991 était le suivant :

MONTANT DES MARCHÉS ENTRANT DANS LE CADRE DE LA DIRECTIVE n°93-38 PASSÉS EN 1991 PAR LES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX

(En milliards de francs)

RATP	FRANCE TÉLÉCOM	EDF	SNCF	ADP	TOTAL
3,3	18	36	31,5	2,5	91,3

Ces chiffres, qui ne prennent pas en compte les marchés passés par les opérateurs (à statut privé) dans le domaine de l'eau, soulignent l'importance économique des marchés couverts par les directives communautaires.

Ce poids économique certain a conduit la Communauté européenne à instaurer des règles communes pour la passation des marchés publics.

B. LES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES ONT PEU À PEU HARMONISÉ LES PROCÉDURES DE PASSATION DE CES MARCHÉS

Comme votre rapporteur le soulignait dans le rapport¹ qu'il a établi au nom de la Commission des Affaires économiques sur la proposition de directive modifiant les directives n^{os} 92-50, 93-36, 93-37 et 93-38, la réglementation communautaire sur les marchés publics ne s'est que progressivement mise en place.

1. Une construction progressive

Bien que les marchés publics ne soient pas, en tant que tels, évoqués dans le Traité de Rome, la Commission européenne a considéré l'ouverture des marchés publics nationaux comme un élément essentiel de la réalisation d'un véritable marché intérieur. Elle s'est donc appuyée sur les articles 3 (définition des actions générales de la Communauté), 7 (interdiction des discriminations fondées sur la nationalité), 30 (élimination des restrictions quantitatives entre les Etats-membres) et 59 (suppression des restrictions à la libre prestation de services) du Traité pour agir.

Dans un premier temps, en 1971 et 1977, deux directives ont été adoptées sur proposition de la Commission afin d'harmoniser les procédures de passation des marchés publics, respectivement, de travaux et de fournitures. Le bilan de l'application de ces textes dressé par la Commission en décembre 1984, faisait apparaître que les deux directives avaient été un échec : seulement 2 % des marchés publics nationaux étaient, dans les

¹ Rapport de M. Henri Revol n^o 355, présenté au nom de la Commission des Affaires économiques, Sénat 3^e session extraordinaire de 1994-1995. Les développements historiques ci-après reprennent en partie l'analyse effectuée par le précédent rapport.

années 1980, attribués à des entreprises étrangères appartenant à la Communauté européenne.

Aussi, en juin 1986, après la signature de l'Acte unique, la Commission a-t-elle mis au point un programme d'élimination des frontières techniques et d'harmonisation des réglementations en vue de réaliser un véritable marché unique des marchés publics.

En application de l'article 100-A du Traité de Rome relatif aux procédures de rapprochement des législations (article introduit par l'Acte Unique), trois directives étaient adoptées en 1988 et 1989.

Un troisième étape réglementaire était franchie en 1992-1993. Il s'agit d'un tournant dans l'élaboration des directives puisque les textes adoptés « consolident », c'est-à-dire modifient, codifient et harmonisent les directives antérieures.

Au total, de 1988 à 1993, ce ne sont pas moins de neuf directives qui sont successivement intervenues pour encadrer les procédures de passation des marchés de fournitures, de travaux et de services, puis des marchés souscrits par des entreprises intervenant dans des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, comme l'indique le tableau suivant :

**DIRECTIVES INTERVENUES DEPUIS 1988
CONCERNANT LES MARCHÉS PUBLICS**

NUMERO	TITRE	OBJET
88/295	Directive du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE	Fournitures
89/440	Directive du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	Travaux
89/665	Directive du Conseil du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux	Recours
90/531	Directive du Conseil du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	Opérateurs de réseaux
92/13	Directive du Conseil du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	Recours
92/50	Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services	Services
93/36	Directive du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures	Fournitures
93/37	Directive du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux	Travaux
93/38	Directive du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications	Opérateurs de réseaux

2. Une démarche segmentée inspirée par un double souci d'exhaustivité et de réalisme

a) *Dans un souci d'exhaustivité, les directives se sont affranchies des distinctions opérées par le droit national*

Comme l'exprime un document de travail de la Commission européenne, cité par M. Robert Laucournet¹ dans son rapport sur la loi du 11 décembre 1992 : « *la logique qui sous-tend l'élaboration du droit communautaire repose, en définitive, sur un critère téléologique...* » : ce droit tend à viser « *tout adjudicateur pouvant être soumis à des pressions politiques pour acheter « national » au détriment de ses intérêts commerciaux* ».

Aussi, les directives communautaires n'ont-elles pas tenté de réaliser une harmonisation générale des diverses règles nationales applicables aux marchés publics. Bien au contraire, leur champ d'application diffère souvent, comme c'est le cas pour la France, de celui des codes nationaux régissant ce domaine.

La Commission européenne faisait en effet remarquer : « *On ne peut imputer les pratiques nationalistes en matière de passation de marchés aux seules entités qui ont un statut public officiel. Les entités privées, isolées des forces du marché et en relation étroite avec l'État et leurs fournisseurs nationaux traditionnels, parfois depuis très longtemps, pratiquent une politique analogue*². »

L'approche communautaire a donc consisté à dépasser la distinction opérée par le droit national entre entités de droit public et entités de droit privé, soumettant, sous certaines conditions, ces deux catégories aux mêmes obligations.

Les directives dites « fournitures » « travaux » et « services » désignent, comme destinataires des obligations qu'elles édictent, non seulement l'État, les collectivités locales et leurs établissements publics, mais également **d'autres entités qui peuvent être en droit français de nature privée**, dès lors qu'elles sont créées pour satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qu'elles remplissent un des trois critères suivants : financement public, contrôle public de leur gestion ou nomination publique de leurs organes dirigeants. C'est le cas, par exemple, de certaines

¹ Rapport de M. Robert Laucournet n° 15 présenté au nom de la Commission des Affaires économiques, Sénat 1992-1993.

² Communication de la Commission sur le régime communautaire des marchés publics dans les secteurs exclus. Bruxelles, le 11 octobre 1988 : Com. (88) 376 final.

associations (comme l'ARC), des caisses primaires d'assurance maladie, des sociétés anonymes d'HLM, qui ont pourtant un statut de droit privé.

Ainsi, **un marché peut entrer dans le champ d'application d'une directive sans être soumis au code des marchés publics français**. C'est pour cette raison que la transposition des directives a nécessité non seulement l'introduction d'un livre V au code des marchés publics, mais aussi l'adoption de textes législatifs et réglementaires autonomes (cf. ci-après).

Les directives, si elles reflètent un souci d'exhaustivité, sont également le fruit d'une démarche pragmatique.

b) Une démarche réaliste qui a conduit à réserver un sort particulier aux industries de réseaux

Les organismes exerçant leur activité principale dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ont longtemps été exclus des obligations imposées par les directives. Il faut bien comprendre que ce ne sont pas les secteurs économiques en tant que tels qui, pendant des années, n'ont pas été soumis à ces règles, mais les organismes exerçant leur activité principale dans ces secteurs. A preuve : les commandes passées, dans lesdits secteurs, par les instances publiques énumérées précédemment se trouvaient, elles, assujetties aux directives en vigueur.

Une telle exclusion se fondait sur la constatation que certaines personnes morales intervenant, à titre principal, dans les branches considérées, possédaient un caractère susceptible d'entraîner leur assujettissement au droit communautaire des marchés publics, alors que d'autres n'entraient pas dans le cadre d'application de ce droit. Il aurait, en conséquence, été discriminatoire de soumettre une partie des opérateurs à une réglementation particulière qui ne serait pas imposée à leurs concurrents. D'autant plus qu'une telle distinction aurait pu jouer au détriment de certains États membres, ces différences de statut juridique entre des organismes qui accomplissent des tâches similaires se trouvant moins souvent relevées au sein d'un même pays qu'entre les différents pays de la Communauté européenne.

Les industries de réseaux se sont donc vu appliquer un régime assoupli, afin que les opérateurs qui interviennent dans ces secteurs puissent gérer leurs activités d'une manière appropriée à leur spécificité.

Deux caractéristiques essentielles, propres aux directives « opérateurs de réseaux », méritent d'être soulignées :

- d'une part, dans la directive « opérateur de réseaux », le pouvoir adjudicateur a la liberté de choisir la procédure qu'il souhaite, alors que dans les directives « classiques », l'appel d'offres est la procédure de droit commun. La possibilité pour les opérateurs de réseaux de passer des marchés négociés est donc très large ;

- d'autre part, une mise en concurrence limitée entre les seules entreprises agréées est possible : à cette fin, une liste des entreprises agréées doit être publiée au Journal officiel des Communautés européennes.

En résumé, les six directives actuellement en vigueur sur les marchés publics peuvent être classées en trois groupes :

① les directives « classiques »

Il en existe trois, qui concernent les marchés de travaux (directive n° 93-37), de fournitures (directive n° 93-36) et de services (directive n° 92-50) ;

② la directive « opérateurs de réseaux »

Il s'agit de la directive n° 93-38 relative aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, qui était appelée antérieurement directive « secteurs exclus ». Elle concerne les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par les entreprises opérant à titre principal dans ces domaines ;

③ les directives « recours »

Deux directives instaurent des procédures de recours contre les manquements aux obligations communautaires définies respectivement par les directives « classiques » et la directive « opérateurs de réseaux ».

c) Des obligations qui ne s'imposent qu'au-delà de seuils dont les montants sont adaptés à la nature des marchés concernés

Un marché n'est soumis aux directives que lorsque son montant estimé -ou le montant des marchés relatifs à la réalisation d'un même ouvrage ou d'une même opération- dépasse un seuil dont le montant est défini par la

directive. En-deçà de ce seuil, les obligations communautaires ne s'appliquent pas.

Le droit national utilise d'ailleurs le même procédé et s'appuie sur des montants de marchés dont seul le dépassement entraîne la naissance d'obligations de procédure.

Les seuils communautaires sont variables suivant la nature des marchés concernés. Par exemple, pour les contrats de services et de fournitures passés par des organismes « sous influence publique » que régit le titre premier du présent projet de loi (cf. commentaire de l'article 1), les directives imposent le seuil de 200.000 écus qui correspond à environ 1.300.000 francs hors TVA. Le présent projet de loi se contente, quant à lui, de renvoyer à un arrêté pour la fixation du seuil.

En effet, la Commission européenne adresse tous les deux ans à chacun des États membres la contre-valeur dans sa monnaie nationale des seuils communautaires. Sur cette base, la Commission centrale des marchés prépare un arrêté ministériel. Il s'agit de l'arrêté du 9 février 1994, modifié par l'arrêté du 17 janvier 1996, publié au Journal officiel du 25 février 1996.

SEUILS D'APPLICATION DES DIRECTIVES

	TRAVAUX DIRECTIVE 93-97	FOURNITURES DIRECTIVE 93-36	SERVICES DIRECTIVE 92-50
Etat et établissements publics nationaux (sauf EPIC)	5.000.000 Ecus 32.900.000 Francs	130.000 DTS 900.000 Francs	130.000 DTS (1) 900.000 Francs
Collectivités territoriales et établissements publics locaux (sauf EPIC)	5.000.000 Ecus 32.900.000 Francs	200.000 Ecus 1.300.000 Francs	200.000 Ecus 1.300.000 Francs
Opérateurs de réseaux - Directive 93-38 :			
- Télécommunications	5.000.000 Ecus 32.900.000 Francs	600.000 Ecus 3.900.000 Francs	600.000 Ecus 3.900.000 Francs
- Eau - Energie - Transports	5.000.000 Ecus 32.900.000 Francs	400.000 Ecus 2.600.000 Francs	400.000 Ecus 2.600.000 Francs

(1) Le seuil prévu par la directive « services » est formellement de 200.000 Ecus, mais il convient de tenir compte de l'accord sur les marchés publics (AMP) annexé à l'accord OMC, qui fixe ce seuil à 130.000 DTS pour les organismes étatiques.

Cette approche pragmatique et segmentée n'exclut pas une grande continuité des principes mis en oeuvre.

3. Des principes constants

Toutes les directives se sont inscrites dans la perspective de la construction du Marché unique. Elles ont poursuivi un même objectif : éviter la discrimination des candidats aux marchés publics en raison de leur nationalité.

Cette volonté d'instaurer une égalité d'accès aux marchés publics des États membres a pour corollaire la mise en place d'un régime permettant une égalité de traitement sur la base de critères objectifs préalablement annoncés.

Les règles instituées imposent des obligations de procédures visant à :

- assurer la publicité des offres par le biais, par exemple, d'un « avis de préinformation » publié au Journal officiel des Communautés européennes ;

- coordonner les spécifications techniques des produits en instaurant une référence à des normes européennes, afin que le plus grand nombre possible d'entreprises puisse soumissionner en toute connaissance de cause ;

- définir des modes de passation des marchés. Le droit communautaire connaît la même distinction, entre les procédures ouverte, restreinte et négociée, que le code des marchés publics français (livres II et III). La procédure de droit commun est l'appel d'offres (ouvert ou restreint), la procédure négociée n'est possible que dans les cas prévus par les directives ;

- définir les règles d'attribution du marché ;

- organiser la publication d'un avis d'attribution, afin de permettre un fonctionnement transparent du système ;

- ouvrir des procédures de recours en cas de manquement aux obligations communautaires. Les autorités juridictionnelles des États membres se voient habilitées à prendre des mesures provisoires de suspension de la procédure de passation ou de l'exécution des décisions prises par le pouvoir adjudicateur.

Mais le droit européen des marchés publics n'est pas figé puisque des négociations sont en cours au niveau communautaire, en vue de modifier les directives.

C. UN DROIT EUROPÉEN EN MUTATION

Outre les clauses de révision prévues par certaines directives, ces dernières doivent prochainement faire l'objet de modifications, comme l'exige l'application de l'accord sur les marchés publics passé dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), dit accord AMP.

1. L'état des négociations et le calendrier prévisionnel de la révision des directives

● La clause de révision de la directive n° 93/38 en 1998

Il convient tout d'abord de préciser que la directive n° 93/38 (opérateurs de réseaux) comporte une clause de révision, qui doit intervenir au 1er juillet 1998.

Les négociations sur ce point n'en sont qu'à leurs balbutiements.

Il faut souligner que cette révision risque de se « télescoper » avec celle que nécessite la transposition de l'accord AMP en droit communautaire. Ceci ne sera pas sans poser de problèmes, notamment pour le secteur des télécommunications, dont la libéralisation sera totale à compter du 1er janvier 1998 et dont la soumission éventuelle aux nouvelles procédures issues de l'AMP constitue l'un des points majeurs de divergence et de négociation.

● L'accord AMP

Le cycle de l'Uruguay Round, qui s'est conclu par l'accord sur l'OMC, signé à Marrakech le 15 avril 1994, a constitué une nouvelle étape importante vers la libéralisation des échanges mondiaux de biens, mais aussi de services. Il couvre plus largement les marchés publics que les accords précédents.

Le nouveau code sur les marchés publics, dit accord AMP, annexé à l'accord OMC et applicable à compter du 1er janvier 1996, a pour triple objet :

- d'étendre la portée de l'accord initial aux travaux et services, et non plus seulement aux fournitures ;

- d'élargir le champ d'application de cet accord en y incorporant les départements et agences relevant des autorités gouvernementales, régionales et locales, ainsi qu'à des entités qui, dans les secteurs des transports, de l'eau et de l'énergie, opèrent dans un environnement concurrentiel limité ;

- d'améliorer le texte de cet accord et de faire appliquer ses principes de manière plus efficace et systématique.

La négociation a donc porté non seulement sur l'extension du champ d'application de ce code, mais aussi sur l'amélioration des conditions de transparence de l'ouverture des marchés publics (procédure d'ouverture, publicité, obligation d'une large diffusion des cahiers des charges dans les diverses langues accessibles au plus grand nombre d'opérateurs, définition des normes).

Cet accord nécessite une adaptation des directives « marchés publics », qui fait l'objet de négociations difficiles au sein des institutions communautaires.

● L'état des négociations

Rappelons que dans la décision par laquelle il a approuvé l'accord AMP, le Conseil des ministres de l'Union européenne a expressément indiqué que cet accord nécessitait une adaptation des directives « marchés publics ». La Commission européenne, quant à elle, avait estimé que cet accord était d'application directe, sans qu'une modification des directives soit juridiquement nécessaire. Toutefois, pour éviter aux opérateurs d'avoir à se référer à deux textes différents et pour éviter des discriminations à rebours, au détriment des industriels européens, elle a estimé utile en définitive d'apporter un certain nombre d'aménagements aux directives. A cet effet, elle a adressé en juin 1995 au Conseil et au Parlement européen deux propositions de directives tendant à modifier d'une part, les directives n° 92-50 (services), n° 93-36 (fournitures) et n° 93-37 (travaux), d'autre part, la directive n° 93-38 (opérateurs de réseaux).

S'agissant de cette dernière, la Commission européenne a proposé de nombreuses modifications. Outre de nécessaires adaptations mineures, concernant notamment les seuils¹ au-delà desquels les procédures s'appliquent ainsi que les délais², elle propose des modifications substantielles concernant :

- les spécifications techniques ;
- la publicité et le système de qualification des fournisseurs ;
- les cas de dérogation à la procédure de mise en concurrence (travaux complémentaires) ;
- les informations à fournir aux candidats et soumissionnaires qui n'ont pas été retenus ;
- des obligations statistiques.

S'il n'a apporté que quelques retouches à la rédaction du premier texte, **le Conseil a demandé à la Commission de profondément remanier la proposition de texte modifiant la directive n° 93-38, pour tenir compte notamment des demandes formulées par la France. Pour l'essentiel, ces modifications visent à ne pas soumettre les marchés des opérateurs de télécommunications aux règles issues de l'AMP, à maintenir l'égalité de traitement des opérateurs publics et privés d'un même secteur et à préserver la possibilité pour les opérateurs d'entretenir un dialogue technique précontractuel avec les fournisseurs d'équipements.**

Le Conseil a pris une position à l'unanimité en faveur de ces orientations lors du Conseil « marché intérieur » du 23 novembre 1995.

Pour sa part, **le Parlement européen** a approuvé, avec quelques amendements, la première proposition de directive, relative aux marchés de services, de fournitures et de travaux. En revanche, réuni en séance plénière le 16 juillet 1996, il a rejeté le texte initial de la Commission européenne concernant la directive n° 93-38, au motif qu'il introduisait des procédures plus contraignantes que celles que prévoit l'AMP et qu'il étendait ces contraintes à l'ensemble des opérateurs publics et privés de tous les secteurs couverts par la directive, alors que l'AMP ne couvrait que les opérateurs publics de certains secteurs d'activité, à l'exclusion notamment du secteur des télécommunications.

¹ S'agissant des seuils, la proposition de modification maintient les seuils existants pour le secteur des télécommunications et elle introduit de nouveaux seuils pour tous les autres secteurs d'activité, basés sur les droits de tirages spéciaux prévus dans l'AMP, à savoir 400.000 DTS pour les marchés de fournitures et de services, 5 milliards de DTS pour les marchés de travaux. Ces nouveaux seuils ne sont que très légèrement supérieurs à ceux existant.

