



N° 1885

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

QUATORZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 avril 2014.

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA
LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE
SUR LA PROPOSITION DE LOI (n° 1630), *adoptée par le Sénat,*
tendant à créer des sociétés d'économie mixte à opération unique,

PAR M. ERWANN BINET

Député

Voir les numéros :

Sénat : 81, 199, 200 et T.A. 47 (2013-2014).

SOMMAIRE

	Pages
LES PRINCIPALES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA COMMISSION DES LOIS	7
INTRODUCTION	9
I. LA POSSIBILITÉ DE METTRE EN PLACE UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉ PAR UNE PROCÉDURE UNIQUE DE MISE EN CONCURRENCE DANS LE CADRE DES RÈGLES DE DROIT COMMUNAUTAIRE A ÉTÉ RECONNUE PAR LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES	12
A. L'EXISTENCE DE STATUTS SIMILAIRES À LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE DANS LES AUTRES PAYS EUROPÉENS	12
1. Les caractéristiques de ces dispositifs juridiques.....	13
2. Les modalités de gouvernance	14
3. Une mise en concurrence pour la sélection de l'actionnaire privé	14
B. LA RECONNAISSANCE DE CE MODE DE PARTENARIAT PAR LE DROIT EUROPÉEN ET LES HÉSITATIONS FRANÇAISES À LE METTRE EN ŒUVRE	15
1. La communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008 a reconnu le bon sens et la possibilité de mettre en œuvre une procédure unique de mise en concurrence	15
2. La jurisprudence <i>Acoset</i> de la Cour de justice du 15 octobre 2009	16
3. L'avis circonstancié du Conseil d'État du 1 ^{er} décembre 2009	17
II. LA MISE EN PLACE, PAR CETTE PROPOSITION DE LOI, D'UN NOUVEAU STATUT D'ENTREPRISE PUBLIQUE LOCALE DANS LE CADRE DES RÈGLES EUROPÉENNES	18
A. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE	18
1. Une entité mixte entre une personne publique et au moins une personne privée...	18
2. Un objet unique.....	19
B. LA MISE EN CONCURRENCE POUR LE CHOIX DE L'ACTIONNAIRE OPÉRATEUR	19
1. L'organisation d'une procédure unique de mise en concurrence	19
2. Le respect des principes de mise en concurrence prévus par le droit européen de la commande publique.....	19

3. La possibilité de recourir à la procédure négociée.....	20
4. La cession des parts de la personne publique cessionnaire dans les cas de fusion, de rattachement ou de transfert de compétences à une autre personne publique.....	21
C. LA RÉÉCRITURE ET LES AMÉLIORATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT.....	21
1. Le choix d'une dénomination plus précise	21
2. Une procédure de choix de l'actionnaire opérateur <i>ad hoc</i> simplifiée	22
3. La faculté de saisir le juge administratif d'un recours précontractuel.....	23
4. L'extension de l'application de la SEM à opération unique aux territoires régis par le principe de spécialité législative	23
D. LE CHOIX DE VOTRE COMMISSION DES LOIS DE SÉCURISER LE DISPOSITIF EN PRÉVOYANT L'APPLICATION DES PROCÉDURES D'APPEL À LA CONCURRENCE DE DROIT COMMUN.....	24
1. Le maintien des caractéristiques de la SEM à opération unique	24
2. L'ouverture de la faculté de se porter candidat à l'ensemble des opérateurs économiques.....	24
3. Le choix de recourir aux procédures de mise en concurrence existantes prévues par la nature du contrat plutôt qu'à une nouvelle procédure <i>ad hoc</i>	25
4. L'applicabilité des référés précontractuel et contractuel à la sélection de l'opérateur actionnaire	35
5. L'ajustement du titre de la proposition de loi à son dispositif.....	35

CONTRIBUTION DE M. PIERRE MOREL-A-L'HUISSIER, CO-RAPPORTEUR SUR LA MISE EN APPLICATION DE LA LOI..... 37

DISCUSSION GÉNÉRALE..... 39

EXAMEN DES ARTICLES..... 45

Article 1^{er} (Titre IV [nouveau] du livre V de la première partie et art. L. 1541-1 à L. 1541-6 [nouveaux] du code général des collectivités territoriales) : Création des sociétés d'économie mixte à opération unique..... 45

Article 1^{er} bis (art. L. 551-1 du code de justice administrative) : Extension du référé précontractuel au contrat de constitution de la SEM à opération unique..... 60

Article 2 [supprimé] (art. L. 1541-1 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Statut de la société d'économie mixte contrat..... 62

Article 3 [supprimé] (art. L. 1541-2 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Organisation d'une mise en concurrence pour la sélection de l'actionnaire opérateur..... 63

Article 4 [supprimé] (art. L. 1541-3 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Exclusion de certaines personnes privées à soumissionner à une société d'économie mixte contrat..... 64

<i>Article 5 [supprimé]</i> (art. L. 1541-4 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Attribution d'une opération à la société d'économie mixte contrat	65
<i>Article 6 [supprimé]</i> (art. L. 1541-5 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Procédure d'attribution d'un contrat à la société d'économie mixte contrat.....	66
<i>Article 7 [supprimé]</i> (art. L. 1541-6 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Critères encadrant le choix de l'actionnaire opérateur.....	67
<i>Article 8 [supprimé]</i> (art. L. 1541-7 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Possibilité de recours à la procédure négociée en cas d'échec de l'appel public à manifestation d'intérêt.....	68
<i>Article 9 [supprimé]</i> (art. L. 1541-8 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Choix de l'actionnaire opérateur par la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales.....	69
<i>Article 10 [supprimé]</i> (art. L. 1541-9 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Publication de l'avis public à manifestation d'intérêt	70
<i>Article 11 [supprimé]</i> (art. L. 1541-10 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Publication de l'avis d'attribution de l'actionnaire opérateur.....	70
<i>Article 12 [supprimé]</i> (art. L. 1541-11 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Fusion ou rattachement de la collectivité territoriale actionnaire d'une société d'économie mixte contrat à une autre collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales.....	71
<i>Article 13 [supprimé]</i> (art. L. 1541-12 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) : Transfert de compétences de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire à un autre groupement de collectivités territoriales	72
<i>Article 14</i> (Chapitre III [nouveau] du titre VI du livre VIII de la première partie et art. L. 1863-1 [nouveau] du code général des collectivités territoriales, art. L. 381-10 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie) : Recours aux sociétés d'économie mixte à opération unique dans les collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité législative	73
<i>Article 15 [supprimé]</i> Compensation des conséquences financières de la proposition de loi pour les collectivités territoriales	74
<i>Intitulé de la proposition de loi</i>	75
TABLEAU COMPARATIF	77
ANNEXE AU TABLEAU COMPARATIF	89
PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR	93

LES PRINCIPALES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA COMMISSION DES LOIS

À l'initiative de son rapporteur, la commission des Lois a substitué la notion d'« opérateur économique » à celle de « personne privée » pour la désignation du partenaire de la personne publique au sein de la société d'économie mixte (SEM) : à opération unique, cette terminologie issue du droit européen de la commande publique, qui ne préjuge pas de la forme juridique et de la propriété du cocontractant permettant de ne pas exclure certaines personnes publiques, comme les établissements publics industriels et commerciaux, de l'accès au capital des SEM à opération unique (**article 1^{er}**).

Elle a également précisé que l'objet unique de la SEM à opération unique ne pourrait être modifié pendant la durée d'existence de cette société (**article 1^{er}**).

À l'initiative de son rapporteur, la commission des Lois a prévu que le **partenaire appelé à constituer la SEM à opération unique serait sélectionné par une procédure unique d'appel public à la concurrence respectant les règles de la commande publique prévues selon l'objet du contrat** destiné à être signé entre la SEM à opération unique et la personne publique, soit les procédures s'appliquant à la délégation de service public, à la concession de travaux, à la concession d'aménagement ou aux marchés publics, et non par une procédure *ad hoc* simplifiée (**article 1^{er}**).

Par l'adoption du même amendement, elle a prévu que les informations obligatoires nécessaires à cet appel public à la concurrence seraient complétées par un **document de préfiguration de la SEM à opération unique**, comportant notamment **les principales caractéristiques d'organisation et de répartition du capital de la société à créer et le coût prévisionnel global** de l'opération (**article 1^{er}**).

La commission des Lois a également adopté un amendement de réécriture de l'**article 1^{er} bis** présenté par son rapporteur, permettant d'assurer que **la procédure de sélection de l'actionnaire opérateur économique**, comme l'attribution du contrat à la SEM à opération unique créée à l'issue de la procédure, **puisse faire l'objet d'un référé précontractuel ou d'un référé contractuel**.

Enfin, en modifiant le **titre de la proposition de loi** à l'initiative de son rapporteur, la Commission a précisé que son **objet est de permettre la création**, par les collectivités territoriales et leurs groupements, **de SEM à opération unique**.

MESDAMES, MESSIEURS,

La mise en place des services publics locaux oblige les élus à trouver des modes de gestion qui permettent d'offrir le meilleur service aux usagers, dans un contexte de resserrement budgétaire.

Dans ce cadre, les collectivités territoriales souhaitent pouvoir bénéficier d'outils rénovés, voire innovants, alors que la gestion en régie a montré ses limites et que les expériences passées de partenariat public-privé ont suscité de nombreuses critiques quant à leur coût pour la collectivité et aux limites induites par leur mise en œuvre.

Pour les projets complexes ou innovants – notamment ceux qui touchent aux nouvelles technologies, à l'environnement ou à l'énergie – et qui impliquent une forte implication capitalistique, il existe une demande d'outils permettant de bénéficier du savoir-faire du secteur privé – la profusion et la complexité des normes applicables nécessitent une véritable expertise –, dans le cadre, toutefois, d'une maîtrise forte et d'un réel contrôle démocratique des conditions de fonctionnement de ces services publics locaux.

Alors que le droit français de la commande publique va devoir être profondément revu dans le cadre de la transposition, au plus tard en avril 2016, des trois directives européennes⁽¹⁾ réorganisant considérablement cet aspect essentiel de la gestion des collectivités territoriales, il importe de moderniser les outils à la disposition des collectivités pour organiser une coopération efficace, conciliant compétence de la personne privée et maintien des pouvoirs de direction et de contrôle de la personne publique. Le recours aux sociétés d'économie mixte apparaît ainsi comme un mode de gestion adapté ; cependant, sa mise en œuvre nécessite aujourd'hui deux procédures successives d'appel public à la concurrence pour sélectionner un partenaire actionnaire puis pour confier à la SEM nouvellement créée la gestion du service public ou l'opération envisagée.

(1) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (dite « secteurs classiques »), directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (dite « secteurs spéciaux ») et directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, publiées au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014.

Par une communication interprétative ⁽¹⁾ dont l'application a été précisée par la jurisprudence ⁽²⁾, les institutions européennes ont affirmé qu'il était loisible aux personnes publiques de mettre en œuvre des procédures uniques d'appel public à la concurrence, permettant de sélectionner un partenaire privé avec lequel elles pourraient s'associer au sein d'une société d'économie mixte chargée d'un service public, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures imposés par les traités et les directives européennes. Ce que l'on peut qualifier de « partenariats public-privé institutionnalisés » constituent donc un mode de gestion pratiqué dans de nombreux pays d'Europe.

Quatre années après que la faculté de mettre en œuvre un tel régime eut clairement affirmée, les parlementaires ont pris acte que son application en France supposait une initiative législative et ce ne sont pas moins de six propositions de loi rédigées en termes identiques qui ont été déposées par des parlementaires de six groupes différents.

Saisie de la proposition de loi n° 81 déposée le 16 octobre 2013 par MM. Jean-Léonce Dupont, Hervé Marseille et les membres du groupe Union des Démocraties et Indépendants – Union centriste, la commission des Lois du Sénat a ainsi joint à son examen les propositions de loi déposées le même jour en termes identiques à l'initiative de M. Daniel Raoul ⁽³⁾ et M. Antoine Lefèvre ⁽⁴⁾. À l'Assemblée nationale, des préoccupations identiques avaient abouti au dépôt de propositions de loi identiques, à l'initiative de MM. Philippe Vigier ⁽⁵⁾, Jean-Marie Sermier ⁽⁶⁾ et de votre rapporteur ⁽⁷⁾, soulignant par là même le caractère transpartisan de cette attente des élus locaux.

Le présent texte propose ainsi d'introduire au sein des différents statuts juridiques à la disposition des collectivités territoriales pour assurer leur compétence une nouvelle structure mixte, la « société d'économie mixte contrat » (SEM contrat), renommée par le Sénat, de manière plus adéquate, « société d'économie mixte à opération unique » (SEM à opération unique), à l'initiative du rapporteur de la commission des Lois du Sénat, M. Jacques Mézard.

Cette nouvelle forme de partenariat public-privé institutionnalisé répond aux aspirations aussi bien des élus locaux que des entreprises. La proposition de loi introduit dans notre droit un instrument permettant la constitution d'une entité

(1) *Communication interprétative de la Commission européenne*, 5 mai 2008, C(2007) 6661.

