

**DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**ORBA/S PARLEMENTAIRE**

**ASSEMBLÉE NATIONALE**

---

**CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958**

**10<sup>e</sup> Législature**

**PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1993-1994**

**(113<sup>e</sup> SÉANCE)**

**COMPTE RENDU INTÉGRAL**

**1<sup>re</sup> séance du mardi 14 décembre 1993**



# SOMMAIRE

## PRÉSIDENCE DE M. GILLES DE ROBIEN

1. **Convention fiscale avec le Bahrein.** - Discussion, selon la procédure d'adoption simplifiée, d'un projet de loi (p. 7539).  
Article unique. - Adoption (p. 7539)
2. **Convention fiscale avec le Qatar.** - Discussion, selon la procédure d'adoption simplifiée, d'un projet de loi (p. 7539).  
Article unique. - Adoption (p. 7539)
3. **Convention « Eumetsat ».** - Discussion, selon la procédure d'adoption simplifiée, d'un projet de loi (p. 7539).  
Article unique. - Adoption (p. 7539)
4. **Contrats de fournitures et de travaux.** - Discussion d'un projet de loi adopté par le Sénat (p. 7540).

M. Christian Daniel, rapporteur de la commission de la production.

M. Pascal Clément, ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale.

DISCUSSION GÉNÉRALE (p. 7542)

MM. Michel Habig,  
Didier Migaud.

Clôture de la discussion générale.

M. le ministre.

DISCUSSION DES ARTICLES (p. 7545)

Articles 1<sup>er</sup>, 2, 3 et 4. - Adoption (p. 7545)

VOTE SUR L'ENSEMBLE (p. 7546)

Adoption de l'ensemble du projet de loi.

5. **Ordre du jour** (p. 7546).

# COMPTE RENDU INTÉGRAL

**PRÉSIDENTICE DE M. GILLES DE ROBIEN,**  
**vice-président**

La séance est ouverte à neuf heures trente.

**M. le président.** La séance est ouverte.

1

## CONVENTION FISCALE AVEC LE BAHREIN

**Discussion, selon la procédure d'adoption simplifiée,  
d'un projet de loi**

**M. le président.** L'ordre du jour appelle la discussion du projet de loi autorisant l'approbation de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Bahrein en vue d'éviter les doubles impositions (n° 681, 833).

Je rappelle que ce texte est examiné selon la procédure d'adoption simplifiée.

**Article unique**

**M. le président.** « *Article unique.* - Est autorisée l'approbation de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Bahrein en vue d'éviter les doubles impositions, signée à Manama le 10 mai 1993, et dont le texte est annexé à la présente loi. »

Personne ne demande la parole?...

Je mets aux voix l'article unique du projet de loi.

(*L'article unique du projet de loi est adopté.*)

2

## CONVENTION FISCALE AVEC LE QATAR

**Discussion, selon la procédure d'adoption simplifiée,  
d'un projet de loi**

**M. le président.** L'ordre du jour appelle la discussion du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar, portant interprétation de la convention fiscale du 4 décembre 1990 en vue d'éviter les doubles impositions (n° 682, 835).

Je rappelle que ce texte est examiné selon la procédure d'adoption simplifiée.

**Article unique**

**M. le président.** « *Article unique.* - Est autorisée l'approbation de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat du Qatar, portant interprétation de la convention fiscale du 4 décembre 1990 en vue d'éviter les doubles impositions, signé à Paris le 12 janvier 1993 et dont le texte est annexé à la présente loi. »

Personne ne demande la parole?...

Je mets aux voix l'article unique du projet de loi.

(*L'article unique du projet de loi est adopté.*)

3

## CONVENTION « EUMETSAT »

**Discussion, selon la procédure d'adoption simplifiée,  
d'un projet de loi**

**M. le président.** L'ordre du jour appelle la discussion du projet de loi autorisant l'approbation d'un amendement de la convention établissant l'Organisation européenne pour l'exploitation de satellites météorologiques « Eumetsat » (n° 684, 834).

Je rappelle que ce texte est examiné selon la procédure d'adoption simplifiée.

**Article unique**

**M. le président.** « *Article unique.* - Est autorisée l'approbation de l'amendement de la convention établissant l'Organisation pour l'exploitation de satellites météorologiques « Eumetsat » du 24 mai 1983, adopté lors de la quinzième réunion du conseil d'Eumetsat des 4 et 5 juin 1991 et dont le texte est annexé à la présente loi. »

Personne ne demande la parole?...

Je mets aux voix l'article unique du projet de loi.