² Les délais sont légèrement réduits.

Le Parlement n'a toutefois pas adopté de résolution législative. De ce fait, le vote intervenu le 16 juillet ne constitue pas un avis du Parlement européen au sens de l'article 189 C-a du traité, permettant au Conseil d'arrêter une position commune. Le texte proposé par la Commission européenne devrait faire l'objet d'un nouvel examen par la Commission économique et monétaire et par le Parlement réuni en séance plénière.

● Le calendrier prévisionnel

Ainsi, un processus de modification des directives « services », « fournitures », « travaux » et « opérateurs de réseaux » a été engagé, mais ce processus n'est pas encore parvenu à son terme. Il n'y parviendra, selon toute vraisemblance, que dans un délai de quelques mois. Il ne semble pas que le Conseil soit en mesure d'adopter une « position commune » avant novembre 1996, en admettant que cette dernière soit conforme à l'accord politique de novembre 1995. Lorsqu'elle aura été adoptée, le Parlement européen sera à nouveau saisi. Son examen nécessitera probablement un délai de plusieurs semaines, au terme duquel le Parlement proposera des amendements sur lesquels la Commission ou le Conseil devront se prononcer.

Dans ces conditions, une adoption définitive des directives, adaptant les directives actuelles pour tenir compte de l'AMP, apparaît envisageable au cours du premier semestre 1997, pour autant que le Parlement européen accepte les éléments essentiels de la position commune.

Ces délais seraient vraisemblablement beaucoup plus longs si l'équilibre de l'accord politique de 1995 était remis en cause à l'initiative soit d'un Etat-membre, soit du Parlement européen.

2. Votre Commission des Affaires économiques réaffirme la position du Sénat sur ces projets de révision

Le 12 octobre 1995, le Sénat a adopté, sur la proposition de votre Commission des Affaires économiques, une résolution sur les propositions de directives modifiant les directives marchés publics.

Rappelons que votre rapporteur¹ avait alors souligné que si les propositions concernant les services, fournitures et travaux ne semblaient pas

¹ Voir rapport n° 355, présenté par de M. Henri Revol, au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan, Sénat (1994-1995).

soulever de problème majeur, dans la mesure où les procédures de l'AMP sont tout à fait adaptées à la passation des marchés publics stricto sensu, il n'en était pas de même de celles concernant les industries de réseaux.

En effet, les achats des entreprises industrielles se satisfont mal d'une transposition rigide -et, parfois, à la lettre- de dispositions avant tout destinées aux marchés publics classiques.

Le rapport précité relevait que des modifications proposées par la Commission entraîneraient des inconvénients sérieux pour les industries de réseaux si elles étaient adoptées en l'état .

Rappelons les termes mêmes de la Résolution qu'avait alors adoptée le Sénat :

Résolution adoptée par le Sénat le 12 octobre 1995

Le Sénat,

Invite le Gouvernement à demander au Conseil :

- qu'une transposition communautaire de l'accord plurilatéral sur les marchés publics soit assurée de manière à ce qu'au sein de l'Union européenne soit garantie, sans aucune discrimination relative au statut juridique des entreprises concernées, l'application d'un régime unique de passation des marchés publics quelle que soit l'origine géographique des fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services pouvant y répondre,

- que l'interprétation de l'AMP devant présider à sa transposition en droit communautaire s'inspire, en vertu du principe de réciprocité, de l'interprétation qui en a été donnée par les États-Unis dans la « Déclaration d'action de l'administration » adoptée par le Congrès américain le 1er décembre 1994,

- que, par voie de conséquence, les modifications à apporter aux directives précitées ne portent que sur les seuils de déclenchement des procédures et les délais impartis à ces dernières et, en aucun cas, sur des aspects majeurs tels que les justifications à apporter aux fournisseurs non retenus, les modalités de publicité, le dialogue technique, le système de qualification des fournisseurs et les marchés de travaux complémentaires,

- qu'à défaut du strict respect de la position définie précédemment, soient exclus du champ d'application des nouvelles directives les secteurs non couverts par l'AMP, et, en particulier, le secteur des télécommunications eu égard à son caractère stratégique.

On peut se féliciter que la position adoptée par le Conseil, le 23 novembre 1995, ait largement pris en compte les préoccupations de notre Haute Assemblée.

Sur certains points, ce compromis reste cependant insatisfaisant. Ainsi, le Sénat s'était inquiété d'une disposition qui aurait de facto interdit le **dialogue technique** approfondi indispensable qui doit s'instaurer entre un opérateur et ses fournisseurs.

Si cette disposition ne figure plus dans le texte même du projet de directive, il est cependant regrettable qu'elle soit l'objet d'un « considérant », dont rien ne prouve qu'il sera interprété par les juges dans un sens favorable aux industries concernées.

En outre, il faut souligner les difficultés d'application ou d'interprétation rencontrées dans l'application des directives concernées, notamment s'agissant de la passation de certains marchés de services.

On citera **deux exemples** qui illustrent ces dernières :

- les **services financiers**, qui recouvrent les services d'assurance, d'une part ; les services bancaires et d'investissement, d'autre part. Pour ce qui concerne les contrats d'assurance, la directive impose un formalisme de passation des contrats, ainsi que des délais, qui ne sont pas toujours adaptés à ce type de marché (problème de la confidentialité des risques couverts, constitution de pools d'assureurs pour les risques importants...).

Les mêmes critiques valent pour les services bancaires et d'investissement pour lesquels l'intuitu personae, la relation de long terme ou, au contraire, l'instantanéité sont importants ;

- les **services de recherche et développement** : ces marchés sont couverts par les directives si l'entité adjudicatrice les finance à 100 % et est l'unique propriétaire des résultats. En pareil cas, les obligations d'information et de mise en concurrence qu'elles comportent posent des problèmes de confidentialité des actes de recherche. Elles entraînent également des difficultés d'application lorsque la recherche porte sur des systèmes complexes et intégrés.

Certes, les directives prévoient que, sous deux conditions, ces marchés peuvent bénéficier d'une procédure sans mise en concurrence. Le problème est que ces conditions sont délicates à justifier : il faut que l'entité adjudicatrice ne cherche pas à assurer une rentabilité ou à récupérer les coûts de la recherche et que la passation du marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents.

Or, comment peut-on présumer à l'avance des résultats de la recherche et donc prévoir les éventuels marchés subséquents ?

Dans ces conditions, cette disposition ne risque-t-elle pas de revenir purement et simplement à interdire toute exploitation commerciale des résultats ?

Votre commission souhaite que le Gouvernement continue à défendre avec fermeté la position du Sénat sur les différents points

évoqués et fasse valoir ces arguments pour obtenir leur prise en compte dans le cadre de la révision des directives.

A l'occasion de l'examen des articles du titre II du présent projet de loi, on précisera les difficultés d'application de la directive n° 93/38 dans tel ou tel secteur. On relèvera par là même les points nécessitant une révision de la directive.

C'est donc la transposition d'un droit communautaire en quelque sorte déjà « dépassé » que nous sommes amenés à examiner dans le cadre du présent projet de loi. Ce caractère évolutif des directives communautaires nous incite à la vigilance, tant en amont, au stade de leur révision, qu'en aval, au stade de leur transposition en droit national.

II. LE DROIT NATIONAL A PEU À PEU INTÉGRÉ LES NORMES COMMUNAUTAIRES

A. LES DIRECTIVES EUROPÉENNES SONT DES NORMES DE VALEUR SUPÉRIEURE QUE LE DROIT NATIONAL SE DOIT D'INTÉGRER

1. Les directives, droit « dérivé » des Traités, nécessitent une transposition en droit interne

Sans entrer dans l'analyse détaillée du droit communautaire¹, rappelons toutefois quelle est la nature juridique des directives et, partant, quelle est la raison d'être du présent projet de loi.

Les directives sont des actes unilatéraux, pris par le « triangle institutionnel » communautaire formé par la Commission, le Conseil et le Parlement, sur le fondement de l'article 189 du Traité instituant la Communauté européenne. Cet article dispose que « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ».

Contrairement au règlement communautaire par exemple, qui est directement applicable, pour la directive, une obligation d'introduction dans le droit national dans les délais impartis pèse donc sur les États

¹ Pour une analyse approfondie des textes et de la jurisprudence, le lecteur pourra utilement se reporter à « *L'application du droit de l'Union européenne en France* », Jean-Luc Sauron, 1995, La Documentation française, collection *réflexe Europe*.

membres. En droit français, cette transposition peut prendre une forme législative ou réglementaire, suivant la nature des dispositions en cause, en vertu du partage opéré entre loi et règlement par les articles 34 et 37 de la Constitution.

La transcription en droit interne est d'autant plus nécessaire que l'article 55 de la Constitution a permis de poser le principe d'une primauté du droit communautaire sur les lois.

2. L'absence de transposition ne fait pas échec à l'applicabilité d'une directive

L'article 55 de la Constitution dispose que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois.

Cette disposition s'applique également aux directives et tant le juge judiciaire¹ que le juge administratif écartent l'application d'une loi nationale, même postérieure, contraire aux dispositions d'une directive.

Ainsi, le non respect des obligations communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics pourrait être invoqué devant le juge national, judiciaire ou administratif, qui peut annuler, par exemple, une décision d'attribution d'un marché prise sur le fondement d'un texte de droit national contraire à une directive.

La non transposition d'une directive introduit donc une certaine fragilité dans l'ordre juridique interne et une insécurité manifeste pour les entreprises contractantes.

Aussi, le droit national a-t-il progressivement intégré les normes communautaires sur les marchés publics.

¹ Cf. par exemple Cour de cassation, chambre criminelle, 7 nov. 1990, à la suite de la jurisprudence « Jacques Vabre », 1975.

B. LE DROIT NATIONAL A PROGRESSIVEMENT INTÉGRÉ LES NORMES COMMUNAUTAIRES SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Les directives sur les marchés publics ont déjà fait, en France, l'objet de transpositions, qui ont pris la forme réglementaire ou législative, suivant les dispositions concernées.

On peut citer notamment 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 concurrence¹, ainsi que la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications², que propose de modifier le présent projet de loi.

Le tableau ci-après détaille les textes de transposition déjà intervenus :

- pour les directives « classiques » :

TEXTE DE TRANSPOSITION	DIRECTIVE TRANSPOSÉE
- Livre V du code des marchés publics. Décrets n° 89-236 du 17 avril 1989, n° 92-311 du 31 mars 1992 et n° 93-990 du 3 août 1993 - Arrêtés du 9 septembre 1994 et du 17 janvier 1996	- Directive n° 93-36 dite « fournitures »
- Livre V du code des marchés publics. Décrets n° 90-824 du 18 septembre 1990, n° 92-311 du 31 mars 1992 et n° 93-990 du 3 août 1993 - Loi du 3 janvier 1991 précitée - Décret n° 92-311 du 31 mars 1992 - Arrêtés des 9 février 1994 et 17 janvier 1996	- Directive n° 93-37 dite « travaux »

¹ Voir le rapport présenté par M. Bernard Laurent, au nom de la Commission des Lois, n° 479, Sénat, 1989/1990.

² Voir le rapport de M. Robert Laucournet présenté au nom de la Commission des Affaires économiques, n° 15, Sénat, 1992/1993.

- pour la directive « opérateurs de réseaux » :

TEXTE DE TRANSPOSITION	DIRECTIVE TRANSPOSÉE
-Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 - Décret n° 93-990 du 3 août 1993 - Arrêtés des 9 février 1994 et 17 janvier 1996	- Directive n° 93-3 dite « opérateurs de réseaux »

- pour les directives « recours » :

TEXTE DE TRANSPOSITION	DIRECTIVE TRANSPOSÉE
- Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 - Décret n° 92-964 du 7 septembre 1992	- Directive n° 89-665 dite directive « recours dans les secteurs classiques »
- Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993	- Directive n° 92-13 dite directive « recours pour les opérateurs de réseaux »

En dépit du nombre important de textes déjà intervenus, la totalité des dispositions des directives sur les marchés publics n'a pas été transcrite en droit national, ce qui a valu à la France une condamnation en manquement par la Cour de Justice des Communautés européennes.

C. **LA CONDAMNATION DE LA FRANCE POUR SON RETARD À REMPLIR SES OBLIGATIONS EUROPÉENNES**

1. **La totalité des dispositions communautaires n'a pas encore été transposée en droit français**

Les directives « travaux » et « recours secteurs classiques » sont totalement transposées, ainsi que la directive « opérateurs de réseaux », pour ce qui concerne les travaux et les fournitures.

Les directives « fournitures » et « recours opérateurs de réseaux » sont globalement transposées et le seront totalement après l'adoption des adaptations mineures contenues dans le présent projet de loi.

Seuls la directive « services » et les aspects de la directive « opérateurs de réseaux » qui concernent les services n'ont encore fait l'objet d'aucune transposition, bien que les dates limites de transposition (respectivement le 14 juin 1994 et le 14 juin 1993) soient déjà dépassées.

2. **La France a fait l'objet d'une condamnation en manquement par la Cour de justice des Communautés européennes, le 2 mai 1996**

a) *L'article 169 du Traité instituant la Communauté européenne*

Le Traité de Rome a donné aux instances communautaires les moyens de s'assurer de la bonne application par les États membres du droit communautaire.

Il s'agit des articles 169, 170 et 171 du Traité instituant la Communauté européenne.

En particulier, l'article 169 du traité dispose que :

« Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. »

Si l'État ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. »

① Le déclenchement de la procédure

C'est à la Commission, en tant que gardienne des traités, que revient l'initiative de la procédure. Elle décide souverainement de l'opportunité des poursuites, mais dispose de plusieurs canaux pour détecter les infractions à la bonne application du droit communautaire :

- cas décelés d'office: les différentes directions générales de la Commission relèvent dans leur travail les infractions dont elles peuvent avoir à connaître (lecture de la presse nationale, des journaux officiels des États membres) ;

- les plaintes des particuliers qui peuvent dénoncer à la Commission les infractions dont ils sont victimes. La Commission a édité ainsi un modèle de « *plainte auprès de la Commission des Communautés européennes pour non-respect du droit communautaire* » ;

- les questions parlementaires et les pétitions au Parlement européen ;

- les rapports des commissions d'enquête parlementaires du Parlement européen ;

- les dénonciations officieuses des États membres.

② La phase pré-contentieuse

Si elle suspecte une infraction, la Commission envoie à l'État membre une « **lettre de mise en demeure** », identifiant la violation présumée et lui fixant un délai pour formuler ses observations (**généralement** deux mois). Dans la pratique, la mise en demeure prévue à l'article 169 est généralement précédée d'un échange de correspondances entre la Commission et l'État membre suspecté d'infraction ; ce n'est que si cet échange n'aboutit pas à un règlement amiable que la procédure de l'article 169 est formellement entamée.

Si l'État n'élimine pas le manquement ou si la Commission n'est pas convaincue par les explications fournies par l'État membre, la Commission lui envoie alors un « **avis motivé** » qui a pour objet de définir l'objet du litige. Il doit préciser les raisons de fait et de droit pour lesquelles la Commission estime qu'il y a manquement, indiquer les mesures que la Commission juge nécessaires pour y mettre fin et fixer un délai que la Commission impose à l'État membre pour se conformer à ses obligations (**généralement** deux mois).

La phase précontentieuse est, **en général**, efficace pour régler les litiges à l'amiable, puisque 70 % des avis motivés ne donnent pas lieu à un arrêt en manquement.

③ La phase contentieuse

Si l'État membre n'a pas éliminé l'infraction dans le délai fixé par l'avis motivé, la Commission peut saisir la Cour de justice d'un recours visant à la constatation juridictionnelle du manquement.

L'arrêt par lequel la Cour constate le manquement de l'État concerné a une autorité absolue, c'est-à-dire que les particuliers peuvent l'invoquer devant les tribunaux nationaux en vue de faire déclarer inapplicables les dispositions nationales qui seraient en opposition avec le droit communautaire.

b) La condamnation de la France pour non transposition des directives sur les marchés publics

La Commission européenne a engagé une procédure de recours en manquement sur le fondement de l'article 169 pour non transposition par la France des directives n°s 92-50 dite « services » et 93-38 dite « opérateurs de réseaux ».

● **En ce qui concerne la directive « services »**, la France a été condamnée par la Cour de justice des Communautés européennes, le 2 mai 1996.

La Cour a également constaté le manquement à transposer la directive « services » de la Grèce et de l'Allemagne.

Une procédure d'infraction est en cours contre le Royaume de Belgique.

La Commission vérifie actuellement les mesures de transposition opérées par l'Espagne, l'Irlande, l'Autriche, le Portugal, la Finlande, la Suède et la Grande-Bretagne.

En revanche, le Danemark, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas ont, d'ores et déjà, satisfait à leurs obligations de transposition.

● **En ce qui concerne la directive « opérateurs de réseaux »**, n° 93-38, la procédure du recours en manquement contre la France est en cours, au stade de « l'avis motivé » (phase pré-contentieuse). Un autre arrêt en manquement contre la France est donc probable.

3. La menace de la procédure de l'article 171

Si la France tardait encore trop à transposer la directive « services », la Commission pourrait engager contre elle une nouvelle procédure en manquement mais, cette fois, sur le fondement de l'article 171 du Traité instituant la Communauté européenne, tel qu'il a été modifié par le Traité de Maastricht sur l'Union européenne.

LE NOUVEL ARTICLE 171 DU TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

- lorsqu'un État membre a été convaincu de manquement, il doit prendre les mesures pour faire cesser ce manquement ;

- la Commission peut lui adresser un avis motivé si elle estime qu'il n'a toujours pas rempli ses obligations, en lui fixant un délai pour se mettre en règle ;

- passé ce délai, la Commission peut saisir la Cour de justice en indiquant le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte qu'elle estime devoir être payée par l'État membre concerné ;

- si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte.

La France pourrait donc se voir condamnée à verser une amende ou des astreintes si elle persistait à ne pas transposer la directive « services » n° 92-50.

Bien que cette procédure n'ait encore jamais été utilisée depuis son inscription dans le Traité en 1992 -ce qui d'ailleurs laisse le mystère entier quant au montant probable des sanctions financières infligées-, il ressort des informations fournies à votre rapporteur par le Gouvernement que la Commission européenne soit décidée à l'utiliser. Elle rédigerait actuellement sa lettre de « mise en demeure » à l'État français, première étape de la procédure de l'article 171.

Il importe donc de remplir enfin les obligations souscrites par la France lors de l'adoption des directives en 1992-1993. C'est l'objet du présent projet de loi.

III. LE PRÉSENT PROJET DE LOI FAIT LE CHOIX D'UNE TRANSPOSITION LITTÉRALE DES SEULES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES

A. UNE DÉMARCHE DU GOUVERNEMENT EN DEUX TEMPS

1. Le projet de loi n° 130 du 30 novembre 1993

Le 30 novembre 1993, le Gouvernement avait déposé au Sénat un projet de loi visant à transposer en droit interne la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 relative à l'ouverture des marchés publics de services. Ce projet de loi n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour, le Gouvernement ayant préféré lui substituer une deuxième version, complétée, déposée au Sénat le 6 octobre 1994.