(2) *CJCE*, 15 octobre 2009, Acoset SpA, aff. C-196/08

(3) *Proposition de loi n° 78 (2013-2014) de M. Daniel Raoul, déposée au Sénat le 16 octobre 2013.*

(4) *Proposition de loi n° 80 (2013-2014) de M. Antoine Lefèvre, déposée au Sénat le 16 octobre 2013.*

(5) *Proposition de loi de M. Philippe Vigier et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, n° 1484, déposée le 23 octobre 2013.*

(6) *Proposition de loi de M. Jean-Marie Sermier et plusieurs de ses collègues tendant à créer des sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, n° 1487, déposée le 23 octobre 2013.*

(7) *Proposition de loi de M. Erwann Binet et plusieurs de ses collègues tendant à la création de sociétés d'économie mixte dites SEM contrat, n° 1521, déposée le 6 novembre 2013.*

mixte, composée d'une personne publique et d'au moins une personne privée, chargée d'exécuter, par contrat, une opération unique. La principale caractéristique de cette entité est l'organisation d'une seule procédure de mise en concurrence, non pas pour l'attribution du contrat à la société, mais pour le choix de la personne privée qui participera à la future entité. Dans ce cadre, la personne privée doit faire la preuve de sa capacité à apporter un capital suffisant au sein de l'entité mixte mais également de son expertise technique, opérationnelle et budgétaire permettant de répondre aux attentes et aux besoins de la collectivité publique pour la réalisation d'une opération.

Si un tel outil répond à un besoin évident et reconnu des collectivités territoriales et des entreprises, il s'avère indispensable d'en assurer la sécurité juridique afin de permettre aux différents acteurs de se saisir pleinement de cet outil, indispensable pour la qualité des politiques publiques locales et des services publics locaux.

I. LA POSSIBILITÉ DE METTRE EN PLACE UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉ PAR UNE PROCÉDURE UNIQUE DE MISE EN CONCURRENCE DANS LE CADRE DES RÈGLES DE DROIT COMMUNAUTAIRE A ÉTÉ RECONNUE PAR LES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

A. L'EXISTENCE DE STATUTS SIMILAIRES À LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE DANS LES AUTRES PAYS EUROPÉENS

Plusieurs exemples de partenariats public-privé institutionnalisés se sont développés au cours des dernières années en Europe, principalement en Espagne, en Italie, en Allemagne ou encore en Suède.

Les partenariats public-privé institutionnalisés en Europe : l'exemple de la *mixta* en Espagne ⁽¹⁾

Les collectivités territoriales espagnoles disposent d'une large palette d'outils pour gérer leurs services publics locaux, plus étendues que celle à la disposition de leurs homologues français. Elles peuvent, en effet, pratiquer la gestion directe de leurs services, au sein de l'entité publique, par la constitution d'une société publique municipale ou d'une société privée à capital entièrement public.

Elles peuvent également choisir un mode de gestion déléguée en recourant à la concession, à l'affermage ou en constituant une société anonyme à capital partiellement public (appelée *mixta*).

Ces sociétés obéissent à une législation datant de 2007 relative aux contrats de gestion des services publics sous la forme de SEM à opération unique ; cependant, les communautés autonomes disposent d'un pouvoir normatif leur permettant de compléter et d'adapter le cadre légal fixé au plan national. Il en résulte naturellement une certaine diversité de modes opératoires, dont les grandes lignes sont généralement communes à la plupart des *mixtas* :

- la responsabilité de la gestion opérationnelle est confiée au partenaire privé, le plus souvent unique, qui peut être une entreprise, une société d'économie mixte ou une société dédiée regroupant des opérateurs et des partenaires financiers ;
- une direction conjointe est assurée des organes d'administration : le maire est généralement président non exécutif de la *mixta* ;
- la répartition du capital est libre : dans les faits, les collectivités ont souvent une minorité de blocage pour les décisions stratégiques de la société. Mais il existe d'autres exemples : ainsi l'*Area Metropolitana de Barcelona* a conclu un contrat d'une durée de 35 ans pour la gestion des services publics d'eau et d'assainissement à une société d'économie mixte détenue à 85 % par AGBAR (*Agua de Barcelona*), filiale d'un groupe industriel, et à 15 % par la collectivité ;
- la durée d'existence déterminée de la société correspond à celle du contrat ; alors qu'auparavant elle pouvait être titulaire de plusieurs contrats, désormais la société ne peut plus aujourd'hui exercer qu'un seul contrat ;

(1) Source : Igor Semo (Directeur des relations institutionnelles de Lyonnaise des Eaux), « Les conditions de réussite de la SEM contrat : point de vue de l'entreprise », Actualité juridique Collectivités territoriales, décembre 2013.

– le partenaire privé dispose d'un droit reconnu au maintien de l'équilibre financier convenu de la gestion du service public.

Un rôle clé est garanti à la collectivité territoriale, par des garanties de transparence sur la performance du contrat, l'implication de la collectivité dans toutes les décisions stratégiques, mais aussi dans le contrôle des actes de gestion du service (résultats financiers, niveau de service, qualité de la relation avec les usagers).

Les statuts de la *mixta* font partie du dossier de l'appel d'offres et ont pour objet de détailler les règles de gouvernance de la société (répartition des pouvoirs, droits de veto, *etc.*)

L'opérateur actionnaire est sélectionné après un appel d'offres unique qui porte sur l'activité exercée par l'opération, avec un cahier des charges techniques et financières du service comme cela serait le cas pour l'attribution d'un contrat de concession, et un volet relatif à la gouvernance (statut et éventuel pacte d'actionnaires).

Les conditions de sa rémunération sont clairement définies : contribution aux résultats, versements de dividendes, rémunération du savoir-faire ou du transfert de compétence. L'amortissement du capital privé peut être organisé sur la durée du contrat en alimentant un fonds de reversement, versé à l'actionnaire privé à l'extinction du contrat.

Au terme du contrat, dont la durée est limitée, la société *mixta* est dissoute. Si le capital de l'opérateur privé a été amorti, il est possible de prévoir que l'ensemble des actifs et passifs de la société est transmis à la collectivité, qui pourra alors organiser la sélection d'un nouveau partenaire privé ou reprendre les prestations en régie.

Le succès des *mixtas* repose sur leur mode de fonctionnement, caractérisé par une recherche permanente du consensus dans la prise de décision. Elles sont le plus souvent utilisées dans le cadre de projets d'envergure nécessitant une capitalisation et des investissements substantiels.

Bien que les législations en vigueur ou les pratiques nationales soient différentes, des caractéristiques communes peuvent néanmoins être identifiées ⁽¹⁾.

1. Les caractéristiques de ces dispositifs juridiques

Les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) prennent généralement la forme d'une société de droit commercial, dont le capital est partagé entre une personne publique et un ou plusieurs opérateurs privés, qui ont en charge « *la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte* » ⁽²⁾ et non une simple prise de participation financière. L'actionnaire public comme l'actionnaire privé sont, en général, uniques au sein de l'entité mixte.

Il est recouru à cette formule pour des projets d'une certaine envergure nécessitant une capitalisation et des investissements substantiels, principalement dans les métiers de l'environnement (eau, énergie, déchets) et, dans une moindre mesure, dans les transports publics.

(1) Cf. *l'étude de la fédération des entreprises publiques locales*, 8 avril 2014.

(2) *Communication interprétative de la Commission européenne*, 5 mai 2008, C(2007) 6661.

La société est créée pour des contrats de longue durée (de 20 à 50 ans), celle-ci étant dissoute à la fin du contrat. Dans un certain nombre de cas, avant sa liquidation, la société amortit le montant du capital privé sur la durée du contrat en alimentant un fonds de reversement, utilisé pour rembourser l'actionnaire privé de son capital à l'extinction du contrat.

2. Les modalités de gouvernance

Les différentes expériences aujourd'hui existantes reflètent le souci des partenaires publics et privés de parvenir à un équilibre entre eux.

Ainsi, la participation au capital de l'entité mixte de la personne publique n'est jamais inférieure au seuil de minorité de blocage, qui est différent selon les pays. La présidence des organes délibérant est toujours assurée par un élu, quelle que soit la part détenue par la personne publique. La personne privée, quant à elle, assure la gestion financière de la société.

Les règles de gouvernance du PPPI sont systématiquement précisées par des clauses pouvant être intégrées aux statuts de la société et non pas par l'actionnaire privé seul.

3. Une mise en concurrence pour la sélection de l'actionnaire privé

Par ailleurs, le choix de l'actionnaire privé s'opère à la suite d'un appel d'offre unique comprenant un volet activité (contrat) et un volet gouvernance (statut et éventuel pacte d'actionnaires).

La répartition des compétences entre les actionnaires ainsi que les règles de fonctionnement de la société (droits de vote, modes de rémunération, compétences des organes de gouvernance et de direction) sont fixées de manière précise dans le cadre de cet appel d'offre. Ces éléments sont ensuite déterminés, soit dans les statuts de la société, soit dans un pacte d'actionnaires.

Les PPPI peuvent nouer un seul ou plusieurs contrats. Dans ce deuxième cas, la société mixte peut, en plus du contrat initial avec sa collectivité de référence, conclure d'autres contrats avec cette dernière et assurer la gestion d'autres services en qualité de délégataire pour d'autres collectivités territoriales ou de prestataires pour des clients privés. La société dispose alors de la faculté de constituer des filiales. En Espagne, la législation a évolué afin de ne permettre à ces sociétés de mettre en œuvre qu'un seul contrat.

B. LA RECONNAISSANCE DE CE MODE DE PARTENARIAT PAR LE DROIT EUROPÉEN ET LES HÉSITATIONS FRANÇAISES À LE METTRE EN ŒUVRE

1. La communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008 a reconnu le bon sens et la possibilité de mettre en œuvre une procédure unique de mise en concurrence

Les principales caractéristiques des partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), sur lesquels reposent les SEM à opération unique, ont été précisées par la Commission européenne dans une communication interprétative du 5 février 2008 ⁽¹⁾.

La Commission européenne y définit le partenariat public-privé institutionnalisé comme étant « *une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou concessions* ».

La Commission européenne estime possible la désignation du partenaire privé au sein d'une entité mixte à la suite d'une procédure de mise en concurrence. En revanche, la mise en œuvre d'une double procédure de mise en concurrence – la première pour la sélection du partenaire privé au sein de l'entité mixte, la seconde pour l'attribution du marché ou de la concession à cette même entité – lui apparaît difficilement compatible avec l'économie procédurale sur laquelle repose le PPPI. En d'autres termes, un PPPI a vocation à être mis en concurrence une seule fois selon deux modalités envisageables :

– soit au moment du choix de l'entreprise, au sein de l'entité mixte dont elle sera à la fois l'opérateur actif et l'actionnaire significatif de l'entité mixte ;

– soit au moment de l'attribution du contrat au PPPI, ce qui correspond, en droit français, aux sociétés d'économie mixte locale (SEML).

La désignation du partenaire privé au sein de l'entité mixte doit respecter les principes de transparence, de concurrence et de non-discrimination tandis que le contrat qui constitue l'objet même du PPPI pourrait être attribué à celui-ci sans que soit organisée une nouvelle mise en concurrence. Par conséquent, la Commission européenne estime que la mise en place d'un tel PPPI est en conformité avec les principes du droit européen « *tout en évitant les problèmes liés à une double procédure* ».

(1) Communication interprétative de la Commission européenne, 5 mai 2008, C(2007) 6661.

2. La jurisprudence *Acoset* de la Cour de justice du 15 octobre 2009

Les conclusions de la communication interprétative de la Commission européenne ont été confirmées par la Cour de justice des communautés européennes⁽¹⁾.

Dans sa décision *Acoset* du 15 octobre 2009⁽²⁾, la Cour juge que les dispositions du traité instituant la Communauté européenne « *ne s'opposent pas à l'attribution directe d'un service public impliquant la réalisation de certains travaux à une société à capital mixte, public et privé, spécialement créée aux fins de la fourniture de ce service et ayant un objet social unique, dans laquelle l'associé privé est sélectionné sur appel d'offres public* », selon les règles de droit communautaire en matière de libre concurrence, de transparence des procédures et d'égalité de traitement.

Ainsi, le juge communautaire, s'appuyant sur la communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008, a fait preuve de réalisme afin de ne pas priver les PPPI de tout intérêt, en particulier en termes de délais. Le recours à une double procédure de sélection du partenaire privé de la société à capital mixte puis d'attribution de la concession à ladite société serait de nature, selon la Cour, à décourager les entités privées et les autorités publiques de constituer des PPPI, en raison de la durée inhérente à la mise en œuvre de telles procédures et de l'incertitude juridique concernant l'attribution de la concession au partenaire privé préalablement sélectionné. En effet, la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle de l'associé qui a eu lieu au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire, de telle sorte qu'une seconde procédure de mise en concurrence en vue de la sélection du concessionnaire ne se justifierait pas et serait considérée comme superfétatoire.

La seule limite posée à cette souplesse par la Cour est que la société à capital mixte ne doit avoir pour seul objet, pendant toute la durée du contrat, que la réalisation de l'opération qu'elle s'est vue attribuer. Toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence.

Par conséquent, selon la Cour de justice, la méthode de désignation de l'associé privé au sein de la société commerciale attributaire de la concession est calquée sur les critères de choix d'un concessionnaire de service public. Par ailleurs, les candidats doivent établir, outre leur capacité à devenir actionnaire, leur capacité technique à fournir le service et les avantages économiques découlant de leur offre.

La Cour précise également que l'appel d'offres doit être précisé *ab initio* : en d'autres termes, la personne publique doit prévoir, dès l'origine, l'objet de son contrat et le choix de la procédure applicable.

(1) Devenue la Cour de justice de l'Union européenne le 1^{er} décembre 2009, à l'occasion de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

(2) CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset* SpA, aff. C-196/08.

Ainsi, la Commission européenne et la Cour de justice ont montré qu'une concurrence efficace et pragmatique et une étroite coopération organique entre une personne publique et le secteur privé n'étaient pas exclusifs et s'adaptait parfaitement aux principes de droit communautaire, à condition que cette mise en œuvre s'effectue dans le respect des principes communautaires régissant la commande publique.

