

PROJET DE LOI

adopté

le 4 octobre 1990

N° 3
S É N A T

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1990-1991

PROJET DE LOI

ADOPTÉ PAR LE SÉNAT APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE,

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.

Le Sénat a adopté, en première lecture après déclaration d'urgence, le projet de loi dont la teneur suit :

Voir les numéros :

Sénat : 338 et 479 (1989-1990).

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 préparés, passés ou exécutés les marchés de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial ou des sociétés d'économie mixte locales.

Le chef de la mission et les membres de celle-ci 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'économie et des finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement.

Les membres de la mission sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal.

Art. 2.

Les enquêtes sont diligentées à la demande du Premier ministre ou du ministre chargé de l'économie et des finances ou, pour son département et les établissements placés sous sa tutelle, à la demande de chaque ministre. 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 qui ont demandé l'enquête.

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 d'abord

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 entendues.

Les conclusions de ces rapports sont portées, pour ce qui les concerne, à la connaissance des personnes mises en cause.

Art. 3.

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

Art. 4.

Les membres de la mission peuvent, pour les nécessités de l'enquête, 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. 5 bis (nouveau).

Le président du conseil de la concurrence est informé sans délai du déclenchement et de l'issue des investigations mentionnées à l'article 5 lorsque ces investigations font apparaître des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

La direction de l'enquête est transférée au conseil de la concurrence.

Art. 6.

Toute personne investie d'un mandat électif, tout représentant, administrateur ou 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 deux 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'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'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 à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes visés au 1° ci-dessus ;

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'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 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 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'économie 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.

Délibéré, en séance publique, à Paris, le 4 octobre 1990.

Le Président,

Signé : ALAIN POHER.