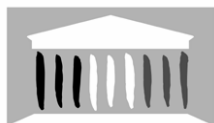


Document
mis en distribution
le 21 mars 2007



N° 3730

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 février 2007.

PROPOSITION DE LOI

relative aux partenariats public-privé,

(Renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

PRÉSENTÉE

PAR MM. HERVÉ NOVELLI, JEAN-CLAUDE ABRIOUX, MANUEL AESCHLIMANN, JEAN-PAUL ANCIAUX, Patrick BEAUDOUIN, JEAN-CLAUDE BEAULIEU, MARC BERNIER, GABRIEL BIANCHERI, JEAN-MARIE BINETRUY, ÉTIENNE BLANC, MME CHRISTINE BOUTIN, M. LOÏC BOUVARD, MME FRANÇOISE BRANGET, M. BERNARD BROCHAND, MME PATRICIA BURCKHART-VANDEVELDE, MM. CHRISTIAN CABAL, FRANÇOIS CALVET, ANTOINE CARRÉ, RICHARD CAZENAVE, ROLAND CHASSAIN, PHILIPPE COCHET, ALAIN COUSIN, JEAN-YVES COUSIN, JEAN-MICHEL COUVE, OLIVIER DASSAULT, MARC-PHILIPPE DAUBRESSE, JEAN-PIERRE DECOOL, JEAN-JACQUES DESCAMPS,

MICHEL DIEFENBACHER, JEAN-PIERRE DOOR, JEAN-MICHEL DUBERNARD, YANNICK FAVENNEC, MICHEL FIDELIN, MARC FRANCINA, MME ARLETTE FRANCO, MM. RENÉ GALY-DEJEAN, MAURICE GIRO, JACQUES GODFRAIN, JEAN-PIERRE GRAND, MME ARLETTE GROSSKOST, MM. JEAN-CLAUDE GUIBAL, JEAN-JACQUES GUILLET, CHRISTOPHE GUILLOTEAU, GÉRARD HAMEL, EMMANUEL HAMELIN, PIERRE HELLIER, PIERRE HÉRIAUD, HENRI HOUDOUIN, SÉBASTIEN HUYGUE, ÉDOUARD JACQUE, DIDIER JULIA, PIERRE LASBORDES, JEAN LASSALLE, JEAN-MARC LEFRANC, MICHEL LEJEUNE, LIONNEL LUCA, RICHARD MALLIÉ, THIERRY MARIANI, HERVÉ MARITON, MME MURIEL MARLAND-MILITELLO, MM. ALAIN MARSAUD, JACQUES MASDEU-ARUS, JEAN-CLAUDE MATHIS, PIERRE MÉHAIGNERIE, CHRISTIANE MÉNARD, GÉRARD MENUEL, ALAIN MOYNE-BRESSAND, YVES NICOLIN, MME BÉATRICE PAIX, MM. PHILIPPE PEMEZEC, CHRISTIAN PHILIP, ÉTIENNE PINTE, DANIEL PRÉVOST, DIDIER QUENTIN, MICHEL RAISON, JACQUES REMILLER, DOMINIQUE RICHARD, JEAN-MARIE ROLLAND, SERGE ROQUES, XAVIER DE ROUX, ANDRÉ SANTINI, FRANÇOIS SCELLIER, ANDRÉ SCHNEIDER, FRÉDÉRIC SOULIER, DANIEL SPAGNIOU, ALAIN SUGUENOT, GUY TEISSIER, DOMINIQUE TIAN, LÉON VACHET, PHILIPPE VITEL, ÉRIC WOERTH et MICHEL ZUMKELLER,