3. L'avis circonstancié du Conseil d'État du 1^{er} décembre 2009

À la suite d'une saisine de la ministre de l'Économie et par celui de l'Intérieur sur la possibilité d'introduire dans le droit français une formule de PPPI, le Conseil d'État a répondu négativement dans un avis du 1^{er} décembre 2009⁽¹⁾.

Le Conseil a estimé que le droit en vigueur ne permettait pas, sans modification législative, la constitution d'un PPPI au stade de la passation du contrat dès lors que la règle de l'identité entre le candidat et le titulaire du contrat à l'issue de la mise en concurrence interdit cette constitution. En d'autres termes, la solution retenue par la Commission européenne, à savoir la simultanéité, n'apparaît pas possible pour le Conseil d'État. Il estime que « *l'introduction dans le droit français d'une formule de "PPPI" au stade de la passation, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat, nécessiterait une modification substantielle de l'ensemble des textes applicables. Dissociant le candidat initial et la personne retenue pour conclure le contrat, elle n'irait pas sans difficultés au regard des principes de valeur constitutionnelle et des impératifs communautaires* ». La seule solution préconisée serait alors l'attribution, dans un premier temps, du contrat puis, dans un second temps, l'intervention du partenaire privé par cession du contrat à l'entité mixte, soit l'organisation de deux procédures de mise en concurrence, reprenant ainsi les conclusions d'un avis précédent rendu en 2000⁽²⁾.

Le Conseil d'État considère l'identité entre candidat et attributaire du contrat comme étant une condition indispensable de l'impartialité de la sélection. Or une procédure unique aboutirait à sélectionner un candidat (le partenaire privé) puis à attribuer le contrat à une autre personne morale (la société mixte nouvellement créée) Ainsi, le Conseil semble conférer à ce principe une valeur extrêmement élevée, de niveau quasi-constitutionnel, compromettant toute évolution de la législation nationale sur ce point.

Pourtant, les arguments avancés par le Conseil d'État pourraient susciter des interrogations au regard du plan du droit communautaire, notamment tel qu'il est interprété par la Cour de justice. En effet, les institutions communautaires sont avant tout soucieuses d'une mise en œuvre effective de la transparence de la sélection et de l'égalité d'accès à la commande publique. Cet objectif peut être atteint tant par une constitution concomitante de la sélection (position de la

(1) Conseil d'État, avis du 1^{er} décembre 2009, n° 383264.

(2) Conseil d'État, avis du 8 juin 2000, n° 364803.

Commission européenne) que par la mise en concurrence de l'actionnaire (position de la CJCE dans l'arrêt *Acoset*). Le choix du moment au cours duquel est organisée la mise en concurrence est neutre pour l'application effective des principes communautaires de respect de la concurrence.

En tout état de cause, la position du Conseil d'État renvoie à une évolution de la législation afin d'autoriser la création d'une nouvelle catégorie d'établissement public local. Tel est l'objet de la présente proposition de loi.

II. LA MISE EN PLACE, PAR CETTE PROPOSITION DE LOI, D'UN NOUVEAU STATUT D'ENTREPRISE PUBLIQUE LOCALE DANS LE CADRE DES RÈGLES EUROPÉENNES

L'objet de la présente proposition de loi est de prévoir la faculté, pour les collectivités territoriales ou leurs groupements, de recourir à une nouvelle forme d'entité mixte, appelée « SEM contrat » par les propositions de loi initiales, et renommée « SEM à opération unique » à l'initiative du rapporteur de la commission des Lois du Sénat, M. Jacques Mézard.

Ainsi, cette nouvelle catégorie d'entreprise publique locale complèterait la panoplie dont disposent aujourd'hui les collectivités territoriales, et notamment les SEM locales dans lesquelles la personne publique détient la majorité du capital et les sociétés publiques locales, dont le capital est uniquement constitué par des personnes publiques.

Les représentants du secteur public local, entendus par votre rapporteur, se sont réjouis du dépôt de la présente proposition de loi qui répond à une attente réelle aussi bien de la part des collectivités territoriales ou de leurs groupements que du secteur privé.

La proposition de loi présente en effet de nombreux avantages pour les personnes publiques : un risque financier limité à son apport en capital, un maintien de son influence grâce à la présidence des organes de décision et d'une minorité de blocage, une possibilité de bénéficier de l'expertise et de la technicité du secteur privé. Quant aux personnes privées, elles auraient la possibilité de proposer leur savoir-faire pour la gestion d'un service public local.

A. LES CARACTÉRISTIQUES DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE

1. Une entité mixte entre une personne publique et au moins une personne privée

Une SEM à opération unique serait une nouvelle catégorie d'entreprise publique locale – et non un nouveau type de contrat – entre une personne publique (qui pourra être une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales) et au moins une personne privée, sous la forme d'une société

anonyme, comme c'est le cas des SEM locales traditionnelles. Toutefois, elle serait constituée, en dérogation au droit des sociétés anonymes, par au moins deux actionnaires.

La personne publique détiendrait entre 34 % et 85 % du capital ; *a contrario*, la personne privée bénéficierait entre 15 % et 66 % des actions de la société. Ainsi, la personne publique pourrait ne pas être l'actionnaire majoritaire de l'entreprise, ce qui distingue la SEM contrat des autres formes d'entités locales mixtes aujourd'hui existantes.

Toutefois, pour conforter son influence, la personne publique détiendrait une minorité de blocage au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et la présidence des organes dirigeants de la société serait assurée par un de ses représentants.

2. Un objet unique

La société serait créée pour un objet unique portant sur la réalisation d'une opération de service public, de construction et d'aménagement ou toute opération relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement.

Elle serait dissoute au terme de l'exécution de ce contrat, sauf en cas de transformation en société d'économie mixte locale, en société publique locale ou en société anonyme de droit commun.

B. LA MISE EN CONCURRENCE POUR LE CHOIX DE L'ACTIONNAIRE OPÉRATEUR

1. L'organisation d'une procédure unique de mise en concurrence

La personne privée, qualifiée d'actionnaire opérateur, serait choisie au terme d'une procédure de mise en concurrence dénommée « *appel public à manifestation d'intérêt* ».

En s'appuyant sur la communication interprétative de la Commission européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, serait organisée une unique procédure de mise en concurrence visant, pour la personne publique, à sélectionner l'actionnaire opérateur qui participerait à la future SEM à laquelle serait attribuée le contrat pour la réalisation duquel celle-ci a été constituée.

2. Le respect des principes de mise en concurrence prévus par le droit européen de la commande publique

La sélection de l'actionnaire opérateur reposerait sur les principes traditionnels de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et sur les dispositions de 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, sur la base d'un programme fonctionnel élaboré par la personne publique pour définir ses besoins et les caractéristiques de l'opération envisagée. Ce programme indiquerait également les spécificités du pacte d'actionnaires conclu entre la personne publique et la personne privée ainsi que la faculté de prévoir des contrats de sous-traitance pour la mise en œuvre du contrat.

La personne publique choisirait l'offre la plus économiquement avantageuse, après vérification de la capacité technique, opérationnelle, financière et de gestion de l'actionnaire opérateur pour réaliser l'opération qui serait ensuite attribuée à la SEM à opération unique.

La conclusion du contrat entre la SEM à opération unique obéirait aux modalités applicables ⁽¹⁾, selon le cas en fonction de l'objet de l'opération, aux délégations de service public ⁽²⁾, aux concessions de travaux ⁽³⁾, aux concessions d'aménagement ⁽⁴⁾ ou aux marchés publics ⁽⁵⁾.

3. La possibilité de recourir à la procédure négociée

En cas de procédure infructueuse, la personne publique pourrait recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis de publicité.

Elle pourrait toutefois se dispenser de cette publication si la procédure incluait uniquement les seuls candidats ayant présenté une offre répondant aux exigences formelles dans le cadre de l'appel public à manifestation d'intérêt.

(1) Procédures présentées en détail infra. au sein de la partie D de la seconde partie du présent rapport

(2) La délégation de service public est « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.» (article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales). La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu : dans le cadre d'un marché public, le paiement est intégral et immédiat et effectué par l'acheteur public ; dans le cadre d'une délégation de service public, la rémunération est tirée de l'exploitation du service.

(3) La concession de travaux publics est le contrat qui charge une personne d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public. (Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie d'éclairage de Bordeaux).

(4) La concession d'aménagement est un contrat par lequel la personne publique ayant pris l'initiative de l'opération en délègue l'étude et la réalisation à un aménageur public ou privé. Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

(5) Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

4. La cession des parts de la personne publique cessionnaire dans les cas de fusion, de rattachement ou de transfert de compétences à une autre personne publique

Enfin, la proposition de loi prévoit la cession de parts dans le cadre de certaines situations institutionnelles (fusion, rattachement, transfert de compétences). Dans le cadre de ces situations, la personne publique actionnaire cèderait ses actions dans les six mois consécutifs à la date à laquelle, selon les cas, la fusion, le rattachement ou le transfert de compétences à une autre personne publique serait effectif. À défaut d'un tel transfert dans le délai de six mois, la cession des actions s'opèrerait à leur valeur nette comptable, qui ne pourrait être inférieure à leur valeur nominale globale.

C. LA RÉÉCRITURE ET LES AMÉLIORATIONS APPORTÉES PAR LE SÉNAT

Afin d'atteindre les objectifs des auteurs des propositions de loi initiales tout en sécurisant le dispositif juridique et en évitant de répéter des dispositions d'ores et déjà prévues par le droit en vigueur, la commission des Lois du Sénat a adopté plusieurs amendements déposés par son rapporteur, M. Jacques Mézard, aboutissant à insérer toutes les dispositions utiles au sein de l'article 1^{er} et à supprimer le surplus des dispositions prévues par les articles 2 à 13 de la proposition de loi initiale.

Elle a ainsi maintenu les spécificités des SEM à opération unique prévues par la proposition de loi initiale, à savoir :

- l'application du régime des sociétés anonymes ;
- la part des actions détenues par chaque actionnaire ;
- l'objet exclusif du contrat ;

– la dissolution de droit de la société à l'issue du contrat pour lequel elle a été créée : en revanche, n'a pas été repris le principe selon lequel une SEM à opération unique pourrait se transformer en SEM locale, en société publique locale ou en société anonyme de droit commun, en raison de la dénaturation de la SEM qu'elle induirait.

1. Le choix d'une dénomination plus précise

La commission des Lois du Sénat a préféré l'appellation de « SEM à opération unique » à celle de « SEM contrat », *« afin de mettre en exergue le fait que cette nouvelle catégorie d'entreprise publique locale se caractérise par un*

champ d'activité limité à l'exécution d'un contrat unique qui constitue l'objet de la future SEM »⁽¹⁾.

Votre rapporteur salue cette initiative, qui permet également de préciser que la SEM à opération unique sera une personne morale – en l'occurrence, une société anonyme – et ne pourra donc pas être qualifiée de contrat. Étant donné le nombre restreint de partenaires et la durée limitée d'existence de cette structure juridique, l'emploi du terme « contrat » aurait pu laisser entendre que cette structure juridique avait bel et bien une nature contractuelle, comme l'ont souligné certains auteurs universitaires⁽²⁾.

2. Une procédure de choix de l'actionnaire opérateur *ad hoc* simplifiée

La commission des Lois du Sénat s'est efforcée de clarifier les différentes étapes conduisant à la création d'une SEM à opération unique et à la conclusion du contrat pour lequel elle a été mise en place, en prévoyant une procédure *ad hoc* simplifiée, qui remplacerait les autres procédures d'appel public à la concurrence. Cette procédure entend permettre à la fois de définir les besoins, appeler les opérateurs à manifester leur intérêt et sélectionner un partenaire :

– l'organe délibérant de la personne publique définirait dans le cadre d'une délibération ses besoins et les principales caractéristiques de la SEM à opération unique qu'elle se proposerait de mettre en place. Elle définirait les principales caractéristiques des équipements et des constructions projetés et leurs conditions de mise en œuvre par la future société et pourrait prévoir la possibilité, pour la future SEM, de recourir à des contrats de sous-traitance pour la réalisation de l'opération, la sélection du candidat valant mise en concurrence des prestations devant faire l'objet d'une sous-traitance. Elle devrait également évaluer le coût prévisionnel global de l'opération que devra assumer la SEM et prévoir le régime juridique du contrat qui serait ensuite conclu avec la SEM (article L. 1541-2 [nouveau] du code général des collectivités territoriales) ;

– dans le cadre d'une nouvelle procédure dénommée « appel public à manifestation d'intérêt », ouvrant une durée minimale de quarante jours pour présenter sa candidature et son offre, la personne publique procéderait à la publicité des éléments définis par cette délibération, cette procédure devant respecter les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures (article L. 1541-3 [nouveau] du même code) ;

– après un examen des offres reçues, comprenant la vérification des capacités techniques, opérationnelles et financières du candidat permettant la réalisation de l'opération, la personne sélectionnerait le ou les candidats ayant présenté « *l'offre économiquement la plus avantageuse* » ;

(1) Rapport n° 199 (2013-2014) de M. Jacques Mézard fait au nom de la commission des Lois du Sénat, 4 décembre 2013, p.16.

(2) Sébastien Brameret, « La SEM contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », La Semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales n° 49, 2 décembre 2013, p. 2347.