(*L'article unique du projet de loi est adopté.*)

## CONTRATS DE FOURNITURES ET DE TRAVAUX

### Discussion d'un projet de loi adopté par le Sénat

**M. le président.** L'ordre du jour appelle la discussion du projet de loi, adopté par le Sénat, relatif aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (n° 647, 831).

La parole est à M. Christian Daniel, rapporteur de la commission de la production et des échanges.

**M. Christian Daniel, rapporteur.** Monsieur le président, monsieur le ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale, mes chers collègues, le projet de loi qui nous est soumis aujourd'hui, adopté par le Sénat le 21 octobre dernier, a pour objet de transposer en droit interne la directive (CEE) 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.

Ce projet de loi constitue une des dernières étapes du processus visant à ouvrir les marchés publics de chaque Etat membre de la Communauté européenne aux entreprises des autres Etats membres. Il s'inscrit dans le processus d'harmonisation du droit des marchés publics pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché unique européen.

L'enjeu économique est considérable, à la mesure des quatre secteurs concernés par le projet de loi : l'eau, l'énergie, les transports, les télécommunications.

La réalisation du marché unique communautaire ne saurait être complète sans une ouverture des marchés publics de chaque Etat membre aux entreprises des autres Etats membres, parce que ces marchés sont lourds d'enjeux économiques et financiers et qu'ils constituent une part essentielle de l'économie européenne.

Ce projet de loi, qui participe à la réalisation de la politique du libre accès aux marchés, revêt une importance particulière dans cette période de discussion du GATT, dont l'un des enjeux est de garantir l'ouverture des marchés publics communautaires, sans que cela conduise à des concessions commerciales vis-à-vis des pays tiers en l'absence de réciprocité.

Certains auraient souhaité, à travers ces dispositifs, renforcer la protection des entreprises communautaires, conformément au principe de la préférence communautaire. Cela n'a pas été le cas. La Communauté européenne, et la France en particulier, n'ont de leçon de libéralisme à recevoir de personne.

Aujourd'hui, un double mécanisme s'applique aux appels d'offres des marchés publics : l'exclusion et l'équivalence.

Sont exclus de l'attribution les offres composées pour plus de la moitié de produits de pays tiers. De nombreuses propositions avaient été formulées pour fixer le seuil à 40 p. 100, ce qui aurait permis de renforcer le principe de la préférence communautaire. Le Gouvernement ne les a pas suivies.

La définition de l'offre équivalente s'effectue au sein du marché unique européen dans une fourchette de 3 p. 100, alors que, pour les pays de l'Association européenne de

libre-échange, cette fourchette est de 10 p. 100 et, pour les Etats-Unis, de 25 p. 100. Ces chiffres illustrent le peu ou l'absence de discrimination ou de protectionnisme de nos marchés vis-à-vis des pays tiers extérieurs au marché unique européen.

Le projet de loi procède donc à la transposition en droit interne de la directive du 25 février 1992. Celle-ci a pour objet de garantir, par des procédures appropriées, une application effective des dispositions de la directive (CEE) 90-531 du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les quatre secteurs précités. Elle impose aux Etats membres de prendre les mesures devant assurer l'application effective des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues pour ce type de marchés par l'instauration de recours efficaces et aussi rapides que possible.

Elle ouvre plusieurs options de transposition pour les recours contentieux. Contrairement aux autorités de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne, qui ont opté pour la suspension-annulation des contrats, le gouvernement français a choisi l'astreinte. Votre rapporteur et la commission de la production et des échanges rejoignent le Gouvernement dans son choix judicieux. La spécificité des marchés publics, caractérisée par la notion de continuité du service public et celle de marchés successifs, justifie la procédure de l'astreinte, alors que l'application de la procédure de suspension-annulation de contrats ou d'annulation de clauses pourrait porter préjudice à l'ensemble des partenaires intéressés.

La procédure d'astreinte simple s'applique dans la phase précontractuelle, c'est-à-dire tant que les contrats ne sont pas conclus. Ce système n'est pas défavorable à nos entreprises. Il ne pourrait en être autrement dans une période économique difficile.

De plus, le Sénat a renforcé la notion de continuité du service public en amendement l'article 1<sup>er</sup> par l'introduction de la « théorie du bilan ».

Dans les contrats à temps passés par EDF ou la SNCF, par exemple, la procédure d'astreinte voulue par le Gouvernement écarte aussi toute conséquence préjudiciable aux usagers en assurant la continuité du service public.

L'astreinte n'a pas fonction de réparation. Elle n'a pour but que de contraindre, de la manière la plus efficace et la plus rapide qui soit, les auteurs du manquement à se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

L'astreinte peut revêtir deux formes. D'abord provisoire, elle sera liquidée en tenant compte du comportement de l'auteur du manquement. Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'est pas corrigé, l'astreinte peut être prononcée définitivement.