2. Le présent projet de loi

Le texte qui est soumis à notre examen, s'il reprend dans son titre I, les dispositions du premier projet de loi relatives à la transposition de la directive « services » n° 92-50, permet en outre de transcrire en droit national certaines des dispositions de la directive « fournitures » n° 93-36 non encore transposées (article premier du présent texte), ainsi que de la directive « opérateurs de réseaux » (titre II du présent texte).

Ainsi, comme l'affirme l'exposé des motifs, le projet de loi devrait constituer le dernier texte de nature législative pris pour transposer les directives adoptées en 1992 et 1993 sur les marchés publics.

B. UNE DÉMARCHE DISSOCIÉE DU PROJET DE RÉFORME DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

1. Le présent texte ne s'insère pas dans le cadre du code des marchés publics

Les « marchés publics » sont, au sens du droit français, des contrats passés, dans les conditions prévues au code des marchés publics, par les collectivités publiques, en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services (article premier du code).

Cette branche du droit est principalement composée de règles fixées par le pouvoir réglementaire, malgré une intervention de plus en plus fréquente du législateur.

D'après les informations fournies à votre rapporteur, la transposition des obligations communautaires qui concernent ceux des pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités locales et leurs établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial) qui sont soumis au code des marchés publics relève d'un décret modifiant le code des marchés publics.

Ce n'est que pour les pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics qu'une transposition législative par le présent projet de loi est nécessaire.

Le code des marchés publics et le présent texte ont donc un champ d'application nettement distinct. D'ailleurs, le texte utilise le terme de « contrats », et non celui de « marchés », pour éviter toute confusion avec les « marchés publics » au sens national du terme.

2. L'avenir reste donc ouvert pour la réforme annoncée du code des marchés publics

Le Gouvernement a souhaité que soit entreprise une réforme de la réglementation des marchés publics. Il a chargé le député M. Alfred Trassy-Paillogues, d'établir un rapport en vue d'éclairer ses choix pour cette réforme qui doit « *donner à la commande publique un cadre juridique cohérent et adapté à la réalité économique actuelle, dans le strict respect des*

principes de transparence des choix et d'égalité dans la concurrence et procurer à l'acheteur public une sécurité juridique accrue »¹.

Le rapport d'étape² de la mission parlementaire a permis de faire le diagnostic de l'usage actuel du code des marchés publics qui, dans de nombreux cas, comme le souligne le rapport, ne permet pas d'aboutir à la conclusion du meilleur contrat possible. La réglementation serait, en outre, d'une complexité excessive, de l'avis unanime des acteurs concernés.

Le rapport propose donc une série d'orientations visant à simplifier les règles et les rendre plus efficaces. Le Gouvernement devrait prochainement déposer, sur le bureau du Parlement un projet de loi allant dans ce sens.

C. LE PRÉSENT PROJET DE LOI FAIT LE CHOIX DE SE CANTONNER À LA STRICTE TRANSPOSITION DES OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES

Le texte qui nous est soumis propose de retranscrire très fidèlement les articles des directives précitées qui doivent être introduits en droit interne. Il procède, quand c'est possible, à une simplification, par rapport au texte de la directive, dans la présentation des obligations applicables.

Sa caractéristique majeure est de procéder par modification et ajout aux précédentes lois de transposition déjà adoptées en 1991 et 1992. Il s'agit, bien souvent, de soumettre des acteurs déjà identifiés à de nouvelles procédures : le texte procède donc par renvois aux dispositions déjà adoptées.

² Présenté le 31 octobre 1995.

1. Le titre premier du projet de loi

Le titre premier du présent projet de loi modifie le titre II de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 qui soumet déjà à des obligations de publicité et de mise en concurrence la passation de certains contrats de travaux par des organismes privés sous influence publique, afin **d'étendre aux contrats de fournitures et de services les obligations de publicité et de mise en concurrence**, en transposition des directives n°s 92-50 et 93-36 :

a) Les acteurs concernés

Le titre I s'applique aux personnes qui sont déjà mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991.

Il s'agit de personnes qui, tout en étant de forme juridique privée, ne sont pas totalement affranchies d'une influence publique. Aussi bien les désigne-t-on comme personnes « sous influence publique ».

Cette catégorie recouvre :

- **les groupements de collectivités publiques qui auraient une forme juridique privée** (on peut imaginer par exemple une association soumise à la loi de 1901, regroupant des collectivités publiques) ;

- **les organismes privés à financement public majoritaire**

Il s'agit entre autres des caisses primaires de sécurité sociale, des comités de fêtes, de l'association pour la formation professionnelle des adultes...

- **les organismes privés dont la gestion est contrôlée par un organisme public** (c'est-à-dire par les juridictions financières).

Il s'agit par exemple de l'ARC et d'associations faisant appel à la générosité publique, des fédérations sportives, des sociétés anonymes d'HLM.

- **les organismes privés ayant une désignation publique de leurs dirigeants**

C'est le cas de certaines sociétés d'économie mixte locales qui gèrent un service public administratif.

b) Ses principales dispositions

- **l'article premier** insère un article 9-1 dans la loi de 1991, qui concerne les contrats de fournitures dont le montant dépasse 200.000 écus hors taxes ;

- **l'article 2** introduit des articles 10-1 et 10-2 dans la loi de 1991 qui concernent les contrats de services supérieurs à 200.000 écus hors taxes, lesquels sont assujettis suivant leur nature à trois régimes d'obligations différents ;

- **les articles 3 et 4** visent à soumettre la passation des contrats de services aux mêmes possibilités de recours que celles qui existent déjà aux articles 11-1 et 11-2 de la loi de 1991 pour les contrats de travaux et de fournitures ;

- **l'article 5** définit les contrats exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence, par extension du champ d'application de l'article 12 de la loi du 3 janvier 1991.

2. Le titre II du projet de loi

a) Les secteurs et les opérateurs concernés

Le titre II transpose les dispositions de la directive « opérateurs de réseaux » (n° 93/38) qui sont relatives à la passation des contrats de services.

● Rappelons que la directive n° 93/38 couvre les marchés (d'un montant supérieur à certains seuils) passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications par :

- les pouvoirs publics (États, collectivités territoriales) ;

- les entreprises publiques ;

- et par les entreprises privées lorsque ces entreprises bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux accordés par les pouvoirs publics.

Les dispositions de cette directive sont transposées par le Code des marchés publics, notamment par les titres Ier et II du livre V de ce code :

- d'une part, pour ce qui concerne les pouvoirs publics (État, collectivités territoriales, établissements publics administratifs nationaux ou locaux) ;

- d'autre part, pour ce qui concerne les entreprises publiques constituées sous la forme d'un établissement public industriel et commercial local.

Les mêmes dispositions ont été **transposées par la loi du 11 décembre 1992** et son décret d'application du 3 août 1993 **pour ce qui concerne les entreprises publiques constituées sous la forme d'un EPIC national ou sous la forme d'une société, et les entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux.**

• **Les opérateurs de réseaux pour lesquels la transposition de la directive n° 93/38 implique la modification de la loi du 11 décembre 1992 sont les suivantes, cette liste étant non limitative :**

- production, transport distribution d'eau potable

Parmi les 15.500 services d'eau potable (13.500 communes et 2.000 syndicats intercommunaux), 8.800 sont gérés par des opérateurs privés en application d'une convention de délégation de service public. Pour l'essentiel, ces 8.800 services, visés par le présent projet de loi, sont confiés à quatre sociétés : Compagnie générale des Eaux, Lyonnaise des Eaux, SAUR et CISE ;

- production, transport ou distribution d'électricité

Dans ce secteur électrique, sont visées :

* EDF ;

* la Compagnie nationale du Rhône ;

* les entreprises locales de distribution d'électricité. Ces entreprises, au nombre d'environ 150, peuvent avoir divers statuts : régies disposant de la personnalité morale ou seulement de l'autonomie financière, sociétés d'économie mixte (SEM), sociétés d'intérêt collectif agricole d'électricité (SICAE). Certaines de ces entreprises (environ 20 %) ont aussi des activités de distribution d'eau et de gaz ou de chaleur.

- Transport ou distribution de gaz de chaleur :

* Gaz de France ;

* sociétés locales de production et de transport de gaz ou de chaleur.

- Prospection et extraction de pétrole ou de gaz

- Prospection et extraction de charbon et d'autres combustibles

solides :

* Charbonnages de France

* Houillères de bassin.

- Transports ferroviaires :

* SNCF ;

* RATP ;

* Sociétés concessionnaires ou ferroviaires de réseaux de tramway.

- Transports non ferroviaires ;

* Sociétés concessionnaires ou ferroviaires de réseaux d'autobus

- Installations aéroportuaires :

* Aéroports de Paris ;

- Sociétés concessionnaires d'un aéroport.

- Installations portuaires et maritimes :

* Port autonome de Paris ;

* Port autonome de Strasbourg ;

* Port autonome de Bordeaux ;

* Port autonome de Dunkerque ;

* Port autonome de la Guadeloupe ;

* Port autonome du Havre ;

* Port autonome de Marseille ;

* Port autonome de Nantes-Saint-Nazaire

* Port autonome de Rouen ;

* Sociétés concessionnaires d'un port.

- **Dans le secteur des télécommunications** : France Télécom est visée par le texte.

b) Ses principales dispositions

Afin de transposer la directive n° 93/38 précitée, le Titre II du présent projet de loi propose de modifier la loi n° 92-1182 du 11 décembre 1992 relative à la passation des contrats de services passés par les opérateurs de réseaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

- **l'article 6** étend le champ d'application de la loi précitée aux contrats de services ;

- **l'article 7** soumet les contrats passés dans le cadre du régime dérogatoire que peuvent obtenir les organismes opérant dans les secteurs des hydrocarbures et des mines, dans le respect des dispositions du code minier, aux mêmes possibilités de recours juridictionnels applicables en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- **l'article 9** insère les articles 4-1 et 4-2 dans la loi du 11 décembre 1992 de façon à définir les trois régimes d'obligations applicables aux différentes catégories de services qu'ils énumèrent.

Dans la mesure où les catégories ainsi visées sont similaires, ces articles font référence aux listes de services contenues dans la loi du 3 janvier 1991 et définies au titre premier du présent projet de loi ;

- **l'article 10** étend aux contrats de services le champ des exclusions (achats déclarés secrets ou passés en vertu d'un accord international, achats de fournitures directement liés à la nature de l'activité) prévues à l'article 5 de la loi du 11 décembre 1992 ;

- **l'article 11** insère un article 5-1 dans la loi du 11 décembre 1992 pour tenir compte d'une exclusion spécifique aux contrats de services passés par les opérateurs de réseaux à des filiales spécialisées.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Les travaux de votre Commission des Affaires économiques ont été guidés par **trois séries de préoccupations** :

① **Veiller aux attributions du Parlement.** Le projet de loi qui vous est soumis, comme d'ailleurs les textes législatifs de transposition adoptés en 1991 et 1992, posent le principe et le champ d'application d'obligations qu'il revient au pouvoir réglementaire de définir.

Votre commission a veillé à rendre le texte de loi le plus précis possible quant à la nature même de ces obligations.

② **Assurer une correspondance rigoureuse entre les règles posées par le projet de loi et celles édictées par les directives transposées,** afin d'éviter que nos entreprises puissent se voir soumises à des obligations qui ne s'imposeraient pas à leurs concurrents dans d'autres États de l'Union européenne.

③ **Rectifier des imperfections de forme ou de fond des dispositions proposées.**

Ce sont ces préoccupations qui l'on amené à vous proposer 14 amendements.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER

SOUSSION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS MARCHÉS DE SERVICES ET DE FOURNITURES À DES OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE

Le titre premier du présent projet de loi vise à compléter la transposition législative de deux directives sur les marchés publics :

- la directive n° 92-50 dite « directive services » ;
- la directive n° 93-36 dite « directive fournitures ».

Pour ce faire, il procède par **modification et adjonction au titre II 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. Le titre II de ladite loi soumet déjà à des obligations de publicité et de mise en concurrence la passation de certains contrats de travaux conclus par des organismes répondant à différents critères, notamment un financement ou un contrôle de leurs organes de gestion par des autorités publiques.

L'économie générale du titre premier du présent projet de loi est la suivante :

TITRE PREMIER DU PROJET DE LOI

Articles du projet de loi	Article de la loi du 3 janvier 1991 modifié	Directive transposée
Article premier	Création d'un nouvel article 9-1	N° 93-36, article 1 b).
Article 2	Création des articles 10-1 et 10-2 nouveaux	N° 92-50, articles 1, 3, 8, 9 et 6.
Article 3	Modification de l'article 11-1	N° 92-50, article 41.
Article 4	Modification de l'article 11-2	N° 92-50, article 41.
Article 5	Modification de l'article 12	N° 92-50, articles 1 a), 4 et 5, n° 93-36, articles 2 et 4.

On rappellera que le présent projet de loi transpose en droit interne le principe de l'application de règles contraignantes et leur champ d'application, mais que le contenu même des règles sera précisé par décrets en Conseil d'État.

Article premier

Soumission des contrats de fournitures passés par certains organismes à des obligations de publicité et de mise en concurrence

L'article premier du projet de loi **insère un nouvel article 9-1** après l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée.

Le nouvel article 9-1 a pour objet de transcrire les **dispositions de l'article premier b) de la directive n° 93-36** dite directive « fournitures », qui définissent le champ d'application **des règles communautaires applicables en matière de marchés de fournitures.**

Article 1er b) de la directive n° 93-36

Champ d'application des obligations communautaires pour les marchés de fournitures

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

« Pouvoirs adjudicateurs » : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par « organisme de droit public » tout organisme :

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

et

- doté de la personnalité juridique

et

- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. »

La directive dispose que les obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposent aux acteurs définis dans l'article 1er b). Or, la législation interne ne prévoit pas encore d'obligations aussi larges. Il convient donc de la mettre en conformité.

1) Les marchés concernés

a) Nature

- Il s'agit de la passation des contrats.

- Ces contrats concernent, comme dispose le projet de loi, « l'achat, le crédit-bail, la location-vente, ou la location, avec ou sans option d'achat, de fournitures ».

Cette formulation reprend celle de la directive (dans son article 1er a) qui définit les marchés publics de fournitures.

Article 1er a) de la directive n° 93-36

« Marchés publics de fournitures » : des contrats conclus par écrit à titre onéreux **ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits** entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et, d'autre part, un des pouvoirs adjudicateurs définis au point b). La livraison des produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation. »

b) Seuil

Le texte du projet de loi dispose que la passation des contrats sera soumise auxdites obligations dès lors que leur montant « *est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre de l'économie* ».

Comme il a déjà été signalé dans l'exposé général, le droit communautaire, tout comme le droit national, s'appuie sur des seuils dont le dépassement entraîne la naissance d'obligations de procédure.

Dans les directives, ces seuils sont libellés en écus. La Commission européenne adresse tous les deux ans à chacun des États membres la contre-valeur dans sa monnaie nationale des seuils. Sur cette base, la Commission centrale des marchés prépare un arrêté ministériel¹.

La directive transposée par le présent article impose un **seuil de 200.000 écus** pour les marchés de fournitures, c'est-à-dire environ 1.300.000 francs hors TVA. Ce seuil sera repris par les textes réglementaires d'application.

2) Les acteurs concernés

a) Par la directive n° 93-36

La directive s'applique aux marchés passés par l'ensemble des « pouvoirs adjudicateurs » qui regroupent l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par les collectivités ou organismes de droit public (voir article 1b) de la directive n° 93-36).

Or, certains de ces pouvoirs adjudicateurs entrent dans le champ d'application du code des marchés publics et la transposition des obligations

¹ Cf. arrêté du 9 février 1994 modifié par l'arrêté du 17 janvier 1996.

communautaires les concernant relève du pouvoir réglementaire. En ce qui concerne la directive n° 93-36, plusieurs textes de transposition sont d'ores et déjà intervenus¹. Il s'agit de l'État, des collectivités territoriales et de certains organismes publics comme les établissements publics administratifs, qu'il s'agisse d'établissements publics de l'État (Universités, INSERM,) ou d'établissements publics locaux (lycées, hôpitaux, offices d'HLM).

Mais un certain nombre d'autres « organismes publics » au sens de la directive sont des organismes de droit privé dans l'ordre juridique français, auxquels ne s'applique pas le code des marchés publics. C'est cette dernière catégorie qui est visée par le présent projet de loi.

b) Par le projet de loi

Tout comme pour la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, les acteurs concernés sont ceux des « organismes publics » (au sens communautaire) auxquels ne s'applique pas le code des marchés publics, qu'on appelle « **organismes privés sous influence publique** ».

Le présent projet de loi fait référence aux « *personnes mentionnées à l'article 9* » de la loi n° 91-3.

¹ Livre V du Code des marchés publics. Décrets n° 89-236 du 17 avril 1989, n° 92-311 du 31 mars 1992 et n° 93-990 du 3 août 1993.

Il s'agit d'un côté de « l'entrepreneur », de l'autre :

Soit d'un Groupement de collectivités publiques, de droit privé (exemple : Association loi 1901 regroupant des collectivités publiques)	Soit d'un organisme sous influence publique		
	Financement public majoritaire	Contrôle public de la gestion	Désignation publique des dirigeants
	Exemple : - caisse primaire de sécurité sociale - comité des fêtes - association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA)	Exemple : - ARC - AFNOR - Fédérations sportives - SAHLM - GIP	Exemple : - certaines SEM locales gérant un service public administratif

3) Les obligations qui s'imposent : publicité et mise en concurrence

Le texte de l'article 9-1 dispose que les mesures de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent seront **définies par décret en Conseil d'État**. Ce décret reprendra les prescriptions de la directive.

En définitive, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 soumettait les contrats de travaux de certains organismes privés « sous influence publique » à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le présent article tend à imposer à ces mêmes organismes des obligations similaires, mais pour les contrats de fournitures.

Votre commission vous propose d'adopter l'article premier dans une rédaction légèrement modifiée dans le but d'apporter une clarification rédactionnelle.

Article 2

Soumission des contrats de services passés par certains organismes à des obligations de publicité et de mise en concurrence

L'article 2 du projet de loi insère dans le titre II de la loi du 3 janvier 1991 **deux nouveaux articles (10-1 et 10-2)** qui concernent les **marchés de services** passés par les mêmes « organismes privés sous influence publique », que ceux visés à l'article premier ci-dessus, **en transposition de la directive n° 92-50**, dite directive « services ».

a) Les acteurs

La directive vise deux catégories d'acteurs. Une seule relève du projet de loi.

