

N° 164

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

Annexe au procès-verbal de la séance du 14 janvier 2009

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE après déclaration d'urgence, pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés,

Par M. Laurent BÉTEILLE,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Jacques Hyst, *président* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Nicole Borvo-Cohen-Seat, MM. Patrice Gélard, Jean-René Lecerf, Jean-Claude Peyronnet, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, M. François Zocchetto, *vice-présidents* ; MM. Laurent Bétéille, Christian Cointat, Charles Gautier, Jacques Mahéas, *secrétaires* ; M. Alain Anziani, Mmes Éliane Assassi, Nicole Bonnefoy, Alima Boumediene-Thiery, MM. Elie Brun, François-Noël Buffet, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Mme Marie-Hélène Des Esgaulx, M. Yves Détraigne, Mme Anne-Marie Escoffier, MM. Pierre Fauchon, Louis-Constant Fleming, Gaston Flosse, Christophe-André Frassa, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Mmes Jacqueline Gourault, Virginie Klès, MM. Antoine Lefèvre, Dominique de Legge, Mme Josiane Mathon-Poinat, MM. Jacques Mézard, Jean-Pierre Michel, François Pillet, Hugues Portelli, Roland Povinelli, Bernard Saugey, Simon Sutour, Richard Tuheiaiva, Alex Türk, Jean-Pierre Vial, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung.

Voir le(s) numéro(s) :

Assemblée nationale (13^{ème} législ.) : 1360, 136 et T.A. 227

Sénat : 157 et 163 (2008-2009)

SOMMAIRE

Pages

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LE PROJET DE LOI : RELANCER L'INVESTISSEMENT PAR DES MESURES DE SIMPLIFICATION	8
A. ALLÉGER LES RÈGLES D'URBANISME	9
B. CLARIFIER LA PROCÉDURE DU CONTRAT DE PARTENARIAT.....	9
C. ASSOULPIR LES RÈGLES DU CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES.....	9
II. LES APPORTS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE	10
A. ACCENTUER L'EFFORT D'ALLÈGEMENT DES PROCÉDURES APPLICABLES AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES	10
1. <i>Simplifier les procédures de modification des plans locaux d'urbanisme</i>	10
2. <i>Assouplir les procédures de passation des marchés publics</i>	10
B. AMÉLIORER CERTAINES RÈGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	11
1. <i>Créer un code de la commande publique</i>	11
2. <i>Favoriser la réalisation d'infrastructures sportives</i>	11
3. <i>Préciser certaines règles de publicité des marchés publics</i>	11
4. <i>Permettre aux candidats à un contrat de partenariat de présenter une offre sans bouclage financier définitif</i>	11
5. <i>Réduire le champ du délit de favoritisme tout en renforçant les sanctions applicables</i>	12
C. APPORTER UNE AIDE SUPPLÉMENTAIRE AUX ENTREPRISES EN PROCÉDURE DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE	12
III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION	12
A. CRÉER UN CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE AMBITIEUX ET RESPECTUEUX DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES	12
B. AMÉLIORER LE MÉCANISME DE CESSIION DE CRÉANCE PROPRE AU CONTRAT DE PARTENARIAT ET AUX BAUX EMPHYTÉOTIQUES HOSPITALIERS.....	13
C. RÉTABLIR LA RÉDACTION ACTUELLE DU DÉLIT DE FAVORITISME	13

EXAMEN DES ARTICLES	15
TITRE PREMIER FACILITER LA CONSTRUCTION	15
• <i>Article premier</i> Assouplissement de la procédure de modification d'un plan local d'urbanisme	15
• <i>Article 1^{er} bis</i> (nouveau) (art. L. 123-13 du code de l'urbanisme) Procédure simplifiée de modification d'un plan local d'urbanisme	17
• <i>Article 2</i> (art. L. 240-2 et L. 213-1 du code de l'urbanisme) Exception aux droits de priorité et de préemption pour les opérations d'intérêt national	18
TITRE II FACILITER LES PROGRAMMES D'INVESTISSEMENT	20
• <i>Article 3 A</i> (nouveau) (art. L. 2122-21-1, 2122-22, 3221-11, 3221-11-1, 4231-8 et 4231-8-1 du code général des collectivités territoriales) Assouplissement des procédures de passation des marchés publics	20
• <i>Article 3 B</i> (nouveau) : (art. 432-14 du code pénal) Précisions sur le délit de favoritisme	22
• <i>Article 3 C</i> (nouveau) (art. 8-1 [nouveau] 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) Liste des marchés publics en cours	24
• <i>Article 3</i> (art. L. 313-29-1 du code monétaire et financier) Amélioration du mécanisme de cession de créance applicable spécifiquement aux contrats de partenariat et aux baux emphytéotiques hospitaliers	24
• <i>Article 3 bis</i> (art. 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et art. L. 1414-7, L. 1414-8, L. 1414-8-1 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales) Possibilité pour les candidats à un contrat de partenariat de présenter une offre sans bouclage financier définitif	29
• <i>Article 4</i> (art. L. 313-29-1 du code monétaire et financier) Correction d'une erreur matérielle	29
• <i>Article 5</i> (art. L. 6148-6 du code de la santé publique) Possibilité pour les établissements publics de santé de reporter le déclassement d'une installation dans un délai de trois ans après sa vente et de percevoir le produit de la vente dès sa conclusion	31
• <i>Article 5 bis</i> (nouveau) (art. L. 626-6 du code de commerce) Assouplissement des conditions de remise de dettes par les créanciers publics dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire	33
• <i>Article 5 ter</i> (nouveau) (art. L. 1311-2 et L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales) Création de nouveaux mécanismes juridiques facilitant la réalisation de grands équipements sportifs	35
• <i>Article 5 quinquies</i> (nouveau) Publication d'un rapport sur les modalités de publicité d'avis d'appels à la concurrence	36
• <i>Article 8</i> (nouveau) Habilitation à créer un code de la commande publique	37
ANNEXE 1 LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR	41
ANNEXE 2 AUDITIONS DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ECONOMIQUES AUXQUELLES LE RAPPORTEUR A PARTICIPÉ	43
ANNEXE 3 CONTRIBUTIONS ECRITES	45

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Après avoir entendu, le 6 janvier 2009, conjointement avec les commission des affaires économiques et des finances, M. Eric Woerth, ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique et M. Patrick Devedjian, ministre auprès du Premier ministre chargé de la mise en œuvre du plan de relance, la commission des lois, réunie le 14 janvier 2009, sous la présidence de **M. Jean-Jacques Hyest, président**, a examiné le rapport pour avis de **M. Laurent Béteille** sur le projet de loi n° 157 (2008-2009) pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés.

M. Laurent Béteille, rapporteur, a souligné que les dispositions du texte initial avaient pour objectif commun d'offrir un **cadre plus favorable à l'investissement public et privé** en allégeant les règles d'urbanisme, en clarifiant la procédure du contrat de partenariat et en assouplissant certaines règles du code général de la propriété des personnes publiques.

Il a précisé que, saisie en premier lieu du projet de loi, l'Assemblée nationale avait adopté des amendements tendant principalement à accentuer l'effort d'allègement des procédures actuellement applicables aux collectivités territoriales, préciser certaines règles de publicité des marchés publics, permettre aux candidats à un contrat de partenariat de présenter une offre sans bouclage financier définitif, réduire le champ du délit de favoritisme tout en renforçant les sanctions applicables et apporter une aide supplémentaire aux entreprises en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Sur proposition de M. Laurent Béteille, rapporteur, la commission a adopté **huit amendements**. Outre trois amendements de clarification des modifications proposées des règles d'urbanisme et deux amendements de suppression de dispositions jugées réglementaires, ils poursuivent un triple objectif :

- créer un code de la commande publique ambitieux et respectueux de la hiérarchie des normes ;
- améliorer le mécanisme de cession de créance propre au contrat de partenariat et aux baux emphytéotiques hospitaliers ;
- rétablir la rédaction actuelle du délit de favoritisme.

Au bénéfice de ces amendements, la commission a donné un avis favorable à l'adoption du projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés.

Mesdames, Messieurs,

La crise économique que traverse notre pays ne doit pas dissuader les responsables politiques d'engager des réformes. Bien au contraire, elle les invite à **accélérer leur rythme et à amplifier leur portée**.

Cette exigence a conduit le Président de la République à présenter le 4 décembre 2008, à Douai, un plan de relance de 26 milliards d'euros, résolument orienté vers **l'investissement public et privé**, puis à nommer dès le lendemain un ministre chargé de sa mise en œuvre, en la personne de M. Patrick Devedjian, dont votre rapporteur souhaite ici saluer l'implication depuis sa prise de fonction.

Ce plan comporte un volet réglementaire dont la prorogation du délai de validité des permis de construire intervenus au plus tard le 31 décembre 2010 de deux à trois ans¹, un volet financier au travers du projet de loi de finances rectificative pour 2009 dont la commission des finances est saisie au fond et un **volet législatif** dont le présent projet de loi, adopté en Conseil des ministres le 19 décembre 2008, constitue la traduction.

Composé initialement de sept articles, il en compte désormais vingt-trois après son examen par l'Assemblée nationale les 7 et 8 janvier 2009.

Toutes ces dispositions ont pour objectif commun d'offrir un **cadre juridique propice à l'investissement public et privé**, principalement par des mesures de simplification et d'allègement dans des domaines variés : l'urbanisme, la commande publique, la sauvegarde des entreprises, l'environnement...

La commission des affaires économiques étant saisie au fond du projet de loi², votre commission a décidé de se **saisir pour avis** de quatorze des vingt-trois articles du texte qui portent sur l'urbanisme, la commande publique, le code de commerce et le déclassement des biens du domaine public, eu égard à sa compétence traditionnelle dans ces quatre secteurs. La commission des finances déposera également un avis sur ce texte³.

¹ Cf. décret n° 2008-1353 du 19 décembre 2008 prolongeant le délai de validité des permis de construire, d'aménager ou de démolir et des décisions de non-opposition à une déclaration préalable.

² Notre collègue Elisabeth Lamure a été désignée rapporteur.

³ Notre collègue Charles Guené a été désigné rapporteur.

I. LE PROJET DE LOI : RELANCER L'INVESTISSEMENT PAR DES MESURES DE SIMPLIFICATION

A titre liminaire, votre rapporteur salue les dispositions du projet de loi de finances rectificative pour 2009 qui accompagne le présent projet de loi. En particulier, il se réjouit de la mise en place d'un **système de garantie** destiné à sécuriser le financement des projets réalisés sous la forme de **contrats de partenariat**. Ce mécanisme permettra à l'État, en fonction d'une analyse au cas par cas des projets, d'apporter une garantie à la dette émise par le partenaire privé, dans la limite de 80 % de l'encours de prêt, ce qui devrait faciliter l'octroi de prêts par les banques, tout en maintenant le partenaire privé en risque. La garantie est limitée à un montant total de 10 milliards d'euros et aux projets conclus avant le 30 juin 2010 (article 5 du projet de loi de finances rectificative).