députés.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

La création, par l'ordonnance du 17 juin 2004, des contrats de partenariats a représenté une avancée significative dans la voie de la réforme de l'État. Surmontant des réticences fondées sur des a priori théoriques ou liées à des excès passés, le législateur a permis un développement de la coopération entre le secteur public et le secteur privé qui ne peut qu'être bénéfique. La personne publique conserve le contrôle des opérations menées dans ce cadre juridique ; il ne s'agit en aucune manière d'une privatisation. En revanche, la personne publique bénéficie ainsi d'un apport de capitaux et de l'expertise du secteur privé pour gérer le projet en temps et en heure et dans le respect du budget initial. Au Royaume-Uni, environ 80 % des projets menés dans le cadre d'un PFI l'ont été dans le respect du calendrier et du budget initial contre environ 30 % avec les procédures ordinaires. La rémunération du cocontractant de l'administration est fonction de critères de performances et est établie sur toute la durée du contrat. Le contrat de partenariat donne une vision globale du coût du projet, sur une durée de 20 ou 30 ans, y compris la maintenance si souvent négligée par l'État, au prix, 20 ans plus tard, d'une lourde facture. Les PPP sont parfois un peu plus chers, mais l'on paie ainsi le fait que le risque est, sur des points essentiels comme le coût de réalisation et de fonctionnement, assumé par le partenaire privé. Pense-t-on qu'un appel d'offres infructueux ou sans suite n'a pas de coût pour la personne publique ? Les projets réalisés dans le cadre de la loi MOP sont-ils généralement exempts de toute dérive quant aux coûts et aux délais de livraison ?

Les contrats de partenariats, après un démarrage assez lent, commencent à se multiplier. La modernisation de la prison de la Santé va ainsi faire l'objet d'un contrat de partenariat. Le canal Seine-Nord pourrait faire l'objet d'un partenariat public-privé.

RFF (Réseau Ferré de France) a lancé le projet GSM-R, réseau de télécommunications numériques GSM, appelé à remplacer le réseau analogique actuel. Le coût du projet est évalué entre 500 et 700 millions d'euros sur une durée de 15 ans. Des obstacles non négligeables à un développement sans entraves perdurent cependant toujours. Le principal tient à la volonté du Conseil constitutionnel de faire des contrats de partenariat une procédure dérogatoire de droit commun de la commande publique et, pour cela, d'en subordonner le recours, soit à l'urgence du projet, soit à sa complexité.

La présente proposition de loi poursuit donc trois objectifs : faciliter les recours aux contrats de partenariat en précisant le critère d'urgence, « sécuriser » le recours à ces contrats sur le plan juridique et tendre vers la neutralité fiscale tant entre les différentes formes de partenariats publics/privés qu'entre modes de la commande publique.

En premier lieu, les conditions de recours au partenariat public/privé gagneraient à être clarifiées. Elles ont été conçues dans une perspective de méfiance à l'égard de ces contrats qui n'a plus lieu d'être. Il faut au contraire en faciliter le développement. L'idéal, dans l'absolu, serait de faire du contrat de partenariat une formule de droit commun, la seule condition étant alors son intérêt économique, en s'inspirant de l'exemple britannique. La décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 s'oppose cependant à « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique », la loi devant « réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence [...] ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement d'un service déterminé ». Il est certes permis de s'interroger sur cette décision et sur celle du 2 décembre 2004. Par exemple, qu'est-ce que le droit commun de la commande publique ? Le code des marchés publics, les BEA (baux emphytéotiques administratifs), les BEH (baux emphytéotiques hospitaliers), les délégations de services publics, etc. ? La jurisprudence du Conseil s'imposant à nous, la discussion a cependant un caractère très largement académique tant que l'on ne modifie pas la Constitution.

Le critère de la complexité retenu par l'ordonnance du 17 juin 2004 ne peut guère être simplifié, sauf à renoncer au recours à la procédure du dialogue compétitif. L'article 29 de la directive européenne « marchés publics » du 31 mars 2004 dispose en effet que « lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article ». Ne conviendrait-il pas de créer un troisième critère, par exemple celui de l'intérêt financier de la collectivité ? Ce critère, tout à fait en phase avec la réalité économique et qui se rapproche de la *value for money*⁽¹⁾ de la procédure britannique, a pour inconvénient, sur le plan juridique, de permettre *de facto* un très large recours au contrat de partenariat et d'en faire une sorte de procédure de droit commun, heurtant ainsi de front la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. La présente proposition a donc fait le choix de rester dans le cadre des critères définis par le Conseil, en essayant cependant de préciser et faciliter le recours au critère de l'urgence.