**DIRECTIVE n° 92-50 DU 18 JUIN 1992 PORTANT COORDINATION DES
PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES**

Organismes visés par la directive	Texte de transposition
État, collectivités territoriales, Établissements publics administratifs	Code des marchés publics, titre 1er, par voie réglementaire
Autres « organismes publics » au sens communautaire, définis à l'article 9 de la loi n° 91-3 (article premier du projet de loi)	Présent projet de loi

b) Le seuil

La directive n° 92-50 dite « directive services » soumet la passation de **contrats de services d'un montant supérieur à 200.000 écus** à des mesures de publicité et des procédures de mise en concurrence, c'est-à-dire environ 1.300.000 francs hors TVA.

c) Les obligations

La directive distingue **trois régimes**, pour trois catégories de contrats de services qu'elle énumère.

1) La passation de contrats de certains services est soumise à **la totalité des mesures de publicité et de mise en concurrence** décrits par la directive. Il s'agit du **régime communautaire dit « plein »** ou « normal ».

L'article 8 de la directive renvoie à l'annexe IA qui dresse la liste des services concernés. **Le II de l'article 10-1** du présent article reprend ces dispositions.

2) La passation de contrats de certains autres services est soumise à un **nombre plus limité d'obligations**, c'est le **régime dit « allégé »**, prévu par l'article 9 de la directive, qui renvoie à une liste de services figurant en annexe IB de la directive. Notons d'ores et déjà que cette liste reste ouverte puisqu'elle comprend une catégorie-balai intitulée « *autres services* ». **Le III de l'article 10-1** transcrit ces dispositions.

3) Enfin, la passation de contrats de certains services **n'est pas soumise** aux obligations définies par la directive (article 1er a) de la directive). **L'article 10-2** du présent article dresse la liste de ces services exclus du champ d'application de l'article 10-1.

D'après les informations fournies à votre rapporteur, **le critère** retenu par le Conseil des ministres européen pour « classer » les services est avant tout d'ordre **économique** : seuls ceux qui ont réellement une importance à l'échelle européenne sont soumis au « régime plein ». La directive a fait aussi preuve de **réalisme et de pragmatisme** : le caractère réalisable ou non des obligations imposées est entré pour une large part dans les choix de soumission au régime « plein » ou « allégé » ou dans la décision d'exclure tel ou tel service de ces obligations.

La décision d'exclure certains services des procédures de publicité et mise en concurrence se justifie par des raisons de bon sens.

Par exemple, les contrats de travail ou les services d'arbitrage et de conciliation, qui reposent sur la confiance et sont conclus intuitu personae ne sauraient faire l'objet de telles procédures.

Le tableau ci-après résume l'économie générale de l'article 2 du présent projet de loi et indique quelles sont les dispositions communautaires qu'il transpose.

ECONOMIE GÉNÉRALE DE L'ARTICLE 2
et correspondance avec les dispositions de la directive n° 92-50
dite « services ».

Article 2 du présent projet de loi	Objet	Disposition transposée
Article 10-1, I	Champ d'application général, Contrats connexes aux marchés de travaux, subventionnés majoritairement par une personne publique	Article 1 Article 3, 3° Directive n° 92-50
Article 10-1, II	Services soumis à la totalité des obligations de publicité et de mise en concurrence	Article 8 directive n° 92-50 et annexe IA directive
Article 10-1, III	Services soumis au régime allégé	Article 9 directive n° 92-50 annexe IB directive
Article 10-2	Services exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence	Article 1a) et 6 de la directive n° 92-50

Article 10-1 (nouveau) de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991

Régimes de certains contrats de services

a) Paragraphe I : champ d'application général

Le **paragraphe I** de l'article 10-1 définit le champ d'application des obligations de publicité et mise en concurrence selon différents régimes « définis au II et au III » suivants.

Le **seuil d'application** desdites obligations sera fixé par arrêté du ministre de l'économie. Il est de **200.000 écus** dans la directive n° 92-50.

Le paragraphe I pose des conditions d'application à la fois positives et négatives, puisque les dispositions de l'article 10-1 s'appliquent, sauf les exceptions prévues à l'article 10-2 (cf. ci-après) :

- **quand une personne « sous influence publique » est partie au contrat.** Cette condition positive est posée par le 1°) du I qui fait référence aux « *personnes énumérées à l'article 9 de la présente loi* ». Comme le montre l'analyse de l'article premier du présent projet de loi, il s'agit des « organismes de droit public » au sens communautaire, autres que l'Etat, les collectivités locales et leurs établissements publics, qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics.

Votre commission vous proposera un amendement de nature rédactionnelle au 1°) du I du présent article 10-1.

D'après les informations fournies à votre rapporteur, en ce qui concerne les marchés publics au sens strict du droit national, c'est-à-dire les marchés de l'Etat et des collectivités locales, la transposition de la directive n° 92-50 va être réalisée par un décret en Conseil d'Etat dont le texte fait actuellement l'objet d'une dernière concertation interministérielle. Le projet de décret vise à modifier le code des marchés publics pour les marchés de services et les marchés de fournitures passés par l'Etat et ses établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales et leurs établissements publics.

La transposition par voie législative de la directive n° 92-50 n'est donc nécessaire que pour des « organismes de droit public » au sens communautaire qui ne rentrent pas dans le champ d'application du code des marchés publics, c'est-à-dire les organismes « sous influence publique » définis à l'article 9 de la loi n° 91-3.

- Enfin, quand le contrat concerne **une personne de droit privé** mais qu'il est **en liaison avec un contrat de travaux et qu'il est subventionné majoritairement par une personne publique**, les obligations communautaires s'appliquent, comme le dispose le 2°) du I de l'article 10-1. Cette disposition concerne les personnes du droit privé « *autres que celles qui sont mentionnées au 1°)* ». En effet, pour ces personnes « sous influence publique » visées au 1°), les obligations s'appliquent du seul fait de leur participation au contrat et non en raison de l'objet du contrat et de son mode de financement.

Les contrats de services passés par les personnes privées doivent remplir deux conditions cumulatives pour être concernés par les obligations communautaires:

① Etre « *en liaison* » avec un contrat de travaux. Le texte renvoie pour la définition du « contrat de travaux », à l'article 10 de la loi n° 91-3 qui assurait la transposition de la directive n° 93-37 dite « directive travaux »¹ :

DÉFINITION D'UN CONTRAT DE TRAVAUX
Article 10 1°) de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991

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

② La deuxième condition est que le contrat « *doit être subventionné à plus de 50 %* » par l'Etat ou des collectivités locales ou des organismes de droit public n'ayant pas un caractère industriel ou commercial ou les organismes de droit privé « *énumérés à l'article 3 de la présente loi* ». C'est-à-dire en fait un « pouvoir adjudicateur » au sens du droit communautaire.

Notons qu'il s'agit en fait de l'article 9 et non de l'article 3 de la loi précitée. Votre commission vous proposera un amendement de rectification de cette erreur matérielle.

De plus, votre commission vous proposera un amendement de précision rédactionnelle visant à préférer l'emploi du singulier à celui du pluriel s'agissant des personnes contractantes.

Les deux conditions sont cumulatives ; en d'autres termes il ne suffit pas que le contrat que s'apprête à passer la personne privée soit connexe à un contrat de travaux, il faut en outre qu'il soit à financement majoritairement public.

Ce 2°) sur les contrats de services connexes aux marchés de travaux assure la transposition de **l'article 3 3° de la directive n° 92-50** dite « directive services ».

¹ Voir rapport de M. Bernard Laurent et nom de la commission des lois du Sénat, (Sénat, n° 479, 2ème session extraordinaire 1989/1990).

MARCHÉS CONNEXES AUX MARCHÉS DE TRAVAUX
Directive n° 92-50, article 3, 3°) transposée par l'article 10-1, 1, 2°)

« Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50 % un marché de services passé par une entité autre qu'eux-mêmes en liaison avec un marché de travaux au sens de l'article 1er bis paragraphe 2 de la directive 71/305/CEE. »

En résumé, le paragraphe I de l'article 10-1 pose le **champ général d'application des obligations de la directive « services »** :

- contrat de 200.000 écus minimum,
- soit conclu par une personne « sous influence publique »,
- soit conclu par une autre personne mais connexe à un contrat de travaux et subventionné à plus de 50 % par des personnes publiques,
- à l'exception des services énumérés à l'article 10-2.

b) Les contrats soumis au régime plein

Le **II de l'article 10-1** nouveau de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 définit le régime le plus contraignant, dit régime « plein » qui impose **l'ensemble des obligations communautaires** aux services qu'il énumère. Ces services constituent une première sous-catégorie des contrats de services définis au paragraphe I.

1) Les obligations applicables

S'agissant des obligations qui s'imposent pour la passation des contrats qui concernent ces services, le paragraphe II se borne à en poser les principes, renvoyant à un décret en Conseil d'Etat pour la fixation des mesures de publicité et des procédures de mise en concurrence applicables.

On notera que les précédentes lois de transpositions procédaient de la même manière : la fixation du contenu exact des obligations était renvoyée aux décrets d'application qui sont intervenus ultérieurement.

Pour éclairer la nature de ces obligations, il convient de se reporter à l'**article 8 de la directive n° 92-50** dispose que ces obligations sont celles qui figurent aux titres III à VI de la directive, détaillés par le tableau suivant :

DIRECTIVE N° 92-50

- | | |
|--------------|--|
| - Titre III | Choix des procédures de passation et règles applicables aux concours
Articles 11 à 13 |
| - Titre IV | Règles communes dans le domaine technique
Article 14 |
| - Titre V | Règles communes de publicité
Articles 15 à 22 |
| - Titre VI - | Chapitre 1 : Règles communes de participation
Articles 23 à 28
Chapitre 2 : Critères de sélection qualitative
Articles 29 à 35
Chapitre 3 : Critères d'attribution du marché
Articles 36 et 37 |

2) Les contrats concernés

La liste des services concernés par ces obligations est directement issue de l'article 8 de la directive n° 92-50 qui dispose que sont concernés *« les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe IA »*. Soulignons que le projet de loi préfère au terme de « marché » celui de « contrat », qualification plus générique qui évite toute confusion avec la terminologie employée par le code des marchés publics.

Votre commission estime que le texte qui vous est proposé doit **transposer a minima la liste de l'annexe IA de la directive**, s'agissant du régime de publicité et de mise en concurrence le plus lourd. Il serait en effet préjudiciable à notre pays qu'il supporte des obligations plus contraignantes que les autres Etats membres de l'Union européenne.

En la matière, la politique de votre commission est claire : transposer toutes les obligations communautaires, et seulement celles-ci, sans alourdir des dispositifs déjà contraignants.

Votre commission sera donc particulièrement vigilante sur le mode de transposition des listes de services soumis aux différentes obligations.

Le tableau suivant détaille la façon dont le texte de loi transpose la liste des services soumis au régime communautaire de publicité et de mise en concurrence le plus contraignant :

TRANSPOSITION DE LA LISTE DES SERVICES SOUMIS AU RÉGIME « PLEIN »

OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES ANNEXE I A DIRECTIVE	TEXTE DU PROJET DE LOI ARTICLE 10-1 II, LOI N° 91-3	OBSERVATIONS
1. Services d'entretien et de réparation	« 1° Les services d'entretien et de réparation »	Transposition mot à mot
2. Services de transports terrestres (sauf transports ferroviaires), y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	« 2° Les services de transport terrestres y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports ferroviaires »	Transposition fidèle
3. Services de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	« 3° Les services de transports aériens : transport de voyageurs, de marchandises et de courrier »	
4. Transports de courrier par transport terrestre (sauf transport ferroviaire) et par air	Déjà inclus au 2° et 3°	
5. Services de télécommunications, à l'exclusion des services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie, d'appel unilatéral sans transmission de parole, ainsi que des services de transmission par satellite.	« 4° Les services de télécommunications » Nota Bene : l'article 10-2 exclut explicitement du champ d'application de l'article 10-1 « les contrats relatifs aux services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radio messagerie et de communications par satellite »	Légère différence de rédaction (cf. commentaire ci-dessous)
6. Services financiers : a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement, à l'exclusion des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services prestés par des banques centrales	« 5° Les services financiers : « a) services d'assurances « b) services bancaires et d'investissement » Nota bene : l'article 10-2 exclut explicitement du champ d'application de l'article 10-1 « les contrats de services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente, au transfert de titres et autres instruments financiers, ainsi que les contrats qui concernent des services rendus par la Banque de France »	Légère différence de rédaction
7. Services informatiques et services connexes	« 6° Les services informatiques et services connexes ».	Transposition mot à mot
8. Services de recherche et de	« 7° Les services de recherche	

OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES ANNEXE I A DIRECTIVE	TEXTE DU PROJET DE LOI ARTICLE 10-1 II, LOI N° 91-3	OBSERVATIONS
développement, à l'exclusion des marchés des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.	<i>et de développement dont les résultats appartiennent exclusivement à la personne qui se propose de passer le contrat pour son usage, dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation soit entièrement rémunérée par cette personne ; »</i>	Transposition quasi mot à mot
9. Services comptables, d'audit et de tenue de livres	« 8° <i>Les services comptables, d'audit et de tenue de livres</i> »	Transposition mot à mot
10. Services d'études de marché et de sondages	« 9° <i>Les services d'études de marché et de sondages</i> »	Transposition mot à mot
11. Services de conseil en gestion (à l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation) et services connexes	« 10° <i>Les services de conseil en gestion et les services connexes</i> » Nota Bene : l'article 10-2 exclut du champ d'application de l'article 10-1, « les contrats qui ont pour objet les services d'arbitrage ou de conciliation ».	Transposition fidèle
12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultation scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques	« 11° <i>les services d'architecture ; les services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; les services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; les services connexes de consultations scientifiques et techniques ; les services d'essais et d'analyses techniques ; »</i>	Transposition mot à mot
13. Services de publicité	« 12° <i>Les services de publicité</i> »	Transposition mot à mot
14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	« 13° <i>Les services de nettoyage de bâtiments et les services de gestion de propriété</i> »	Transposition mot à mot
15. Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	« 14° <i>les services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle</i> »	Transposition mot à mot
16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues	« 15° <i>les services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues.</i> »	Transposition mot à mot

Comme on le voit dans le tableau précédent, la transposition effectuée par le projet de loi est presque totalement une transposition mot à

mot. Les seules exceptions concernent les services de télécommunications et les services financiers, s'agissant des exclusions (cf. article 10-2 ci-après).

c) Paragraphe III : services soumis au régime allégé

Le paragraphe III de l'article 10-1 concerne les services soumis au régime dit « allégé » d'obligations communautaires. Il transpose les dispositions de l'article 9 de la directive n° 92-50 relative aux marchés de services.

Cet article 9 définit :

- la nature du régime dit « allégé », qui reprend les obligations des articles 14 et 16 : définition des caractéristiques essentielles de la prestation attendue et publication des résultats de la procédure d'attribution lorsque le contrat est conclu ;

- les services qui entrent dans le champ d'application de ce régime : c'est la liste de l'annexe I B.

a) Services concernés par le régime dit « allégé »

ANNEXE I B DE LA DIRECTIVE : SERVICES SOUMIS AU RÉGIME DIT « ALLÉGÉ »

Désignation des services
Services d'hôtellerie et de restauration
Services de transports ferroviaires
Services de transport par eau
Services annexes et auxiliaires des transports
Services juridiques
Services de placement et de fourniture de personnel
Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés
Services d'éducation et de formation professionnelle
Services sociaux et sanitaires
Services récréatifs, culturels et sportifs
Autres services

Malgré l'extrême précision des services énumérés, on le notera bien, cette liste n'est pas exhaustive puisque la dernière catégorie renvoie aux « *autres services* ».

A contrario, la liste des services qui entrent dans le champ d'application du régime dit « plein » (annexe IA de la directive, article 10-1 II du présent projet de loi) et celle des services exclus des obligations communautaires (article 1) a) de la directive, article 10-2 du présent projet de loi) sont **strictement limitatives**.

Il résulte de cette analyse que la directive a entendu faire du régime dit « allégé » le régime de droit commun. Un service qui n'entre ni dans la catégorie des services exclus ni dans celle des services soumis au régime dit « plein » doit donc **se voir appliquer le régime dit « allégé »**.

Tirant les conséquences de cette architecture, le texte du présent projet de loi se contente d'ailleurs de déterminer **par défaut le champ d'application du régime dit « allégé »**.

Est concerné un contrat qui « *a pour objet l'exécution de services qui entrent dans des catégories de services autres que celles mentionnées au II du présent article [régime dit « plein »] ou à l'article 10-2 [services exclus]* ».

Le régime dit « allégé » est donc le régime de droit commun pour les contrats de services définis au paragraphe I de l'article 10-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991. Ce n'est que s'ils y sont explicitement visés que les régimes des articles 10-1-II ou 10-2 peuvent leur être appliqués.

Votre commission se réjouit de ce choix de transposition judicieux qui clarifie les modalités d'application du projet de loi et évite d'imposer aux contrats de services des contraintes non requises par la directive.

b) Nature des obligations du régime allégé

Les obligations qui s'imposent à la personne qui se propose de passer un tel contrat doivent être précisées par **décret en Conseil d'Etat**.

Toutefois, contrairement à l'option choisie à l'article premier du présent projet de loi (article 9-1 nouveau de la loi n° 91-3) ou, précédemment, à l'article 2 (article 10-1-II), le Gouvernement a choisi au présent paragraphe de préciser dans le texte même de la loi quelles sont les obligations qui s'imposent, le décret étant chargé d'en « *fixer les conditions* » et non plus de les « *définir* ».

En effet, contrairement aux obligations du régime dit « plein », qui sont déjà largement connues et utilisées par le code des marchés publics, tel l'appel d'offre par exemple, les obligations du régime « allégé » revêtent un caractère relativement novateur. Il s'agit par exemple d'exiger l'inclusion dans un cahier des charges de spécifications définies par référence à des normes.

Les obligations sont détaillées dans le tableau suivant :

OBLIGATIONS DU RÉGIME DIT « ALLÉGÉ »

Article 10-1-III à préciser par Décret en Conseil d'Etat	Articles de la directive n° 92-50 transposés
« -d'inclure dans les documents généraux ou les cahiers des charges propres à chaque contrat les caractéristiques essentielles de la prestation attendue qu'elle doit définir par référence à des normes précisées par le même décret ; »	Article 14
« - de faire connaître, une fois le contrat conclu, les résultats de la procédure d'attribution. »	Article 16

Ces obligations sont beaucoup moins contraignantes que celles qui s'imposent pour les contrats de service soumis au régime dit « plein », ce qui illustre parfaitement le souci de pragmatisme et de progressivité qui a animé les auteurs de la directive.

d) Un oubli du texte initial : le cas où un contrat comprend différentes catégories de services

La directive dite « services » n° 92-50, dans son article 10, précise quel est le régime applicable dans le cas où le contrat de services concerné comprend à la fois des services soumis au régime « plein » et des services soumis au régime dit « allégé ».

Dans ce cas, si la valeur des services soumis au régime dit « plein » dépasse celle des services soumis au régime dit « allégé », c'est le régime dit « plein » qui s'applique. Dans les « autres cas », (valeur égale ou services soumis au régime « allégé » prépondérants), le régime dit « allégé » s'applique.