Par ailleurs, votre rapporteur se félicite de la création d'une **nouvelle mission budgétaire**, intitulée « *plan de relance de l'économie* ». Dotée de 10,5 milliards d'euros en autorisations d'engagement et de 9,9 milliards d'euros en crédits de paiement, cette mission est composée de trois programmes : « *effort exceptionnel en faveur du logement et de la solidarité* », « *soutien exceptionnel à l'activité économique et à l'emploi* » et « *programme exceptionnel d'investissement public* ».

Votre rapporteur a examiné les deux actions de ce dernier programme qui intéressent directement votre commission. Il s'agit des actions 3 « *équipements de défense et de sécurité* » et 4 « *patrimoine* », dans le cadre desquelles votre rapporteur note avec satisfaction que seront mobilisés, pour relancer l'investissement public, de nouveaux fonds publics :

- 100 millions d'euros en autorisations d'engagement et en crédits de paiement destinés à **l'amélioration de l'équipement de la police et de la gendarmerie nationales en véhicules** modernes, plus propres et moins consommateurs en énergie. Environ 5.000 véhicules seront acquis à ce titre en 2009, dans le cadre des marchés en cours, permettant le renouvellement de plus de 10 % du parc correspondant. Ces véhicules pourront être acquis avec leur équipement (terminaux informatiques embarqués et caméras), renforçant les capacités de performance de la police et de la gendarmerie ;

- 80 millions d'euros en autorisations d'engagement et 56 millions d'euros en crédits de paiement, consacrés à divers travaux **dans le domaine de la justice** :

- **rénovation dans les établissements pénitentiaires** (gros entretien des établissements, mise aux normes sécurité-incendie, amélioration des conditions de travail des personnels et des conditions de détention...);
- **restructuration, réhabilitation et mise aux normes des palais de justice** ;

- lancement anticipé des quartiers de courte peine (QCP) ;
- anticipation en 2009 d'opérations pénitentiaires et judiciaires.

S'agissant du projet de loi « accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés », objet du présent rapport, certaines des mesures de simplification qu'il propose **interviennent dans des domaines de compétence de votre commission** : l'urbanisme, le contrat de partenariat et le code général de la propriété des personnes publiques. Toutes ont pour but d'offrir un cadre plus favorable à l'investissement public et privé.

A. ALLÉGER LES RÈGLES D'URBANISME

L'**article premier** du projet de loi permet, jusqu'à fin 2010, au conseil municipal ou à l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale, de **modifier les règles de mitoyenneté** par simple délibération, en s'affranchissant des enquêtes publiques. Cette mesure devrait permettre d'accélérer la construction de logements tout en luttant contre l'étalement urbain.

L'**article 2** écarte l'**exercice des droits de priorité et de préemption des communes** dans le cadre des « grandes » opérations d'intérêt national (implantation de villes nouvelles, d'installations portuaires lourdes...), dans le but de raccourcir les procédures de cession et ainsi de ne pas retarder la réalisation des opérations envisagées.

B. CLARIFIER LA PROCÉDURE DU CONTRAT DE PARTENARIAT

Les **articles 3 et 4** modifient à la marge la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariat, respectivement pour **faciliter les montages financiers** de ce type de contrat et **corriger une erreur matérielle**. Ces améliorations, attendues par les professionnels, devraient permettre de stimuler le recours au contrat de partenariat, outil essentiel pour favoriser l'investissement public dans notre pays.

C. ASSOUPPLIR LES RÈGLES DU CODE GÉNÉRAL DE LA PROPRIÉTÉ DES PERSONNES PUBLIQUES

L'**article 5** du projet de loi étend aux établissements publics de santé les dispositions de l'article L. 2141-2 du code général de la propriété des personnes publiques qui permet à l'Etat ou ses établissements publics, à titre dérogatoire, de déclasser et de **vendre un immeuble appartenant à son domaine public dès que sa désaffectation a été décidée** alors même que l'immeuble continue à être affecté au service public ou à l'usage direct du public pendant une durée pouvant aller jusqu'à trois ans. Cette mesure devrait favoriser la mise en œuvre de la **restructuration des bâtiments hospitaliers** prévue dans le Plan Hôpital 2012.

II. LES APPORTS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Composé initialement de sept articles¹, le projet de loi en compte désormais **vingt-trois** après son examen par l'Assemblée nationale les 7 et 8 janvier 2009.

Dans le champ de compétence de votre commission, les apports des députés sont triples : ils accentuent l'effort d'allègement des procédures applicables aux collectivités territoriales (A), améliorent certaines règles de la commande publique (B) et apportent une aide supplémentaire aux entreprises en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C).

A. ACCENTUER L'EFFORT D'ALLÈGEMENT DES PROCÉDURES APPLICABLES AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

1. Simplifier les procédures de modification des plans locaux d'urbanisme

L'Assemblée nationale, sur la proposition de sa commission des affaires économiques, a **complété l'article premier** en prévoyant le dépôt d'un **rapport du gouvernement** au Parlement sur la simplification des procédures de modification des plans locaux d'urbanisme (PLU), dans les trois mois de la promulgation du présent texte.

Les députés ont également introduit un article **premier bis** prévoyant une procédure simplifiée de modification des PLU. Il s'agit, en fait, de pérenniser, dans certains cas, la disposition ponctuelle temporaire proposée par le gouvernement à l'article premier.

2. Assouplir les procédures de passation des marchés publics

L'Assemblée nationale a adopté un amendement présenté par M. Jean-Luc Warsmann, président de la commission des lois, tendant, d'une part, à généraliser la délégation de passation des marchés publics à l'exécutif d'une collectivité territoriale, **sans limite de seuil**, d'autre part, à assouplir la procédure en cas d'absence de délégation (**article 3A**).

¹ L'article 7 sur la réforme de l'indemnité temporaire de retraite versée aux pensionnés civils et militaires de l'Etat résidant en outre-mer a été supprimé par l'Assemblée nationale du fait de l'insertion de cette disposition dans la loi de finances rectificative pour 2008 n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 (al. 137).

B. AMELIORER CERTAINES RÈGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1. Créer un code de la commande publique

Les députés ont adopté un amendement du gouvernement tendant à l'habiliter à créer un code de la commande publique, attendu depuis longtemps par les professionnels (**article 8 nouveau**).

2. Favoriser la réalisation d'infrastructures sportives

Soucieuse de faciliter la réalisation de grands équipements sportifs et de leurs installations connexes, l'Assemblée nationale a introduit deux **nouveaux mécanismes juridiques** : d'une part, la création d'un bail emphytéotique spécifiquement dédié aux infrastructures sportives, d'autre part, l'amélioration des règles relatives aux contrats de concession (**article 5 ter**).

3. Préciser certaines règles de publicité des marchés publics

Les députés ont également adopté deux amendements portant sur **la publicité des marchés publics**.

Le premier, présenté par la commission des affaires économiques, demande au gouvernement d'adresser au Parlement, dans un délai de six mois, un rapport précisant l'étendue de la publicité requise pour les appels publics à la concurrence relatifs aux procédures adaptées pour lesquelles il n'existe, à l'heure actuelle, aucune indication sur les modalités de publicité à prévoir (**article 5 quinquies**).

Le second, présenté par M. Jean-Luc Warsmann, prévoit que les personnes publiques doivent mettre en permanence à la disposition des citoyens la **liste à jour** des marchés publics en cours afin **d'assurer une meilleure transparence** au regard des dispositions actuelles du code des marchés publics qui n'imposent qu'une obligation de publication annuelle (**article 3 C**).

4. Permettre aux candidats à un contrat de partenariat de présenter une offre sans bouclage financier définitif

A l'initiative du gouvernement, l'Assemblée nationale a offert aux candidats à un contrat de partenariat la possibilité de présenter une offre sans **bouclage financier définitif**. Cette mesure, limitée dans le temps, est justifiée par l'instabilité actuelle des marchés financiers et la frilosité des banques. (**article 3 bis**).

5. Réduire le champ du délit de favoritisme tout en renforçant les sanctions applicables

Sur proposition de M. Jean-Luc Warsmann, les députés ont modifié l'article 432-14 du code pénal afin de restreindre le champ du délit de favoritisme aux infractions commises « *en connaissance de cause* » et avec « *une intention délibérée* » tout en aggravant les sanctions applicables. L'auteur de l'amendement a fait valoir que ce délit, aujourd'hui constitué même en cas de simple erreur de procédure, conduisait les élus à s'abriter derrière un formalisme excessif et à allonger inutilement les procédures **(article 3 B)**.

C. APPORTER UNE AIDE SUPPLÉMENTAIRE AUX ENTREPRISES EN PROCÉDURE DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

A l'initiative de M. Olivier Carré, avec l'avis favorable de la commission des affaires économiques et du Gouvernement, les députés ont **assoupli les conditions de remise de dettes** par les créanciers publics aux débiteurs faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Le dispositif supprime l'obligation faite aux créanciers publics de ne consentir des remises de dettes que concomitamment aux créanciers privés, avec pour objectif **d'effacer plus facilement les dettes des débiteurs susmentionnés (article 5 bis)**.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Si votre commission approuve l'essentiel des dispositions du projet de loi et des apports de l'Assemblée nationale, elle vous propose **huit amendements**. Outre trois amendements de clarification des modifications proposées des règles d'urbanisme, ils poursuivent un triple objectif :

A. CRÉER UN CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE AMBITIEUX ET RESPECTUEUX DE LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Si votre rapporteur approuve, dans son principe, la création d'un code de la commande publique, il juge que telle qu'elle est soumise à notre assemblée, la rédaction de l'habilitation est à la fois **trop timorée et trop ambiguë** : trop timorée parce qu'elle exclut le code des marchés publics, qui représente, de très loin, la plus grande part de la commande publique, et trop ambiguë car elle ne tranche pas clairement la question de la compétence du gouvernement en matière de marchés publics. En conséquence, votre commission vous propose **un amendement** tendant à inclure le code des marchés publics dans le champ de l'habilitation.

Toutefois, parce que votre commission appelle de ses vœux un code de la commande publique comportant une partie législative strictement limitée à l'énoncé des grands principes, elle vous propose, **par deux amendements**, de supprimer les articles introduits par les députés tendant à préciser certaines règles de publicité des marchés publics, règles qui relèvent manifestement de la compétence du pouvoir réglementaire.