L'article 2 de l'ordonnance de 2004 se borne à exiger que « le projet présente un caractère d'urgence ». Le flou même de la formulation aboutit *de facto* à laisser au juge l'entière responsabilité de concrétiser cette formule dans le sens de son choix, avec le risque contentieux qui s'ensuit. Au sens du droit des marchés publics, l'urgence est conçue comme la condition du recours à des procédures aux délais moindres que celles du droit commun. La condition s'apparente alors à la force majeure. Nous ne sommes pas dans ce cas de figure. Le Conseil constitutionnel a insisté sur la notion de retard à rattraper, ce qui reste assez imprécis. Qui apprécie ce retard ? Quel retard doit être comblé de manière urgente ? La présente proposition de loi, en ses articles 1 et 2, vous propose que ce choix relève de la personne publique en fonction de son appréciation de la situation locale et du constat que le contrat de partenariat est la

(1) que l'on pourrait traduire par « valeur pour le contribuable » ou, plus familièrement, « en avoir pour son argent ».

procédure permettant une livraison dans les meilleurs délais du projet. En effet, si la procédure de choix du cocontractant est plus longue que l'appel d'offres lorsque l'on recourt au dialogue compétitif, la livraison intervient généralement beaucoup plus rapidement, ce qui, par exemple, est essentiel pour un collègue. La personne publique est d'ailleurs déjà tenue par l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 de fournir une évaluation de son projet. La mise en œuvre de cette proposition ne créerait donc aucune contrainte supplémentaire.

En second lieu, le développement de ces partenariats passe par une sécurisation de leur environnement juridique. Cette sécurisation implique tout d'abord s'agissant du contrôle de légalité sur ces contrats que celui-ci soit transféré à la mission d'appui aux partenariats public/privé. Trois avantages à cette solution. Le contrôle est effectué par un organe spécialisé qui en maîtrise tous les aspects. La mission d'appui donne déjà, en amont, un avis, positif ou négatif, aux collectivités territoriales qui en font la demande. L'« unicité » du contrôle garantit une doctrine uniforme, ce qui est essentiel pour ce type de sujet. Le contrôle exercé serait donc ainsi plus cohérent et plus efficace sans entraver le développement de cette nouvelle procédure. C'est l'objet des articles 3, 4 et 5 de la proposition.

Dans le même souci de sécurisation juridique, il est important de clarifier définitivement la question de l'application de l'article 432-14 du code pénal aux contrats de partenariats. Une équivoque existe. Ainsi, en 2004, le professeur François LICHERE⁽¹⁾ observait que « l'article 432-14 du Code pénal [...] n'a pas été modifié pour inclure les contrats de partenariats dans son champ d'application, contrairement à ce qui a été fait à l'article L. 331-1 du Code de justice administrative pour le référé précontractuel. Ceci devrait conduire logiquement à considérer que les contrats de partenariats en sont exclus et aboutir à une dépénalisation partielle de la commande publique, à moins que le juge pénal ne considère que les contrats de partenariats doivent être regardés comme des marchés publics au sens de l'article 432-14 [...] ». Il est donc essentiel d'en rester au choix initial, de bon sens, du législateur, sans s'en

(1) RDP 2004 ; pages 1547 et s.

remettre pour cela au bon vouloir du juge. Il est à noter que le raisonnement qui conduirait, en l'absence de dispositions contraires, à rendre l'article L. 432-14 du code pénal applicable aux contrats de partenariat ne serait pas dépourvu de paradoxes. Un délit serait ainsi créé sans intention en ce sens du législateur ; les contrats de partenariat n'existaient d'ailleurs pas au moment de la création de cette infraction. L'assimilation à un marché public résulte du droit européen, qui n'a jamais eu pour objectif l'application de sanctions pénales. L'article 6 de la proposition vise donc à prévenir cette extension subreptice de sanctions pénales.

La loi doit également clarifier les conditions de recours à des recettes que le partenaire privé tire de l'exploitation de l'installation pour son compte propre, les textes applicables n'étant pas dépourvus d'ambiguïtés. Tel est l'objet de l'article 7 du projet.