Le projet de loi ayant omis de transposer cette disposition, votre commission vous proposera un amendement tendant à réparer cet oubli (par création d'un IV à l'article 10-1).

*Article 10-2
(nouveau) de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991*

Contrats de services exclus des obligations communautaires

L'article 10-2 nouveau énumère les contrats de services qui sont exclus de toute procédure de publicité et de mise en concurrence.

Il transpose les dispositions de l'article 1er a) de la directive n° 92-50 relative aux contrats de services.

● Sur le fond

Les dispositions du présent article transposent l'article premier de la directive qui exclut d'emblée du champ d'application des obligations communautaires un certain nombre de services, soit que leur nature s'y oppose, soit dans un souci de réalisme, en raison des difficultés d'harmonisation rencontrées entre les différents Etats membres.

Le souci de votre commission, comme il a déjà été dit, est de ne pas alourdir à l'excès les obligations imposées par les directives communautaires en matière de passation de marchés publics de services. Votre commission s'est donc montrée attentive à ce que le champ des exclusions défini par l'article 1er de la directive soit bien fidèlement retranscrit par le texte qui vous est soumis. Elargir ce champ reviendrait à transgresser la hiérarchie des normes posée par l'article 55 de la Constitution¹. Au contraire, rétrécir le champ des exemptions reviendrait à faire peser sur les contrats de services concernés des obligations qui n'existeront pas dans les autres Etats membres de l'Union européenne (rappelons que le régime dit « allégé » s'applique à défaut d'autre précision).

¹ « Les Traités ou accords régulièrement notifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... »

Il convient donc que le texte du présent projet de loi fasse une transposition scrupuleuse de la directive.

L'article 1er a) de la directive dite « services » commence par exclure de son champ d'application les marchés publics de fournitures et les marchés publics de travaux. Le présent article 10-2 se borne à faire référence à l'article 10-1 qui concerne les contrats de services et eux seuls. Les contrats de travaux et de fournitures sont donc implicitement exclus.

L'article 1er a) de la directive exclut aussi les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. C'est l'article 5 du présent projet de loi qui transpose cette disposition (voir commentaires ci-après).

La directive énumère ensuite un certain nombre de « marchés publics de services » exclus des obligations communautaires, que le texte du projet de loi transpose en autant de « contrats de services » exclus du champ d'application des obligations des paragraphes I, II et III de l'article 10-1. Le tableau suivant illustre la façon dont sont transposées les dispositions communautaires :

**TRANSPOSITION DE LA LISTE DES CONTRATS DE SERVICES EXCLUS DES
OBLIGATIONS COMMUNAUTAIRES**

Directive n° 92-50 article 1) a)	Article 10-2 nouveau Loi n° 91-3
iii) des marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens ;	« 1° Les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location d'immeubles ou qui concernent les droits sur ces biens ; »
iv) des marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion ;	« 2° Les contrats ayant pour objet l'achat, le développement, la production, la coproduction ou le temps de diffusion de programmes par des organismes de communication audiovisuelle ; »
v) des marchés qui ont pour objet les services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communications par satellite ;	« 3° Les contrats relatifs aux services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communications par satellite ; »
vi) des marchés visant les services d'arbitrage et de conciliation ;	« 4° Les contrats qui ont pour objet les services d'arbitrage ou de conciliation ; »
vii) des marchés des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, ainsi que des services prestés par des banques centrales ;	« 5° Les contrats de services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente, au transfert de titres et autres instruments financiers, ainsi que les contrats qui concernent des services rendus par la Banque de France ; »
viii) des marchés de l'emploi	« 6° Les contrats de travail » ;
ix) des marchés des services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur ;	« 7° Les contrats de services de recherche et de développement autres que les contrats mentionnés au 7° du II de l'article 10-1 : » NB : le 7° du II de l'article 10-1 mentionne : « Les services de recherche et de développement dont les résultats appartiennent exclusivement à la personne qui se propose de passer le contrat pour son usage, dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation soit entièrement rémunérée par cette personne ; »

La liste proposée par le projet de loi transcrit fidèlement les exclusions de la directive. On peut néanmoins formuler quelques remarques sur les 2°, 3°, 5°, 7° et 8° du présent article.

- Les services audiovisuels (2° de l'article 10-2) :

Pour les services audiovisuels, le texte du projet de loi propose une rédaction qui diffère de celui de la directive. En effet, la terminologie « communication audiovisuelle » qui est employée semble plus extensive que celle de « radiodiffusion » qu'utilise la directive.

En conséquence, votre commission vous proposera un amendement visant à harmoniser le texte du projet de loi avec la rédaction de la directive en employant le terme de « radiodiffusion ».

- Les services de télécommunications (3° de l'article 10-2)

La catégorie n°5 de l'annexe IA de la directive n° 92-50 soumet au régime dit « plein » *« les services de télécommunications »* à l'exclusion des services de *« téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie, d'appel unilatéral sans transmission de parole, ainsi que des services de transmission par satellite »*.

Or les dispositions du 4° du II de l'article 10-1 et du 3° de l'article 10-2 du présent article 2 ont pour effet de soumettre au régime « plein » *« les services de télécommunications »* à l'exclusion des services *« de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communications par satellite »*.

Cette différence de formulation résulte de la directive n° 92-50 elle-même. Les services de télécommunications entrent, en principe, dans le champ d'application de la directive. Ils sont donc mentionnés à l'annexe IA qui énumère les services relevant du régime dit « plein » ou « normal » (publicité et mise en concurrence). Toutefois, certains services de télécommunications importants sont exclus.

Or, la directive n° 92-50 comporte deux moyens d'exclusion des services de son champ d'application :

- **l'article 1er, a), v)**, qui exclut totalement l'application de la directive à un certain nombre de services. Cette liste est transposée par le présent article 10-2.

- **l'annexe IA** qui définit le périmètre d'application du régime dit « plein » et mentionne *« les services de télécommunications »* (...) *« à l'exception de... »* (suit une liste de services).

Ces deux listes d'exclusion ne sont pas identiques, comme l'indique le tableau suivant :

**SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATION EXCLUS
PAR LA DIRECTIVE N° 92-50**

A l'article 1er a v	A l'annexe I A (note 2)
Téléphone vocale	Téléphonie vocale
Télex	Télex
Radiotéléphonie mobile	Radiotéléphonie
Radiomessagerie	Appel unilatéral sans transmission de parole
Communications par satellite	Transmission par satellite

Il y a deux attitudes possibles pour la transposition de ces dispositions :

- soit on reproduit l'incohérence de la directive.

Cette solution, si elle transpose fidèlement les dispositions communautaires, est peu satisfaisante tant sur le plan conceptuel que sur celui de la facilité d'application de la loi. Quel serait alors par exemple le régime applicable à un appel unilatéral sans transmission de parole (exclu du régime « plein ») qui ne serait pas de la radio-messagerie (exclue des obligations communautaires). L'extrême rapidité du développement des services concernés n'exclut pas que de tels services puissent apparaître. Dans ce cas et comme l'expliquent les commentaires de l'article 10-1 III, lesdits services relèveraient du régime dit « allégé » qui s'applique par défaut.

Cette option est un facteur de complexité supplémentaire puisque, selon leur nature, les services de télécommunications seraient susceptibles de relever de trois régimes distincts.

En outre, comme le montrera l'analyse du titre II de la présente loi, cette solution reviendrait à soumettre certains services de télécommunications à un régime concurrentiel différent selon que le contrat est passé par un « organisme sous influence publique » ou un opérateur de réseau. En effet, les listes de l'article premier et de l'annexe XVI A de la directive n° 93-38 sont identiques, c'est-à-dire qu'il n'y a que deux régimes possibles pour les services de télécommunications ; seule l'annexe IA de la directive 92-50 introduit une incohérence par rapport aux articles 1er des deux directives et à l'annexe XVI A de la directive n° 93-38.

- soit on considère que les formulations sont équivalentes et on n'en retient qu'une seule comme valant pour les deux. C'est l'option choisie par le Gouvernement, détaillée par le tableau ci-joint :

DEUXIEME OPTION : CELLE DU PROJET DE LOI

Article 10-1 II 4°) du projet de loi	Article 10-2 3°) du projet de loi
Soumet « les services de télécommunications » au régime dit « plein »	Exclut du champ d'application de l'article 10-1 les contrats relatifs aux services de « téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radiomessagerie et de communications par satellite ».

La liste retenue pour les services de télécommunications exclus est celle de l'article 1) a) v) de la directive. En effet, cette liste est littéralement reprise, tant par l'article premier que par l'annexe de la directive n° 93-38. En outre, l'autre liste possible (annexe IA directive n° 92-50) ne fait pas partie du dispositif même de la directive mais des documents qui lui sont annexés.

- Les services financiers (5° de l'article 10-2)

La deuxième différence entre la liste des services exclus par la directive n° 92-50 et celle du présent texte concerne les services financiers. La directive dispose en effet que sont exclus les services « prestés par des banques centrales », alors que la loi dispose que sont exclus les services « rendus par la Banque de France » (article 10-2).

La question se pose de savoir si le projet de loi n'élargit pas ainsi indûment la portée de l'exception, dans la mesure où la loi n° 93-900 du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France, à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, prévoit expressément que la Banque de France peut exercer des activités autres que les missions spécifiques des banques centrales (notamment dans ses articles 11 et 15).

L'analyse des dispositions concernées conduit à penser que le projet de loi est fidèle à l'esprit de la directive.

D'une part, la directive elle-même ne fait aucune distinction entre les services que les banques centrales fournissent en tant que banques centrales et les services qu'elles fournissent au même titre que d'autres établissements de crédit. Il ne paraît donc pas abusif d'inclure dans le champ des exceptions tous les services rendus par la Banque de France.

D'autre part, les services ne relevant pas de l'activité spécifique des banques centrales et fournis par la Banque de France resteront, selon toute vraisemblance, étroitement liés à cette activité spécifique (par exemple des études macro-économiques), et ne relèveront pas de l'activité principale des établissements de crédit de droit commun. En effet, ces services ne sont pas précisément définis par la loi du 4 août 1993 précitée, mais cette loi exclut, par son article 3, qu'ils puissent consister en un prêt, et, par son article 15, prévoit qu'ils sont définis par une convention conclue, selon le cas, par la Banque de France et l'Etat ou les tiers intéressés. Au surplus, l'article 17 énumère de façon limitative les personnes ou organismes susceptibles d'être titulaires d'un compte à la Banque de France.

Enfin, le Gouvernement a précisé à votre rapporteur que lors de l'examen du projet de loi, le Conseil d'Etat n'avait formulé aucune observation sur cette rédaction.

Toutes ces informations confortent l'analyse selon laquelle la dénomination « Banque de France » utilisée par le projet de loi au lieu de celle de « Banque centrale » n'étend pas indûment le champ des exceptions aux obligations communautaires de publicité et de mise en concurrence.

- Le 7° de l'article 10-2

Le texte mentionne les « contrats » du 7° du II de l'article 10-1, alors que le 7 du II de l'article 10-1 fait référence à une liste de « services ».

Votre commission vous propose donc un amendement de nature rédactionnelle visant à corriger cette imprécision du texte.

- Le 8° de l'article 10-2

Le projet de loi ajoute à la liste des services exclus donnée par l'article 1 a) de la directive une catégorie supplémentaire qui assure la transposition de **l'article 6** de la directive.

Article 6 de la directive n° 92-50	Transposition par le 8° de l'article 10-2
« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité. »	« 8° les contrats de services dont le prestataire est l'une des personnes énumérées à l'article 9 ci-dessus ou une personne publique, désignée sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu ou sur le fondement de dispositions législatives ou réglementaires. »

Ces dispositions concernent des prestations de services des collectivités publiques ou des organismes de droit privé « sous influence publique » effectuées en vertu d'un droit exclusif.

L'article 6 de la directive permet notamment que les collectivités publiques puissent continuer à apporter des prestations d'ingénierie sans mise en concurrence dès lors qu'elles bénéficient d'un droit exclusif. **Le présent article ne vise ni à restreindre ni à étendre les possibilités d'intervention de l'ingénierie publique, telles qu'elles résultent des textes définissant les missions des organismes publics et de la jurisprudence du Conseil d'Etat.** Son objet est d'exonérer de la publicité et de la mise en concurrence les prestations d'ingénierie apportées par les collectivités publiques dès lors que ces collectivités ont dans ce domaine un droit exclusif fondé sur des dispositions législatives ou réglementaires.

Les dispositions législatives en vigueur autorisent par exemple les services de l'Etat (en pratique, les directions départementales de l'équipement et les directions départementales de l'agriculture) à apporter leur concours aux collectivités locales. Dès lors, pour chaque prestation d'ingénierie rendue par une DDE à une collectivité locale par exemple, la question de savoir si celle-ci devrait faire l'objet d'une mise en concurrence communautaire relèvera d'une question de fait à apprécier localement : la collectivité a-t-elle ou non conféré un droit exclusif au service de l'Etat en question, ce droit exclusif pouvant trouver son fondement dans un texte réglementaire local (par exemple un arrêté municipal pris en application d'une délibération du conseil municipal) ?

● **Sur la forme** : Il paraît plus logique d'intégrer les dispositions de l'article 10-2 au sein de l'article 10-1 qui décrit déjà les deux autres régimes communautaires applicables aux services (régimes dits « plein » et « allégé »).

Votre commission vous proposera donc un amendement tendant à intégrer les dispositions de l'article 10-2 à l'article 10-1 sous forme de paragraphe V. En conséquence, l'article 10-2 sera formellement supprimé.

L'économie générale de l'article 10-1 devient alors la suivante :

ARTICLE 10-1 MODIFIÉ

Paragraphe I	Champ général d'application
Paragraphe II	Services soumis au régime dit « plein »
Paragraphe III	Services soumis au Régime dit « allégé »
Paragraphe IV	Contrats de services mixtes
Paragraphe V	Services exclus des obligations communautaires

Votre commission vous propose d'adopter l'article 2 ainsi modifié.

Article 3

**Recours contre les manquements
Contrats de droit privé**

L'article 3 du présent projet de loi modifie l'article 11-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée, lui-même inséré par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux.

L'article 11-1 est issu de la transposition de la directive n° 89-665 du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fourniture et de travaux, dite directive « recours », par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 précitée¹. Il vise à mettre en place des procédures de recours contre les manquements aux obligations en matière de passation de marchés publics.

¹ Pour une analyse plus détaillée, voir le rapport de M. Bernard Laurent, au nom de la commission des lois (Sénat n° 76, 1991-1992).

L'article 11-1 dispose en effet que lorsque les obligations de publicité et de mise en concurrence imposées par les articles 9, 10 et 11 de la loi n° 91-3, pour les contrats relevant du droit privé, ne sont pas respectées,

- « toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement » ;

- ainsi que le ministère public lorsque la Commission de la Communauté européenne a notifié à l'Etat qu'elle estime qu'une « violation claire et manifeste » desdites obligations a été commise ;

peut :

- avant la conclusion du contrat, demander au juge le prononcé de mesures provisoires pour que les obligations soient respectées, et le cas échéant pour suspendre la procédure de passation du contrat ;

- après la conclusion du contrat, demander son annulation ou la suppression de certaines clauses du contrat.

Le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

Jusqu'à présent, les marchés publics de fournitures et de travaux étaient seuls concernés par la directive « recours » précitée.

Or, l'article 41 de la directive n° 92-50 dite « directive services » modifie la directive n° 89-665 dite « recours » et **étend son champ d'application aux marchés publics de services**. Ceci illustre la volonté d'harmoniser le régime des contrats de travaux, de services et de fournitures qui est celle du Conseil de la Communauté.

Il convient dès lors de prévoir pour les marchés publics de services les mêmes voies de recours, en cas de violation des obligations communautaires, que pour les marchés de travaux et de fournitures.

Le présent article 3 vise à soumettre la passation des contrats de services de nature privée aux mêmes possibilités de recours juridictionnels que celles déjà existantes pour les contrats de fournitures et de travaux, en vue d'assurer le respect des obligations découlant de l'article 41 de la directive.

Pour ce faire, le présent article insère, à l'article 11-1 de la loi n° 91-3, en sus de la référence qui existe déjà aux « contrats définis aux articles 9, 10 et 11 », la mention des contrats définis à l'article 10-1. Il insère également la référence à l'article 10-2.

En ce qui concerne la mention de l'article 10-2, votre commission vous propose de la supprimer par coordination avec l'insertion au V de l'article 10-1 des dispositions de l'article 10-2. En outre, les contrats concernés par le V nouveau de l'article 10-1 sont exclus de toute obligation communautaire. Il n'est donc pas pertinent de prévoir des procédures de recours contre le manquement à des obligations qui n'existent pas.

L'article premier du présent projet de loi insère un nouvel article 9-1 qui transpose les obligations communautaires pour certains contrats de fournitures. Il convient de tirer les conséquences de cette transposition sur le plan des procédures de recours ouvertes.

C'est ce que fait l'article 3 en insérant la mention des contrats définis à l'article 9-1 au sein de l'article 11-1.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 3 ainsi modifié.

Article 4

Recours contre les manquements Contrats de droit public

Les procédures de recours définies par la directive n° 89-665 contre les manquements dans la passation des **contrats de travaux et de fournitures relevant du droit public** ont été transposées par l'article 11-2 inséré dans la loi n° 91-3 précitée par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992.¹

Cet article dispose que c'est la procédure du référé administratif de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui s'applique.

¹ Voir le rapport précité de M. Bernard Laurent, Sénat n° 76, 1991-1992.

**ARTICLE L.22 DU CODE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS ET DES COURS
ADMINISTRATIVES D'APPEL**

L. 22. « Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public.

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local ».

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il 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 et qui méconnaissent lesdites obligations.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen a été commise.

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. »

L'article 11-2 est donc pour les contrats de droit public le symétrique de l'article 11-1 pour les contrats de droit privé.

En conséquence, l'article 4 du présent texte procède de façon analogue à l'article 3 précédemment commenté qui concernait les contrats de droit privé : il insère dans l'article 11-2 la référence aux contrats définis aux articles 9-1, 10-1 et 10-2, ce qui a pour objet de soumettre ces contrats aux procédures de recours déjà applicables pour les contrats de fournitures ou de travaux.

Votre commission vous propose de supprimer la référence à l'article 10-2, pour les mêmes raisons qu'à l'article 3 du présent projet de loi, et d'adopter l'article 4 ainsi modifié.

Article 5

Exclusions du champ d'application de la loi

Le présent article vise à étendre le champ d'application de l'article 12 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 précitée aux contrats de fournitures et de services précédemment définis aux articles 9-1, 10-1 et 10-2.