B. AMÉLIORER LE MÉCANISME DE CESSION DE CRÉANCE PROPRE AU CONTRAT DE PARTENARIAT ET AUX BAUX EMPHYTÉOTIQUES HOSPITALIERS

Si le Parlement a refusé, dans la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008, que, dans le cadre d'un contrat de partenariat ou d'un bail emphytéotique hospitalier, l'intégralité de la rémunération due par la personne publique au partenaire privé puisse faire l'objet d'une cession de créance acceptée par la personne publique et a ainsi retenu un **plafond de 80 %**, votre commission juge nécessaire, à la réflexion, de revenir sur ce plafond dont le bilan coût/avantages s'avère guère satisfaisant du point de vue de la personne publique. En effet, son coût est relativement important et ses avantages peu évidents. Votre commission vous propose donc **un amendement** permettant une acceptation de la **cession de créance à 100 %**.

C. RÉTABLIR LA RÉDACTION ACTUELLE DU DÉLIT DE FAVORITISME

Si votre commission comprend le nouvel équilibre proposé par les députés pour le délit de favoritisme, dont la limitation est compensée par une sévérité accrue, **elle est très réservée sur l'utilité d'une telle évolution**.

Sur la forme, elle juge tenu le lien avec l'objet du présent projet de loi qui est de relancer l'investissement dans notre pays.

Sur le fond, non seulement elle estime complexe la nouvelle rédaction proposée par les députés pour le délit de favoritisme, mais en outre elle juge inopportun de soumettre le délit de favoritisme à des **règles spéciales** par rapport aux autres manquements au devoir de probité, définis dans le code pénal.

En conséquence, votre commission vous propose un **amendement de suppression de l'article 3 B** introduit par les députés.

*

* *

Sous le bénéfice de ces observations et des amendements qu'elle vous soumet, votre commission a donné un avis favorable au projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE PREMIER FACILITER LA CONSTRUCTION

L'Assemblée nationale a modifié l'intitulé du titre premier qui, initialement, précisait qu'il s'agissait de faciliter la construction de logements, en supprimant cette dernière mention afin d'élargir le champ du dispositif.

Article premier

Assouplissement de la procédure de modification d'un plan local d'urbanisme

Le projet de loi propose de déroger à la procédure de modification d'un plan local d'urbanisme (PLU) pour assouplir les règles de mitoyenneté durant une période courant jusqu'au 31 décembre 2010, dans le but affiché « *d'accélérer la construction de logements tout en luttant contre le mitage et l'étalement urbain* ». Le raccourcissement attendu du nouveau dispositif est de quatre mois environ, en évaluant la durée de la nouvelle procédure à moins de deux mois.

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 123-13 du code de l'urbanisme, la modification (ou la révision) du PLU est arrêtée par une délibération du conseil municipal après enquête publique. C'est précisément celle-ci que le projet propose d'écarter pour autoriser, pendant la période considérée, l'implantation de constructions en limite séparative, et raccourcir ainsi d'autant la procédure de modification. Il y aurait, cependant, lieu dans le mois précédant la réunion du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI), à une information du public par la publication du projet de modification envisagé et de sa motivation, afin de lui permettre d'exprimer, le cas échéant, ses observations.

Par ailleurs, les autres dispositions prévues par l'article L. 123-13 du code de l'urbanisme pour encadrer la modification du PLU, continueraient de s'appliquer.

La modification envisagée ne devra donc pas porter atteinte à l'économie générale du projet d'aménagement et de développement durable du PLU, qui définit les orientations générales d'aménagement et d'urbanisme retenues pour l'ensemble de la commune, non plus que réduire une protection

édictee en raison des risques de nuisance, de la qualité des sites, des paysages ou des milieux naturels, ni comporter de graves risques de nuisance.

Le projet de modification devra être notifié au préfet, aux présidents du conseil régional et du conseil général, aux chambres consulaires.

En ce qui concerne l'objet de la modification visée par le projet de loi, l'implantation des constructions par rapport aux limites séparatives, celle-ci peut en effet être réglée par le PLU en application de l'article R. 123-9 du code de l'urbanisme.

Dans le silence du document d'urbanisme, l'implantation est soumise aux dispositions de l'article R 111-18 aux termes duquel : *« à moins que le bâtiment à construire ne jouxte la limite parcellaire, la distance comptée horizontalement de tout point de ce bâtiment au point de la limite parcellaire qui en est la plus rapprochée doit être au moins égale à la moitié de la différence d'altitude entre ces deux points, sans pouvoir être inférieure à trois mètres »*.

Selon les informations transmises à votre rapporteur, 180.000 terrains seraient concernés par cette disposition sur l'ensemble du territoire national et le tiers des communes dotées d'un PLU pourrait exercer la faculté temporaire créée par l'article premier soit 5.000 communes environ.

L'Assemblée nationale, sur la proposition de sa commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, a complété l'article premier par le dépôt d'un rapport du gouvernement au Parlement sur la simplification des procédures de révision et de modification des PLU, dans les trois mois de la promulgation du présent texte. La très grande brièveté de ce délai est motivée, selon le rapporteur, par la nécessité de disposer de ce document pour le projet dit « Grenelle 2 » (adopté par le conseil des ministres du 7 janvier 2009, ce projet de loi portant engagement national pour l'environnement, constitue le troisième pilier de la mise en œuvre législative du Grenelle de l'environnement¹ ; il modifie notamment le code de l'urbanisme *« pour l'adapter aux enjeux du développement urbain durable »*).

A cet article, votre commission des lois vous propose **deux amendements** :

- le premier pour prévoir, comme à l'article premier *bis*, que la délibération modifiant le PLU doit être motivée ;

- le second pour supprimer le rapport prévu par l'Assemblée nationale : le délai fixé pour son dépôt semble peu réaliste et ne pas permettre une réflexion très approfondie. L'article premier *bis* engageant déjà une révision de la procédure de modification des PLU, il semble préférable d'en tirer les enseignements après un délai raisonnable de mise en œuvre, qui

¹ Les deux premiers résidant dans le projet de loi de programme, adopté par l'Assemblée nationale le 21 octobre 2008, et en instance au Sénat, ainsi que par les dispositions contenues dans la loi de finances pour 2009.

pourrait permettre de poursuivre la réforme du code de l'urbanisme dans ce domaine.

Sous ces **réserves**, votre commission des lois vous propose d'**adopter** l'article premier.

Article 1^{er} bis (nouveau)
(art. L. 123-13 du code de l'urbanisme)

Procédure simplifiée de modification d'un plan local d'urbanisme

Le nouvel article introduit par l'Assemblée nationale prévoit une procédure simplifiée de modification d'un plan local d'urbanisme (PLU). Il s'agit, en fait, de pérenniser, dans certains cas, la disposition ponctuelle temporaire proposée par le gouvernement à l'article premier.

Aux termes de cet article premier *bis*, le nouveau régime « allégé » est le suivant :

- **objet de la modification** : rectification d'une erreur matérielle ou éléments mineurs dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, à l'exclusion d'une modification sur la destination des sols ;

- **procédure de modification** :

- à l'initiative du maire ou du président de l'EPCI ;
- publicité du projet de modification et de sa motivation afin de permettre au public de formuler des observations, durant un délai d'un mois ;
- adoption par délibération motivée du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'EPCI.

La modification du PLU serait donc, dans les cas considérés, affranchie de l'obligation de procéder à une enquête publique.

Par coordination avec l'adoption de cette nouvelle procédure, outre une coordination dans le décompte d'alinéas, l'article premier *bis* modifie le champ d'intervention de la procédure simplifiée de révision d'un PLU.

Rappelons que la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat a simplifié le régime de révision des PLU : à côté de la procédure normale qui permet une refonte du plan, le législateur a prévu une révision simplifiée (en remplacement de l'ancienne procédure de révision d'urgence) dans certains cas dont la rectification d'une erreur matérielle.

Celle-ci pouvant faire l'objet d'une modification simplifiée aux termes de l'article premier *bis* (nouveau), les députés l'ont logiquement soustraite à la révision simplifiée.

Si l'on comprend la motivation de cet assouplissement des règles d'urbanisme pour des points mineurs qui ne devraient pas porter atteinte à des intérêts essentiels, son adoption à ce moment du texte apparaît, toutefois, surprenant puisque dans l'article précédent, l'Assemblée nationale a prévu expressément l'engagement d'une réflexion pour simplifier les procédures de

modification et de révision des PLU : il est, donc, contradictoire de modifier d'ores et déjà le code de l'urbanisme sans attendre les conclusions du rapport réclamé au gouvernement.

Votre commission des lois a adopté, à cet article, un **amendement de précision** pour fixer l'information du public pendant le mois précédant la révision du conseil municipal ou de l'organe délibérant de l'EPCI.

Ainsi modifié, elle vous propose d'adopter l'article premier *bis*.

Article 2

(art. L. 240-2 et L. 213-1 du code de l'urbanisme)

Exception aux droits de priorité et de préemption pour les opérations d'intérêt national

L'article 2 du projet de loi écarte l'exercice des droits de priorité et de préemption des communes dans le cadre des opérations d'intérêt national de l'article L. 121-2 du code de l'urbanisme, qui sont déterminées par l'article R. 121-4-1 : villes nouvelles, la Défense, les domaines industrialo-portuaires d'Antifer (Le Havre), du Verdon (Bordeaux) et de Dunkerque, la zone de Fos-sur-Mer, l'opération d'aménagement Euro-méditerranée (Marseille), Nanterre (périmètre de compétence de l'établissement public de Seine-Arche), aéroports Charles de Gaulle, Orly et Le Bourget, Saint-Etienne, Mantois Seine aval, Orly-Rungis-Seine amont, la Plaine du Var.

En cas de cession d'immeubles ou de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble situés sur leur territoire, appartenant à l'Etat, à des sociétés dont il détient la majorité du capital ou à certains établissements publics (Réseau ferré de France, SNCF, Voies navigables de France), les communes et établissements publics de coopération intercommunale titulaires du droit de préemption urbain peuvent les acquérir pour réaliser, dans l'intérêt général, des actions ou des opérations d'aménagement, ou pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation de telles actions ou opérations.

La loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, a simplifié la procédure en fusionnant le droit de priorité (créé par la loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville) et le droit de préemption urbain des communes. Jusqu'alors, si elle n'utilisait pas son droit de priorité, la commune pouvait, en revanche, en cas d'aliénation, exercer son droit de préemption. Dorénavant, la commune ne peut plus, dans ce cas, préempter.

Pour sa part, le droit de préemption urbain qui peut être institué, par délibération du conseil municipal, sur certaines parties du territoire communal, s'applique aux aliénations, à titre onéreux, de tout immeuble ou ensemble de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble, bâti ou non bâti.