En troisième lieu, il est souhaitable de tendre vers une neutralité fiscale entre les différents modes de la commande publique dès lors que leur finalité est bien de réaliser et entretenir des ouvrages affectés à une mission de service public ou d'intérêt général et que ceux-ci ont vocation à intégrer, à terme, le patrimoine public. La diversité même de ces modes n'est d'ailleurs pas un facteur de simplicité : délégations du service public, marchés publics, concessions, baux emphytéotiques administratifs (BEA) ou hospitaliers (BEH), etc. À moyen terme, une remise en cohérence s'impose, la multiplicité des régimes fiscaux n'étant en réalité que l'une des conséquences d'une méthode consistant à procéder par superposition plutôt que par réforme des dispositifs existants. D'ores et déjà, le ministre du budget a reconnu que « les partenariats public-privé sont devenus une pratique de gestion très répandue. Il est donc légitime de réfléchir à la manière d'intégrer leurs frais financiers, comme cela se fait pour les maîtrises d'ouvrage classiques ». Le ministre s'est engagé « à prendre dans les meilleurs délais une instruction fiscale sur ce sujet » afin de « trouver une solution en globalisant l'opération, donc en y intégrant les frais financiers ».⁽¹⁾

(1) JO Sénat – Séance du 28 novembre 2006, page 8994.

Le coût d'une neutralité fiscale totale peut être évalué, en une première approximation, à plus de 250 millions d'euros par an, la proposition se limitant cependant aux deux instruments les plus importants, les contrats de partenariat et les BEA. Pour autant, le bilan global pour l'État pourrait se révéler très positif du fait des baisses de coût induites pour les personnes publiques par les partenariats public-privé et le fait que le fruit de ces taxes ne fait que circuler entre personnes publiques.

L'article 8 a pour objet d'exonérer les contrats de partenariats et les BEA de la taxe locale d'équipement et de la taxe pour le financement des conseils d'architecture d'urbanisme et d'environnement. Cette exonération ne vaudrait que pour les parties des constructions affectées à un service public ou d'utilité publique.

Son article 9 a pour objet l'exonération pour les contrats de partenariats et les BEA de la taxe départementale des espaces naturels sensibles.

Les articles 10 et 11 ont pour objet de rendre les BEA éligibles au fonds de compensation pour la TVA.

L'article 28 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat a inséré dans le code monétaire et financier un article L. 313-29.1 qui dispose qu'« en cas de cession d'une créance détenue sur une personne publique par le titulaire d'un contrat de partenariat, ce contrat peut prévoir que, pour une part de la créance cédée représentant une fraction du coût des investissements, les dispositions des articles L. 313-28 et L. 313-29 ne sont pas applicables ». L'article L. 313-28 permet à l'établissement de crédit d'exiger que le débiteur ne puisse se libérer valablement qu'auprès de l'établissement de crédit. L'article L. 313-29 prévoit que sur demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement. En ce cas, le débiteur, sauf fraude, ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau. En vue de faciliter le recours à toutes les formes de cessions de créance, l'article 12 de la proposition tend à élargir le dispositif aux frais financiers.

L'article 13 tend à exonérer de la taxe de publicité foncière les contrats de partenariats et les baux emphytéotiques administratifs.

Les partenariats publics/privés impliquent souvent d'importants investissements de la part du cocontractant privé. Or, rien ne garantit qu'une annulation ne puisse intervenir très longtemps après la signature du contrat. En théorie, l'inexistence du contrat qui en résulterait impliquerait une absence totale d'indemnisation, ce qui est, sauf faute du cocontractant, totalement inéquitable. Il est donc juste de revenir sur certains principes inadaptés pour ne pas entraver le développement de cette formule. Le moyen le plus simple est de laisser les parties stipuler librement sur ce point. Tel est l'objet de l'article 14.

L'article 15 a pour objet de faciliter la cession d'un bien immobilier, par une collectivité publique, à un partenaire privé lorsque cette cession permet de valoriser financièrement l'opération.

Tel est, Mesdames, Messieurs, l'objet de la présente proposition de loi qu'il vous est demandé de bien vouloir adopter.

PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

- ① Le *a* de l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats est complété par une phrase ainsi rédigée :
- ② « L'urgence est appréciée par la personne publique en fonction de son analyse de son besoin, des caractéristiques du projet qui en découle et de la priorité qu'elle donne à sa réalisation, la passation d'un contrat de partenariat étant la procédure la plus à même de permettre la réalisation dans les meilleurs délais du projet. »

Article 2

- ① Le *a* de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales est complété par une phrase ainsi rédigée :
- ② « L'urgence est appréciée par la personne publique en fonction de son analyse de son besoin, des caractéristiques du projet qui en découle et de la priorité qu'elle donne à sa réalisation, la passation d'un contrat de partenariat étant la procédure la plus à même de permettre la réalisation dans les meilleurs délais du projet. »

Article 3

Dans le 4° des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et dans le 3° de l'article L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, les mots « et les contrats de partenariats » sont supprimés.