● Dans sa forme actuelle, l'article 12 de la loi n° 91-3 précitée exclut des obligations de publicité et de mise en concurrence précédemment définis un certain nombre de contrats, parmi lesquels :

- les contrats passés dans **les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications**, qui font l'objet d'un régime particulier défini par la directive n° 93-38 (voir titre II du présent projet de loi). Cette exclusion est déterminée par le 1°) de l'article 12 ;

- les contrats de travaux qui mettent en cause la **sécurité publique**, c'est-à-dire lorsque les travaux sont déclarés secrets, lorsque l'exécution des travaux doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité où la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

Les règles communautaires sont par ailleurs privées d'application (3° de l'article 12) pour les marchés régis par des règles de procédure spécifiques et passés en vertu :

- soit d'une procédure spécifique d'une organisation internationale ;

- soit d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat tiers ;

- soit d'un accord international conclu avec un ou plusieurs Etats non membres de l'Union européenne et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des Etats signataires de l'accord.

Ces dispositions sont issues de la transposition d'obligations communautaires précédemment opérée par les lois du 3 janvier 1991 et du 11 décembre 1992.

• **Le présent article 5 tend à étendre le champ des secteurs et marchés exclus des obligations communautaires par l'article 12**, et ce pour assurer la transposition des articles 1, 4 et 5 de la directive n° 92-50 dite « services » et des articles 2 et 4 de la directive n° 92-36 dite « fournitures ».

Les tableaux ci-après illustrent les raisons et les moyens de la transposition de ces dispositions par le présent article :

- en ce qui concerne les contrats de services :

Disposition de la directive n° 92/50 dite « services »	Commentaire de la transposition opérée
<p align="center">Article premier</p> <p>a) les « marchés publics de services » sont des contrats (...) à l'exclusion : (...) des marchés qui sont passés dans les domaines mentionnés aux articles 2, 7, 8 et 9 de la directive 90/531/CEE et des marchés qui répondent aux conditions de l'article 6 paragraphe 2 de la même directive ;</p>	<p>- La directive « services » exclut de son champ d'application les contrats passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (secteurs « exclus »).</p> <p>- Il convient donc de faire entrer les contrats de services définis aux articles 10-1 et 10-2 dans le champ d'application de l'article 12, 1° pour que les contrats de services dans les « secteurs exclus » ne soient pas soumis aux dispositions du titre II de la loi n° 91-3</p>
<p align="center">Article 4</p> <p>(...) La présente directive ne s'applique pas aux services lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet état l'exige.</p>	<p>La présente directive ne s'applique pas aux contrats de services mettant en cause la sécurité publique.</p> <p>Il convient donc de faire entrer les contrats de services définis aux articles 10-1 et 10-2 nouveaux dans le champ d'application de l'article 12, 2°) de la loi n° 91-3.</p>
<p align="center">Article 5</p> <p>La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu :</p> <p>a) d'un accord international conclu entre un Etat membre et un ou plusieurs pays tiers portant sur des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par les Etats signataires (...)</p> <p>b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers ;</p> <p>c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.</p>	<p>La directive « services » exclut de son champ d'application les contrats régis par des procédures spécifiques passés en vertu d'accords internationaux.</p> <p>Il convient donc de faire entrer les contrats de services définis aux articles 10-1 et 10-2 dans le champ d'application de l'article 12, 3°) de la loi n° 91-3.</p>

- en ce qui concerne les contrats de fournitures :

Disposition de la directive n° 93/36 dite « fournitures »	Commentaire de la transposition opérée
<p style="text-align: center;">Article 2</p> <p>1. La présente directive ne s'applique pas :</p> <p>a) aux marchés qui sont passés dans les domaines visés aux articles 2, 7, 8 et 9 de la directive 90/531/CEE ni aux marchés qui répondent aux conditions de l'article 6 paragraphe 2 de ladite directive ;</p> <p>b) aux marchés des fournitures lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat membre l'exige.</p>	<p>- La directive « fournitures » ne s'applique ni aux secteurs dit exclus, ni aux marchés déclarés secrets.</p> <p>- Il convient donc de faire entrer les contrats définis à l'article 9-1 dans le champ d'application de l'article 12 1°) et 2°).</p>
<p style="text-align: center;">Article 4</p> <p>La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de fournitures régis par des règles de procédure différentes et passés en vertu :</p> <p>a) d'un accord international, conclu en conformité avec le traité, entre un Etat membre et un ou plusieurs pays tiers et portant sur des <i>fournitures destinées à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les Etats signataires.</i> (...)</p> <p>b) d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou d'un pays tiers ;</p> <p>c) de la procédure spécifique d'une organisation internationale.</p>	<p>- La directive « fournitures » ne s'applique pas aux contrats passés en vertu d'accords internationaux.</p> <p>- Il convient donc de faire entrer les contrats de fournitures définis à l'article 9-1 dans le champ d'application de l'article 12, 3°).</p>

En résumé, la transposition de ces dispositions communautaires requiert un élargissement du champ d'application de l'article 12 aux contrats définis aux articles premier et 2 du présent projet de loi.

• **Le paragraphe I** du présent article fait donc référence dans le premier alinéa de l'article 12, aux contrats définis aux articles 9-1, 10-1 et 10-2 de la loi n° 91-3 précitée.

Par coordination avec les amendements précédents, votre commission vous propose de supprimer la référence à l'article 10-2.

• **Le paragraphe II** ajoute au 2° de l'article 12 la mention des contrats des fournitures et de services, en sus des contrats de travaux.

• **Le paragraphe III** ajoute la même mention au 3°) de l'article 12.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 5 ainsi modifié.

TITRE II

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

Le titre II du présent projet de loi tend à parfaire la **transposition** en droit français **de la directive n°93-38 du 1er juin 1993, dite « opérateurs de réseaux »**, ainsi que de la directive n° 92-13 du 25 février 1992 concernant les recours dans les secteurs concernés.

Pour ce faire, **il modifie et complète la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992** relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (modifiée par la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative au recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans ces secteurs).

L'économie générale du titre II est la suivante :

TITRE II DU PROJET DE LOI

Articles du projet de loi	Article de la loi du 11 décembre 1992 modifié	Directive transposée	
		Article directive n° 93-38	Article directive n° 92-13
Article 6	Modification de l'article premier	4	
Article 7	Modification de l'article premier	3	1, 2
Article 8	Abrogation du troisième alinéa de l'article 4 (nouvel article 4-3)	5	
Article 9	Création des articles 4-1 et 4-2 Récration de l'article 4-3	15, 16, 1-4, 1 - 5	
Article 10	Modification de l'article 5	6, 7, 8, 9, 10	
Article 11	Création d'un article 5-1	13, 1-3	
Article 12	Modification de l'article 7-1		1, 2
Article 13	Modification de l'article 7-2		1, 2

Article 6

Soumission des contrats de services passés par les opérateurs de réseaux à des obligations de publicité et de mise en concurrence

● L'article 6 tend à modifier le premier alinéa de l'article premier de la loi du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des

télécommunications. Il a pour objet **d'élargir le champ d'application de cette loi aux contrats de services**, qu'il soumet donc à des obligations de publicité et de mise en concurrence dans des conditions définies aux articles 4-1 et 4-2 que propose d'insérer dans cette loi l'article 9 du présent projet de loi. Par là même, il propose de compléter la transposition en droit français de l'article 4 de la directive n° 93-38, dite directive « opérateurs de réseaux » qui vise l'ensemble des contrats, de travaux, de fournitures et de services. Or, la loi précitée ne prévoyait ces obligations que pour les contrats de travaux et de fournitures des opérateurs de réseaux.

- L'article 6 du présent projet de loi n'apporte pas d'autre modification au champ d'application de la loi précitée. On renverra à l'exposé général du présent rapport pour la présentation détaillée des acteurs concernés.

On rappellera simplement que cette loi vise les entreprises publiques constituées sous la forme d'un établissement public national ou sous la forme d'une société, et les entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux.

Les procédures qu'elles instituent concernent les domaines d'activités suivants :

- la production, le transport ou la distribution d'eau potable, d'électricité, de gaz ou de chaleur ;
- l'exploitation de ressources naturelles : pétrole, gaz, charbon ou combustibles solides ;
- la mise à disposition d'aéroports, de ports maritimes ou intérieurs, ou d'autres terminaux de transports ;
- la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunication ou la fourniture d'un ou de plusieurs services de télécommunications.

- Quant aux **seuils d'application**, il sera -comme pour les contrats de fournitures ou de travaux- fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'article 14 de la directive n° 93-38 les fixe à :

- 400.000 Ecus, c'est-à-dire environ 260.000 francs hors TVA, pour les opérateurs des secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports ;

- 600.000 Ecus, c'est-à-dire environ 400.000 francs hors TVA, pour les opérateurs du secteur des télécommunications.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article 7

Application du régime des recours pour manquement aux obligations auxquelles sont soumis les contrats passés dans les secteurs des hydrocarbures et des mines

● Cet article vise à modifier l'article 3 de la loi du 11 décembre 1992 précitée. Ce dernier transpose l'article 3 de la directive n° 93-38 qui organise un système de dérogation aux règles instituées, propre aux organismes habilités à prospecter ou à extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.

Plus précisément, la directive permet à un Etat membre de demander à la Commission européenne de prévoir que l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire des produits énergétiques n'est pas une activité couverte par la directive lorsque certaines conditions sont remplies. Les dispositions figurant dans le code minier, tel qu'il était rédigé lors de l'adoption de la loi du 11 décembre 1992, ne permettaient pas de considérer que ces conditions étaient remplies.

Depuis lors, la rédaction du code minier a été profondément remaniée -par la loi n° 94-588 du 15 juillet 1994 modifiant certaines dispositions du code minier et l'article L.7-11-12 du code du travail- et notifiée à la Commission, de sorte que l'attribution de titres miniers, en conformité avec le code minier, est également en conformité avec l'article 3 de la directive.

Une demande d'accord cas par cas de la Commission n'étant donc plus justifiée, le **paragraphe I** de l'article du présent projet de loi propose de supprimer cette exigence d'un accord préalable de la Commission.

Par ailleurs, et surtout, le paragraphe I soumet les contrats passés dans le cadre de ce régime dérogatoire aux mêmes possibilités de recours juridictionnel applicables en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il propose, par conséquent, de leur appliquer les

articles 7-1 et 7-2 de la loi du 11 décembre 1992 précitée, introduits par l'article premier de la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 qui l'a modifiée, et qui précisent les modalités de ce recours juridictionnel.

On verra que, par coordination, les articles 12 et 13 du présent projet de loi prévoient d'inclure dans ces articles 7-1 et 7-2 de la loi du 11 décembre 1992 modifiée, une référence à l'article 3 de ladite loi que le présent article propose de modifier.

● **Le paragraphe II de l'article 7** a pour objet d'étendre le champ d'application de l'article 3 de la loi du 11 décembre 1992 aux contrats de services.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article 8

Abrogation

Cet article a simplement pour objet d'abroger le troisième alinéa de l'article 4 de la loi du 11 décembre 1992 relatif aux accords-cadres passés pour une période donnée, dont les dispositions sont reprises à l'article 9 du présent projet de loi (dans la rédaction qu'il propose pour insérer un article 4-3 dans la loi de 1992 précitée).

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article 9

Définition des contrats de services soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence

Cet article tend à insérer **trois nouveaux articles** dans la loi du 11 décembre 1992 précitée : les articles 4-1, 4-2 et 4-3, dans le but notamment de définir les contrats de services pour la conclusion desquels les opérateurs de réseaux seront tenus de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Quelles sont ces obligations ?

Comme la directive n° 92-50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics, dont la transposition est opérée par le titre premier du présent projet de loi, **la directive n° 93-38** « opérateurs de réseaux » **distingue trois régimes s'appliquant aux trois catégories de contrats qu'elle énumère :**

- services soumis à l'ensemble des dispositions prévues par la directive (services prioritaires) ;
- services soumis à un régime allégé (services non prioritaires) ;
- services qui ne sont soumis à aucune règle (services exclus).

ECONOMIE GÉNÉRALE DES ARTICLES 4-1 ET 4-2 ET CORRESPONDANCE AVEC LES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE N° 93-38 DITE « OPÉRATEURS DE RÉSEAUX »

Proposition de modification de la loi du 11 décembre 1992	Objet	Disposition transposée de la directive n°93-38
Article 4-1, I	Services soumis à la totalité des obligations de publicité et de mise en concurrence	Article 15 et annexe XVI A
Article 4-1, II	Services soumis au régime allégé	Article 16 et annexe XVI B
Article 4-2	Services exclus des obligations de publicité et de mise en concurrence	Article premier 4)

1. Article 4-1 (nouveau) de la loi n 92-1282 du 11 décembre 1992

Régime de certains contrats de services

a) Paragraphe I : Les contrats soumis au régime « plein »

La passation de contrats concernant certains services est soumise à la totalité des mesures de publicité et de mise en concurrence décrites par la directive et qui seront définies par décret en Conseil d'Etat.

L'article 15 de la directive n° 93-38 renvoie à l'annexe XVI A qui dresse la liste des services concernés.

Cette liste étant identique à celle établie par l'annexe I A de la directive n° 92-50, le texte proposé par l'article 9 du présent projet de loi pour **le paragraphe I de l'article 4-1 de la loi du 11 décembre 1992 fait simplement référence aux catégories de services énumérées au paragraphe II de l'article 10-1 de la loi 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, **inséré par l'article 2 du présent projet de loi.**

Dès lors que le même projet de loi allait transposer les deux directives, le Gouvernement avait le choix entre deux solutions :

- soit mentionner intégralement les différentes catégories de services dans les deux titres de la loi ;

- soit ne les mentionner que dans le titre premier et insérer dans le titre II un renvoi au titre premier.

Le Gouvernement a retenu cette dernière solution, qui présente l'avantage de ne mentionner qu'une seule fois chacune des listes de catégories de services. Elle pose, en revanche, une interrogation et présente deux inconvénients.

L'interrogation concerne les différences mineures, purement terminologiques, entre les deux listes dans la désignation de certains services de télécommunications exclus du champ d'application des directives concernées.

Ces exceptions sont, en effet, formulées de façon différente d'un document à l'autre :

DIRECTIVE N° 92-50

Article 1er aV	Annexe I A (note 2)
Téléphonie vocale	téléphonie vocale
Télex	Télex
Radiotéléphonie mobile	Radiotéléphonie
Radiomessagerie	Appel unilatéral sans transmission de parole
Communications par satellite	Transmission par satellite

DIRECTIVE N° 93-38

Article 1er - 4e - II	Annexe XVI A (note 2)
Téléphonie vocale	téléphonie vocale
Télex	Télex
Radiotéléphonie mobile	Radiotéléphonie
Radiomessagerie	Appel unilatéral sans transmission de parole
Télécommunications par satellite	Télécommunications par satellite

Dès lors, on pourrait se demander si ces formulations sont équivalentes.

Il paraît raisonnable de donner une réponse positive à cette question. Donner une réponse négative signifierait en effet que la Commission européenne et le Conseil se seraient montrés incohérents en prévoyant des dispositions différentes dans le corps de la directive n° 92-50 et dans l'annexe à cette directive.

Par ailleurs, on voit mal comment des « communications par satellite » ou une « transmission par satellite » pourraient ne pas constituer des « télécommunications par satellite ».

L'interrogation est donc levée.

Quant aux **inconvenients** évoqués, ils tiennent :

- d'une part, à un problème de principe, lié au fait que tant le droit communautaire que le droit français ont toujours veillé à maintenir une stricte **séparation**, voire « étanchéité », **entre les textes applicables aux marchés publics stricto sensu et ceux concernant les contrats passés par les opérateurs de réseaux.**

Ce choix se justifie pleinement par les spécificités de ces derniers, tenant notamment au caractère industriel et commercial de leurs activités.

Pour des raisons de clarté et de continuité, votre commission ne souhaite pas qu'il soit fait ici exception à ce principe ;

- d'autre part, le système de renvoi proposé par le présent projet de loi pose des **problèmes purement pratiques, de lisibilité de la loi de 1992.** Tant que l'on n'aura pas procédé à la codification des textes concernés, pensons à la PME subissant les arcanes de notre droit !

Pour ces différentes raisons, votre commission vous propose d'adopter une nouvelle rédaction de l'article 9, de façon notamment à faire figurer la liste des catégories de services soumises au régime « plein » dans le texte même de l'article 4-1 de la loi de 1992¹, plutôt que de procéder par renvoi à la loi de 1991.

Rappelons néanmoins que l'application des règles et procédures concernées pose des problèmes pour certains contrats de services -notamment en matière de recherche et d'assurances-, qui ont été soulignés dans l'exposé général du présent rapport et amènent votre commission à demander au Gouvernement d'obtenir leur prise en compte à l'occasion de la prochaine révision de la directive n° 93-38.

b) Paragraphe II : les contrats soumis au régime « allégé »

La passation de contrats de certains autres services est soumise à un nombre plus limité d'obligations ; c'est le régime dit « allégé », prévu par

¹ Pour l'analyse détaillée des services figurant dans cette liste, on renverra au commentaire de l'article 2 du présent projet de loi.

l'article 16 de la directive qui renvoie à une liste de services figurant dans son annexe XVI B.

Le paragraphe II de l'article 4-1, que l'article 9 du présent projet de loi propose d'insérer dans la loi du 11 décembre 1992, transpose ces dispositions.

• Comme au paragraphe I de cet article, pour définir les **services concernés par le régime dit « allégé »**, le paragraphe II procède par renvoi à la loi du 3 janvier 1991 précitée. Il prévoit que les contrats de services visés au III de l'article 10-1 de cette dernière (inséré par l'article 2 du présent projet de loi), c'est-à-dire soumis au régime « allégé » en vertu de cette loi, pourront bénéficier de ce même régime.

Par coordination avec la position exposée précédemment, votre commission vous propose de viser les services mentionnés au paragraphe I de l'article 4-1 de la loi de 1992 et de soumettre également au régime « allégé » certains services audiovisuels.

En effet, contrairement à l'article premier a) iv) de la directive n° 92-50 (marchés publics de services) qui exclut de son champ d'application *« les marchés visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion et des marchés concernant les temps de diffusion »*, l'article premier 4) c) de la directive n° 93-38 ne fait pas figurer ces services audiovisuels dans la liste des services exclus de son champ d'application. Or, cette liste est strictement limitative.

Il en résulte que, comme la directive n° 92-50, la directive n° 93-38 a entendu faire du régime dit « allégé » le régime de droit commun. Un service qui n'entre ni dans la catégorie des services exclus ni dans celle des services soumis au régime dit « plein » doit donc se voir appliquer le régime dit « allégé ».

C'est pourquoi, dans son amendement, votre commission vous propose de faire figurer ces services audiovisuels dans la liste des services soumis à ce régime.

• En vertu du paragraphe II, celui-ci comporte les mêmes **obligations** que celles décrites à l'article 2 du projet de loi et résultent de la transposition des articles 18 et 24 de la directive n° 93-38. Elles sont beaucoup moins contraignantes que celles du régime « plein ».