Le code de l'urbanisme (articles L. 211-4, L. 213-1, L. 213-5 et L. 240-2) prévoit déjà des exceptions à l'exercice de ces deux droits :

Inapplicabilité	
Droit de préemption	Droit de priorité
- Immeubles construits ou acquis par les organismes d'HLM et immeubles construits par les sociétés coopératives d'HLM de location-attribution	- Immeubles ou ensemble d'immeubles et de droits immobiliers aliénés sous condition de maintien dans les lieux d'un service public ou d'une administration, selon les stipulations d'un bail à conclure pour une durée minimale de trois ans
- Immeubles objets d'un contrat de vente d'immeuble à construire (sauf restauration d'un immeuble existant)	- Immeubles aliénés en vue de réaliser des programmes de logements présentant un caractère d'intérêt national (logements locatifs sociaux, logements privés à loyer maîtrisé, remise sur le marché de la location de 100.000 logements vacants du parc privé, renforcement du dispositif d'accueil et d'hébergement d'urgence
- Parts ou actions de sociétés d'attribution cédées avant l'achèvement de l'immeuble ou dans les dix ans à compter de son achèvement	- Transfert en pleine propriété des immeubles appartenant à l'Etat ou à ses établissements publics
- Immeubles cédés au locataire en exécution de la promesse de vente insérée dans un contrat de crédit-bail immobilier	
- Immeubles objets d'une mise en demeure d'acquiescer dans le cadre de certaines opérations d'aménagement	
- immeubles ou terrains destinés à la construction ou à l'acquisition de logements sociaux, par arrêté préfectoral, dans les communes ayant un déficit de logements sociaux et frappées d'un constat de carence	
- terrains bâtis ou non appartenant à l'Etat ou ses établissements publics pour la réalisation de logements dans les périmètres délimités par décrets, leur attribuant les effets d'opérations d'intérêt national ¹	
- immeubles appartenant à l'Etat ou ses établissements publics transférés en pleine propriété à une société appartenant à l'Etat ou une société publique dont une partie du capital social appartient à celle-là	
- cession d'un bien au profit du bénéficiaire d'une déclaration d'utilité publique	
- locaux à usage d'habitation, à usage professionnel ou à usage professionnel et d'habitation situés dans un bâtiment soumis au régime de la copropriété ²	
- parts ou actions de sociétés permettant l'attribution d'un local d'habitation, professionnel ou mixte ²	
- immeubles bâtis durant les 10 ans de leur achèvement ²	
- totalité des parts d'une société civile immobilière dont le patrimoine est constitué par une unité foncière, bâtie ou non, soumise au droit de préemption ²	

¹ Prévus par l'article premier de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, aucun de ces décrets n'est à ce jour publié.

² Le droit de préemption peut, cependant, s'exercer par délibération motivée du conseil municipal.

La disposition proposée par le projet de loi poursuit le même objectif qu'à l'article premier : un **raccourcissement des procédures de cession** pour ne pas retarder la réalisation des opérations envisagées.

D'après les éléments recueillis par votre rapporteur, seraient concernées notamment, dans le périmètre de Marne-La-Vallée, la ZAC du Bourg à Chessy (à proximité immédiate du parc Eurodisney) et la future ZAC d'activités à Bussy Saint Georges ainsi que la poursuite de l'opération de l'Isle d'Abeau (La Verpillière).

En effet, l'exercice du **droit de priorité** implique :

- un délai de deux mois à compter de la notification à la commune ou à l'EPCI de l'intention d'aliéner, pour décider d'acquérir les biens et droits immobiliers, au prix déclaré, ou saisir le juge de l'expropriation si celui-ci ne lui convient pas (ou dans les quinze jours de la notification de la réponse de l'Etat à une diminution demandée du prix de vente) ;

- un nouveau délai de deux mois à compter de la décision juridictionnelle devenue définitive, offert à la commune ou à l'EPCI pour décider d'acquérir les biens et droits immobiliers au prix fixé par le juge ;

- au cas d'acquisition, le règlement du prix dans les six mois, à moins que le bien ne soit retiré de la vente.

Pour permettre la mise en œuvre du **droit de préemption**, son titulaire doit se prononcer dans le délai de deux mois à compter de la proposition d'acquisition du propriétaire du bien qui y est soumis, avec l'indication du prix demandé.

A défaut d'accord amiable, le prix est fixé par le juge de l'expropriation.

En cas d'acquisition, le prix doit être réglé au plus tard six mois après la décision d'acquérir ou de la décision définitive de la juridiction.

Votre commission des lois vous propose, comme l'a fait l'Assemblée nationale, d'adopter cet article **sans modification**.

TITRE II

FACILITER LES PROGRAMMES D'INVESTISSEMENT

Article 3 A (nouveau)

(art. L. 2122-21-1, 2122-22, 3221-11, 3221-11-1, 4231-8
et 4231-8-1 du code général des collectivités territoriales)

Assouplissement des procédures de passation des marchés publics

Sur la proposition de M. Jean-Luc Warsmann, président de sa commission des lois, l'Assemblée nationale a, d'une part, généralisé la délégation de passation des marchés publics à l'exécutif d'une collectivité territoriale et, d'autre part, assoupli la procédure en cas d'absence de délégation.

• **délégation de passation des marchés publics**

Actuellement, le code général des collectivités territoriales prévoit la possibilité pour l'assemblée délibérante de déléguer à l'exécutif, pour la durée du mandat, la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés publics à **condition que leur montant soit inférieur** à 206.000 euros HT en application du décret n° 2008-171 du 22 février 2008, ce qui correspond au seuil en-deçà duquel la procédure adaptée peut s'appliquer, ainsi que leurs avenants dans la mesure où ils n'entraînent pas une augmentation du montant initial supérieure à 5 %¹.

Le champ de la délégation a été étendu aux décisions concernant les avenants par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. Il est apparu, en effet, logique au législateur et à votre commission des lois « *d'accorder à l'exécutif local une délégation relative aux modifications limitées du contrat qu'il a pu passer au nom de la collectivité.* »²

Précisons que les crédits doivent être inscrits au budget de la collectivité pour permettre la délégation.

Au-delà de ces seuils, l'assemblée délibérante doit autoriser la souscription de chaque marché : sa délibération en la confiant à l'exécutif, peut être prise avant l'engagement de la procédure de passation du marché considéré et doit alors comporter la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché. Mais l'assemblée délibérante peut imposer d'intervenir à nouveau pour autoriser la signature du marché, une fois connus l'identité de l'attributaire et le montant du marché.

Ce sont les deux plafonds fixés par le législateur pour autoriser une délégation générale à l'exécutif que l'Assemblée nationale a supprimés afin de permettre toute délégation sans limite de montant : l'auteur de l'amendement a fait valoir, à l'appui de son amendement, qu'« *en supprimant cette formalité, les délais entre la décision de la commission d'appel d'offres et la signature du marché peuvent être raccourcis d'un mois en moyenne* ».

• **simplification de la procédure en l'absence de délégation**

Dans ce cas, la procédure décrite ci-dessus imposant une délibération pour chaque marché s'applique.

Selon le texte adopté par les députés, l'assemblée délibérante pourrait autoriser par un seul vote l'engagement de la procédure de passation et la signature du marché, sans pouvoir remettre en cause cette délégation par la suite.

¹ (Cf art. L. 2122-22 pour les communes, L. 3221-11 pour les départements, L. 4231-8 pour les régions.

² Cf rapport de M. Bernard Saugey n° 36 (2007-2008) : <http://www.senat.fr/rap/107-036/107-036.html>.

Elle ne pourrait donc plus, comme nous venons de le rappeler, imposer à tout moment une nouvelle délibération pour la signature du marché, une fois connus l'identité de l'attributaire et le montant du marché.

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

Article 3 B (nouveau) :
(art. 432-14 du code pénal)

Précisions sur le délit de favoritisme

Cet article, issu d'un amendement du député M. Jean-Luc Warsmann, adopté après un avis favorable de la commission des affaires économiques et un avis de sagesse du gouvernement, propose un nouvel équilibre de l'article 432-14 du code pénal relatif au **délit de favoritisme** en limitant son champ d'application tout en renforçant les sanctions applicables.

Rappelons que l'article 432-14 précité rend actuellement passible de **deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende** le fait de procurer un avantage injustifié à un candidat à un marché public ou à une délégation de service public.

Le dispositif adopté par les députés prévoit, d'une part, de limiter l'infraction aux seuls cas où la personne publique a accordé « *en connaissance de cause* » et avec « *une intention délibérée* » un avantage injustifié à un candidat, d'autre part, de porter le plafond de l'amende de 30.000 euros à **100.000 euros**.

Sur le premier point, M. Jean-Luc Warsmann a fait valoir que le délit de favoritisme était aujourd'hui constitué même si l'avantage a été procuré de **manière involontaire** en raison d'une simple **erreur de procédure**. Il a souligné que les acteurs publics, par peur d'engager leur responsabilité pénale, avaient tendance à s'abriter derrière un formalisme excessif pour choisir l'attributaire d'un marché ou d'une délégation de service public, ce qui allongeait les procédures de passation et ne permettait pas forcément de choisir l'offre la plus avantageuse pour la personne publique. C'est une des raisons pour lesquelles, a-t-il poursuivi, les acteurs publics recourent peu à la procédure négociée en lui préférant celle, plus contraignante, de l'appel d'offres.

Si votre rapporteur comprend le nouvel équilibre proposé pour le délit de favoritisme, dont la limitation est compensée par une sévérité accrue, **il n'est pas convaincu par une telle évolution**.

Sur la forme, il n'est pas établi que la rédaction actuelle de l'article 432-14 du code pénal et son application par les tribunaux conduise effectivement, dans certains cas, à paralyser la commande publique. En conséquence, le dispositif semble **très éloigné de l'objet du projet de loi**, qui est de relancer l'investissement public dans notre pays.

Sur le fond, votre rapporteur soulève deux objections.

En premier lieu, votre rapporteur s'interroge sur la différence entre **l'intention simple**, nécessaire à la constitution de tout délit (*cf article 121-3 du code pénal* : « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »), et **l'intention délibérée** (ou « dol spécial »), notion aujourd'hui inconnue du code pénal. Quant à l'expression « *en connaissance de cause* », elle paraît également ambiguë, et à tout le moins redondante avec l'intention délibérée.

En second lieu, le dispositif proposé par les députés aurait pour conséquence de **rompre la cohérence** des infractions qualifiées de « manquements au devoir de probité » (articles 432-10 à 432-16 du code pénal).

Outre le délit de favoritisme, ces manquements comprennent :

- la concussion ;
- la corruption et le trafic d'influence ;
- la prise illégale d'intérêts ;
- la soustraction et le détournement de biens.