Au préalable, l'autorité judiciaire compétente détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter, et ce avant de prononcer l'astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais ainsi impartis.

Ce dispositif, introduit par le Sénat et accepté par le Gouvernement, traduit bien la volonté du Gouvernement de ne pas faire subir à nos entreprises des contraintes trop lourdes, que ne subiraient pas les entreprises des autres pays membres du marché unique européen.

L'astreinte a pour conséquence une contrainte pécuniaire dont l'amendement du Sénat, dicté par la théorie « du bilan », atténue la portée en offrant à l'autorité judiciaire compétente la possibilité de décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages. Tout en considérant qu'il n'était peut-être pas utile d'inscrire cette précision

dans la loi ; la commission de la production n'a pas souhaité contre-amender le projet afin que celui-ci ait force de loi le plus rapidement possible.

**M. Pascal Clément**, *ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale*. Très bien !

**M. Christian Daniel**, *rapporteur*. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup>, modifié par le Sénat, conserve son architecture. Il insère deux articles, 7-1 et 7-2, dans la loi du 11 décembre 1992. L'article 7-1 fixe l'ensemble des modalités de la procédure contentieuse régissant les contrats de droit privé, tandis que l'article 7-2 fixe les modalités applicables aux contrats de droit public.

L'article 2 tend à harmoniser le dispositif de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 décembre 1992 avec les règles régissant le code des marchés publics.

L'article 3 précise que la date d'entrée en vigueur de la loi de décembre 1992 ne s'applique pas aux articles 7-1 et 7-2.

L'article 4 met en place les recours relatifs aux contrats de droit public. Il aménage des conditions comparables à celles posées par l'article 7-1. Le juge compétent demeure un juge unique, le président du tribunal administratif, et dispose des mêmes pouvoirs d'injonction et d'astreinte que son homologue de l'ordre judiciaire.

Au total, la commission a adopté chacun des articles sans les amender et l'ensemble du projet de loi qui lui était soumis.

Enfin, monsieur le ministre, le rapporteur s'est interrogé sur les voies de recours applicables aux organismes détenteurs de titres miniers visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1992. A ce jour - et il en ira de même à la promulgation de la présente loi - les voies de recours de droit commun sont appliquées à ces organismes, y compris en cas de litige portant sur la procédure de passation de leurs contrats de fournitures et de travaux.

Faut-il prévoir, de plus, l'aménagement d'une voie de recours spéciale à ce contentieux précontractuel ?

A nos yeux, la directive de la Communauté européenne (CEE) 92-13 peut leur être également appliquée. Aussi, le rapporteur estime-t-il que le Gouvernement devrait, en concertation avec les organismes professionnels représentant les entreprises françaises détentrices d'un titre minier, évaluer si les voies de recours de droit commun actuelles satisfont à l'exigence d'efficacité imposée par la directive.

Si telle n'était pas la conclusion de cette expertise, le rapporteur juge que le régime de l'astreinte mis en place par le présent projet de loi devrait leur être appliqué. Cette expertise devrait rendre ses conclusions avant la discussion devant le Parlement du projet de loi transposant la directive (CEE) 93-38 du 14 juin 1993 concernant les contrats de services des secteurs anciennement dits exclus. Si tel n'était pas le cas, votre rapporteur pourrait être amené à déposer à cette occasion un amendement tendant à soumettre ces entreprises au régime de l'astreinte.

En conclusion, monsieur le ministre, mes chers collègues, la commission de la production et des échanges et son rapporteur ont exprimé un avis favorable sur le projet de loi tel qu'il a été adopté au Sénat et vous invitent, mes chers collègues, à le voter.

**M. le président**. La parole est à M. le ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale.

**M. Pascal Clément**, *ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale*. Monsieur le président, mesdames, messieurs, le projet de loi relatif aux recours en matière

de passation de certains contrats de fournitures et de travaux vient aujourd'hui devant votre Assemblée après avoir été adopté par le Sénat, le 21 octobre dernier.

Il a pour unique objet de mettre en œuvre les dispositions de la directive du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires concernant les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Cette directive assigne aux Etats membres de la Communauté économique européenne un objectif simple : garantir par des recours efficaces aussi rapides que possible l'application effective des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues pour ce type de marchés. Le contenu de la directive a fait l'objet d'une analyse très précise de la part de votre rapporteur ; aussi n'y reviendrai-je pas.