Article 4-1-II à préciser par décret en Conseil d'Etat	Articles de la directive n°93-38 transposés
« -d'inclure dans les documents généraux ou les cahiers des charges propres à chaque contrat les caractéristiques essentielles de la prestation attendue qu'elle doit définir par référence à des normes précisées par le même décret ; »	Article 18
« - de faire connaître, une fois le contrat conclu, les résultats de la procédure d'attribution . »	Article 24

2. Article 4-2 (nouveau) de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992

Les contrats de services exclus des obligations communautaires

Le texte proposé par l'article 9 du présent projet de loi pour insérer un article 4-2 dans la loi du 11 décembre 1992 précitée procède, de la même façon que pour l'article 4-1, par renvoi à l'article 10-2 de la loi du 3 janvier 1991 précitée pour fixer la liste des catégories de services dont les contrats se verront exclus de toute procédure de publicité et de mise en concurrence. Il introduit toutefois une exception à cette liste : il s'agit de certains services audiovisuels, comme on l'a explicité ci-dessus.

Il transpose ainsi les dispositions de l'article premier 4) c) de la directive n° 93-38.

Les listes d'exclusions figurant dans les deux directives concernées étant identiques à cette exception près, pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment, **vostra commission vous propose de faire figurer la liste de ces services dans le texte même de la loi de 1992¹ (dans la nouvelle rédaction proposée pour l'article 9 du projet de loi).**

Par ailleurs, et parallèlement à la présentation qu'elle vous a proposée à l'article 2 du présent projet de loi, **vostra commission vous**

¹ Pour l'analyse détaillée de ces services, on renverra au commentaire de l'article 2 du présent projet de loi.

demande d'intégrer les dispositions de l'article 4-2 à l'article 4-1 sous forme de paragraphe III.

Il lui paraît, en effet, plus logique d'intégrer les dispositions relatives aux contrats exclus au sein de l'article 4-1 qui décrit déjà les deux autres régimes communautaires applicables aux services (régimes dits « plein » et « allégé »).

3. Article 4-3 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992

Extension aux contrats de services des dispositions relatives aux accords-cadres

L'article 4-3 vise à recréer les dispositions du troisième alinéa de l'article 4 de la loi de 1992 que l'article 8 du présent projet de loi a proposé d'abroger, tout en les étendant aux contrats de services.

Cette disposition, qui permet de contracter sous forme d'accords-cadres passés pour une période donnée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, trouve en effet logiquement sa place après les nouvelles dispositions introduites par l'article 8.

Par coordination dans la numérotation proposée, l'article 4-3 deviendra l'article 4-2 (nouveau).

Votre commission vous propose d'adopter l'article 9 dans la rédaction qu'elle vous soumet.

Article 10

Extension des conditions d'exclusion aux contrats de services

Cet article tend à modifier l'article 5 de la loi du 11 décembre 1992 de façon à rendre ses dispositions applicables aux contrats de services.

L'article 5 précité résulte de la transposition d'un certain nombre d'articles du titre premier de la directive n° 90-531 du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications -que la directive n° 93-38 est venue compléter- tendant à exclure de son champ d'application certaines activités économiques¹.

Soulignons que ces exclusions résultent, pour la plupart, de quatre sortes de considérations :

① la protection traditionnelle de la sphère de souveraineté des Etats membres : marchés déclarés secrets ou dont la réalisation doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité (article 5, 4°), marchés couverts par certains accords internationaux (article 5, 5°) ;

② l'existence d'un marché ouvert interdisant des procédures préférentielles de passation des contrats en raison d'un haut niveau de concurrence : services de télécommunications (article 5, 3°), ventes ou locations à des tiers (article 5, 6°), services de transport par autobus ou autocar (article 5, 8°), quand d'autres organismes peuvent librement assurer ces prestations dans des conditions identiques ou similaires ;

③ l'inutilité ou l'inopportunité d'une réglementation :

- ainsi, pour les achats d'eau (article 5, 1°), dans certains Etats membres, il n'y a guère de place pour la concurrence compte tenu de la nécessité d'acheter à des fournisseurs voisins, dans laquelle se trouvent les distributeurs qui ne disposent pas de leurs propres installations de production ou dont la capacité de production est insuffisante ;

- dans un ordre d'idée différent mais voisin, la Commission européenne a justifié l'exclusion des achats d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie (article 5, 2°) par les complications et les retards, que leur inclusion dans le droit des marchés publics aurait entraîné pour l'élaboration et l'adoption d'une politique communautaire du marché intérieur de l'énergie ;

④ enfin, le caractère annexe de l'activité : pour tous les organismes assujettis (article 5, 7°) ou seulement pour certains d'entre eux alimentant, à la marge de leur production ou de leur chiffre d'affaires, soit un réseau d'eau potable ou d'électricité (article 5, 9°), soit un réseau de gaz ou de chaleur (article 5, 10°).

¹ Pour plus de précisions concernant cette transposition, voir le rapport n°15 présenté par M. Robert Laucournet au nom de la commission des Affaires économiques (1992-1993).

L'article 10 du présent projet de loi procède ainsi à la transposition des articles 6, 7, 8, 9, 10 et 12 de la directive n° 93-38.

Votre commission vous propose de l'adopter, sous réserve d'un amendement de coordination.

Article 11

Exclusion des contrats de services passés avec des entreprises liées

Cet article tend à transposer l'article 1-3 de la directive n°93-38. A cet effet, il propose d'introduire un article additionnel après l'article 5 (article 5-1) dans la loi du 11 décembre 1992 précitée.

Il s'agit d'exclure du champ d'application de la loi, donc de ne pas soumettre aux obligations de publicité et de mise en concurrence, les contrats de services passés par un acheteur avec des entreprises qui lui sont liées directement ou indirectement.

Sont ainsi exclus notamment les marchés de services attribués à une entreprise liée dont l'objet principal est de fournir des services au groupe auquel elle appartient et non de vendre ses services sur le marché.

① Les contrats de services visés

Les 2^o et 3^o alinéas de l'article 5-1 visent à transposer l'article 13-1 de la directive n° 93-38.

Article 13-1 de la directive n° 93-38

1. La présente directive ne s'applique pas aux marchés de services :

a) qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée ;

b) passés par une co-entreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités au sens de l'article 2, paragraphe 2, auprès d'une de ces entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à une de ces entités adjudicatrices,

pour autant que 80% au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque le même service ou des services similaires sont prestés par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, il doit être tenu compte du chiffre d'affaires total dans la Communauté résultant de la fourniture de services par ces entreprises.

Ces alinéas excluraient ainsi du champ d'application de cette loi trois types de contrats :

- « les contrats de services définis à l'article 4-1 passés par un groupement constitué de personnes visées à l'article 1 avec l'une des personnes membres du groupement » (2^o alinéa).

Cet alinéa vise le cas où deux opérateurs, par exemple, des entreprises exploitant des services de transport urbains de deux villes voisines, s'associeraient pour exercer en commun une partie de leur activité et où l'un des opérateurs, qui disposerait des équipements nécessaires, assurerait la maintenance du matériel utilisé pour exercer cette activité en commun. Ce cas correspond à la première hypothèse envisagée par le « b » de l'article 13-1 de la directive n° 93-38. La condition relative à la proportion du chiffre d'affaires (80 %) -posée par le 3^o alinéa- réalisé par une entreprise liée ne s'applique pas, dès lors que le prestataire n'est pas une entreprise liée, mais une autre entité adjudicatrice ;

- « les contrats passés par une des personnes [...] visées à l'article premier avec une entreprise liée à cette personne » (3^o alinéa).

L'exclusion est cependant soumise dans ce cas à une **condition tenant à la proportion du chiffre d'affaires réalisé entre ces entités.**

Il s'agit du cas où un opérateur conclurait un contrat de services avec une société filiale, ou une société dont il serait la filiale, ou une société qui serait filiale de la même société que l'opérateur lui-même, à condition toutefois que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé en matière de services dans la Communauté européenne provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Ce cas transpose le « a » de l'article 13-1 de la directive.

- « *les contrats passés par [...] un groupement constitué de personnes visés à l'article premier avec une entreprise liée à l'une des personnes membres du groupement* », sous la même condition que celle exposée ci-dessus (3e alinéa).

Il s'agit, par exemple, du cas où deux ou plusieurs opérateurs se grouperaient pour exercer en commun une activité visée par la directive et concluraient un contrat de services avec une société filiale de l'un des membres du groupement, ou dont l'un des membres du groupement serait filiale, ou une société qui serait filiale de la même société que l'un des membres du groupement, à condition toutefois que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé en matière de services dans la Communauté européenne provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. Ce cas correspond à la deuxième hypothèse envisagée par le « b » de l'article 13-1 de la directive.

Dans les deux derniers cas, l'évaluation du pourcentage du chiffre d'affaires ainsi réalisé au sein de la Communauté européenne est effectué sur les trois dernières années écoulées.

On peut cependant s'interroger sur la façon dont on peut apprécier le pourcentage du chiffre d'affaires réalisé avec des entités adjudicatrices par une entreprise liée créée depuis moins de trois ans.

La directive ne règle pas ce cas, qui a pourtant été soulevé par certaines des entreprises que votre rapporteur a pu auditionner.

Par conséquent, en l'absence de dispositions de la directive s'opposant à une telle démarche, **votre commission vous propose d'adopter un amendement tendant à compléter le troisième alinéa de l'article 5-1, de façon à préciser que le calcul du seuil de 80 % du chiffre d'affaires européen réalisé s'effectue, lorsque la filiale a moins de trois ans d'existence, sur la durée écoulée depuis sa création.**

Le **quatrième alinéa** de l'article 5-1 prévoit le cas où le même service ou des services similaires sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'acheteur. Il doit alors être tenu compte du chiffre d'affaires total réalisé au sein de la Communauté européenne, par ces entreprises.

② La définition des entreprises liées

Transposant ensuite l'article 1-3 de la directive, le texte proposé pour l'article 5-1 de la loi de 1992 définit ce que sont des entreprises liées.

Article 1-3 de la directive n°93-38

3) « entreprise liée » : toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la septième directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés ou, dans le cas d'entités non soumises à cette directive, toute entreprise sur laquelle l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, au sens du point 2 du présent article ou qui peut exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ou qui, comme l'entité adjudicatrice, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Cette définition couvre les entreprises entrant dans l'un des **quatre cas** suivants :

- leurs comptes annuels sont consolidés avec ceux d'un organisme visé par la loi de 1992 ;
- elles sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'un tel organisme ;
- elles peuvent, à l'inverse, exercer une influence de cette nature sur un tel organisme ;
- ou elles sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant le même type d'influence sur un tel organisme.

L'avant-dernier alinéa de l'article 5-1 reprend, en la complétant, la définition que l'article 1-3 de la directive donne de l'influence dominante. Celle-ci résulte « *de la propriété, de la participation financière ou des règles qui régissent* » l'entreprise concernée.

Sans être limitatif, cet alinéa cite trois cas d'influence dominante évidente :

- détention de la majorité du capital d'une entreprise ;
- détention de la majorité des voix attachées aux parts émises par une entreprise ;
- désignation de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise.

Enfin, le **dernier alinéa** de l'article 5-1 procède à la transposition de l'article 13-2 de la directive.

Article 13-2 de la directive n° 93-38

2. Les entités adjudicatrices notifient à la Commission, sur sa demande, les informations suivantes relatives à l'application des dispositions du paragraphe 1 :

- les noms des entreprises concernées ;
- la nature et la valeur des marchés de services visés ;
- les éléments que la Commission juge nécessaires pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences du présent article.

Ces dispositions étant de nature réglementaire, cet alinéa renvoie à un décret le soin de préciser les conditions dans lesquelles les organismes visés par la loi de 1992 doivent notifier à la Commission européenne, sur sa demande, les informations relatives aux contrats de services visés par le présent article.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 11 ainsi modifié.

Articles 12 et 13

Coordination en matière de recours

Transposant les articles premier et 2 de la directive n° 92-13 du 25 février 1992, dite « recours » dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, les articles 12 et 13 du présent projet de loi proposent ainsi de soumettre les contrats visés à l'article 3 de la loi de 1992 (contrats passés dans les secteurs des hydrocarbures et des mines) au régime des recours en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Votre commission vous propose d'adopter ces articles sans modification.

*

* *

Sous réserve des observations qui précèdent et des amendements qu'elle vous présente, votre Commission des Affaires économiques et du Plan vous demande d'adopter le présent projet de loi.

TABLEAU COMPARATIF

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

Projet de loi
complétant, en ce qui concerne
certains contrats de services
et de fournitures,
la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991
relative à la transparence
et la régularité des procédures
de marchés et soumettant la passation
de certains contrats à des règles
de publicité et de mise en concurrence
et la loi n° 92-1282
du 11 décembre 1992
relative aux procédures
de passation de certains contrats
dans les secteurs de l'eau, de l'énergie,
des transports
et des télécommunications

Projet de loi
complétant, en ce qui concerne
certains contrats de services
et de fournitures,
la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991
relative à la transparence
et la régularité des procédures
de marchés et soumettant la passation
de certains contrats à des règles
de publicité et de mise en concurrence
et la loi n° 92-1282
du 11 décembre 1992
relative aux procédures
de passation de certains contrats
dans les secteurs de l'eau, de l'énergie,
des transports
et des télécommunications

TITRE PREMIER

TITRE PREMIER

DISPOSITIONS COMPLÉTANT,
EN CE QUI CONCERNE
CERTAINS CONTRATS
DE SERVICES ET
DE FOURNITURES,
LA LOI N° 91-3
DU 3 JANVIER 1991
RELATIVE
À LA TRANSPARENCE
ET À LA RÉGULARITÉ
DES PROCÉDURES DE MARCHÉS
ET SOUMETTANT LA PASSATION
DE CERTAINS CONTRATS
À DES RÈGLES DE PUBLICITÉ
ET DE MISE EN CONCURRENCE

DISPOSITIONS COMPLÉTANT,
EN CE QUI CONCERNE
CERTAINS CONTRATS
DE SERVICES ET
DE FOURNITURES,
LA LOI N° 91-3
DU 3 JANVIER 1991
RELATIVE
À LA TRANSPARENCE
ET À LA RÉGULARITÉ
DES PROCÉDURES DE MARCHÉS
ET SOUMETTANT LA PASSATION
DE CERTAINS CONTRATS
À DES RÈGLES DE PUBLICITÉ
ET DE MISE EN CONCURRENCE

Article premier

Article premier

Il est inséré, dans la loi n° 91-3
du 3 janvier 1991 relative à la transpa-
rence et à la régularité des procédu-
res de marchés et soumettant la passation
de certains contrats à des règles de publi-
cité et de mise en concurrence, après l'ar-
ticle 9, un article 9-1 rédigé comme
suit :

(Alinéa sans modification)

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

Loi n. 91-3 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

.....

Art. 9.- Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil, et que se propose de conclure avec un entrepreneur :

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

b) Soit un organisme de droit privé, créé en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et répondant à l'une des conditions suivantes :

1° Avoir son activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'État, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que celui qui est mentionné ci-dessus ;

2° Être soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes visés au 1° ci-dessus ;

"Art. 9-1. – Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location-vente, ou la location, avec ou sans option d'achat, de fournitures que se proposent de conclure les personnes mentionnées à l'article 9, et dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie."

"Art. 9-1. – Est soumise...

...fournitures que se propose de conclure avec un fournisseur l'une des personnes mentionnées à l'article 9 de la présente loi et dont...

... l'économie."

Textes en vigueur

3° Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par l'État, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que celui qui est mentionné ci-dessus.

Texte du projet de loi

Art.2.

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

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

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

Propositions de la Commission

Art.2.

Il est...
...10-1 rédigé
comme suit :

"Art. 10-1. - I. - Les dispositions...
...prévues au V ci-après...

... s'agit :

"1° soit...
...personnes mentionnées
à l'article 9 de la présente loi;

Textes en vigueur

Art. 10.- Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances que se proposent de conclure des personnes qui ne sont pas soumises au Code des marchés publics et qui répondent aux conditions suivantes :

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

2° Être subventionnés directement à plus de 50 % par l'État, les collectivités territoriales, les groupements de droit public formés entre des collectivités publiques, les organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou les groupements ou organismes définis à l'article 9.

Texte du projet de loi

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

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

"Sont soumis aux dispositions de l'alinéa précédent :

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

Propositions de la Commission

"2° soit d'un contrat que se propose de conclure, avec un prestataire de services, une personne de droit privé autre que celles...

... l'Etat, une collectivité locale, un organisme de droit public n'ayant pas un caractère industriel ou commercial ou l'une des personnes mentionnées à l'article 9 de la présente loi.

« II - (Sans modification)

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

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

"4° les services de télécommunications;

"5° les services financiers :

"a) services d'assurances;

"b) services bancaires et d'investissement;

"6° les services informatiques et services connexes;

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

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

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

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

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

"12° les services de publicité;

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

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

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

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

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

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

“Art. 10-2. – Sont exclus du champ d'application de l'article 10-1 ci-dessus :

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

“III. – Lorsqu'un...

... au II ou au V du présent article, la personne...

... Conseil d'Etat :

(Alinéa sans modification)

(Alinéa sans modification)

« IV. - Les contrats qui ont pour objet à la fois des services mentionnés au II et des services mentionnés au III du présent article sont passés conformément aux dispositions applicables aux services constituant la majeure partie du marché. »

« V - Sont...

...ci-dessus :

« 1° *(Sans modification)*

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

« 2° les contrats *qui ont* pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de *radio-diffusion et qui concernent* les temps de diffusion ;

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

« 3° (*Sans modification*)

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

« 4° (*Sans modification*)

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

« 5° (*Sans modification*)

“6° les contrats de travail;

« 6° (*Sans modification*)

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

“7° les contrats...
...que
ceux mentionnés au 7° du II du présent article ;

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

« 8° (*Sans modification*)

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la Commission
<p>Art. 11-1 - En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 et relevant du droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.</p>	<p>Art. 3.</p> <p>Au début du premier alinéa de l'article 11-1 de la même loi, les mots : "des contrats définis aux articles 9, 10 et 11" sont remplacés par les mots : "des contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1, 10-2 et 11".</p>	<p>Art. 3.</p> <p>Au début...</p> <p>... aux articles 9, 9-1, aux I, II, III et IV de l'article 10-1 et à l'article 11. »</p>
<p>Art. 11-2 - En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11 et relevant du droit public, la procédure applicable est celle de l'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.</p>	<p>Art. 4.</p> <p>A l'article 11-2 de la même loi, les mots : "la passation des contrats définis aux articles 9, 10 et 11" sont remplacés par les mots : "la passation des contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1, 10-2 et 11".</p>	<p>Art. 4.</p> <p>A l'article...</p> <p>... aux articles 9, 9-1, aux I, II, III et IV de l'article 10-1 et à l'article 11 ».</p>
<p>Art. 12 - Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11 :</p>	<p>Art. 5.</p> <p>L'article 12 de la même loi est modifié comme suit :</p>	<p>Art. 5.</p> <p>(Alinéa sans modification)</p>
<p>1° Soumis aux dispositions de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;</p>	<p>I. - Au début de l'article, les mots : "Les dispositions du titre II de la présente loi ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 10 et 11" sont remplacés par les mots : "Les dispositions du titre II ne sont pas applicables aux contrats définis aux articles 9, 9-1, 10, 10-1, 10-2 et 11".</p>	<p>I. - Au début...</p> <p>... 10-1 et 11".</p>

Textes en vigueur

2° Concernant des travaux déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;

3° Passés à l'issue de la procédure spécifique d'une organisation internationale ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un État membre ou non membre de la Communauté économique européenne ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs États non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par des États signataires de l'accord.