Non seulement aucun de ces délits ne fait aujourd'hui référence à une « intention délibérée » mais ils obéissent à une échelle des peines où un an d'emprisonnement correspond à 15.000 euros d'amende, comme l'illustre le tableau ci-dessous :

	Peine de prison encourue	Amende encourue
concession	5 ans	75.000 euros
corruption et trafic d'influence	10 ans	150.000 euros
prise illégale d'intérêts	5 ans	75.000 euros
soustraction et détournement de biens	10 ans	75.000 euros
délit de favoritisme (peines en vigueur)	2 ans	30.000 euros
délit de favoritisme (peines proposées)	2 ans	100.000 euros

On comprend mal pourquoi le délit de favoritisme devrait être soumis à des **règles spéciales** par rapport aux autres manquements au devoir de probité.

Pour l'ensemble de ces raisons, votre rapporteur est très réservé sur l'opportunité du dispositif proposé par les députés.

En conséquence, votre commission vous propose de **supprimer l'article 3 B (nouveau)**.

Article 3 C (nouveau)

(art. 8-1 [nouveau] 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)

Liste des marchés publics en cours

Cet article, issu d'un amendement également présenté par le député M. Jean-Luc Warsmann, adopté après un avis favorable de la commission des affaires économiques et du gouvernement, **rend accessible à toute personne la liste des marchés publics en cours**, afin d'accroître leur transparence.

L'article 133 du code des marchés publics prévoit que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics doivent publier, au début de chaque année, la liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires.

Considérant que cette obligation ne permet pas d'avoir connaissance des marchés conclus récemment, les députés ont prévu que la personne publique doit mettre à la disposition des citoyens la **liste à jour des marchés publics en cours** afin d'assurer une meilleure transparence que les dispositions actuelles de l'article 133 du code des marchés publics. Le dispositif prévoit que pour les services de l'État et les grandes collectivités territoriales, qui disposent d'un site internet, la liste des marchés devra figurer sur ce site. En revanche, les pouvoirs adjudicateurs de petite taille pourront choisir tout moyen de publication.

Si votre rapporteur comprend l'intérêt du dispositif, il juge qu'il relève de la compétence du pouvoir réglementaire.

En conséquence, votre commission vous propose de **supprimer l'article 3 C nouveau**.

Article 3

(art. L. 313-29-1 du code monétaire et financier)

**Amélioration du mécanisme de cession de créance
applicable spécifiquement aux contrats de partenariat
et aux baux emphytéotiques hospitaliers**

Cet article modifie l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier afin d'améliorer le mécanisme de cession de créance applicable spécifiquement aux contrats de partenariat et aux baux emphytéotiques hospitaliers (BEH).

1. le dispositif mis en place en 2004

Rappelons que l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat avait créé, en son article 28, un article L. 313-29-1 dans le code monétaire et financier afin d'instituer un mécanisme de **cession de créance propre aux contrats de partenariat et aux BEH**, sur le modèle de la cession de droit commun, dite cession Dailly, prévue à l'article L. 313-23 du même code¹.

Il s'agissait de permettre au titulaire du contrat de partenariat (*créancier*) de céder à la banque (*cessionnaire*) des créances qu'il détient vis-à-vis de la personne publique (*débiteur*). La cession de créance présentait en effet l'avantage de permettre au partenaire privé de céder la créance détenue sur la personne publique à l'établissement financier qui assurait le financement du projet. Ce dernier pouvait alors proposer des **taux d'intérêt nettement moins élevés** pour l'argent prêté au cocontractant privé, dans la mesure où il serait directement remboursé par la personne publique sur laquelle il détient la créance.

Or, il s'est avéré que ce dispositif spécifique n'avait été que **très exceptionnellement utilisé**, les partenaires publics et privés lui ayant préféré la cession Dailly, et ce pour trois raisons :

- elle est mieux connue et garantit une certaine sécurité juridique du fait d'une jurisprudence étoffée ;

- son assiette est plus large que la cession de créance spécifique puisqu'elle permet de céder les créances relatives aux frais financiers ;

- elle permet une cession recouvrant 100 % de la rémunération totale due par la personne publique au partenaire privé.

2. l'amélioration apportée par la loi du 28 juillet 2008

Aussi le législateur a-t-il décidé, par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, **d'améliorer le mécanisme spécifique** au travers de l'élargissement de l'assiette de la cession de créance aux frais financiers.

En revanche, le Parlement a refusé que **l'intégralité de la rémunération** due par la personne publique au partenaire privé puisse faire l'objet d'une **cession de créance acceptée** par la personne publique et a ainsi retenu le seuil de **80 %**. Ce choix était guidé par le souci de conserver un équilibre dans le **partage des risques** entre les partenaires publics et privés.

En effet, une fois que la personne publique a constaté que les investissements ont effectivement été réalisés conformément au contrat, la part de la créance qu'elle cède est **définitivement et irrévocablement acquise à la banque**. On dit que la créance est alors **acceptée par la personne publique**,

¹ Voir le rapport n° 239 (2007-2008) de M. Laurent BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 mars 2008 sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat : <http://www.senat.fr/rap/107-239/107-239.html>.

ce qui implique que cette dernière est tenue de verser à la banque le loyer correspondant à la **créance acceptée** même si des problèmes surviennent postérieurement au constat de la réalisation effective des investissements.

En conséquence, tandis qu'une cession de créance **acceptée** à 100 % peut mettre la personne publique **en difficulté**, à l'inverse, un plafonnement de l'acceptation à 80 % lui permet de conserver un **levier à hauteur d'au moins 20 % de la créance** pour imposer plus facilement au partenaire privé de remplir ses obligations contractuelles. En effet, en cas de défaillance du partenaire privé, la personne publique est tenue de verser à la banque le loyer correspondant à la créance acceptée à 80 % **mais elle n'est pas tenue de lui verser les 20 % cédés mais non acceptés**. La banque, désireuse de percevoir ces 20 %, est logiquement conduite à « **faire pression** » sur l'entreprise de travaux publics. Notons qu'il s'agit là d'une considération **économique**, plus que juridique car même avec une acceptation de la créance à 100 %, la personne publique peut toujours infliger des pénalités au partenaire privé ou faire jouer la garantie décennale ou l'assurance dommages ouvrage.

3. le dispositif proposé par le projet de loi

Le projet de loi, non modifié sur ce point par les députés, propose de maintenir le plafond d'acceptation à 80 % mais de porter à **100 %** la cessibilité d'un contrat de partenariat. Toutes les personnes interrogées par votre rapporteur **ont approuvé cette dernière mesure** pour deux raisons principales.

En premier lieu, elles ont fait valoir qu'elle ne faisait que **rétablir la situation antérieure** à la loi du 29 juillet 2008 précitée, dès lors que les contrats de partenariat étaient généralement fondés sur une **cession à 100 %**, permise par la cession de droit commun, dite Dailly. Lors de son audition, M. Xavier Bezançon, délégué général d'EGF-BTP¹, a ainsi salué le dispositif proposé par le projet de loi, considérant que l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier issue de la rédaction de la loi du 28 juillet 2008 précitée « *posait difficulté* » dans la mesure où « *il paraissait interdire la cession de 100 % alors que cette dernière a été pratiquée dans la quasi-totalité des opérations de partenariat public-privé conclues depuis 2004* ». Or, comme l'a expliqué à votre rapporteur M. Pierre Sorbets, responsable du secteur public de HSBC France, la cession à 100 % présente l'avantage de « *simplifier les montages financiers et la tuyauterie des circuits de paiement* », la banque n'ayant plus qu'un seul interlocuteur pour les remboursements : **la personne publique**, alors qu'elle en a **deux** dans une configuration 80/20 : respectivement la personne publique et le maître d'ouvrage privé.

En second lieu, les professionnels ont souligné, unanimes, que la cessibilité à 100 % « normalisait » le financement d'un contrat de partenariat **par rapport aux schémas habituels**. La société Dexia Crédit local a ainsi

¹ EGF-BTP est un syndicat spécialisé dans la défense et la promotion des entreprises, quelle que soit leur taille, dans le domaine du BTP.

relevé que « *la cession de l'intégralité de la rémunération due par la personne publique constitue la norme des montages en financement de projets utilisés par exemple pour le financement des délégations de services publics et notamment des concessions* ».

Votre rapporteur a souhaité savoir si la simplification des montages financiers, induite par le rétablissement de la cessibilité à 100 %, pourrait permettre de **réduire le taux d'intérêt** proposé par la banque au partenaire privé, lui-même répercuté sur la personne publique contractante.

Le gouvernement a assuré que « *l'impact sur le montant du taux d'intérêt serait nécessairement positif pour la personne publique* », tout en jugeant difficile de « *chiffrer à ce jour le montant de la baisse attendue* ».

M. Pierre Sorbets est allé dans le même sens en soulignant qu'un schéma fondé sur une cession à 80 % serait probablement marqué par un **taux d'intérêt plus élevé** qu'en cession à 100 %, compte tenu, dans le premier cas, de la pénalisation pour cause « *d'imperfection du montage* ». De même, la société Dexia Crédit local a mis en avant le « *risque non négligeable* » que l'absence de rétablissement de la cessibilité à 100 % conduise à ce que « *soit les établissements de crédit prennent une marge supplémentaire en raison de l'amoindrissement des sûretés accordées, soit qu'ils recourent à ces structures de sûretés plus complexes induisant des frais de conseils juridiques plus importants, frais qui seront indirectement supportés par la personne publique* ».

En conséquence, votre commission **approuve la cessibilité à 100 % proposée par le projet de loi.**

Votre rapporteur s'est en revanche longuement interrogé sur l'opportunité de **supprimer le plafond de 80 % à l'occasion de l'examen de cet article.**

Rappelons tout d'abord que ce plafond **s'impose** désormais aux cessions de créance qui interviennent dans le cadre d'un contrat de partenariat. En effet, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, la cession Dailly, non plafonnée, pouvait être utilisée concurremment à la cession spécifique. Tel n'est plus le cas depuis la loi de 2008 précitée qui a **juridiquement exclu** le recours à la cession Dailly dans le cadre du contrat de partenariat, au profit de la cession spécifique, limitée, on l'a dit, à 80 %.

Or, il apparaît à votre rapporteur, à la réflexion, que le **bilan coût/avantages** de ce plafonnement n'est **guère satisfaisant du point de vue de la personne publique.** Son coût est relativement important et ses avantages peu évidents.