Article 4

Les contrats de partenariats régis par les articles L. 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales sont soumis à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat dans un délai de quinze jours à compter de leur signature. La collectivité territoriale ou l'établissement public y

joint l'ensemble des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle. Le président de la mission d'appui défère au tribunal administratif les actes qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission.

Article 5

L'article L. 1414-15 du code général des collectivités territoriales est abrogé.

Article 6

L'article 432-14 du code pénal n'est pas applicable aux contrats de partenariats.

Article 7

- ① Le *d* de l'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat est complété par deux phrases ainsi rédigées :
- ② « Ces recettes complémentaires ne peuvent excéder 36 % de l'ensemble de la rémunération du cocontractant de la personne publique, à la date d'entrée en vigueur du contrat de partenariat. Au cours de l'exécution du contrat, ce montant ne peut connaître une augmentation de plus de 15 %. »

Article 8

- ① Le 1° du I de l'article 1585 C du code général des impôts est ainsi rédigé :
- ② « 1° les constructions qui, immédiatement ou dans le cadre d'un contrat de partenariat régi par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ou d'un bail emphytéotique administratif, sont destinées à être affectées à un service public ou d'utilité publique, et dont la liste est fixée par un décret en Conseil d'État. L'exonération de la taxe locale d'équipement ou de la taxe pour le financement des dépenses des conseils d'architecture, d'urbanisme et d'environnement ne vaut que pour les parties des constructions affectées à un service public ou d'utilité publique dans les conditions définies ci-dessus. »

Article 9

Dans le premier alinéa (b) de l'article L. 142-2 du code de l'urbanisme, après le mot « affectés », sont insérés les mots : «, immédiatement ou à terme certain, ».

Article 10

- ① L'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales est complété par un alinéa ainsi rédigé :
- ② « 6° La rémunération versée à son cocontractant par la personne publique distingue, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement. »

Article 11

- ① Après l'article L. 1615-2 du code général des collectivités territoriales, il est inséré un article L. 1615-2-1 ainsi rédigé :
- ② « *Art. L. 1615-2-1.*— La collectivité territoriale ou l'établissement public qui a conclu un bail emphytéotique administratif prévu à l'article 1311-2 bénéficie du Fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle prévue par le contrat entre la personne publique et son cocontractant.
- ③ « À la fin anticipée ou non du contrat, si l'équipement n'appartient pas au patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse à l'État la totalité des attributions reçues.
- ④ « Les attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sont versées au fur et à mesure des versements effectués au titulaire du contrat et déduction faite de la part des subventions spécifiques versées toutes taxes comprises par l'État à la personne publique. »

Article 12

Dans l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, après les mots : « coût des investissements », sont insérés les mots : « et des frais financiers qui lui sont liés ».

Article 13

- ① L'article 743 du code général des impôts est complété par un alinéa ainsi rédigé :
- ② « 4° Les contrats de partenariats régis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et les baux emphytéotiques administratifs. »

Article 14

- ① L'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats est complété par un *m* ainsi rédigé :
- ② « *m*) aux conditions dans lesquelles est exécutée une décision d'annulation du contrat par le juge, afin de garantir une juste rémunération des investissements effectués par le cocontractant de la personne publique, sauf pour celle-ci à prouver une exécution fautive du contrat, justifiant une absence d'indemnisation. »

Article 15

Lorsque dans le cadre d'un projet d'équipement pour lequel un contrat de partenariat est envisagé, la personne publique souhaite céder la propriété d'un bien immobilier de son domaine privé à son cocontractant pour lui permettre de tirer des ressources annexes venant en déduction de redevances à verser par la personne publique, ladite cession peut intervenir des suites de la procédure prévue pour l'attribution du contrat de partenariat.

Article 16

Les pertes de recettes pour les collectivités territoriales résultant des dispositions de la présente loi sont compensées par la majoration à due concurrence de la dotation globale de fonctionnement, et corrélativement pour l'État par la création

d'une taxe additionnelle aux droits visés aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.

Article 17

Les pertes de recettes pour l'État résultant des dispositions de la présente loi sont compensées par la majoration à due concurrence des droits visés à l'article 401 du code général des impôts.