Loi n° 92-1282 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

Texte du projet de loi

II. – Au début du 2°, les mots : “concernant des travaux” sont remplacés par les mots : “concernant des travaux, des fournitures ou des services”.

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

TITRE II

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

Art. 6.

Le premier alinéa de l'article premier de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications est modifié ainsi qu'il suit :

Propositions de la Commission

II - *(Sans modification)*

III - *(Sans modification)*

TITRE II

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

Art. 6.

(Sans modification)

Textes en vigueur

Art. 1er.- Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats de fournitures et de travaux, dont le montant est égal ou supérieur à des seuils fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances et que se proposent de conclure avec un fournisseur ou un entrepreneur, lorsqu'ils exercent les activités mentionnées à l'article 2, les organismes suivants :

.....

Art. 3.- Sous réserve d'un accord de la Commission des communautés européennes, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux organismes détenteurs de titres miniers de charbon, d'autres combustibles solides ou d'hydrocarbures liquides ou gazeux délivrés conformément aux dispositions du Code minier. Toutefois, les conditions dans lesquelles l'exploitant doit respecter les principes de non-discrimination et de mise en concurrence de ses marchés de travaux et de fournitures, ainsi que les mesures d'information relatives à l'octroi de ces marchés, sont fixées par voie réglementaire.

Texte du projet de loi

“Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats de fournitures, de travaux et, dans les conditions définies aux articles 4-1 et 4-2, des contrats de services, dont le montant est égal ou supérieur à des seuils fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et que se proposent de conclure, avec un fournisseur, un entrepreneur ou un prestataire de services, lorsqu'ils exercent les activités mentionnées à l'article 2, les organismes suivants :” (le reste sans changement).

Art. 7.

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

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

II. – Les mots : “de ses marchés de travaux et de fournitures” sont remplacés par les mots : “de ses marchés de travaux, de fournitures et de services”.

Propositions de la Commission

Art. 7.

(Sans modification)

Textes en vigueur

Art. 4.- Les contrats de fournitures mentionnés à l'article 1er sont ceux dont l'objet est l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de produits ou de services portant sur les logiciels destinés à l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public ou à être utilisés dans un ou plusieurs services de télécommunications visés aux articles L. 33-1 et L. 34-1 du Code des postes et télécommunications.

Les contrats de travaux mentionnés à l'article 1er sont ceux dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil.

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

Texte du projet de loi

Art. 8.

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

Art. 9.

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

Propositions de la Commission

Art. 8.

(Sans modification)

Art. 9.

Il est inséré dans la même loi, après l'article 4, un article 4-1 et un article 4-2 rédigés comme suit :

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

« Art. 4-1. – I. – Lorsqu'un contrat de services mentionné à l'article premier a pour objet l'exécution de services qui entrent dans l'une des catégories de services énumérées au II de l'article 10-1 de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, la personne qui se propose de passer le contrat est tenue de se conformer aux mesures de publicité et aux procédures de mise en concurrence prévues à l'article premier.

« Art. 4 1. I- Lorsqu'un ...

... énumérées ci-après, la personne ...

... premier.

« Sont soumis aux dispositions de l'alinéa précédent :

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

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

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

« 4° les services de télécommunications ;

« 5° les services financiers :

« a) services d'assurances ;

« b) services bancaires et d'investissement ;

« 6° les services informatiques et services connexes ;

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

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

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

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

« 9° le service d'études de marché et de sondages ;

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

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

« 12° les services de publicité ;

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

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

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

« II. - Lorsqu'un ...

... services autres que celles mentionnées au I ou au III du présent article ou a pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion ou concernant les temps de diffusion, la personne ...

... Conseil d'Etat :

(Alinéa sans modification)

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

(Alinéa sans modification)

« III - Les contrats qui ont pour objet à la fois des services mentionnés au I et des services mentionnés au II du présent article sont passés conformément aux dispositions applicables aux services constituant la majeure partie du marché. »

« IV. - Sont exclus du champ d'application de l'article premier de la présente loi :

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

« 2° les contrats relatifs aux services de téléphonie vocale, de télex, de radiotéléphonie mobile, de radio messagerie et de communications par satellite ;

« 3° les contrats qui ont pour objet les services d'arbitrage ou de conciliation ;

« 4° les contrats de services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente, au transfert de titres et autres instruments financiers, ainsi que les contrats qui concernent des services rendus par la Banque de France ;

« 5° les contrats de travail ;

« 6° les contrats de services de recherche et de développement autres que les contrats mentionnés au 7° de l'article 4-1 ;

« 7° les contrats de services dont le prestataire est l'une des personnes énumérées à l'article 1er 1° et 2° ou une personne publique, désignée sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu ou sur le fondement de dispositions législatives ou réglementaires. »

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

« Art. 4-2. — Alinéa supprimé

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

« Art. 4-2. - Les contrats mentionnés à l'article 4 et aux paragraphes I et II de l'article 4-1 peuvent ...

... concurrence. »

Art. 10.

Art. 10.

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

(Alinéa sans modification)

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Propositions de la Commission
<p>Art. 5.- Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables aux <i>contrats définis</i> à l'article 4 lorsqu'ils sont passés :</p>	<p>I. - Au début de l'article, les mots : "aux contrats définis à l'article 4" sont remplacés par les mots : "aux contrats définis aux articles 4, 4-1 et 4-3 de la présente loi et au 2° de l'article 10-2 de la loi du 3 janvier 1991".</p>	<p>I. - Au début...</p>
<p>1° Pour l'achat d'eau par les personnes dont l'activité est de produire ou de distribuer l'eau ;</p>		<p>...définis à l'article 4, aux paragraphes I, II et III de l'article 4-1 et à l'article 4-2.</p>
<p>2° Par les personnes dont l'activité est définie au 1° et au a du 3° de l'article 2 en vue d'acquérir de l'énergie ou des combustibles destinés à la production d'énergie ;</p>		
<p>3° Par les personnes dont l'activité est définie au 5° de l'article 2 lorsque ces contrats leur permettent d'assurer des services de télécommunications qui peuvent être offerts par d'autres organismes dans la même aire géographique et dans des conditions similaires ;</p>		
<p>4° Pour des fournitures ou des travaux déclarés secrets ou lorsque la livraison ou l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;</p>	<p>II. - Au 4°, les mots : "Pour des fournitures ou des travaux" sont remplacés par les mots : "Pour des fournitures, des travaux ou des services".</p>	<p>II - (Sans modification)</p>
<p>5° En vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale ou d'un accord international conclu en relation avec la stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un État membre ou non membre de la Communauté économique européenne ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs États non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des fournitures ou des travaux destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un ouvrage par les États signataires de l'accord ;</p>	<p>III. - Au 5°, les mots : "et portant sur des fournitures ou des travaux" sont remplacés par les mots : "et portant sur des fournitures, des travaux ou des services".</p>	<p>III - (Sans modification)</p>

Textes en vigueur

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

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

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

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

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

Textes en vigueur

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

.....

Texte du projet de loi

Art. 11.

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

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

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

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

Propositions de la Commission

Art. 11.

(Alinéa sans modification)

“Art. 5-1. – *(Alinéa sans modification)*

(Alinéa sans modification)

“– aux contrats...

... écoulées, ou depuis sa création si celle-ci remonte à moins de trois ans, proviennent de la prestation de ces services aux personnes auxquelles elle est liée.

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

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

(Alinéa sans modification)

“Sont des entreprises liées :

(Alinéa sans modification)

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

« 1° *(Sans modification)*

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

« 2° *(Sans modification)*

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

« 3° *(Sans modification)*

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

« 4° *(Sans modification)*

“L'influence dominante exercée sur une entreprise est celle qui résulte de la propriété, de la participation financière et des règles qui régissent ladite entreprise. Il en est ainsi notamment lorsqu'une personne ou un groupement de personnes détient la majorité du capital de cette entreprise ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par elle ou peut désigner plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance.

(Alinéa sans modification)

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

(Alinéa sans modification)

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Propositions de la Commission

Art. 7-1 - En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis à l'article 1er et relevant du droit privé, le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.

.....

Art. 7-2 - En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats définis à l'article 1er et relevant du droit public, toute personne qui a intérêt à conclure le contrat et **qui** est susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, les mesures prévues à l'article L.23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

.....

Art. 12.

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

Art. 13.

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

Art. 12.

(Sans modification)

Art. 13.

(Sans modification)

ANNEXES

ANNEXE 1

Liste des personnes entendues par le rapporteur

I - PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

Mercredi 2 octobre 1996

- 14 h 30 ● **E.D.F.**

Mme Segelle, Responsable du pôle d'activités juridiques et contractuelles

M. Eugène, chargé des relations avec le Parlement

- 15 h 15 ● **COMPAGNIES DES EAUX**

Lyonnaise des Eaux

M. Prades, directeur général délégué, Président de l'UNSPIC

Mme Alain, chargée de mission auprès de la direction générale

Compagnie Générale des Eaux

Mme Suart Fioravante, chargée des relations avec les pouvoirs publics

- 16 h 00 ● **SYNTEC INGENIERIE**

M. Leblais, Président de Syntec infrastructures

Président-Directeur général de SIMECSOL

M. Félix, Délégué général

Mme Deniniolle, Conseiller juridique

- 16 h 45 ● **AÉROPORTS DE PARIS**

M. Marsy, chef du service marchés publics

- 17 H 30 ● **UNIOPSS**

Mme Alix, Adjointe au directeur général

Mme Vieillefond, Service juridique de l'UNAPEI

Mercredi 2 octobre 1996

- 18 h 15 • **G.D.F.**

M. Dreyer, Direction Générale, Mission
approvisionnement fournisseurs
Mme Weingarten, service juridique
M. Mothes, chargé des relations avec le Parlement

Mercredi 9 octobre 1996

- 19 h 00 • **FRANCE TÉLÉCOM**

Mme Petit-Huguenin, Branche réseaux, Direction des
achats logistiques
Mme Peltier-Charrier, chargée des relations
institutionnelles

II - CONTRIBUTIONS ÉCRITES EXAMINÉES

- SNCF

- Chambre Syndicale des Ingénieurs Conseil de France

ANNEXE 2

Les directives marchés publics et l'état de leur transposition

● ORGANISMES PUBLICS

DIRECTIVE	ENTREE EN VIGUEUR	TEXTE DE TRANSPOSITION
FOURNITURES (77/62-89/295 - consolidation 93/36)	 01/01/89 14/06/94	<ul style="list-style-type: none">• Livre V du code des marchés publics. Décrets n° 89-236 du 17/04/89, n° 92-311 du 31/03/92 et n° 93-990 du 03/08/93• Arrêtés du 09/02/94 et du 17/01/96 (Seuils)• Projet de loi déposé au Sénat le 06/10/94 (pour la consolidation uniquement)• Projet de décret autonome modifiant le code des marchés publics
TRAVAUX (71/305-89-440 - consolidation 93-37)	 19/07/90 14/06/94	<ul style="list-style-type: none">• Livre V du code des marchés publics. Décrets n° 90-824 du 18/09/90, n° 92-311 du 31/03/92 et n° 93-990 du 03/08/93• Loi du 03/01/91• Décret n° 92-311 du 31/03/92• Arrêtés du 09/02/94 et du 17/01/96 (Seuils)

DIRECTIVE	ENTREE EN VIGUEUR	TEXTE DE TRANSPOSITION
<p>SERVICES (92/50)</p>	01/07/93	<ul style="list-style-type: none"> • Projet de loi déposé au Sénat le 06/10/94 et décret en cours d'examen • Projet de décret autonome modifiant le code des marchés publics
<p>RECOURS (89/665)</p>	21/12/91	<ul style="list-style-type: none"> • Loi n° 92-10 du 04/01/92 • Décret n° 92-964 du 07/09/92

Source : Commission Centrale des Marchés

● OPÉRATEURS DE RÉSEAUX

DIRECTIVE	ENTREE EN VIGUEUR	TEXTE DE TRANSPOSITION
<p>TRAVAUX, FOURNITURES, SERVICES, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (90/531 - consolidation 93/38)</p>	<p>01/01/93</p> <p>01/07/94</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Loi n° 92-1282 du 11/12/92 • Décret n° 93-990 du 03/08/1993 • Arrêté du 09/02/94 et du 17/01/96 (Seuils) • Pour les services, projet de loi déposé au Sénat le 06/10/94
<p>RECOURS (92/13)</p>	01/01/93	<ul style="list-style-type: none"> • Loi n° 93-1416 du 29/12/93

Source : Commission Centrale des Marchés

ANNEXE 3

Arrêt en manquement du 2 mai 1996 de la Cour de Justice des
Communautés européennes

TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS
COMUNIDADES EUROPEAS
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
DOMSTOL
GERICHTSHOF
DER
EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ
ΤΩΝ
ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE
OF THE
EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE
DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES



LUXEMBOURG

CÚIRT BHREITHIÚNAIS
NA
gCOMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA
DELLE
COMUNITÀ EUROPEE
HOF VAN JUSTITIE
VAN DE
EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS
COMUNIDADES EUROPELAS
EUROOPAN YHTEISÖJEN
TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA
GEMENSKAPERNAS
DOMSTOL

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)
2 mai 1996 *

«Manquement – Directive 92/50/CEE»

Dans l'affaire C-234/95,

Commission des Communautés européennes, représentée par M. Hendrik van Lier, conseiller juridique, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie requérante,

contre

République française, représentée par M^{me} Catherine de Salins, sous-directeur à la direction des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, et M. Philippe Martinet, secrétaire des affaires étrangères à la même direction, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg au siège de l'ambassade de France, 9, boulevard du Prince Henri,

partie défenderesse,

ayant pour objet de faire constater que, en ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), et,

subsidiairement, en s'abstenant d'informer immédiatement la Commission de telles mesures, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive et, principalement, de son article 44,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de MM. D. A. O. Edward, président de chambre, J.-P. Puissochet, P. Jann (rapporteur), L. Sevón et M. Wathelet, juges,

avocat général: M. A. La Pergola,
greffier: M. R. Grass,

vu le rapport du juge rapporteur,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 14 mars 1996,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par requête enregistrée au greffe de la Cour le 5 juillet 1995, la Commission des Communautés européennes a introduit, en vertu de l'article 169 du traité CE, un recours visant à faire constater que, en ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1, ci-après la «directive»), et, subsidiairement, en s'abstenant de l'informer immédiatement de telles mesures, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive et, principalement, de son article 44.
- 2 Selon l'article 44, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive avant le 1^{er} juillet 1993 et en informer immédiatement la Commission.
- 3 N'ayant pas reçu communication des dispositions adoptées par la République française pour se conformer à la directive, la Commission a, le 9 août 1993, mis le gouvernement français en demeure de présenter ses observations dans un délai de deux mois.

- 4 Aucune réponse à la lettre de mise en demeure ne lui étant parvenue, la Commission a, le 26 septembre 1994, adressé au gouvernement français un avis motivé l'invitant à prendre les mesures requises pour s'y conformer dans un délai de deux mois.
- 5 En réponse à cet avis motivé, le gouvernement français a informé la Commission qu'un projet de loi relatif notamment aux contrats de services avait été déposé au Sénat. En l'absence d'autres informations sur cette procédure législative, la Commission a intenté le présent recours.
- 6 Le gouvernement français ne conteste pas le manquement.
- 7 Toutefois, s'agissant des organismes privés d'intérêt général placés sous contrôle public, il fait valoir qu'un projet de loi a été déposé qui a principalement pour objet de rendre applicable aux marchés de services passés par ces organismes la loi n° 91-3, du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures des marchés. Cette loi, qui soumet la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, ne concerne actuellement que les marchés de travaux passés par ces entités. L'extension de ces procédures aux marchés de services devrait être réalisée par l'adoption d'un décret d'application modifiant le décret n° 92-311 du 31 mars 1992.
- 8 Quant aux marchés conclus par l'État et les collectivités locales, le gouvernement français souligne que la transposition de la directive sera effectuée par un décret en Conseil d'État, dont le texte fait actuellement l'objet d'une dernière concertation interministérielle.
- 9 La transposition de la directive n'ayant pas été réalisée dans le délai fixé, il y a lieu de considérer comme fondé le recours intenté à cet égard par la Commission.
- 10 Il convient, par conséquent, de constater que, en n'adoptant pas, dans le délai prescrit, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de son article 44, paragraphe 1.

Sur les dépens

- 11 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission a conclu à la condamnation de la République française aux dépens. Celle-ci ayant succombé en sa défense, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (cinquième chambre)

déclare et arrête:

- 1) **En n'adoptant pas, dans le délai prescrit, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 44, paragraphe 1, de ladite directive.**
- 2) **La République française est condamnée aux dépens.**

Edward

Puissochet

Jann

Sevón

Wathelet

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 2 mai 1996.

Le greffier

Le président de la cinquième chambre

R. Grass

D. A. O. Edward

ANNEXE 4

Textes réglementaires prévus par le projet de loi

● TITRE I

ARTICLE DU PROJET DE LOI	DISPOSITION INTRODUITE	TEXTE REGLEMENTAIRE ATTENDU
Article 1	Article 9-1 nouveau de la loi n° 91-3	<ul style="list-style-type: none">• Décret en Conseil d'Etat fixant les mesures de publicité et de mise en concurrence• Arrêté du ministre de l'économie fixant le seuil des marchés de fournitures
Article 2	Article 10-1 nouveau de la loi n° 91-3 <ul style="list-style-type: none">• paragraphe I• paragraphe II• paragraphe III	<ul style="list-style-type: none">• Arrêté du ministre de l'économie fixant le seuil des marchés de services• Décret en Conseil d'Etat fixant les mesures de publicité et de mise en concurrence (régime dit plein)• Décret en Conseil d'Etat fixant les conditions de publicité et d'inclusion au contrat des spécifications techniques (régime dit allégé)

• TITRE II

ARTICLE DU PROJET DE LOI	DISPOSITION INTRODUITE	TEXTE REGLEMENTAIRE ATTENDU
Article 6	Modification de l'article premier de la loi n° 92-1282	<ul style="list-style-type: none">• Décret en Conseil d'Etat• Arrêté du ministre de l'économie fixant le seuil des marchés concernés
Article 9	<ul style="list-style-type: none">• Article 4-1 nouveau de la loi n° 92-1282 paragraphe 11• Article 4-3 nouveau de la loi n° 92-1282	<ul style="list-style-type: none">• Décret en Conseil d'Etat fixant les obligations concernées• Décret en Conseil d'Etat sur les accords cadres
Article 11	Article 5-1 nouveau de la loi n° 92-1282	<ul style="list-style-type: none">• Décret précisant les modalités de notification à la Commission européenne