– en cas d'échec de cet appel public à manifestation d'intérêt, la personne publique pourrait recourir à une procédure négociée avec publication d'un nouvel avis de publicité, qui était facultatif dans le cadre de la proposition de loi initiale (article L. 1541-4 [nouveau] du même code) ;

– la SEM à opération unique serait mise en place, dans le respect des dispositions du livre II du code de commerce applicables aux sociétés anonymes, nécessitant la rédaction des statuts, l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la publicité dans un journal d'annonces légales ;

– le contrat de réalisation des prestations serait alors conclu entre la personne publique et la SEM à opération unique dans le respect « *des modalités applicables, selon le cas, aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics* » (article L. 1541-5 [nouveau] du même code), sans cependant de définition exacte des étapes devant être mises en œuvre – et en particulier la mise en concurrence du contrat.

3. La faculté de saisir le juge administratif d'un recours précontractuel

La commission des Lois du Sénat a également élargi le périmètre du recours précontractuel au « contrat instituant une SEM à opération unique », afin de permettre, le cas échéant, aux candidats évincés de saisir le juge du contrat en cas de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis un tel contrat (**article 1^{er} bis**).

Le référé précontractuel a été créé par la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, et introduit dans notre droit par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992. Il est régi par les articles L. 551-1 à L. 551-12 du code de justice administrative pour les contrats de droit public.

Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat, qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats (aux « *personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ») et au préfet, qui constatent un manquement à ces règles, d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat.

4. L'extension de l'application de la SEM à opération unique aux territoires régis par le principe de spécialité législative

Enfin, à l'initiative de son rapporteur, la commission des Lois du Sénat a étendu les dispositions de la présente proposition de loi aux communes et à leurs groupements de la Polynésie française et aux communes de Nouvelle-Calédonie (**article 14**).

En séance publique, le Sénat a entériné cette rédaction, en n'apportant que des modifications mineures, comme l'obligation faite à la personne publique de fixer dans la délibération la part de capital qu'elle souhaite détenir au sein de la future SEM à opération unique et non une fourchette avec une part minimale et maximale

D. LE CHOIX DE VOTRE COMMISSION DES LOIS DE SÉCURISER LE DISPOSITIF EN PRÉVOYANT L'APPLICATION DES PROCÉDURES D'APPEL À LA CONCURRENCE DE DROIT COMMUN

Lors de la réunion du 16 avril dernier, sur proposition de votre rapporteur, la commission des Lois a conservé les caractéristiques et l'appellation de la SEM à opération unique, tout en y apportant plusieurs modifications de forme ou de précision.

Cependant, elle a profondément revu les dispositions de sélection de l'actionnaire opérateur, qui ne paraissaient pas suffisamment précises pour ne pas donner lieu à des interprétations divergentes et de nature à garantir la conformité du dispositif aux principes de droit européen gouvernant la commande publique.

1. Le maintien des caractéristiques de la SEM à opération unique

La commission des Lois a entériné les caractéristiques et l'appellation de la SEM à opération unique, dont notamment :

- l'application du régime des sociétés anonymes ;
- la part des actions détenues par chaque actionnaire ;
- l'objet exclusif du contrat ;
- la dissolution de droit de la société à l'issue du contrat.

Cependant, des amendements de votre rapporteur ont apporté un certain nombre de précisions à l'article 1^{er} :

– en intégrant l'obligation prévue par le juge européen que l'objet de la société soit unique et ne puisse être modifié au cours de son existence ;

– en prévoyant la dissolution de la SEM à opération unique en cas de fin anticipée du contrat la liant à la personne publique, quelle qu'en soit la raison.

2. L'ouverture de la faculté de se porter candidat à l'ensemble des opérateurs économiques

Dans le texte initial comme dans celui issu des travaux du Sénat, le partenaire de la personne publique ne pouvait être qu'une personne privée.

Si la notion de « personne privée » est employée par le code général des collectivités territoriales pour définir le partenaire de la personne publique au sein d'une société d'économie mixte, elle ne correspond pas au vocabulaire de la commande publique, qui utilise le plus souvent la notion issue du droit communautaire d'« opérateur économique », qui ne préjuge pas de la forme juridique et de la propriété du cocontractant.

En effet, les termes de « personne privée » excluraient certaines personnes publiques, en particulier les établissements publics industriels et commerciaux, de la possibilité de soumissionner pour devenir actionnaire opérateur au sein d'une SEM à opération unique, ce qui constituerait une discrimination contraire au principe de liberté d'accès à la commande publique.

Aussi votre Commission a préféré reprendre les termes d'« opérateur économique », issus du droit européen et repris notamment par le code des marchés publics du 1^{er} août 2006.

3. Le choix de recourir aux procédures de mise en concurrence existantes prévues par la nature du contrat plutôt qu'à une nouvelle procédure *ad hoc*

La commission des Lois du Sénat a choisi de mettre en place une procédure d'appel public à manifestation d'intérêt, procédure *ad hoc* simplifiée de mise en concurrence des candidats à l'entrée au capital de la future SEM à opération unique.

Les auditions menées par votre rapporteur ont montré que cette solution risquait de rencontrer deux écueils :

– le caractère succinct de la procédure décrite, censée se substituer aux procédures de mise en concurrence pour l'attribution des délégations de service public, concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou marchés publics, ne respecterait pas le caractère formel des exigences du droit européen de la commande publique ;

– la rédaction retenue par le Sénat laisse subsister une ambiguïté sur la nécessité ou non de réaliser les procédures de mise en concurrence après sélection de l'actionnaire opérateur, au moment de l'attribution du contrat à la SEM à opération unique nouvellement créée.

Ces incertitudes pourraient conduire les juridictions à interpréter les dispositions obscures de la loi et à remettre en cause les procédures suivies de bonne foi par les collectivités territoriales, conduisant à des annulations de procédures de sélection, voire des mises en cause pénales des élus les ayant mises en œuvre.

Aussi il est apparu plus sage de prévoir que le partenaire opérateur sera sélectionné dans le strict respect des procédures de mise en concurrence existantes.

La procédure de mise en place d'une SEM à opération unique serait celle existante pour l'appel public à la concurrence selon la nature du contrat à conclure : délégation de service public, concession de travaux, concession d'aménagement ou marché public.

Seul serait ajouté aux documents constitutifs du marché un document de préfiguration prévoyant les caractéristiques, modalités et coût de la SEM à opération unique à mettre en place.

Les procédures de mise en concurrence : la délégation de service public

Définition

La délégation de service public (DSP) diffère du marché public dont l'objet est de délivrer une prestation déterminée sans confier à l'association la gestion d'un service public. Dans le cadre de la DSP, la collectivité confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un opérateur économique dont la rémunération est liée aux résultats de l'exploitation du service avec une prise de risque pour l'opérateur. Alors que, pour un marché public, l'opérateur reçoit de la commune un paiement intégral et immédiat, pour une délégation de service public sa rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

Si la collectivité a toujours le libre choix de son délégataire, ce choix ne peut intervenir qu'au terme d'une procédure de mise en concurrence garantissant l'entière transparence des décisions, prévue par les articles L. 1411-1 et suivants et les articles réglementaires afférents du code général des collectivités territoriales.

Procédure

La décision de principe de la délégation

Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire (article L. 1411-4).

La publicité

Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (article L. 1411-1).

La publicité consiste en deux insertions obligatoires :

- l'une dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales ;
- l'autre dans une publication spécialisée, correspondant au secteur économique concerné.

Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la date de la publication la plus récente. Elle précise également

les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature (article R. 1411-1).

La commission d'ouverture des plis

La commission d'ouverture des plis, composée de représentant élus de l'organe délibérant ainsi que de représentants de l'État (comptable de la collectivité territoriale) intervient pour dresser la liste des candidats admis à présenter une offre et donner un avis sur les offres des candidats.

La commission dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue à l'article L. 323-1 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

La commission procède à l'ouverture des offres et dresse un avis sur celles-ci. Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre (article L. 1411-5).

La négociation

La collectivité adresse à chacun des candidats un document de consultation définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur (article L. 1411-1).

Les offres présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire (article L. 1411-1). En effet, au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat (article L. 1411-5).

Les limites à la liberté de négociation

Lorsque la collectivité définit préalablement la procédure et les critères suivant lesquels elle choisira le délégataire, elle est tenue de respecter les règles qu'elle s'est ainsi elle-même fixées. Si l'autorité délégante a prévu dans le règlement de mise en concurrence une date limite de validité des offres, celle-ci ne peut être prorogée qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre (CE, 13 décembre 1996, n° 169706).

Lorsque le règlement de la consultation ou le cahier des charges impose la production de documents ou de renseignements à l'appui des offres, l'autorité habilitée à signer la convention ne peut, après avis de la commission, engager de négociation avec un opérateur économique dont l'offre n'est pas accompagnée de tous ces documents ou renseignements que si cette insuffisance, d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation (CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618).

Si le délégant négocie librement les offres présentées par les entreprises candidates et possède le libre choix du délégataire, il lui appartient toutefois, conformément au principe général, d'assurer le respect de l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation. Une société candidate peut présenter en cours de négociation des aménagements de ses offres initiales consistant à présenter des offres dont le montant était très inférieur au montant des offres initiales. Le principe d'égalité est respecté dès lors que la société n'a pas bénéficié d'informations privilégiées et est à même de justifier la baisse du montant proposé (CE,

9 août 2006, n° 286107). Le respect du principe d'égalité entre les candidats exige que, lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, elle est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, ne peut légalement proroger ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées (CE, 15 juin 2001, n° 223482).

Les possibles adaptations à l'objet du contrat en cours de négociation

La collectivité peut apporter, au cours de la consultation engagée, des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire.

La procédure de négociation directe

Le recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique (article L. 1411-8).

Le choix du délégataire

Au terme des négociations, l'autorité responsable de la personne publique délégante choisit le délégataire (article L. 1411-1).

Deux mois au moins après la saisine de la commission d'ouverture des plis, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation. Le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat, sont les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante. Ils doivent lui être transmis 15 jours au moins avant sa délibération (article L. 1411-7).

Les procédures de mise en concurrence : la concession de travaux publics

Définition

Les contrats de concession de travaux publics sont « des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix », selon l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics. Cette ordonnance a adapté les règles applicables aux concessions de travaux, régies par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, dite « loi Sapin » relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, au titre III de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relatif aux règles dans le domaine des concessions de travaux publics et a inséré dans le code général des collectivités territoriales les articles L. 1415-1 à L. 1415-9 concernant les règles de passation applicable aux collectivités.

Procédure

Le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux concessions de travaux publics a inséré au sein du code général des collectivités territoriales les articles R. 1415-1 à R. 1415-10 précisant ces règles. Il clarifie le champ d'application des contrats de concessions de travaux publics et les modalités de leur passation par les pouvoirs adjudicateurs et actualise les

obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent aux concédants et aux concessionnaires au regard du droit communautaire.

Lorsqu'une de ces entités souhaite passer une concession de travaux, la personne publique doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, « *en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

Les principes fondamentaux de la commande publique sont donc applicables à ces contrats comme aux marchés de travaux passés par les concessionnaires.

De plus, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire par les contrats de concession de travaux publics sont déterminées « *en prenant en compte des objectifs de développement durable* ». Il est également possible de créer un groupement de commandes pour la passation d'un contrat de concession de travaux publics.

Par ailleurs, la collectivité territoriale peut soit imposer aux candidats de sous-traiter à des tiers un pourcentage au moins égal à 30 % de la valeur globale des travaux faisant l'objet du contrat, soit inviter les candidats à indiquer dans leurs offres s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux faisant l'objet du contrat et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur globale des travaux. Ces exigences doivent être indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

En matière de publicité, le décret prévoit une procédure distincte selon le montant de la concession :

– si le montant de la concession est égal ou supérieur à 4 845 000 euros hors taxes, seule la publication, au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*, d'un avis conforme au modèle fixé par le règlement communautaire relatif aux concessions de travaux, est obligatoire. Toute autre mesure de publicité est laissée à la libre appréciation du concédant mais elle ne peut intervenir avant la publication au JOUE ;

– pour les concessions d'un montant inférieur à 4 845 000 euros hors taxes, le concédant « *choisit librement les modalités de publicité adaptées aux contrats de concession de travaux publics [...], en fonction des caractéristiques du contrat et notamment de son montant et de la nature des travaux en cause* ».

S'agissant d'une procédure en deux temps, le délai minimum de réception des candidatures est de 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis au JOUE : il peut être réduit à 45 jours si l'avis est envoyé par voie électronique. Le délai de réception des offres est librement fixé par le concédant, quel que soit le montant du contrat, ce qui constitue une différence par rapport aux marchés publics. Le décret exige cependant de prendre en compte certaines spécificités telles que les visites ou la nécessité de consulter des documents complémentaires sur place.

Il impose également aux entreprises de joindre à leur candidature « *la liste exhaustive des entreprises qui lui sont liées au sens du III de l'article 12 de l'ordonnance du 15 juillet 2009* ».

Après avoir fait son choix, le concédant a l'obligation, lorsque le montant de la concession est supérieur à 4 845 000 euros hors taxes, de notifier à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre avec les motifs de ce rejet.

A l'instar des nouvelles dispositions du code des marchés publics, un délai d'au moins seize jours doit être respecté entre la date d'envoi de cette notification et la date de conclusion du contrat : ce délai peut être réduit à onze jours en cas de transmission électronique.

Si le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 harmonise la procédure de passation des concessions de travaux publics de l'ensemble des concédants et rapproche fortement ces règles avec celles de la passation des marchés publics, il ne précise pas les critères de jugement des offres et les modalités de choix du concessionnaire ; cependant les concédants doivent respecter « *les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

Les procédures de mise en concurrence : la concession d'aménagement

Définitions

Selon l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, « *les actions ou opérations d'aménagement ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.*

« *L'aménagement [...] désigne l'ensemble des actes des collectivités locales ou des établissements publics de coopération intercommunale qui visent, dans le cadre de leurs compétences, d'une part, à conduire ou à autoriser des actions ou des opérations [...] et, d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations.* ».

