

N° 338

# SÉNAT

SECONDE SESSION ORDINAIRE DE 1989-1990

Annexe au procès-verbal de la séance du 31 mai 1990.

## PROJET DE LOI

*tendant à améliorer la transparence et la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.*

PRÉSENTÉ

Au nom de M. MICHEL ROCARD,

Premier ministre,

par M. Pierre BÉRÉGOVOY,

Ministre d'Etat, ministre de l'Economie, des Finances et du Budget.

(Renvoyé à la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

---

Marchés publics.

## EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

La part importante des commandes publiques dans l'économie nationale et la place que représentent ces commandes dans certains secteurs de l'industrie et des services justifient que des garanties soient prises pour que ces commandes soient préparées, passées et exécutées de façon irréprochable.

Il apparaît donc indispensable d'améliorer la transparence et d'assurer un meilleur contrôle des procédures à toutes les étapes de ces marchés, afin de sauvegarder la bonne utilisation des deniers des collectivités publiques acheteuses et de garantir l'égalité des droits des candidats aux marchés.

Le décret du 18 août 1976 a institué à cet effet une brigade interministérielle d'enquêteurs chargée de procéder à des enquêtes sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés les marchés de l'Etat et de certains établissements publics. L'expérience de près de quinze ans de fonctionnement de cette brigade a montré qu'il était aujourd'hui nécessaire d'élargir son champ de compétence aux marchés des autres collectivités et organismes publics, ainsi que d'accroître ses pouvoirs d'investigation en lui permettant de rechercher, y compris chez des personnes privées, mais sous le contrôle du juge, les éléments constitutifs d'infractions aux règles des marchés ; enfin, il est apparu indispensable d'améliorer les conditions de sa saisine. Tel est l'objet du titre premier du présent projet de loi qui dénomme cette brigade « mission interministérielle d'enquête sur les marchés ».

L'article premier reprenant et élargissant le dispositif prévu à l'article 221 *bis* du code des marchés publics, donne un statut législatif à la mission interministérielle d'enquête sur les marchés, en étendant sa compétence à l'ensemble des marchés passés par l'Etat, les collectivités locales et organismes publics. Il détermine par ailleurs les modalités de désignation du chef de la mission et des membres de cette dernière.

L'article 2 fixe les modalités de saisine de la mission précitée et désigne les destinataires des procès-verbaux et des rapports qu'elle peut être amenée à établir.

L'article 3 définit les pouvoirs d'investigation de la mission dans les services de l'Etat et ceux des personnes morales mentionnées à l'article premier.

L'article 4 définit les pouvoirs d'investigation de la mission dans les locaux à usage professionnel.

L'article 5 lui donne le pouvoir d'effectuer, sur autorisation judiciaire, des visites et des saisies de documents en tous lieux en vue de rechercher la preuve de pratiques constitutives du délit prévu à l'article 6.

L'article 6 crée un nouveau délit, constitué par le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par des actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires qui garantissent la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés passés par l'Etat, les collectivités et organismes publics ; il définit les sanctions applicables lorsque ce délit est commis.

L'article 7 prévoit les sanctions applicables à toute personne s'opposant à l'exercice des pouvoirs donnés aux membres de la mission.

\*  
\* \*

Le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté le 18 juillet 1989 la directive 89/440/C.E.E. modifiant la directive 71/305/C.E.E. portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. Il convient d'en effectuer la transposition en droit interne afin qu'elle entre en application le 19 juillet 1990.

Cette nouvelle directive a pour but d'assurer, conformément aux objectifs d'achèvement du marché intérieur, une plus grande transparence et une plus grande ouverture des marchés de travaux.

Le champ d'application de la directive 71/305/C.E.E. du 26 juillet 1971, correspondait à celui du code des marchés publics, tant du point de vue des personnes morales assujetties que des contrats visés. Aussi, la transposition en droit interne avait-elle pu être opérée par la voie réglementaire et réalisée effectivement par le décret n° 73-431 du 14 mars 1973 abrogé et remplacé par le décret n° 79-98 du 12 janvier 1979.

En revanche, le champ d'application de la directive 89/440/C.E.E. du 18 juillet 1989 est sensiblement plus étendu que celui du code des marchés publics. Il recouvre, certes, les marchés publics de travaux et les personnes morales de droit public soumis au code précité pour lesquels la transposition de la directive sera faite par décret en Conseil d'Etat. Mais s'y trouvent également inclus d'autres types de contrats passés par des organismes ou des groupements de droit public ou de

droit privé. Ce sont ces contrats qui sont concernés par le titre II du présent projet de loi.

Les articles 8 et 9 soumettent à des mesures de publicité et à des procédures de mise en concurrence qui seront définies par décret en Conseil d'Etat en s'inspirant des principes du code des marchés publics, les contrats dont le montant est supérieur à un seuil qui sera fixé par la voie réglementaire et devrait être de 35 millions de francs. La directive communautaire dénomme ces contrats « marchés de travaux passés par des organismes de droit public » et « marchés de travaux subventionnés à plus de 50 % par des personnes publiques ou des organismes de droit public ».

L'article 10 impose des mesures de publicité qui seront définies par décret en Conseil d'Etat aux contrats dont le montant est supérieur au même seuil fixé par la voie réglementaire et que la directive dénomme « concessions de travaux publics » et « marchés de travaux passés par les concessionnaires ». Il définit, en outre, les notions d'entreprises tierces et d'entreprises liées.