En premier lieu, le plafonnement présente un **inconvenient majeur** pour la personne publique contractante : il l'empêche de bénéficier du financement **au meilleur taux.** Les représentants d'EGF-BTP ont ainsi estimé que « *le fait d'autoriser la personne publique à accepter la cession de 100 %*

de la créance aurait un effet positif sur le coût du financement : gain de l'ordre de 100 points de base au moins sur les 20 %. »

En second lieu, les avantages du plafonnement **ne sont pas toujours évidents**. Lors des débats sur le projet de loi qui a abouti à la loi du 28 juillet 2008, le gouvernement a fait valoir qu'une acceptation à 100 % de la créance **supprimerait tout risque pour le partenaire privé**. Or, votre rapporteur est aujourd'hui convaincu que d'autres mécanismes que le plafonnement **peuvent maintenir le partenaire privé en risque**.

Ainsi faut-il rappeler que l'acceptation ne porte que sur le loyer remboursant les coûts d'investissement et de financement, **et non sur ceux de la maintenance et de l'exploitation**. Or, ces derniers peuvent représenter une part significative du montant global du contrat, par exemple dans le cas de projets sur l'éclairage public ou sur la mise en place de systèmes informatiques, pour lesquels l'investissement initial est faible. Le fait que l'assiette de la cession de créance ne porte pas sur les frais de maintenance et d'exploitation donne à la personne publique, dans ces cas de figure, un **moyen de pression efficace** sur le partenaire privé en cas de mauvaise exécution du contrat.

De même, votre rapporteur rappelle que l'acceptation de la cession de créance est subordonnée à la constatation par la personne publique que les **investissements ont bien été réalisés conformément au contrat**. Or, quand la technicité de la construction est limitée (collège, gymnase...), la personne publique peut aisément procéder à ce constat ou, dans le cas contraire, **refuser l'acceptation** de la cession de créance tant que le prestataire n'a pas pleinement rempli ses obligations contractuelles.

Enfin, à l'initiative de votre rapporteur, le législateur a rendu obligatoire, dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu par une collectivité territoriale, la souscription par le partenaire privé d'une **assurance dommages ouvrage** qui a pour principal avantage de pouvoir être utilisée **sans recherche de responsabilités**, à la différence de la garantie décennale. Il s'agit d'une garantie importante qui relativise l'intérêt de mettre en risque le partenaire privé.

Votre rapporteur estime que ces trois mécanismes prouvent qu'il n'est pas opportun de fixer **par principe** un plafond et qu'il appartient à la personne publique contractante d'apprécier **au cas par cas, en fonction des caractéristiques du projet**, si elle s'expose à un risque en allant au-delà de 80 % et, dans cette hypothèse, si ce risque n'est pas acceptable au regard de l'intérêt financier qu'elle en retire. Cette démarche, fondée sur la liberté contractuelle et la responsabilisation des acheteurs publics, suppose toutefois, d'une part, que ces derniers soient **bien formés**, ce qui rejoint la préoccupation déjà exprimée par votre rapporteur¹, d'autre part, que la Mission d'Appui aux partenariats publics-privés (MAPPP) formule des **recommandations**

¹ Rapport n° 239 (2007-2008) précité de M. Laurent Bêteille.

expliquant pour quel type de projet la personne publique a intérêt à ne pas aller trop loin dans l'acceptation de la cession de créance.

Au surplus, votre rapporteur note que le plafonnement de 80 % est **peu favorable aux PME**. En effet, compte tenu, dans le contexte actuel, de l'aversion au risque des banques, ces dernières exigent de plus en plus une augmentation de la part des fonds propres dans le financement des projets¹, ce qui restreint l'accès des PME aux contrats de partenariat, comme l'a indiqué à votre rapporteur la Caisse des dépôts et consignations.

Pour l'ensemble de ces raisons, votre commission vous propose par **un amendement** de supprimer le plafond créé par la loi du 28 juillet 2008 et d'adopter l'article 3 **ainsi modifié**.

Article 3 bis

(art. 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et art. L. 1414-7, L. 1414-8, L. 1414-8-1 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales)

Possibilité pour les candidats à un contrat de partenariat de présenter une offre sans bouclage financier définitif

Cet article, issu d'un amendement du gouvernement, adopté après avis favorable de la commission des affaires économiques, prévoit, dans le contexte de l'instabilité des marchés financiers, que les offres finales peuvent être présentées **sans bouclage financier définitif**.

Seul le titulaire choisi sera tenu de réaliser son bouclage financier et d'en justifier à la personne publique. Ce bouclage, selon les termes du financement obtenu, pourra conduire à un réajustement du prix indiqué dans l'offre retenue. Ce réajustement nécessairement limité ne saurait conduire à un bouleversement des conditions globales de l'offre. Compte tenu de son caractère nécessairement dérogatoire, le champ d'application de ce dispositif est limité dans le temps, puisqu'il ne concerne que les contrats dont les avis sont publiés en 2009 et 2010.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 3 bis **sans modification**.

Article 4

(art. L. 313-29-1 du code monétaire et financier)

Correction d'une erreur matérielle

Cet article vise à **corriger une erreur matérielle** à l'article 16 de la loi du 28 juillet 2008 précitée, erreur qui a rendu inintelligible une partie de cet article, censurée à ce titre par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008.

Rappelons qu'à l'initiative de la commission des finances de l'Assemblée nationale, le législateur avait entendu offrir aux **opérateurs des réseaux** d'énergie, d'eau et de transports, tels l'établissement public Réseau

¹ Les financiers disent que la crise financière a modifié le « gearing » (ratio dette/fonds propres).

ferré de France (RFF), la possibilité de recourir à la **procédure négociée** pour passer des contrats de partenariat.

En effet, avant la loi du 28 juillet 2008, ces opérateurs pouvaient librement recourir à la **procédure négociée**¹ dans le cadre d'un marché public **mais pas dans le cadre d'un contrat de partenariat**, l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée ne l'ayant pas prévue.

Or, le projet de loi qui a abouti à la loi du 28 juillet 2008 ouvrait la possibilité, pour les acteurs économiques « ordinaires », de conclure un contrat de partenariat sous la forme d'une **procédure négociée** alors qu'il ne pouvait, jusque là, être lancé que sous la forme du dialogue compétitif (pour les projets complexes) et de l'appel d'offres (pour les projets urgents). Compte tenu des atouts propres de cette procédure² et de l'importance des projets en jeu (par exemple la réalisation de lignes à grande vitesse), les députés avaient opportunément **étendu aux opérateurs de réseaux** la possibilité de conclure un contrat de partenariat sous cette forme³.

Il eût en effet été pour le moins étonnant que les opérateurs de réseaux puissent recourir à la procédure négociée dans le cadre d'un marché public **mais pas dans celui du contrat de partenariat**, alors que ce dernier n'est rien d'autre qu'un marché au sens du droit communautaire.

Les députés avaient fait le choix de prévoir **deux types de procédures**, en fonction d'un seuil à fixer par décret, qui devait être calqué sur les seuils communautaires, à savoir 5.150.000 euros HT pour les marchés de travaux. Au dessus de ce seuil, devait s'appliquer la procédure négociée dans les conditions d'un marché public ; en dessous, la procédure adaptée définie dans l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Or, une erreur matérielle s'était glissée dans la rédaction finale, le législateur ayant indiqué, pour la deuxième procédure « lorsque le montant du contrat est **supérieur** au seuil mentionné à l'alinéa précédent » au lieu du terme « inférieur », ce qui avait conduit à la censure du Conseil constitutionnel susmentionnée.

Il s'agit donc de **rectifier cette erreur matérielle**.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 4 **sans modification**.

¹ Conformément à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et à la directive 2004-17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

² La procédure négociée présente l'avantage d'être beaucoup plus souple que le dialogue compétitif (qui comporte de nombreuses phases et se déroule généralement sur au moins une année) et que l'appel d'offres (qui prohibe toute négociation avec les candidats). Aux termes de la loi du 28 juillet 2008, cette procédure ne pourra toutefois être mise en œuvre que pour les contrats inférieurs à un seuil qui sera déterminé par décret et qui devrait être fixé, à partir de l'article 7 c) de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, soit à 5.150.000 euros HT pour les marchés de travaux.

³ Pour RFF, toutefois, cette possibilité ne devrait pas être utilisée avant plusieurs années, l'entreprise ayant déjà lancé quatre contrats de partenariat en dialogue compétitif.

Article 5

(art. L. 6148-6 du code de la santé publique)

**Possibilité pour les établissements publics de santé
de reporter le déclassement d'une installation dans un délai de trois ans
après sa vente et de percevoir le produit de la vente dès sa conclusion**

Cet article crée un article L. 6148-6 dans le code de la santé publique afin d'étendre aux établissements publics de santé les dispositions de l'article L. 2141-2 du code général de la propriété des personnes publiques.

1/ le dispositif en vigueur

L'article L. 2141-2 du code général de la propriété des personnes publiques, créé, en même temps que ledit code, par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, permet à **l'Etat ou ses établissements publics** de déclasser et de vendre un immeuble appartenant à son domaine public **dès que sa désaffectation a été décidée** alors même que l'immeuble continue à être affecté au service public ou à l'usage direct du public pendant une durée pouvant aller jusqu'à trois ans¹.

Il s'agit d'une dérogation au principe général, posé à l'article L. 2141-1 du même code, aux termes duquel le déclassement implique que l'immeuble ne soit plus affecté à un service public.

Interrogé par votre rapporteur, le gouvernement a indiqué que ce dispositif dérogatoire présentait **un intérêt** tant pour les acteurs publics que privés.

Il permet aux premiers de bénéficier immédiatement du **produit de la vente**, ce qui a pour effet de réduire le recours au secteur bancaire ; en outre, il les incite à préparer **sereinement mais efficacement** la désaffectation future. En effet, selon l'article L. 2141-2 précité, l'acte de vente doit stipuler que la vente sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans le délai fixé par l'acte de déclassement. Dans les réponses au questionnaire qui lui a été adressé, le gouvernement a ainsi jugé ce dispositif très « *responsabilisant* » pour la personne publique.

Pour les personnes privées, l'intérêt de la mesure réside dans l'opportunité qui leur est offerte d'acquérir un bien à **un prix inférieur au marché**, conséquence de la mise à disposition différée.

2) le projet de loi : l'extension du dispositif dérogatoire aux établissements publics de santé

Le projet de loi étend le dispositif dérogatoire décrit plus haut aux établissements publics de santé. Certes, certains d'entre eux bénéficient déjà de la mesure, en tant qu'établissements publics de santé **de l'Etat** (ainsi les hôpitaux des Quinze-Vingts, de Saint-Maurice et de Fresnes).

¹ L'article L. 2141-2 renvoie à un décret la détermination de la durée mais fixe un plafond de trois ans. Le décret s'est borné à reprendre ce délai maximum de trois ans (décret n° 2007-229 du 20 février 2007 – <http://www.senat.fr/bulletin/20090105/fin.html#toc2>).