Avant de présenter l'économie du présent projet de loi, je souhaite rappeler qu'il y a déjà eu un point de rencontre important entre la construction européenne et nos procédures contentieuses devant les juridictions civiles et administratives : cette rencontre s'est produite lors de la transposition de la directive du 21 décembre 1989 relative aux procédures de recours dans les marchés publics de fournitures et de travaux. La loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 a ainsi institué un mécanisme de recours qui permet au juge d'annuler des décisions ou clauses illégales avant même la conclusion du contrat, ou de suspendre la procédure de passation du marché. Il y a donc compétence du juge de droit commun, mais dans le cadre d'un référé particulier.

Le projet de loi qui vous est soumis n'est donc pas nouveau quant à sa finalité, la mise en place de recours en matière de passation de marchés afin que soient respectées les règles communautaires qui régissent cette dernière, mais il comporte sur le fond des dispositions très nouvelles qui s'éloignent ainsi du schéma de transposition précédemment décrit.

Ces dispositions originales sont justifiées par la spécificité des marchés conclus dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. En effet, les contrats passés dans ces secteurs interviennent dans des activités industrielles où les relations contractuelles sont multiples, où la sous-traitance est souvent la règle, où les entreprises directement ou indirectement intéressées sont de ce fait nombreuses et où le principe de la continuité du service public trouve souvent à s'appliquer.

En cas de marchés successifs qui concourent à la réalisation d'un même ouvrage et qui sont techniquement ainsi que chronologiquement liés, il est apparu que la suspension ou l'annulation d'un marché conditionnant le bon déroulement des autres risquerait de porter préjudice aux titulaires de ces derniers.

Un exemple traduit bien cette nécessité de continuité : en matière d'exécution de travaux sur le réseau ferroviaire en exploitation, où les travaux induisent la plupart du temps des aménagements du service commercial, une suspension de la procédure d'attribution d'un marché, en retardant la date possible de démarrage des travaux, risquerait de rendre cette date incompatible avec les sujétions d'exploitation du réseau.

Le Gouvernement a donc cherché à retenir un mécanisme de recours conforme aux exigences de la directive, mais qui ne mette pas en péril les entreprises

françaises en les exposant au prononcé de mesures qui risqueraient de paralyser le processus contractuel de façon intempestive.

La préoccupation constante du Gouvernement, faut-il le rappeler, est de veiller à mettre en place un dispositif de recours qui prenne en compte les réalités économiques et qui ne porte pas préjudice aux entreprises françaises, toute distorsion de concurrence avec les partenaires européens devant être évitée.

Il est donc proposé de retenir un système d'astreinte afin d'amener l'auteur du manquement aux règles de publicité ou de mise en concurrence à se conformer à ses obligations, sans pour autant suspendre la procédure de passation du contrat.

Cette solution est bien entendu conforme à la directive du 25 février 1992 ; celle-ci prévoit en effet comme procédure possible l'émission « d'un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée ».

Je tiens à indiquer à votre assemblée que le Sénat a approuvé cette orientation fondamentale du projet du Gouvernement. Les réserves qui ont pu être émises lors des débats n'ont porté que sur les modalités d'application de l'astreinte. Elles étaient relatives, d'une part, à la nécessité de prévoir une possibilité de recours contre la décision du juge prononçant une astreinte définitive et, d'autre part, à l'introduction de la théorie dite « du bilan ». Sur l'ensemble de ces points, le Gouvernement et le Sénat sont parvenus à un accord au cours de la discussion.

Le mécanisme de recours qui vous est soumis aujourd'hui est donc le suivant : que le contrat soit de droit privé ou de droit public, le juge saisi d'un manquement aux règles de passation des marchés peut prononcer une astreinte provisoire si l'auteur du manquement ne se conforme pas à ses obligations dans le délai imparti par le juge. Bien entendu, le juge n'est pas tenu de prononcer une telle astreinte ; il fera notamment la balance entre les divers intérêts en présence avant de décider de son prononcé et avant de fixer son montant.

Si le manquement subsiste, une astreinte définitive, dont le montant ne peut donc plus être révisé par le juge, pourra être prononcée ; un appel pourra être interjeté contre cette décision, qui obéira aux règles de la procédure de référé. Absence de formalisme et rapidité sont donc garanties.

La liquidation de l'astreinte provisoire et de l'astreinte définitive est régie par les règles relatives à l'astreinte de droit commun, fixées par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Afin d'éviter toute interrogation quant au contenu de ces principes généraux applicables aux astreintes, le projet de loi le rappelle expressément. Cette reproduction des règles générales est essentielle, notamment en ce qu'elle s'adresse au juge administratif qui n'a pas, en l'état de la procédure administrative contentieuse, une pratique de l'astreinte aussi usuelle que le juge judiciaire, nous le savons tous.