L'article 11 reprend les exclusions du champ d'application prévues par la directive. Ces exclusions sont fondées sur le domaine d'activité, sur la nature des travaux à réaliser ou sur l'application d'accords internationaux.

Le titre III du présent projet de loi regroupe les dispositions diverses.

L'article 12 précise que les modalités d'application de la présente loi sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Enfin, l'article 13 prévoit que la présente loi n'est pas applicable à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. En effet, elle ne sera pas applicable aux territoires d'outre-mer et à Mayotte et il n'a pas paru souhaitable de traiter différemment Saint-Pierre-et-Miquelon, d'autant que ce territoire n'étant pas membre de la Communauté économique européenne, la transposition de la directive du 18 juillet 1989 n'y est pas obligatoire.

## PROJET DE LOI

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'Economie, des Finances et du Budget,

Vu l'article 39 de la Constitution,

Décète :

Le présent projet de loi tendant à améliorer la transparence et la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, sera présenté au Sénat par le ministre d'Etat, ministre de l'Economie, des Finances et du Budget qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

### TITRE PREMIER

#### TRANSPARENCE ET RÉGULARITÉ DES PROCÉDURES

##### Article premier.

Il est créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés, chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont passés ou exécutés les marchés de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des entreprises publiques soumises au contrôle de la Cour des comptes ou des sociétés d'économie mixte locales.

Les membres de la mission sont désignés parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers, par arrêté conjoint du Premier ministre, du Garde des Sceaux, ministre de la Justice, du ministre chargé de l'Economie et des Finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement.

## Art. 2.

Les enquêtes sont diligentées à la demande du Premier ministre ou du ministre chargé de l'Economie et des Finances ou, pour son département et les établissements placés sous sa tutelle, à la demande de chaque ministre ou du chef de la mission précitée. En outre, elles peuvent être diligentées à la demande du préfet lorsqu'elles concernent des marchés passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte locales.

Elles donnent lieu à l'établissement de rapports et, le cas échéant, de comptes rendus d'audition.

Les rapports et comptes rendus d'audition sont transmis aux autorités compétentes pour en connaître.

Les rapports et comptes rendus d'audition relatifs à des enquêtes portant sur les marchés des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des sociétés d'économie mixte locales sont transmis au représentant légal de la collectivité ou de l'organisme concerné. Ils sont ensuite transmis au préfet et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête avec les observations du représentant légal de la collectivité ou de l'organisme.

Un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendus.

## Art. 3.

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

## Art. 4.

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

Art. 5.

I. — Pour la recherche et la constatation de l'infraction définie à l'article 6 du présent titre, et sous réserve des dispositions de l'article 56 du code de procédure pénale, les membres de la mission peuvent procéder à des visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.

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

II. — L'ordonnance comporte :

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

b) l'adresse des lieux à visiter ;

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

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

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

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

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

L'ordonnance n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas

suspensif. Les délais de pourvoi courent à compter de la notification ou de la signification de l'ordonnance.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Art. 6.**

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

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

**Art. 7.**

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

**TITRE II**

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

**Art. 8.**

Est soumise à des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'Economie et des Finances, dont l'objet est de réaliser, de concevoir et réaliser, ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil, et qui 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'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ou des organismes de droit privé de la même nature que celui qui est mentionné ci-dessus ;

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

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

#### Art. 9.

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

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

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

#### Art. 10.

Fait l'objet de mesures de publicité la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'Economie et des Finances, dont l'objet est défini à l'article 8, et que se proposent de conclure les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux à caractère industriel ou commercial, ou les groupements ou organismes définis à l'article 8, lorsque la

rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage.

Il en est de même pour les contrats que se proposent de conclure avec des tiers les titulaires d'un contrat mentionné ci-dessus ou d'un contrat de même nature que ce dernier, conclu par l'Etat, par des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou par des groupements de droit public formés entre des collectivités publiques, lorsque ces titulaires ne sont pas soumis au code des marchés publics ou ne figurent pas à l'article 8.

Ne sont pas considérées comme tierces les entreprises qui se sont groupées pour obtenir des contrats mentionnés au premier alinéa ou les contrats de même nature conclus par l'Etat, par des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou par des groupements de droit public formés entre des collectivités publiques ou les entreprises qui leur sont liées.

Sont des entreprises liées celles qui sont soumises à l'influence dominante de l'une d'entre elles. L'influence dominante est présumée lorsqu'une personne, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre personne, détient la majorité de son capital, ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par elle, ou peut désigner plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance.

#### Art. 11.

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

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

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

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

4° pour des travaux déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;

5° en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale, ou d'un accord international conclu en relation avec le stationnement de troupes et concernant des entreprises d'un Etat membre ou non membre de la Communauté économique européenne ou d'un accord international conclu avec un ou plusieurs Etats non membres de la Communauté économique européenne et portant sur des travaux

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

### TITRE III

#### DISPOSITIONS DIVERSES

##### Art. 12.

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

##### Art. 13.

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

Fait à Paris, le 30 mai 1990.

*Signé* : MICHEL ROCARD.

Par le Premier ministre :

Le ministre d'Etat, ministre de l'Economie,  
des Finances et du Budget,

*Signé* : Pierre BÉRÉGOVOY.