La concession d'aménagement est un contrat par lequel la personne publique ayant pris l'initiative de l'opération en délègue l'étude et la réalisation à un aménageur public ou privé.

Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

Procédure

Les contrats dans lesquels le montant total des produits de l'opération d'aménagement est inférieur au seuil de 5 150 000 euros hors taxes sont soumis à une publicité et à une procédure adaptées, selon des modalités inspirées par l'article 28 du code des marchés publics. Par « produits de l'opération », il faut comprendre l'ensemble des recettes, mais également l'ensemble des apports et plus généralement de toute somme perçue par le concessionnaire. Au-delà de ce seuil, l'article R. 300-11-2 du code de l'urbanisme renvoie pour l'essentiel à la procédure de passation des contrats de partenariat⁽¹⁾, en rendant

(1) *Le contrat de partenariat, ou partenariat public-privé, est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret. (Article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales).*

applicables, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les articles L. 1414-5 à L. 1414-8 et D. 1414-1 à D. 1414-5 du code général des collectivités territoriales.

Cependant, certaines dispositions particulières prenant en compte les spécificités du contrat d'aménagement.

Les contrats d'aménagement ne sont pas soumis à l'évaluation préalable prévue à l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Cet article subordonne leur procédure de passation à la réalisation d'une étude préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, démontrant que le niveau de complexité, l'urgence ou le bilan coût/avantages de l'opération projetée justifie le recours à un contrat de partenariat.

En application de l'article 5 du même texte, les contrats peuvent donc être passés « *selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offres ou selon une procédure négociée* », réservée aux contrats de partenariat inférieurs aux seuils européens puisque le code de l'urbanisme prévoit déjà, dans ce cas de figure, une procédure adaptée.

L'alternative au-delà des seuils sera donc entre le dialogue compétitif ou l'appel d'offres. Le recours à la procédure du dialogue compétitif, qui paraît particulièrement adaptée aux concessions d'aménagement, est subordonné à la condition de complexité du projet, définie comme le fait pour la personne publique d'être « *objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ».

Le dossier de consultation est principalement composé d'un programme fonctionnel, qui doit indiquer au minimum les caractéristiques essentielles de la concession, le programme prévisionnel des équipements et constructions, et les conditions de mise en œuvre de l'opération. Le dialogue peut porter sur tous les aspects du contrat, mais doit être soigneusement organisé pour respecter les obligations d'égalité de traitement et de transparence, qui requiert une traçabilité des étapes du dialogue et des discussions. Les critères d'attribution doivent être publiés et pondérés. Ils sont précisés à l'article R. 300-11-3 du code de l'urbanisme, qui impose de les définir et de les apprécier de manière « *à tenir compte du coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel, intégrant la totalité des recettes et des dépenses /à prendre en considération le respect des exigences du développement durable.* »

Pour les collectivités territoriales, la composition de la commission est fixée par l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme (représentation proportionnelle à la plus forte moyenne), et non les textes relatifs aux contrats de partenariat ou aux délégations de service public.

La question de la rémunération est liée à celle du risque, puisque par définition, dans une concession-marché, la rémunération n'est pas « *significativement* » liée aux résultats de l'opération, ce qui signifie que la rémunération sera constituée pour l'essentiel par une participation publique ou, ce qui revient au même au regard du critère du risque, par une garantie de recettes.

Les contrats de partenariat doivent respecter les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Ils peuvent être passés selon les procédures de dialogue compétitif (en cas de complexité du projet, si la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou le montage financier ou juridique de l'opération), d'appel d'offres, ou de procédure négociée lorsque le montant du contrat est inférieur aux seuils applicables aux marchés.

Les procédures de mise en concurrence : les marchés publics

Définition

Un marché public est un contrat passé par une personne publique assujettie avec un opérateur économique pour répondre à l'un de ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Il donne lieu à la rémunération d'une prestation.

Un marché public implique l'initiative de la personne publique, un lien direct entre les sommes versées et les prestations réalisées, une contrepartie directe pour la personne publique.

Un accord-cadre régi par l'article 76 du code des marchés publics est un contrat conclu entre un des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Procédures de passation

La passation d'un marché public ou d'un accord-cadre est soumise à des règles de publicité, de mise en concurrence et d'impartialité.

L'acheteur public doit se conformer à différents types de procédures, déterminés en fonction du montant, de la nature du marché (travaux, fourniture ou services) et du type d'acheteur public (État, collectivités territoriales ou établissements publics). En fonction des montants hors taxe engagés pour l'achat public et de l'objet du marché, les procédures à respecter sont différentes.

Pour les collectivités territoriales, les marchés de travaux d'un montant compris entre 15 000 et 5 185 999 euros peuvent faire l'objet d'une procédure adaptée ; au-delà une procédure formalisée est obligatoire. Pour les marchés de fourniture et de services, les procédures adaptées peuvent être mises en œuvre en dessous de 207 000 €

Les marchés de faible montant

En application de l'article 28 du code des marchés publics, en dessous de 15 000 euros hors taxes, le pouvoir adjudicateur n'est pas exempté de respecter les grands principes du code. Cependant, la publicité n'est pas obligatoire, la mise en concurrence peut être largement simplifiée (par exemple il peut être demandé 3 à 5 devis, sans que cela constitue une obligation), et le contrat n'est pas obligatoirement écrit.

Procédures adaptées (marché passé selon une procédure adaptée – MAPA)

Toujours dans le respect des trois grands principes du code, la personne publique choisit librement ses modalités de procédure en fonction du montant et de l'objet du marché. Ces modalités doivent toutefois être clairement affichées au préalable, dans l'avis d'appel public à concurrence. Il peut également être appelé « avis de marché », qui doit faire l'objet d'une publicité et éventuellement dans un règlement de la consultation.

En dessous de 90 000 euros hors taxes, elles reposent généralement sur une publicité, publiée sur un support adapté (journal local, site du pouvoir adjudicateur, etc.) qui donne les informations nécessaires aux candidats, et leur laisse un délai raisonnable pour déposer une offre. Elle est souvent matérialisée par l'acte d'engagement, qui doit être transmis signé et daté par la personne habilitée à représenter l'entreprise. Les offres doivent contenir certains documents déterminés par le pouvoir adjudicateur, et seront départagées sur la base de critères annoncés dans les documents de la consultation.

Une des spécificités du marché passé selon une procédure adaptée est que l'acheteur peut négocier avec certains ou tous les candidats. La négociation peut permettre de faire baisser les prix ou les délais de livraison mais également d'améliorer la qualité technique de l'offre, voire de rattraper l'irrégularité d'une offre. La négociation n'est qu'une faculté et non une obligation. Elle est annoncée dans le règlement de consultation.

Dans tous les cas, dans une procédure adaptée, il est essentiel de lire attentivement l'avis de publicité ainsi que le règlement de la consultation si le pouvoir adjudicateur en a fait un. Seuls ces documents permettront aux candidats de connaître les règles qui vont s'appliquer à la procédure en cours.

Du fait des seuils des marchés passés selon une procédure adaptée (cf. ci-dessus), une offre d'un montant supérieur à ces seuils devrait être rejetée ou faire l'objet d'une négociation afin d'en faire baisser le prix.

La spécificité des marchés de services

Pour certaines catégories de services, les seuils de 207 000 euros hors taxes pour les collectivités ou 134 000 euros hors taxes pour l'État et ses services ne s'appliquent pas. Dans ce cas, la procédure et la publicité seront adaptées, quel que soit le montant du besoin. L'article 29 du code des marchés publics liste de façon exhaustive les catégories de services qui sont soumises au seuil, les services qui ne figurent pas dans cette liste ne sont pas tenus par le seuil. Il en va ainsi, notamment, des marchés de formation, de traitement phytosanitaire des arbres, *etc.*

Néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut toujours décider, pour des raisons qui lui sont propres, de passer en procédure formalisée des achats qui pourraient relever d'une procédure adaptée. Il convient donc de lire attentivement la publicité et les documents de la consultation pour connaître la procédure mise en œuvre.

L'appel d'offres ouvert ou restreint

Les appels d'offres sont les plus courantes des procédures formalisées. Il s'agit d'une procédure de mise en concurrence plus strictement réglementée que les marchés passés selon une procédure adaptée. L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

Dans un appel d'offres ouvert (AOO – article 57 du code des marchés publics), tous les candidats peuvent remettre une offre, tandis qu'en appel d'offres restreint (AOR – article 60 du code des marchés publics), seuls des candidats sélectionnés au préalable peuvent déposer leur offre.

La procédure d'appel d'offres répond aux règles suivantes : une fois que le pouvoir adjudicateur a défini son besoin de façon précise, une publicité doit être publiée au *Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP)*, au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)* et sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. La publicité suit un modèle standard fixé par la Commission européenne.

Si l'appel d'offres est ouvert, le délai de réception des plis est de 52 jours minimum. Lorsqu'un avis de pré-information a été publié dans l'année précédant le lancement de la procédure, le délai peut être réduit de 52 à 22 jours. Le délai de réception des offres peut être plus long notamment si des visites ou des consultations de documents sur place sont nécessaires.

Dans un appel d'offres restreint, seules les candidatures sont présentées en premier lieu, afin de pré-sélectionner des candidats. Le délai minimum de réception est de 37 jours (30 si la publicité est envoyée par voie électronique). Une fois les candidats sélectionnés, ceux-ci disposent de 40 jours (22 lorsqu'un avis de pré-information a été publié dans l'année précédant le lancement de la procédure) pour déposer leur offre. Le délai peut être réduit de

5 jours si les documents de la consultation sont disponibles sur internet, à une adresse communiquée aux candidats.

Dans ces deux procédures, et contrairement aux marchés passés selon une procédure adaptée, la négociation est interdite. Il est seulement possible, lorsque les candidatures sont incomplètes, de demander aux candidats de les compléter. Mais ce n'est pas une obligation. Si certaines candidatures sont incomplètes, après compléments le cas échéant, elles peuvent être éliminées. Le pouvoir adjudicateur peut également demander des précisions ou des compléments sur la teneur d'une offre.

Le choix des candidatures sélectionnées en appel d'offres restreint, et de l'offre économiquement la plus avantageuse, appartient à la commission d'appel d'offres. Pour l'État et ses services, elle appartient cependant au représentant légal du pouvoir adjudicateur.

À chaque étape, le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats, dont la candidature ou l'offre a été rejetée, de sa décision et de ses motifs. Il respecte en outre un délai de 16 jours (11 jours en cas de transmission électronique, précisé dans le courrier) entre l'envoi du courrier et la signature du marché avec l'attributaire, afin que chaque candidat évincé puisse exercer un droit de recours s'il le souhaite (article 80 du code des marchés publics).

Les autres procédures de marchés publics

Il existe d'autres types de procédures qui sont, elles aussi, considérées comme formalisées. Elles sont utilisées dans certaines situations spécifiques. On recense :

– **le dialogue compétitif** (article 67 du code des marchés publics) peut être mis en œuvre lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'établir seul les moyens techniques pour répondre à son besoin ou le montage juridique ou financier de son projet. Il sélectionne donc un certain nombre de candidats sur la base d'un programme fonctionnel et procède à plusieurs phases de dialogues avec ceux-ci, avant de pouvoir démarrer la phase de choix.

– **la procédure négociée** : le pouvoir adjudicateur peut y recourir dans certaines situations, listées à l'article 35 du code des marchés publics (par exemple, après un premier appel d'offres infructueux, ou lorsque seule une société peut répondre au besoin en raison de droits d'exclusivité). Comme son nom l'indique, le pouvoir adjudicateur peut alors négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

– **le système d'acquisition dynamique** (article 78 du code des marchés publics) : destinée uniquement à l'achat de fournitures ou services courants, cette procédure est exclusivement électronique et permet une sorte de référencement. Pendant toute sa durée, la procédure reste ouverte à tous les opérateurs économiques qui satisfont aux critères de sélection et qui présentent des offres indicatives conformes aux demandes figurant dans les documents de la consultation. Ceux-ci sont ensuite consultés, au fur et à mesure des besoins du pouvoir adjudicateur.

L'opérateur actionnaire serait sélectionné dans le strict respect de ces procédures d'appel à la concurrence.

Alors que le Sénat avait prévu la possibilité que la procédure de d'appel public à manifestation d'intérêt puisse prévoir la possibilité au candidat d'inclure dans son offre des contrats de sous-traitance « *concourant à la réalisation de l'objet du contrat confié à la société d'économie mixte à opération unique* » pour lesquels la sélection du candidat vaudrait attribution de ces contrats aux sous-traitants proposés, l'amendement de réécriture proposé par votre rapporteur

replaces toutes les questions relatives à la sous-traitance dans le cadre des règles de droit commun de la commande publique.

À l'issue de cette procédure, la SEM à opération unique serait constituée entre la personne publique et le candidat retenu ; le contrat serait alors conclu entre la personne publique et la SEM dans le respect des procédures de passation de la procédure retenue, la SEM à opération unique étant substituée dans le cadre de ces procédures au candidat sélectionné, sans devoir procéder à une nouvelle mise en concurrence.

4. L'applicabilité des référés précontractuel et contractuel à la sélection de l'opérateur actionnaire

À l'initiative de votre rapporteur, la commission des Lois a réécrit l'article 1^{er} *bis* afin d'assurer que la procédure de sélection d'un actionnaire opérateur d'une SEM à opération unique pourra faire l'objet d'un référé précontractuel devant le juge administratif, comme la signature du contrat entre la SEM à objet unique et la personne publique pourra le faire.