Permettez-moi ici de souligner la qualité du travail accompli par votre rapporteur et l'intérêt des échanges que le Gouvernement a eu avec lui. Votre rapporteur et votre commission partagent les mêmes soucis d'efficacité et de prudence que le Gouvernement. Je ne doute pas que votre assemblée aura les mêmes préoccupations. Je pense que, dans ces conditions, nous parviendrons à nous accorder sur le texte proposé.

## Discussion générale

**M. le président.** Dans la discussion générale, la parole est à M. Michel Habig.

**M. Michel Habig.** Monsieur le président, monsieur le ministre, mes chers collègues, je m'exprime au nom de M. Vannson et des groupes du RPR et de l'UDF.

A bien des égards, la lettre et l'esprit du texte qui nous est proposé, reflètent et caractérisent l'importance des règles de conclusion des contrats de marchés publics et l'enjeu considérable de leur ouverture.

A ce propos, il suffit d'examiner les chiffres les quantifiant pour convenir, d'une part, de la nécessité d'ouvrir les marchés publics nationaux pour parfaire la constitution du Marché unique et, d'autre part, de l'exigence de leur strict encadrement. Correspondant à plus de 5 000 milliards de francs pour la Communauté, les commandes du secteur public au sens large dépassent annuellement en France 700 milliards de francs, soit 12 p. 100 du produit national brut. Pour les seuls secteurs visés par le projet de loi, on estime qu'ils représenteraient quelque 100 milliards de francs, constituant ainsi une part essentielle de l'économie.

Cependant, ce texte s'imposait également au législateur dans le cadre de l'harmonisation des normes nationales et des directives européennes. A ce sujet, certains membres de la Haute Assemblée ont jugé, lors de son examen, que les dispositions qu'il contient allaient au-delà des obligations communautaires. Cet avis perd sa valeur à l'étude des négociations menées en marge du GATT, relatives aux marchés publics et visant à étendre l'accord conclu en 1979 lors du cycle de Tokyo, appelé code des marchés publics.

Ce code, adopté par vingt-trois pays, régit les marchés de fournitures. L'objet de la négociation actuelle consiste à étendre son application aux travaux et services et à l'élargir aux secteurs des télécommunications, des transports, de l'eau et de l'énergie. Dans cette optique, l'Union européenne a présenté une offre ambitieuse consistant à transposer au GATT les procédures communautaires en matière de marchés publics. Aussi, plus qu'une adéquation au droit communautaire, ce projet anticipe et répond aux exigences de la mondialisation de l'économie.

Sur ce sujet, comme pour les autres aspects de la discussion, la Communauté doit rester vigilante. Elle doit, en particulier, pouvoir se prévaloir d'engagements clairs et précis des Etats à structures fédérales pris au nom de leurs Etats membres. Mais elle doit également obtenir une réciprocité des concessions, secteur par secteur, à niveau de dépense équivalent.

Profitant de l'occasion qui m'est donnée, permettez-moi, monsieur le ministre, de vous demander de bien vouloir indiquer à la représentation nationale les chances de conclusions de cet accord d'extension du code élaboré à Tokyo.

Inspiré par les règlements européens tendant à la transparence d'attribution des marchés publics, ce projet de loi apparaît comme une garantie pour cette ambition. La sélection des offres reposant sur des critères objectifs, leur inscription dans des cahiers des charges, des conditions de publicité clairement énoncées sont autant de gages d'une saine concurrence. La nécessité d'un contrôle sévère devait se conjuguer à un mécanisme juridictionnel répondant aux exigences particulières inhérentes à la passation des marchés publics. Le système de contraintes pécuniaires préféré à la faculté de suspendre ou d'annuler les clauses précontractuelles

contestées offrent une souplesse adaptée à ce type de contrat. En outre, l'affirmation de la préférence communautaire, son organisation par rapport aux pays tiers sont autant de motifs de satisfaction tant que sera garantie leur stricte application.

Fort de ce texte, la France montre sa volonté d'harmoniser sa législation avec celle de la Communauté. Cette ambition appelle sans doute de notre part une attention particulière mais emporte, soyez-en assuré, monsieur le ministre, notre adhésion.

**M. le ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale.** Très bien !

**M. le président.** La parole est à M. Didier Migaud.

**M. Didier Migaud.** Monsieur le président, monsieur le ministre, mes chers collègues, nous voici réunis ce matin pour examiner le projet de loi relatif aux recours en matière de passation de certains contrats de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Je vous annonce dès à présent, monsieur le ministre, que le groupe socialiste votera ce texte tel qu'il ressort de son examen par le Sénat et tel que la commission de la production et des échanges de l'Assemblée l'a adopté le 8 décembre dernier.