Toutefois, la très grande majorité des établissements publics de santé sont des **établissements locaux** : communaux, intercommunaux, départementaux ou régionaux et se trouvent donc exclus du champ du dispositif.

Si votre rapporteur **comprend l'intérêt de la mesure** proposée par le projet de loi, et non modifiée par l'Assemblée nationale, il formule trois interrogations.

En premier lieu, il juge quelque peu étonnante la démarche du projet de loi consistant à étendre un dispositif **qui n'a lui-même fait l'objet d'aucune évaluation précise**. Le gouvernement a en effet souligné que « *cette disposition a permis à l'Etat de procéder à des opérations de restructuration importantes* », tout en reconnaissant que les services de France Domaine, « *interrogés de façon informelle* », n'ont pas établi de « *bilan de l'application de l'article L. 2141-2 du code général des propriétés des personnes publiques* ». Lors de son audition le 6 janvier 2009¹, M. Patrick Devedjian, ministre chargé de la mise en œuvre du plan de relance, n'a pas apporté plus de précisions sur ce point.

En second lieu, notant que l'article 5 du présent projet de loi figure également, dans les mêmes termes, à l'article 11 du projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires, déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 22 octobre 2008, votre rapporteur a souhaité savoir ce qui avait justifié le transfert de cette disposition dans le plan de relance alors qu'il paraissait *a priori* plus légitime d'examiner cette mesure dans le cadre d'une réflexion globale sur l'avenir de l'hôpital. Le gouvernement a indiqué que ce transfert devait permettre l'adoption **plus précoce** d'une mesure utile à la mise en œuvre de la restructuration des bâtiments hospitaliers prévue dans le **Plan Hôpital 2012**.

Enfin, votre rapporteur souhaite appeler l'attention des pouvoirs publics sur le risque que cette mesure, dans le contexte actuel de ralentissement voire de baisse des prix de l'immobilier en France, conduise certains hôpitaux à céder **à trop bas prix** leur patrimoine dans la négociation avec la personne privée.

Sous ces réserves, votre commission vous propose d'adopter l'article 5 **sans modification**.

¹ Audition commune à la commission des lois, des affaires économiques et des finances. Comptendu disponible sur Internet : <http://www.senat.fr/bulletin/20090105/fin.html#toc2>.

Article 5 bis (nouveau)

(art. L. 626-6 du code de commerce)

Assouplissement des conditions de remise de dettes par les créanciers publics dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire

Inséré par l'Assemblée nationale à l'initiative de M. Olivier Carré, avec l'avis favorable de la commission des affaires économiques et du Gouvernement, cet article tend à **assouplir les conditions de remise de dettes par les créanciers publics aux débiteurs faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire**. Il modifie à cette fin l'article L. 626-6 du code de commerce.

1. Le droit en vigueur

L'une des grandes avancées de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a été de favoriser la remise par les créanciers publics des dettes contractées auprès d'eux par les entreprises.

Ainsi, les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions chargées de la retraite complémentaire des salariés peuvent accepter de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire lorsque deux conditions cumulatives sont réunies :

- d'une part, si cette remise est concomitante à l'effort consenti par d'autres créanciers ;

- d'autre part, si cette remise intervient dans des conditions similaires à celles qu'octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation.

Ces deux conditions ont été fixées par le législateur afin de respecter les règles établies tant par la Commission européenne que par le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides d'Etat.

En effet, pour la Commission européenne, la renonciation doit être conforme au critère de « l'investisseur privé en économie de marché ». Selon la jurisprudence, il convient de déterminer si, en octroyant les remises de dettes litigieuses, les créanciers publics peuvent être comparés à des créanciers privés cherchant à obtenir le paiement des sommes qui leur sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières, la nature des créances remises devant être prise en considération, en particulier les privilèges qui y sont éventuellement attachés.¹

¹ Tribunal de première instance des Communautés européennes, 11 juill. 2002, aff. T-152/99, *Hijos de Andrés Molina (HAMSA)*.

Dès lors que ces deux conditions sont respectées, les créanciers publics peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

Pris pour l'application de l'article L. 626-26 du code de commerce, le décret n° 2007-153 du 5 février 2007 a fixé les conditions générales de remise des dettes publiques, en prévoyant en particulier que le montant des remises ne peut excéder trois fois celui des remises de dettes privées, le taux de remise de dettes publiques ne pouvant par ailleurs excéder le taux moyen pondéré des remises de dettes privées.

Si, dans ces limites, il laisse une large latitude aux créanciers publics pour décider de la réponse à apporter à un débiteur en difficulté sollicitant l'octroi de remises, ce décret a néanmoins été fortement critiqué par les praticiens et la doctrine par l'ampleur des restrictions qu'il impose et qui n'étaient pas évoquées dans la loi ni même dans les travaux préparatoires.

2. Le dispositif proposé

Le 1° du premier paragraphe (I) de cet article prévoit de **supprimer l'obligation faite aux créanciers publics de ne consentir des remises de dettes que concomitamment aux créanciers privés.**

Votre commission estime que cette condition pourra être de nature à faciliter les efforts des créanciers publics qui n'auront désormais plus à attendre que les créanciers privés décident également d'abandonner certaines de leurs créances au profit des débiteurs en difficulté.

La seconde contrainte relative au test de « l'investisseur privé » étant conservée dans le texte modifié de l'article L. 626-26 du code de commerce, celui-ci restera conforme aux règles communautaires relatives aux aides d'Etat, qui en tout état de cause s'appliquent en droit français même en l'absence de texte, compte tenu du principe de primauté du droit communautaire.

Le 2° du même paragraphe n'exigerait plus l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat pour déterminer les modalités d'application de l'article L. 626-26 ainsi modifié, mais un **décret simple**.

Cette mesure vise en réalité, ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs de l'amendement présenté par M. Olivier Carré, à permettre l'adoption rapide d'un nouveau décret d'application qui supprimerait en particulier la condition actuellement imposée par le décret du 5 février 2007 selon laquelle le montant des remises ne peut excéder trois fois celui des remises de dettes privées.

Votre commission ne peut qu'approuver cette suppression, confirmée par le Gouvernement, cette limitation apportée par le décret apparaissant en effet inutilement restrictive.

Le recours à un décret simple pourra, du point de vue de la procédure administrative, permettre une adoption plus rapide des mesures d'application de l'article L. 626-26 modifié, M. Patrick Devedjian, ministre en charge de la mise en oeuvre du plan de relance, ayant indiqué que celles-ci seraient prises avant le 31 janvier 2009.

Le second paragraphe (II) définit une règle de droit transitoire en prévoyant que la **suppression de l'obligation de concomitance s'appliquera à l'ensemble des demandes de remises de dettes en cours d'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.**

Ainsi, les directeurs des services fiscaux, trésoriers-payeurs généraux, directeurs régionaux des douanes, directeurs des organismes sociaux créanciers et directeurs des organismes de mutualité sociale agricole créanciers, compétents pour statuer sur les demandes de remises de dettes relevant des créanciers publics,¹ pourront appliquer aux dossiers en cours une politique plus souple de remise de dettes.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 5 *bis* **sans modification.**

Article 5 ter (nouveau)

(art. L. 1311-2 et L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales)

**Création de nouveaux mécanismes juridiques
facilitant la réalisation de grands équipements sportifs**

A l'initiative de MM. Dominique Tian et Nicolas Perruchot, les députés ont adopté un amendement visant à mettre en oeuvre deux mesures préconisées par le rapport de la commission « Grands stades Euro 2016 » présidée par M. Philippe Seguin, Premier président de la Cour des Comptes, en vue de favoriser, la réalisation de **grands équipements sportifs** et de leurs installations connexes par des opérateurs privés. Les auteurs de l'amendement ont mis en avant la nécessité de « *s'appuyer sur un partenariat renforcé entre les acteurs publics et privés pour doter la France des grands équipements modernes qui lui font encore défaut pour l'accueil de grandes compétitions sportives internationales* ».

¹ En application des décrets n°s 2007-154 du 22 février 2007 désignant les autorités compétentes au sein des administrations financières pour statuer sur les demandes de remises de dettes ; 2007-242 du 22 février 2007 relatif aux décisions en matière de remise des cotisations et contributions sociales, majorations et pénalités ainsi qu'aux garanties concernant le recouvrement et modifiant le code de la sécurité sociale ; et 2007-867 du 14 mai 2007 relatif aux décisions en matière de remise des cotisations et contributions sociales, majorations et pénalités ainsi qu'aux garanties concernant le recouvrement et modifiant les articles R. 741-27 et R. 741-29 du code rural.

Le dispositif a **deux objets** : d'une part, créer un bail emphytéotique administratif (BEA) spécifique « équipements sportifs », sur le modèle des BEH (baux emphytéotiques hospitaliers)¹, et ce afin de conforter la sécurité juridique des acteurs des projets d'équipements sportifs, en particulier les clubs professionnels, d'autre part, transposer aux contrats de concession les dispositions adoptées dans la loi du 28 juillet 2008 précitée qui permettent aux partenaires privés de donner à bail des parcelles du domaine de l'autorité publique contractante, le cas échéant pour une durée plus longue que celle du contrat de partenariat. Si cette dernière est de portée générale, elle est de nature à favoriser la réalisation de grands équipements sportifs et de leurs installations connexes par des opérateurs privés, dans le cadre d'un contrat de concession.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 5 *ter* **sans modification**.

Article 5 quinquies (nouveau)

**Publication d'un rapport sur les modalités de publicité
d'avis d'appels à la concurrence**

Cet article, adopté sur proposition de la commission des affaires économiques après un avis favorable du gouvernement, prévoit que, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, le Gouvernement adresse au Parlement un rapport étudiant « *les solutions les plus adéquates pour permettre un accès aussi simple que possible aux appels publics à la concurrence pour les entreprises candidates tout en assurant la plus grande sécurité juridique possible aux acheteurs publics* ». L'amendement précise que le rapport devra « *évaluer tout particulièrement les inconvénients que pourraient présenter pour la presse quotidienne les réformes envisagées* ».