L'article L551-13 rendant applicable aux contrats pouvant faire l'objet d'un référé précontractuel le régime du référé contractuel, il sera également possible de saisir le juge administratif d'un tel référé contractuel pour lui demander de sanctionner d'éventuels manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.

5. L'ajustement du titre de la proposition de loi à son dispositif

Enfin, en modifiant le titre de la proposition de loi à l'initiative de son rapporteur, la Commission a précisé que son objet est de non de créer directement mais de permettre la création, par les collectivités territoriales et leurs groupements, de SEM à opération unique.

*

* *

**CONTRIBUTION DE M. PIERRE MOREL-A-L'HUISSIER,
CO-RAPPORTEUR SUR LA MISE EN APPLICATION DE LA LOI
QUI SERAIT ISSUE DE L'ADOPTION DÉFINITIVE
DE LA PRÉSENTE PROPOSITION DE LOI
(NOMMÉ EN APPLICATION DE L'ARTICLE 145-7 DU RÈGLEMENT)**

La présente proposition de loi, de mes collègues Jean-Léonce Dupont et Hervé Marseille, tend à créer des sociétés d'économie mixte (SEM) contrat.

La commission des Lois du Sénat souhaitait joindre deux autres propositions de loi identiques, celle de M. Antoine Lefèvre et celle de M. Daniel Raoul, Président de la commission des Affaires économiques du Sénat. En définitive, cette proposition de loi s'inscrit dans un contexte global de six propositions de loi déposées sur l'initiative de sénateurs et de députés des principaux groupes.

Le cap des cent signataires a été dépassé dans les deux chambres. Parmi eux figurent Jacques Pélissard, président de l'association des maires de France (AMF), Alain Rousset, président de l'association des régions de France (ARF), et Roland Ries, président du groupement des autorités responsables de transports (GART).

L'assemblée des départements de France et l'assemblée des communautés de France ont également pris position en faveur de cette initiative.

Ceci dit, toutes ces propositions de loi tendaient à créer des SEM dites « contrat », terme qui a été modifié au Sénat au profit de « sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) ». Il s'agit, pour l'essentiel, non pas de créer un nouveau type de contrat qui viendrait bousculer le droit français de la commande publique, mais de créer un nouveau type d'entreprise publique locale ; le droit applicable aux SEM à opération unique étant celui en vigueur pour les SEM classiques, ce qui marque pleinement la pleine appartenance de cette nouvelle structure à la gamme des entreprises publiques locales (EPL), aux côtés des 1158 SEM, des 38 sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et des 119 sociétés publiques locales créées par la loi « Raoul »⁽¹⁾ adoptée en mai 2010.

La SEM à opération unique se distinguera de la SEM classique sur quelques points :

– La principale différence réside dans le lancement, par la collectivité territoriale, d'un appel d'offre unique en amont de la constitution de la SEM, pour désigner l'actionnaire ou le groupement d'actionnaires avec lequel elle s'associera ;

(1) Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

– La SEM à opération unique sera mono-contrat. En d'autres termes, sa durée de vie sera limitée à l'exécution du contrat qui constituera son objet social exclusif ;

– Le nombre des actionnaires pourra être de deux, rien n'empêchera que chacun soit en regroupement de plusieurs partenaires ;

– La part publique du capital ne pourra être ni inférieure à la minorité de blocage de 34 %, ni supérieure à un plafond de 85 % ;

– Le contrat initial pourrait inclure des contrats connexes.

Au rapporteur de la commission des Lois, j'entends apporter mon plein et entier soutien à cette création qui est attendue par de nombreux élus, mais également parmi les potentiels actionnaires opérateurs des SEM à opération unique, dans les domaines notamment de l'eau, des déchets, des transports, de l'énergie, du déploiement de l'accès à haut débit et de la rénovation urbaine. La commission des Lois de l'Assemblée nationale, sur le rapport de son rapporteur Erwann Binet, a eu l'occasion de compléter et d'améliorer la rédaction proposée tant par la commission des Lois du Sénat que par le Sénat lui-même.

Je souscris pleinement à ces amendements, tout en ayant opposé les modifications souhaitées par la fédération nationale des EPL ainsi que par le conseil national de l'ordre des architectes. Il me semble que nous avons fait œuvre utile et que ce nouvel outil apportera la souplesse souhaitée, tout en respectant les recommandations tant du Conseil d'État que des institutions de l'Union européenne.

DISCUSSION GÉNÉRALE

Lors de sa séance du mercredi 16 avril 2014, la Commission procède à l'examen de la proposition de loi, sur le rapport de M. Erwann Binet.

Après l'exposé du rapporteur, une discussion générale s'engage.

M. Pierre Morel-A-L'Huissier. Ce texte s'inscrit dans un contexte plus global : pas moins de six propositions de loi ont été déposées sur le sujet à l'initiative de députés et de sénateurs des principaux groupes parlementaires. L'attente des élus comme des actionnaires opérateurs de SEM potentielles est donc forte, que ce soit dans les domaines de l'eau, des déchets, des transports, de l'énergie, du haut débit ou encore des opérations de rénovation urbaine.

Cette nouvelle SEM s'inscrira dans la gamme des entreprises publiques locales à côté des 1 158 SEM, des 38 sociétés publiques locales d'aménagement et des 119 sociétés publiques locales. La principale différence résidera dans le lancement par la collectivité territoriale d'un appel d'offre unique en amont de la constitution de la SEM, pour désigner l'actionnaire ou le groupement d'actionnaires avec lequel elle s'associera.

La France était un des rares pays européens à ne pas disposer de cet outil que l'Espagne, l'Italie, l'Allemagne, la Finlande et l'Union européenne ont adopté depuis longtemps. Le Conseil d'État, dans un avis de décembre 2009, avait précisé qu'un tel outil ne pouvait être créé à droit constant et exigeait une modification législative. Tel est l'objet de la proposition de loi.

Je tiens à saluer le travail effectué par la commission des Lois du Sénat, qui s'est prononcée à l'unanimité, et par le Sénat lui-même. Je salue également le travail du rapporteur de la commission des Lois de notre Assemblée, M. Binet.

Mes amendements visent à reprendre des propositions du Conseil de l'ordre des architectes et de la Fédération des entreprises publiques locales (EPL).

Je reprendrai l'analyse de Stéphane Saussier, directeur de la chaire de recherche sur l'économie des partenariats public-privé de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, qui souhaitait que certains points soient précisés : la généralisation de l'évaluation préalable en amont du lancement de l'opération ; la possibilité d'offre spontanée ; les procédures de mise en concurrence ; le type de contrat pouvant être passés entre la collectivité et la SEM à opération unique – contrat de partenariat et bail emphytéotique administratif en particulier – ; l'encadrement des transferts de risques ; les modalités de financement ; la gouvernance.

Je ne doute pas que nos travaux permettront de mieux fixer encore le cadre juridique de ce nouvel outil dans un large consensus.

M. Hugues Fourage. Voilà une proposition de loi extrêmement intéressante qui fait l'objet d'un large consensus – nous y avons travaillé en amont également avec les sénateurs.

La SEM à opération unique, qui correspond à une attente très forte des collectivités locales, a pour objectif d'optimiser notamment la gouvernance des services publics locaux. Alors que les élus ont souvent le sentiment d'être dépossédés, dans le cadre des délégations de service public, de leur pouvoir de direction, la SEM à opération unique signera le retour des exécutifs locaux dans la direction des services publics locaux.

Autre avantage de la SEM à opération unique : son domaine d'intervention est très large et comprend notamment l'eau, les déchets ou l'assainissement.

Il convient aussi de souligner la souplesse juridique du dispositif, que ce soit dans la constitution du capital alliée à la minorité de blocage des élus ou dans le fait que la SEM à opération unique sera dissoute une fois l'opération achevée.

Je tiens à féliciter le rapporteur du travail effectué, notamment dans le cadre des auditions.

M. Olivier Dussopt. Cette proposition de loi, déposée par les représentants de plusieurs groupes, a été adoptée à l'unanimité du Sénat.

Elle s'inscrit dans un débat désormais récurrent sur les modes de gestion des services publics ou des services au public – je pense notamment à la régie ou à la délégation de service public. Des élus de plus en plus nombreux souhaitent reprendre le contrôle public de certains services, notamment la distribution de l'eau ou l'assainissement, sans avoir toutefois les moyens de créer des régies municipales ou communautaires pour des questions techniques ou financières. Sur le plan technique, les communes de 3 000 à 20 000 habitants, qui peuvent être bourgs centres et avoir vocation à diriger de tels services, n'ont pas toujours les moyens et compétences pour assurer ces opérations, compétences dont l'intégration se fait le plus souvent sur la base de recrutement d'emplois à temps plein, sans que cela soit toujours nécessaire, ce qui est de nature à augmenter les coûts fixes de ces services – je pense notamment à l'eau. Sur le plan financier, il est difficile à ces communes de garantir la même qualité de service que celle offerte par les délégations de service public. Or la SEM à opération unique donne précisément la possibilité à des communes ou à des intercommunalités de reprendre le contrôle d'opérations d'aménagement, de logement, de construction ou de gestion de services publics.

De plus, contrairement à ce que d'aucuns craignaient, le dispositif est compatible avec le droit communautaire, comme la décision *Acosef* de la Cour de justice des communautés européennes l'a rappelé. Il convenait d'adapter le droit

français à la mise en place de cet outil et c'est heureux que la proposition de loi que nous examinons aujourd'hui le permette.

Enfin, les amendements CL5 et CL14 du rapporteur visant à remplacer les mots « personne privée » par les mots « opérateur économique » permettront d'intégrer dans le dispositif les établissements publics industriels et commerciaux. L'amendement CL16, toujours du rapporteur, permettra quant à lui de garantir l'unicité des opérations de dévolution des contrats, puisque le principal intérêt de la SEM à opération unique est de sélectionner en même temps l'actionnaire privé et l'opérateur. Prendre le risque de dissocier les deux choix aurait été contre-productif.

Ces amendements permettront de rendre à la proposition de loi adoptée au Sénat toute la pertinence qu'elle avait initialement.

M. Édouard Fritch. Cette proposition de loi, qui a été déposée par nos collègues sénateurs du groupe UDI-UC, est un texte transpartisan au Sénat comme à l'Assemblée. Elle a été adoptée à l'unanimité par le Sénat.

Le principal intérêt de la création de ce nouveau type de société d'économie mixte est de doter les collectivités d'un nouvel outil de gestion locale, dont elles ont aujourd'hui bien besoin, car il élargira leur palette d'intervention dans les territoires, en alliant les valeurs de la gestion directe à l'intérêt que représente, pour la collectivité, la maîtrise de son service public. Les élus locaux auront ainsi à leur disposition un outil moderne.

De nombreux pays européens – l'Allemagne, l'Espagne ou encore l'Italie – disposent d'un régime juridique proche de celui qui est ici proposé, un régime d'ailleurs encadré et reconnu par le droit européen, la France faisant jusque-là quasiment figure d'exception dans le paysage européen.

La création de ce type de société s'inscrit dans une évolution : la SEM locale était auparavant l'unique entité juridique de forme sociale à la disposition des collectivités territoriales. Puis, la société publique locale d'aménagement, en 2006, ainsi que les sociétés publiques locales, en 2010, ont été créées pour compléter cet arsenal juridique. La création d'une société d'économie mixte à opération unique répond au souhait des élus de reprendre en main la gouvernance de certains services publics locaux qui représentent un enjeu social ou sociétal important, tels que l'eau, les déchets, les transports, la construction ou la gestion d'équipements structurants. Elle ouvrira la voie à une réelle économie mixte avec les opérateurs, fondée non pas sur la simple logique contractuelle, mais sur une vision de plus long terme et sur des intérêts partagés.

Le groupe UDI soutiendra naturellement cette proposition de loi qui vise à mettre en place des partenariats sécurisés et économiquement performants, dans un souci de bonne gestion des territoires.

M. Jean-Luc Warsmann. En une dizaine d'années, les législateurs ont été amenés à créer plusieurs outils de développement local pour les collectivités territoriales et leurs groupements. Après les sociétés publiques locales d'aménagement, les sociétés publiques locales, dont un premier bilan révèle qu'elles ont rencontré un succès important, les sociétés d'économie mixte à opération unique répondent incontestablement à une attente. Il est également établi que, sans une intervention du législateur, elles n'auraient pu faire leur entrée dans le droit français. Elles ont des avantages incontestables de souplesse, grâce à une large palette de domaines d'intervention, et elles présentent des garanties, avec la participation minimale en termes de droit de vote de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales. Je tiens également à souligner le caractère positif de la dissolution de la SEM à opération unique dès que son objet a été atteint.

Nous pourrions donc largement nous retrouver sur ce texte.

Je ferai néanmoins une suggestion : c'est le type de texte qu'il est important pour le législateur d'évaluer. En effet, lorsqu'il intervient dans des domaines où la concurrence n'est pas spontanée – l'eau ou les ordures ménagères –, il est important pour lui de vérifier que sa volonté de simplification a été bien traduite dans les textes : en cas de dérives il doit pouvoir reprendre la main. Il nous faudra toutefois attendre trois à cinq années pour disposer du recul nécessaire. D'ici là, notre Commission devra rester vigilante.

M. Paul Molac. La SEM à opération unique représente une amélioration par rapport au classique partenariat public-privé, dont on a pu constater les dérives en termes d'augmentation des coûts pour l'utilisateur, qu'il s'agisse notamment du traitement des déchets ou de la distribution de l'eau.