Cette prise de position, qui vous rassurera, je n'en doute pas, monsieur le ministre, ne nous exonère pas de quelques propos que je développerai bien volontiers sur ce texte assez technique. Vous me permettrez d'y ajouter deux remarques un peu en marge du texte, mais qui ont, à nos yeux, leur importance.

Le projet de loi tout d'abord.

Il constitue le volet « contentieux » de la loi votée par notre majorité à la fin de décembre 1992 et qui a fixé les modalités de passation des contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Nous avons alors transposé la directive (CEE) 90-531 dite « directive des secteurs exclus » puisque l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications ont été parmi les derniers secteurs à être réglementés en ce qui concerne les marchés publics.

Ce projet traite donc des recours possibles en cas de manquements aux principes édictés en 1992 : appel d'offres, publicité, etc. Il transpose la directive (CEE) 92-13 du 25 février 1992 qui dispose en matière de recours contre les manquements aux règles de passation des contrats des secteurs exclus.

Un mot, tout d'abord, sur ce que sont les règles générales de recours en matière de marchés publics. Celles-ci ont été fixées par la directive (CEE) 89-665 du 21 novembre 1989, transcrite en droit français par la loi du 4 janvier 1992.

Aux termes de cette législation, les recours sont possibles avant la conclusion du contrat et sont ouverts à toute personne ayant vocation à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par le manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence ; au ministère public qui pourra agir d'office lorsque la Commission des Communautés européennes aura saisi la France d'un manquement à des obligations pour les contrats relevant du droit privé ; à l'Etat lui-même lorsque la Commission lui aura notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'il y a violation des obligations pour des contrats publics qui ne sont pas passés par l'Etat.

Le juge judiciaire ou administratif statue dans ces cas selon la procédure de référé en premier et en dernier recours. Le juge peut prendre des mesures provisoires

d'injonction pour obliger la personne morale responsable à se conformer à ses obligations ; suspendre la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte ; annuler les décisions et supprimer les clauses et prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent les obligations communautaires ou internes.

Qu'en est-il dans ce cadre des secteurs dits « exclus », c'est-à-dire de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ?

Ces secteurs sont, pour ce qui est des recours, régis par une directive (CEE) 92-13 du 25 février 1992. Ce texte prévoit, pour l'essentiel, quatre moyens pour corriger une violation des règles de publicité et de mise en concurrence.

Le premier de ces moyens est une procédure de recours au niveau national. Tout fournisseur ou entrepreneur s'estimant lésé lors d'une procédure de passation de marché peut demander à une instance nationale de recours, administrative ou juridictionnelle, d'intervenir. Celle-ci peut le faire, soit en prenant par référé des mesures provisoires - suspension de la procédure de passation du marché en cause ou suspension de l'exécution de toute décision prise par l'entité adjudicatrice - accompagnées de l'annulation des décisions illégales, soit en décidant le paiement d'une astreinte.

Le deuxième moyen est ce que l'on pourrait appeler un mécanisme correcteur.

Celui-ci s'exerce à l'initiative de la Commission européenne, si elle estime qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires a été commise. L'Etat membre est tenu, dans un délai de trente jours, de répondre à toute demande d'information, par exemple sur l'existence ou non d'un recours, sur les mesures prises pour corriger une violation, etc.

Le troisième moyen est une procédure de conciliation et le quatrième moyen est un système d'attestation. Ce dernier est destiné à permettre à l'entité adjudicatrice de faire constater que les procédures de passation de marchés et leur mise en pratique sont conformes à la réglementation sur les marchés.

C'est à partir de ces principes posés au plan communautaire que le projet que vous avez présenté, monsieur le ministre, opère. Il ne porte que sur le premier chapitre de la directive, c'est-à-dire sur le premier moyen que sont les procédures de recours devant des instances nationales.

La transposition distingue selon qu'il s'agit de contrats relevant du droit privé ou du droit public.

Pour les contrats relevant du droit privé, le dispositif retenu pour le nouvel article 7-1 introduit dans la loi du 11 décembre 1992 est simple.

Le recours est ouvert à toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée, ainsi qu'au ministère public qui pourra agir d'office lorsque la France aura été saisie par la CEE.

La décision est prise à juge unique statuant en la forme des référés, en premier et dernier ressort. C'est une procédure originale en droit français, qui a néanmoins été utilisée pour les recours en matière de marchés publics autres que ceux relevant des secteurs dits « exclus ». Elle répond au souci qui a inspiré la directive de disposer de moyens de recours efficaces et rapides.