Lors des débats, Mme Laure de La Raudière, rapporteur pour la commission des affaires économiques, a souhaité que le gouvernement précise, à travers ce rapport, **l'étendue de la publicité** requise pour les appels publics à la concurrence relatifs aux procédures adaptées pour lesquelles il n'existe à l'heure actuelle aucune précision sur les modalités de publicité à

¹ En vertu de l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codifié depuis à l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales -et leurs établissements- peuvent consentir un BEA sur les dépendances de leur domaine public. Ce BEA correspond à un bail de très longue durée -de 18 à 99 ans-, par lequel le propriétaire (le bailleur) d'un immeuble confie ce dernier à un preneur (l'emphytéote), qui dispose de droits réels sur le bien concerné moyennant un loyer modique. Toutes les améliorations effectuées par l'emphytéote bénéficient au propriétaire à la fin du bail. Il peut être recouru à ce BEA soit pour l'accomplissement pour le compte de la collectivité territoriale d'une mission de service public, soit pour la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. La technique du bail emphytéotique a été rendue applicable pour la construction et la rénovation d'établissements hospitaliers par l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003. Ce bail emphytéotique hospitalier (BEH) comporte des dispositions spécifiques, en particulier pour la passation des contrats.

prévoir. Elle a fait valoir que la situation actuelle plaçait les élus locaux dans une certaine **insécurité**, citant une récente annulation par le Conseil d'Etat d'un marché de 80.000 euros relatif à l'ouverture d'une annexe du musée du Louvre à Lens au motif qu'il n'avait pas fait l'objet d'une publicité suffisante et que, des entreprises allemandes ou belges pouvant se porter candidates, il aurait fallu faire de la publicité en Allemagne ou en Belgique.

Sans méconnaître l'intérêt de cette question, votre commission juge qu'elle relève exclusivement du pouvoir réglementaire.

En conséquence, elle vous propose **un amendement** tendant à **supprimer cet article**.

Article 8 (nouveau)

Habilitation à créer un code de la commande publique

Cet article, issu d'un amendement du gouvernement adopté avec un avis favorable de la commission des affaires économiques, habilite le gouvernement à **créer un code de la commande publique**.

Même si le lien de cette mesure avec l'objet du projet de loi (« accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés») paraît ténu, eu égard en particulier au délai de dix-huit mois proposé pour préparer l'ordonnance, votre rapporteur **approuve la création d'un tel code** qu'il avait lui-même appelée de ses vœux dans son rapport de première lecture sur le projet de loi qui a abouti à la loi du 28 juillet 2008. Ce rapport, dans le droit-fil du rapport public du Conseil d'Etat de 2008 consacré au contrat, soulignait l'impérieuse nécessité de lancer un **vaste chantier de simplification et de rationalisation des règles de la commande publique** au plus grand profit des acteurs publics et privés.

Le gouvernement a fait le choix de demander au Parlement une **habilitation** pour mettre en œuvre ce chantier. Peu favorable, par principe, à toute forme de dessaisissement du Parlement, votre rapporteur admet qu'en l'espèce l'ampleur et la technicité de l'œuvre envisagée peuvent justifier le recours à une ordonnance dont les assemblées auront à connaître au moment de la **ratification**, qui ne pourra être qu'expresse en conséquence depuis la dernière révision constitutionnelle.

Par ailleurs, votre rapporteur se réjouit du choix, opéré par l'amendement, d'une codification à **droit non constant**. La codification à droit constant serait en effet largement superflue, le travail de simple recensement des textes ayant déjà été réalisé de manière remarquable par des éditeurs privés. Rappelons à cet égard que l'habilitation à créer un code de la commande publique à droit constant, accordée par l'article 84 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, avait été critiquée à l'époque comme une solution peu praticable et, de fait, n'avait donné lieu à publication d'aucune ordonnance.

Enfin, votre rapporteur estime la **période propice à la création d'un code de la commande publique**. En effet, si le gouvernement n'avait pas utilisé l'habilitation susmentionnée, c'est aussi parce qu'il était guidé par le souci de ne pas apporter un **nouveau bouleversement aux règles existantes** dans une période - 2004-2005 - marquée par de nombreuses modifications au code des marchés publics. C'est ce qu'a clairement indiqué le ministère de l'économie et des finances dans une réponse à une question écrite posée par notre collègue François-Noël Buffet. Le ministère y jugeait nécessaire de marquer « *une pause dans les réformes* » tout en soulignant l'utilité, à terme, d'un « *code de la commande publique* »¹. Or, certaines personnes entendues par votre rapporteur ont souligné que s'ouvrirait à présent une période, d'au moins « *une dizaine d'années* », de « *calme normatif* », lié en particulier à la complète transposition des directives européennes de 2004 sur les marchés publics. Il apparaît donc opportun de profiter de cette stabilisation pour **remettre à plat les règles de la commande publique**.

Si, pour l'ensemble de ces raisons, votre rapporteur approuve l'initiative, proposée par l'article 8, tendant à créer un code de la commande publique, **il est plus réservé sur le champ de l'habilitation**.

En effet, le gouvernement a fait le choix de demander au Parlement une habilitation avec un **champ très restrictif** puisqu'en est exclu le code des marchés publics, au motif que ce travail de rationalisation a « *déjà été fait pour le code des marchés publics* ». Si l'habilitation était votée en l'état par le législateur, on aboutirait donc à **deux codes distincts** : un code des marchés publics et un code de la commande publique.

A titre liminaire, votre rapporteur note que cette architecture est, semble-t-il, contraire à celle qui était envisagée par le gouvernement en 2005. Dans la réponse précitée à la question de notre collègue Buffet, le ministère de l'économie et des finances soulignait en effet que le code de la commande publique avait vocation à regrouper « *l'ensemble des dispositions légales et réglementaires relatives à la commande publique* ».

Sur le fond, votre rapporteur considère que telle qu'elle est soumise à notre assemblée, la rédaction de l'habilitation est à la fois **trop timorée et trop ambiguë**.

En premier lieu, en excluant le code des marchés publics, qui représente, de très loin, la plus grande part de la commande publique, l'habilitation proposée **manque singulièrement d'ambition**. Elle empêche par exemple **d'harmoniser** les règles entre marchés publics et contrats de partenariat. Rappelons d'ailleurs que la loi du 28 juillet 2008 avait, à l'initiative de votre commission, intégré plusieurs amendements tendant à harmoniser les règles entre ces deux outils de la commande publique,

¹ Question écrite n° 20333 de M. François-Noël Buffet publiée dans le JO Sénat du 10/11/2005 - page 2896 ; réponse du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le JO Sénat du 16/02/2006 - page 415.

harmonisation d'autant plus nécessaire que les contrats de partenariat sont regardés par le droit communautaire comme des marchés publics.

En second lieu, **la rédaction proposée par l'habilitation ne lève pas l'ambiguïté sur la compétence du gouvernement à régir le code des marchés publics**

D'une part, certains pourraient considérer que le fait d'exclure ce code du champ de l'habilitation confirme que ce code est bien réglementaire. D'autres pourraient, au contraire, déduire de cette exclusion expresse qu'elle vaut reconnaissance de la **nature législative** - au moins partielle - de ce code. Le raisonnement par l'absurde suivant pourrait être tenu : si le code des marchés publics avait été de nature réglementaire, il n'aurait pas été nécessaire de préciser qu'il était exclu du champ de l'habilitation. Ce raisonnement est d'autant plus fondé que le Conseil d'Etat a lui-même jugé le 5 mars 2003¹ que si « *ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés passés par l'Etat soient définies par la loi* », il n'en est pas de même des marchés passés par les collectivités territoriales, au nom du principe de libre administration, que seul le législateur peut encadrer en vertu de l'article 72 de la Constitution.

D'autre part, reconnaissant la nature législative de la partie du code des marchés publics consacrés aux collectivités territoriales, le gouvernement pourrait toutefois objecter qu'il dispose d'une **habilitation permanente** à agir dans ce domaine en vertu du **décret-loi du 12 novembre 1938**². Rappelons en effet que le Conseil d'Etat, dans l'arrêt de 2003 précité, avait décidé de ne pas suivre les conclusions du commissaire du gouvernement M. Piveteau, qui proposaient de revenir sur la fiction que le gouvernement disposait d'une telle habilitation permanente depuis 1938.

En cas de nouveau contentieux, le Conseil d'Etat serait amené à statuer sur le point - éminemment complexe - de savoir si la rédaction de l'habilitation proposée par le présent projet de loi confirme ou non l'habilitation permanente du décret-loi de 1938.

Votre rapporteur est donc convaincu que la meilleure solution tant pour proposer aux professionnels de la commande publique un code intelligible, cohérent et ordonné que pour sortir de cette ambiguïté sur la compétence du gouvernement dans le domaine des marchés publics, est d'inclure le code des marchés publics dans le champ de l'habilitation. Il vous propose **un amendement** en ce sens.

Ceci aurait pour effet de permettre au législateur de **retrouver sa compétence en la matière**, compétence qu'il pourra ponctuellement - et non de manière permanente - déléguer par voie d'habilitation.

¹ Arrêt n° 238039 du 5 mars 2003 : *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, commenté au recueil Lebon, pages 89 et suivantes.*

² Décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat aux marchés des collectivités locales et des établissements publics.

Pour votre rapporteur, cette évolution doit s'accompagner d'une démarche nouvelle, fondée sur **un strict respect de la hiérarchie des normes**, et caractérisée par une partie législative réduite aux règles fondamentales de la commande publique (règles générales et règles spéciales aussi limitées que possibles), sur le modèle de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privés non soumises au code des marchés publics, ordonnance qui ne comporte qu'une quarantaine d'articles, avec de nombreux renvois au pouvoir réglementaire.

Le législateur a eu en effet tendance ces dernières années à intervenir dans des **domaines manifestement réglementaires**, notamment dans les lois suivantes :

- loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;
- 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 ;
- loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;
- et, plus récemment, loi du 28 juillet 2008 précitée sur les contrats de partenariat.

En résumé, votre rapporteur préconise que le code de la commande publique dispose d'une partie législative **large dans son champ mais étroite dans son objet**.

Votre commission vous propose d'adopter l'article 8 **ainsi modifié**.

*

* *

Sous le bénéfice de ces observations et des amendements qu'elle vous soumet, votre commission a donné un avis favorable au projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

ANNEXE 1

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

- **Entreprises Générales de France – BTP (E.G.F.- B.T.P.)**

- **M. Xavier Bezançon**, délégué général

- **M. Christian Germa**, directeur des partenariats public-privé de Vinci Construction

- **Personnes qualifiées**

- **M. Alain Ménéménis**, conseiller d'État, professeur

ANNEXE 2

AUDITIONS DE LA COMMISSION DES AFFAIRES ECONOMIQUES AUXQUELLES LE RAPPORTEUR A PARTICIPÉ

- **Fédération nationale des promoteurs constructeurs de France**
 - **M. Jean-François Gabilla**, président
 - **M. Michel Auzon**, délégué général

- **Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)**
 - **M. Noël de Saint Pulgent**, Président.
 - **M. François Bergère**, Secrétaire Général
 - **M. Thierry Reynaud**, Directeur de Projet

- **Institution de la gestion déléguée**
 - **M. Pierre Van de Vyver**, délégué général

ANNEXE 3

CONTRIBUTIONS ECRITES

- Caisse des Dépôts
- Dexia