Le juge peut à la fois ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et prononcer une astreinte provisoire, à moins qu'il n'en



précise son caractère définitif. Dans cette formulation, le projet de loi retient la seconde des deux familles de sanctions mises à la disposition du juge par la directive - l'annulation-suspension et la réparation financière - en raison de son caractère plus souple et moins contraignant pour les entreprises. Le système d'astreinte retenu est celui prévu par la loi sur les procédures civiles d'exécution.

Pour les contrats relevant du droit public, les dispositions sont introduites dans un nouvel article 7-2 de la loi du 11 décembre 1992 et dans une nouvelle rédaction de l'article L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Le dispositif retenu dans ce cas est calqué sur celui prévu en droit privé, à quelques légères particularités près, comme la possibilité, pour le préfet, d'agir en ce qui concerne les contrats conclus par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Ce dispositif est semblable à celui mis en place dans le cas général des marchés publics des secteurs non exclus par la loi du 4 janvier 1992, qui a créé le référé précontractuel devant le tribunal administratif.

Ce dispositif a été modifié par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption : le référé précontractuel a été étendu aux délégations de service public et un recours peut désormais être fondé sur tout manquement aux règles de publicité, et non pas uniquement sur le non-respect des obligations résultant des directives communautaires.

Au cours de sa première lecture, le 21 octobre dernier, le Sénat a modifié les procédures de recours proposées, considérant que des possibilités excessives étaient données au juge. Sans revenir sur les principes définis dans le projet de loi - juge unique, procédure d'urgence, possibilité de prononcer des injonctions assorties d'astreintes - le Sénat a proposé une procédure différente, en deux temps.

Dans un premier temps, le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations avant la conclusion du contrat et dans un délai déterminé, et prononcer une astreinte provisoire à l'expiration de ce délai. Il ne peut pas prononcer d'astreinte provisoire lorsque, après examen des incidences probables de cette mesure sur tous les intérêts en présence, il apparaît que ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages ; c'est l'application de la « théorie du bilan » prévue par la directive européenne.

Dans un second temps, si le manquement constaté n'a pas été corrigé lors de la liquidation de l'astreinte provisoire, le juge peut prononcer une astreinte définitive, en la forme des référés. Cette décision n'est plus insusceptible d'appel, comme dans la version initiale du projet de loi.

Nous adhérons à ce dispositif, approuvé d'ailleurs dans son esprit et dans sa lettre par la commission de la production, comme l'a précisé le rapporteur. Il contient un ensemble équilibré de dispositions qui contribueront, n'en doutons pas, à une plus grande efficacité et à une plus grande équité, si faite se peut, de la procédure des marchés publics.

En guise de conclusion, je souhaite formuler deux remarques.

La première fait référence à un épisode particulier de la première lecture au Sénat. En effet, nous avons vu, au cours de ces travaux, trois de nos collègues sénateurs « monter au créneau », selon l'expression consacrée, afin d'abroger subrepticement l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption,

dite « loi Sapin », qui rend obligatoire la publicité préalable immédiate pour les délégations de service public de l'Etat ou des collectivités territoriales.

Chacun aura reconnu dans cette tentative la signature de nos deux grandes sociétés privées de distribution des eaux, peut-être mal à l'aise devant les dispositions de cette loi.

Quoi qu'il en soit, la vigilance de notre ami rapporteur du Sénat, Robert Laucournet, et, il faut le dire, une certaine persuasion du Gouvernement en séance auront eu raison de l'entêtement de nos trois collègues. Force est donc restée à la loi et c'est très bien ainsi.

L'occasion de ma seconde remarque m'est fournie par l'objet même de ce projet de loi, qui traite en particulier des contrats de fourniture et de travaux passés par Electricité et Gaz de France.

Ces deux établissements, comme l'ensemble du secteur de l'énergie, sont l'objet en ce moment d'une évolution décisive dans laquelle se confrontent la doctrine libérale, déréglementatrice, de la Commission européenne, et les savoir-faire et traditions acquis dans les différents Etats membres, parmi lesquels la France présente une solution exemplaire qui a fait ses preuves dans le passé et assure les meilleures performances et garanties que l'on peut souhaiter sur le plan mondial.

Nous sommes réunis quatre jours après qu'un conseil européen consacré à l'énergie s'est penché sur le devenir de ce secteur, le 10 décembre dernier. D'après les informations qui nous ont été transmises, les ministres n'ont pas arbitré sur les deux projets de directives relatives au marché unique de l'électricité et du gaz.

Cependant, le ministre de l'industrie et du commerce extérieur, lors d'un colloque sur ces sujets, le jour même, a précisé la position de la France, que nous étions nombreux à attendre, même si nous ne sommes pas satisfaits de la position qu'il a pu prendre. Ainsi, nous avons appris que le monopole de production d'Electricité de France sera abandonné, de même que les monopoles d'importation et d'exportation.

A une question sur l'avenir de la loi du 28 avril 1946 qui forme statut du service public électricien et gazier, le ministre a annoncé qu'« on ne ferait pas l'économie d'une modification ».

Il s'agit de nouvelles très importantes, auxquelles nous savons que sont sensibles tous les personnels d'EDF et de GDF, ainsi que nombre d'élus nationaux et locaux. Il n'est évidemment pas question d'en débattre plus en détail aujourd'hui : simplement, nous voulions rappeler que, même dans l'opposition, nous veillons, et prendre date avec le Gouvernement pour reparler le moment venu de ces importantes questions, à la lumière du rapport Mandil dont on nous promet enfin la publication.

Moyennant ces remarques, le groupe socialiste votera le présent projet de loi.

**M. le président.** La discussion générale est close.

Aucune motion de renvoi en commission n'étant présentée, le passage à la discussion des articles du projet de loi dans le texte du Sénat est de droit.

Je rappelle qu'à partir de maintenant peuvent seuls être déposés les amendements répondant aux conditions prévues aux alinéas 4 et suivants de l'article 99 du règlement.

La parole est à M. le ministre.

**M. le ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale.** Monsieur le président, je dois apporter deux éclaircissements, respectivement à M. le rapporteur et à M. Habig.



M. le rapporteur a relevé que les organismes détenteurs de titres miniers seraient exclus du dispositif de mise en concurrence prévu par la loi du 11 décembre 1992. Cela est logique, car ils ne peuvent être soumis au régime spécifique de recours prévu par le présent projet qui sanctionne le dispositif même instauré par la loi du 11 décembre 1992.

Monsieur Habig, vous avez évoqué le code des marchés publics élaboré à Tokyo. D'abord il n'est qu'« élaboré ». Ensuite, vous pouvez être assuré que le Gouvernement veillera à ce que toute mesure interne favorable à des entreprises étrangères sur notre territoire soit équilibrée par une disposition de réciprocité dans le pays concerné.

#### Discussion des articles

**M. le président.** Nous abordons la discussion des articles.

#### Articles 1<sup>er</sup> à 4

**M. le président.** Art. 1<sup>er</sup>. - Après l'article 7 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, sont insérés les articles 7-1 et 7-2 ainsi rédigés :

« 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 1<sup>er</sup> et relevant du droit privé, le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.

« Sur demande de toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par un manquement, le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.

« La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission des Communautés européennes a notifié à l'Etat les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

« Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

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

« Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référés.

« L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie

s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.

« 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 1<sup>er</sup> 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. »

Personne ne demande la parole?...

Je mets aux voix l'article 1<sup>er</sup>.

(L'article 1<sup>er</sup> est adopté.)

**M. le président.** « Art. 2. - Le 3<sup>o</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 précitée est ainsi rédigé :

« 3<sup>o</sup> Les exploitants publics et les établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial ; ».  
- (Adopté.)

« Art. 3. - A l'article 9 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 précitée, après les mots : « à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1993 », sont ajoutés les mots : « à l'exception des articles 7-1 et 7-2 ». - (Adopté.)

« Art. 4. - L'article L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est ainsi rédigé :

« Art. L. 23. - Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles sont soumis les contrats visés à l'article 7-2 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. Le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.

« 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.

« Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.

« Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

« 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 mentionnées ci-dessus a été commise.

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

« Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

« L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère. » — (Adopté.)

#### Vote sur l'ensemble

**M. le président.** Personne ne demande la parole?...  
Je mets aux voix l'ensemble du projet de loi.  
(L'ensemble du projet de loi est adopté.)

5

#### ORDRE DU JOUR

**M. le président.** Cet après-midi, à seize heures, deuxième séance publique :

Communication du Gouvernement sur l'application des accords de Matignon relatifs à la Nouvelle-Calédonie après le cinquième comité de suivi.

Discussion du projet de loi n° 683 sur la répression de la contrefaçon.

M. Raoul Béteille, rapporteur au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

M. Ladislas Poniarowski, rapporteur pour avis au nom de la commission des finances.

(Rapport n° 785 et annexe.)

À vingt et une heures trente, troisième séance publique :

Fixation de l'ordre du jour ;

Suite de l'ordre du jour de la deuxième séance.

La séance est levée.

(La séance est levée à dix heures vingt.)

Le Directeur du service du compte rendu sténographique  
de l'Assemblée nationale,  
JEAN PINCHOT