Les élus doivent rester maîtres non seulement de l'investissement, mais également des choix techniques. En effet, n'étant pas des spécialistes, ils ont trop souvent tendance à se laisser imposer par de grandes entreprises des choix techniques qui se révèlent finalement peu efficaces.

C'est la raison pour laquelle les écologistes sont plutôt favorables aux régies, qui permettent de garantir des coûts raisonnables, s'agissant notamment de la distribution de l'eau. Aussi observons-nous avec prudence la création de la SEM à opération unique.

M. Édouard Philippe. Je me réjouis de ce travail qui dépasse les frontières partisanes. La proposition n'est pas seulement intéressante, elle est audacieuse, puisqu'elle se situe un cran au-dessus des exemples étrangers et des instruments auxquels on peut déjà se référer dans le droit positif. Son champ d'application est très vaste et les instruments qu'elle met en place rendront possibles de nombreuses opérations.

Chaque fois que l'on modifie un tant soit peu le droit des contrats publics, on observe un effet « cascade » dans la jurisprudence et dans la répartition entre

les instruments existants. Cet effet très puissant et déstabilisateur s'est fait sentir par exemple lorsque l'on a précisé la différence entre le droit des marchés et le droit des délégations de service public. Les élus se réjouissent aujourd'hui de la clarté supplémentaire et des possibilités offertes, mais, pendant la phase d'ajustement de l'instrument nouveau, ils seront confrontés à des incertitudes considérables.

L'écriture du texte réclame donc une grande prudence.

À ce stade, je souhaiterais que soit précisée la question de la répartition des charges d'investissement, voire des recettes, dans la structure nouvelle. Qui investit et à quelle hauteur ? Si les investissements peuvent être déconnectés de la répartition du capital, qu'est-ce que cela implique dans le mode de fonctionnement de la structure ?

En outre, que se passera-t-il en cas de transformation substantielle du pacte initial ? On sait de quelle manière la jurisprudence peut faire passer d'un type de contrat à un autre. Faudra-t-il aller jusqu'à la dissolution de la structure ? Dans quelles conditions financières y sera-t-il procédé ? Même s'il n'est pas souhaitable que le texte entre à ce point dans le détail, il faut avoir conscience que sa mise en œuvre se heurtera rapidement à des questions d'autant plus délicates à résoudre que le champ d'application de la loi est remarquablement large.

M. le rapporteur. La procédure d'appel à la concurrence comprendra l'élaboration d'un document de préfiguration, ce qui devrait dissiper vos inquiétudes : ce document prévoira, le cas échéant, la répartition de l'investissement et la répartition de l'actif et du passif en cas de dissolution. Le pacte d'actionnaires sera donc décrit en début de procédure.

En cas de modification substantielle de l'objet du contrat ou de changement de nature du contrat, il y aura de nouveau mise en concurrence, conformément au droit commun.

La Commission en vient à l'examen des articles de la proposition de loi.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

(Titre IV [nouveau] du livre V de la première partie et art. L. 1541-1 à L. 1541-6 [nouveaux] du code général des collectivités territoriales)

Création des sociétés d'économie mixte à opération unique

Le présent article tend à insérer un nouveau titre au sein du livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales, visant à introduire une nouvelle catégorie de sociétés d'économie mixte (SEM) : les « SEM à opération unique », dénomination substituée à celle de « SEM contrat » par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, M. Jacques Mézard.

En adoptant sept amendements de son rapporteur, la commission des Lois du Sénat a choisi d'intégrer au sein de l'article 1^{er} l'essentiel des dispositions utiles des articles 2 à 13 de la proposition de loi initiale, tout en renvoyant aux dispositions régissant les SEM locales pour toutes les règles relatives aux modalités d'intervention et de contrôle de la SEM.

I. LE DISPOSITIF RETENU PAR LE SÉNAT : UNE SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE DONT L'ACTIONNAIRE OPÉRATEUR EST SÉLECTIONNÉ PAR UNE PROCÉDURE AD HOC D'APPEL PUBLIC À CONCURRENCE SIMPLIFIÉ

A. LA DÉFINITION DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE (ARTICLE L. 1541-1 [NOUVEAU] DU CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES)

1. Une société d'économie mixte

Le nouvel article L. 1541-1 définit les principales caractéristiques d'une SEM à opération unique.

Elle pourrait être créée par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales ⁽¹⁾ avec au moins une personne privée ⁽²⁾.

(1) *En application de l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales, « forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L. 5711-1 et L. 5721-8, les pôles métropolitains, les pôles d'équilibre territoriaux et ruraux, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales. ». Les établissements publics de coopération intercommunale sont définis par l'article L. 5210-1-1 A du même code comme regroupant « les syndicats de communes, les communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération, les syndicats d'agglomération nouvelle et les métropoles ».*

(2) *Repris des dispositions organisant les sociétés d'économie mixte, le terme de « personne privée » semble ainsi exclure la possibilité que certaines personnes publiques, en particulier les établissements publics industriels et commerciaux, puissent soumissionner pour devenir actionnaires opérateurs au sein d'une*

Celle-ci, qualifiée d' « actionnaire opérateur », pourrait détenir la majorité des actions au sein de la SEM : en effet, la personne publique détiendrait entre 34 % et 85 % des parts du capital et, en conséquence, la part des actions détenue par la personne privée pourrait être comprise entre 15 % et 66 % des actions.

Ainsi, la SEM à opération unique se distinguerait des deux autres formes traditionnelles des sociétés locales :

– les **sociétés d'économie mixte locales**, d'une part, dont le capital est majoritairement détenu par la personne publique, conformément à l'article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales ;

– les **sociétés publiques locales**, d'autre part, dont le capital est entièrement détenu par au moins deux personnes publiques, en vertu de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

Bien que dans cette nouvelle forme de SEM, la personne publique puisse ne pas détenir la majorité du capital, elle disposerait toutefois de deux leviers lui permettant de préserver son influence au sein de la future société :

– elle disposerait d'une minorité de blocage représentant au moins 34 % des voix du directoire ou du conseil de surveillance, conformément aux articles L. 225-96 et suivants du code de commerce ;

– la présidence du conseil d'administration ou du conseil de surveillance serait obligatoirement assumée par un représentant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire.

La SEM à opération unique revêtirait par ailleurs la forme d'une **société anonyme**, tout en étant composée d'au moins deux actionnaires, en dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce qui prévoit que le nombre d'associés au sein d'une société anonyme ne peut être inférieur à sept.

Comme dans le cadre des SEM locales classiques, les statuts d'une SEM à opération unique fixeraient le nombre de siège d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance qui seraient attribués à chaque actionnaire, au prorata de la part de capital détenue par chacun d'eux.

Par ailleurs, une SEM à opération unique ne pourrait pas prendre de participations dans des sociétés commerciales alors que l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales autorise, sous certaines conditions, les SEM locales à prendre de telles participations.

2. Une sélection de l'actionnaire opérateur par mise en concurrence

Le choix de la personne privée destinée à devenir l'actionnaire opérateur ferait l'objet d'une mise en concurrence, dans le cadre d'un appel public à manifestation d'intérêt ; celui-ci devra respecter les conditions définies par le nouvel article L. 1541-3 du code général des collectivités territoriales, en application d'un amendement adopté par le Sénat en séance publique à l'initiative de M. Antoine Lefèvre.

On rappellera que, dans le cadre d'une société d'économie mixte locale, le choix de l'actionnaire privé est laissé à la discrétion de la collectivité territoriale.

3. Une société à objet unique et à durée limitée

La SEM serait constituée pour la réalisation d'une opération unique, qui serait l'objet du contrat qui lui serait ensuite attribué. La future société aurait ainsi vocation à :

– la réalisation d'une opération pouvant comprendre des interventions de construction, « de logement » et d'aménagement ;

– la gestion d'un service public ;

– toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

Dans le cas où la SEM à opération unique aurait pour objet la construction de logements, ces derniers, acquis, construits ou gérés par la société, pourraient être cédés, à la suite de la dissolution de la SEM, à une société d'économie mixte locale ayant pour objet la construction ou la gestion de logements, à un organisme d'habitations à loyer modéré (office public de l'habitat, entreprise sociale pour l'habitat, société de crédit immobilier, société coopérative d'habitations à loyer modéré) ou à un service social relatif au logement social. Les logements sociaux construits ou gérés par une SEM à opération unique conserveraient ainsi leur nature à l'issue de la dissolution de la société.

Enfin, en raison de son objet singulier, la SEM à opération unique aurait une durée de vie limitée à celle du contrat pour lequel elle serait créée. Ainsi, elle serait automatiquement dissoute à l'expiration ou à la réalisation de son objet.

À l'initiative de son rapporteur, la commission des Lois du Sénat a supprimé la faculté de transformation de celle-ci en une SEM locale, en une société publique locale ou en une société anonyme de droit commun : *« en effet, cette faculté est apparue contraire à la logique même de cette catégorie de SEM qui vise à réaliser un unique objet. Par ailleurs, cette possibilité pourrait conduire*

à des détournements de procédure susceptible de nuire à la pertinence de cet outil. » ⁽¹⁾.

B. LES ÉTAPES DE CONSTITUTION D'UNE SEM À OPÉRATION UNIQUE (ARTICLES L. 1541-2 À L. 1541-4 [NOUVEAUX])

Introduit par la commission des Lois du Sénat sur proposition de son rapporteur, les nouveaux articles L. 1541-2 et L. 1541-3 du code général des collectivités territoriales prévoient les conditions dans lesquelles l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant de la personne publique actionnaire définirait, par délibération, les principales caractéristiques de la future société ainsi que du contrat qui serait ensuite attribué à celle-ci.

1. Des caractéristiques définies par délibération de l'organe délibérant

La délibération de la personne publique préciserait notamment :

– la part de capital que la personne publique souhaiterait détenir dans la SEM et donc, *a contrario*, la part de capital qui reviendrait à la personne privée – alors que le texte adopté par la commission des Lois du Sénat permettait de fixer une fourchette précisant les parts minimales et maximales que pourrait détenir la personne privée, un amendement adopté en séance publique à l'initiative de M. Jean-Jacques Hyst a supprimé la faculté laissée à la personne publique de définir une fourchette dans laquelle elle fixerait sa part de capital dans la SEM à opération unique –, ainsi que les modalités de gouvernance, les principales dispositions du pacte d'actionnaires, ainsi que la part de risque assumée par chaque acteur ;

– la nature des équipements ou du projet qui serait attribué à la SEM à opération unique ;

– la faculté laissée à l'actionnaire opérateur de proposer, dans le cadre de la future SEM, des projets de contrats de sous-traitance pour la réalisation de l'opération par ladite société ;

– le coût prévisionnel de l'opération pour la personne publique ;

– le régime juridique du contrat qui serait conclu entre la personne publique et la future société.

2. Un nouveau régime *ad hoc* et simplifié de mise en concurrence pour la sélection de l'actionnaire opérateur

Le nouvel article L. 1541-3 précise les modalités encadrant le choix de l'actionnaire opérateur.

(1) Rapport n° 199 (2013-2014) de M. Jacques Mézard fait au nom de la commission des Lois du Sénat, 4 décembre 2013, p.24.

Ce dernier serait sélectionné au terme d'une procédure *ad hoc* nouvelle dénommée « appel public à manifestation d'intérêt ».

Décrite en onze alinéas, cette procédure serait particulièrement simplifiée. Elle serait soumise aux principes traditionnels des marchés publics : liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures.

En application de l'article L. 1541-5, cette procédure viendrait remplacer les procédures actuellement existantes pour les délégations de service public ⁽¹⁾, les concessions de travaux ⁽²⁾, les concessions d'aménagement ⁽³⁾ ou les marchés publics ⁽⁴⁾.

Les offres proposées par les candidats devraient obligatoirement comporter un certain nombre d'informations, précisées préalablement par la délibération de la personne publique :

– les moyens techniques et financiers dont disposerait la personne privée pour permettre la réalisation de l'opération qui serait ensuite attribuée à la SEM à opération unique ;

– les principales caractéristiques de la SEM à opération unique, dont ses règles de gouvernance, la part de capital proposée et les modalités de contrôle exercées par la personne publique sur l'activité de la SEM, précision introduite en séance publique à l'initiative de M. René Vandierendonck et des membres du groupe socialiste ;

– l'encadrement du recours à la sous-traitance pour réaliser l'objet du contrat confié à la SEM à opération unique ; un amendement de précision du rapporteur de la commission des Lois du Sénat, adopté en séance publique, spécifie que la mise en concurrence organisée pour le choix de l'actionnaire opérateur tiendrait lieu de mise en concurrence pour les contrats de sous-traitance prévus par la délibération de la personne publique, qui seraient ainsi automatiquement attribués aux sous-traitants proposés dans le cadre de l'offre du candidat ;

– le coût prévisionnel annuel pour la personne publique ;

– le régime juridique du contrat conclu entre la SEM à opération unique et la personne publique.

Par ailleurs, des informations complémentaires pourraient être demandées aux candidats, afin de permettre à la personne publique d'affiner son choix. Toutefois, ces demandes de précisions ne devraient pas avoir pour effet de

(1) Articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du code général des collectivités territoriales.

(2) Articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du code général des collectivités territoriales.

(3) Articles L. 300-4 à L. 300-5-2 du code de l'urbanisme.

(4) Code des marchés publics.

modifier les éléments fondamentaux de la future SEM, de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire entre les candidats.

Seraient applicables les dispositions de l'article 8 de 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, interdisant de soumissionner certaines catégories de personnes condamnées pour certaines infractions pénales, n'ayant pas respecté la réglementation relative au travail dissimulé, en liquidation judiciaire ou n'ayant pas satisfait à leurs obligations déclaratives en matière fiscale et sociale.

Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel public à manifestation d'intérêt et la date limite de réception des candidatures ne pourrait être inférieur à quarante jours. Une prime pourrait également être allouée à l'ensemble des candidats ou à ceux dont les offres seraient les mieux classées par la personne publique.

La personne publique devrait alors sélectionner le ou les candidats, retenus après application d'une double procédure :

– la vérification des « capacités techniques, opérationnelles et financières » des candidats ;

– la sélection de « l'offre économiquement la plus avantageuse »⁽¹⁾ en fonction des critères déterminés dans l'appel public. Votre rapporteur observe que

(1) Définie par l'article 53 du code des marchés publics :

« I.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

« 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

« 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

« II.- Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

« Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

« Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.

« Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

« III.- Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

« IV.- 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

cet encadrement du choix de la personne publique reprend celui prévu par le code des marchés publics et la directive n° 2004/18/CE pour les marchés publics ; cependant, l'attribution des autres catégories de contrats conclus après mise en concurrence, telle que les délégations de service public et les concessions de travaux, n'est pas enserrée dans une définition aussi stricte, la personne publique disposant d'une plus grande latitude de choix pour sélectionner son cocontractant, même si l'application des directives européennes rend dans les faits nécessaire la précision des conditions d'attribution, le plus souvent en fonction de l'évaluation de critères prédéfinis ⁽¹⁾.

Si l'appel public à manifestation d'intérêt s'avère infructueux, le nouvel article L. 1541-4 du code général des collectivités territoriales autorise la personne publique à recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis de publicité, dès lors que les conditions initiales de l'opération proposée ne sont pas substantiellement modifiées.

Toutefois, en adoptant en séance publique un amendement déposé par M. Antoine Lefèvre, le Sénat a supprimé la précision selon laquelle la personne publique pourrait s'abstenir de publier cet avis si la procédure négociée n'était réservée qu'aux seuls candidats ayant soumis des offres conformes aux exigences formelles dans le cadre de l'appel public à manifestation d'intérêt, ces dispositions

« 2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

« 3° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes. »

(1) *Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres (Conseil d'État 23 déc. 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, n° 328827). Cette règle s'impose à l'ensemble des délégations de service public, qu'elles entrent ou non dans le champ du droit communautaire. Cette information doit être donnée au plus tard au moment de l'envoi aux candidats du dossier de consultation présentant les caractéristiques des prestations attendues. Le modèle d'avis du Journal officiel de l'Union européenne pour les concessions de travaux publics, soumises aux règles de publicité communautaires, impose toutefois de renseigner la rubrique relative aux critères d'attribution. Les critères publiés ne peuvent être modifiés par la collectivité dans la suite de la procédure.*

S'il est impératif d'indiquer les critères de jugement des offres, il n'est pas obligatoire de pondérer ou de hiérarchiser ces critères. Le Conseil d'État considère que la personne publique n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères (Conseil d'État 23 déc. 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, n° 328827). Le principe reste celui de la liberté de choix de la personne publique. Aux termes des dispositions de la loi du 29 janvier 1993, la personne publique négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire. Ce choix est effectué au regard d'une appréciation globale des critères, sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées. Cet affichage des critères de sélection des offres facilite le contrôle par le juge de l'éventuelle erreur manifeste d'appréciation quant au choix du candidat retenu au terme de la procédure.

étant jugées redondantes par rapport au droit commun applicable aux procédures de la commande publique.

C. L'ORGANISATION DE LA VIE DE LA SEM À OPÉRATION UNIQUE (ARTICLES L. 1541-5 ET L. 1541-6 [NOUVEAUX])

De la même manière, la commission des Lois du Sénat a adopté des amendements transférant au sein de l'article 1^{er} l'essentiel des dispositions organisant les possibilités d'évolution de la SEM à opération unique.

1. Le régime juridique du contrat conclu entre la SEM à opération unique et la personne publique

Le nouvel article L. 1541-5 du code général des collectivités territoriales prévoit que la « conclusion du contrat » à la SEM à opération unique obéirait aux dispositions applicables, selon les cas, aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou encore aux marchés publics. En prenant en compte l'esprit du texte, votre rapporteur en déduit que cette disposition ne vise pas à réintroduire une mise en concurrence lors de la conclusion du contrat, qui serait contraire à la spécificité de la SEM à opération unique, mais à préciser que la signature s'organiserait selon les exigences formelles prévues selon la nature juridique du contrat définie par la délibération initiale de la personne publique.

Ce contrat serait conclu à la suite du choix de l'actionnaire opérateur et de la constitution de la SEM à opération unique.

L'amendement adopté par la commission des Lois du Sénat n'a pas retenu la référence aux baux emphytéotiques administratifs, prévue dans la proposition de loi initiale. En séance publique, la commission des Lois du Sénat et le Gouvernement ont donné un avis défavorable à un amendement défendu par M. Antoine Lefèvre visant à réintroduire ces baux au sein du texte, en faisant cependant valoir que s'« il n'existe effectivement pas de motif juridique s'opposant à l'attribution de baux emphytéotiques administratifs à une SEM à opération unique »⁽¹⁾, son insertion dans le texte était inadéquate.

On rappellera que l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales définit le bail emphytéotique administratif comme un contrat permettant à une collectivité territoriale propriétaire d'un bien immobilier de le louer à un tiers qui pourra construire un ouvrage sur le domaine public et ensuite le louer à la collectivité propriétaire du terrain. Cet instrument juridique peut être utilisé par une collectivité soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence, soit en vue de l'accomplissement, pour son propre compte, d'une mission de service public. La référence aux baux emphytéotiques administratifs dans le cadre de la présente proposition de loi

(1) Sénat, compte rendu intégral des débats, séance du 11 décembre 2013.

n'apparaît pas utile puisque ce contrat n'est pas attribué à l'issue d'une procédure spécifique, mais en respectant la procédure prévue pour le contrat de la commande publique qui lui est associé (article R. 1311-2 du code général des collectivités territoriales). En outre, la transposition, au plus tard le 18 avril 2016, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession devrait qualifier ces baux de contrats de concession ⁽¹⁾.

De la même manière, la référence au contrat de partenariat ⁽²⁾ s'avère inutile, dès lors que l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales interdit toute prise de participation de la personne publique au capital de la société de son cocontractant.

2. Le cas des cessions de parts en cas de fusion, de rattachement ou de transfert de compétences

La commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de son rapporteur tendant à insérer, au sein d'un nouvel article L. 1541-6 du code général des collectivités territoriales, les dispositions prévues initialement par les articles 12 et 13 de la proposition de loi.

Cet article prévoit qu'en cas de fusion ou de rattachement de la personne publique actionnaire avec une autre personne publique, ou dans le cas où les compétences mise en œuvre dans le cadre de la SEM à opération unique étaient transférées à une autre personne publique, la personne publique initialement actionnaire céderait ses parts à cette autre personne publique le jour où le changement institutionnel serait exécutoire. Les parts seraient cédées à leur valeur nominale.

Cette disposition vise à fluidifier un éventuel transfert d'actions pour les SEM à opération unique dans les cas où il n'y aurait *a priori* qu'une seule collectivité territoriale actionnaire. Pour éviter tout enlisement d'une situation, a été prévu le principe selon lequel le transfert serait effectif au moment du transfert, de la fusion ou du rattachement.

À l'issue de ce processus, la collectivité territoriale ou le groupement serait substitué dans tous ces droits à la collectivité ou au groupement cédant.

(1) *Audition de M. Pierre-Emeric Chabanne, délégué général de l'Institut de la gestion déléguée, 9 avril 2014.*

(2) *Créé par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel la personne publique peut confier à une entreprise, ou à un groupement d'entreprises, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction et à la transformation des ouvrages ou équipements, à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, ainsi que, le cas échéant, à d'autres prestations de service concourant à l'exercice par la personne publique de la mission de service public dont elle est chargée.*

II. LA SÉCURISATION JURIDIQUE DU DISPOSITIF PAR VOTRE COMMISSION PAR L'APPLICATION DES PROCÉDURES DE DROIT COMMUN DE MISE EN CONCURRENCE

À l'initiative de votre rapporteur, la commission des Lois a conservé les caractéristiques et l'appellation de la SEM à opération unique, mais a revu les dispositions de sélection de l'actionnaire opérateur, qui ne paraissaient pas suffisamment précises pour ne pas donner lieu à des interprétations divergentes et de nature à garantir la conformité du dispositif aux principes de droit européen gouvernant la commande publique.

A. LE MAINTIEN DES CARACTÉRISTIQUES DE LA SEM À OPÉRATION UNIQUE

La commission des Lois a entériné les caractéristiques et l'appellation de la SEM à opération unique, dont notamment :

- l'application du régime des sociétés anonymes ;
- la part des actions détenues par chaque actionnaire ;
- l'objet exclusif du contrat ;
- la dissolution de droit de la société à l'issue du contrat.

B. L'OUVERTURE DE LA FACULTÉ DE SE PORTER CANDIDAT À L'ENSEMBLE DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

Dans le texte initial comme dans celui issu des travaux du Sénat, le partenaire de la personne publique ne peut être qu'une personne privée.

Si la notion de « personne privée » est employée par le code général des collectivités territoriales pour définir le partenaire de la personne publique au sein d'une société d'économie mixte, elle ne correspond pas au vocabulaire de la commande publique, qui utilise le plus souvent la notion issue du droit communautaire d'« opérateur économique », qui ne préjuge pas de la forme juridique et de la propriété du cocontractant.

En effet, les termes de « personne privée » excluraient certaines personnes publiques, en particulier les établissements publics industriels et commerciaux, de la possibilité de soumissionner pour devenir actionnaire opérateur au sein d'une SEM à opération unique, ce qui constituerait une discrimination contraire au principe de liberté d'accès à la commande publique.

Aussi votre Commission a préféré reprendre les termes d'« opérateur économique ».

C. LE CHOIX DE RECOURIR AUX PROCÉDURES DE MISE EN CONCURRENCE EXISTANTES PRÉVUES PAR LA NATURE DU CONTRAT PLUTÔT QU'UNE NOUVELLE PROCÉDURE *AD HOC*

La commission des Lois du Sénat a choisi de mettre en place une procédure d'appel public à manifestation d'intérêt, procédure *ad hoc* simplifiée de mise en concurrence des candidats à l'entrée au capital de la future SEM à opération unique.

Les auditions menées par votre rapporteur ont montré que cette solution risquait de rencontrer deux écueils :

– le caractère succinct de la procédure décrite, censée se substituer aux procédures de mise en concurrence pour l'attribution des délégations de service public, concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou marchés publics, ne respecterait pas le caractère formel des exigences du droit européen de la commande publique ;

– la rédaction retenue par le Sénat laisse subsister une ambiguïté sur la nécessité ou non de réaliser les procédures de mise en concurrence après sélection de l'actionnaire opérateur, au moment de l'attribution du contrat à la SEM à opération unique nouvellement créée.

Ces incertitudes pourraient conduire les juridictions à interpréter les dispositions obscures de la loi et à remettre en cause les procédures suivies de bonne foi par les collectivités territoriales, conduisant à des annulations de procédures de sélection, voire des mises en cause pénales des élus les ayant mises en œuvre.

Aussi il apparaît plus sage de prévoir que le partenaire opérateur sera sélectionné dans le strict respect des procédures de mise en concurrence existantes.

La procédure de mise en place d'une SEM à opération unique serait celle existante pour l'appel public à la concurrence selon la nature du contrat à conclure : délégation de service public, concession de travaux, concession d'aménagement ou marché public. Seul serait ajouté aux documents constitutifs du marché un document de préfiguration prévoyant les caractéristiques, modalités et coût de la SEM à opération unique à mettre en place.

L'opérateur actionnaire serait sélectionné dans le strict respect de ces procédures d'appel à la concurrence.

À l'issue de cette procédure, la SEM à opération unique serait constituée entre la personne publique et le candidat retenu ; le contrat serait alors conclu entre la personne publique et la SEM dans le respect des procédures de passation de la procédure retenue, la SEM à opération unique étant substituée dans le cadre

de ces procédures au candidat sélectionné, sans devoir procéder à une nouvelle mise en concurrence.

Alors que le Sénat avait prévu la possibilité que la procédure de d'appel public à manifestation d'intérêt puisse prévoir la possibilité au candidat d'inclure dans son offre des contrats de sous-traitance « *concourant à la réalisation de l'objet du contrat confié à la société d'économie mixte à opération unique* » pour lesquels la sélection du candidat vaudrait attribution de ces contrats aux sous-traitants proposés, l'amendement de réécriture proposé par votre rapporteur replace toutes les questions relatives à la sous-traitance dans le cadre des règles de droit commun de la commande publique.

*
* *

La Commission est saisie de l'amendement CLI de M. Pierre Morel-A-L'Huissier.

M. Pierre Morel-A-L'Huissier. Il s'agit de clarifier le régime juridique de la nouvelle SEM.

La rédaction actuelle n'impose pas d'évaluation préalable ayant pour objet d'estimer si cet outil offre à la personne publique une solution alternative moins coûteuse ou plus avantageuse pour atteindre ses objectifs.

Ce nouveau système de partenariat public-privé institutionnalisé ne semble donc pas présenter, en l'état du texte, les garanties contre les risques clairement précisés par le Conseil d'État dans son avis de 2009. Il conviendrait que le rapporteur lève toute ambiguïté en la matière. Si tel est le cas, je retirerai mon amendement.

M. le rapporteur. Vous proposez de soumettre toute création de SEM à opération unique à une évaluation préalable, comme dans le cas du recours à un contrat de partenariat. Or l'objet est ici de la création d'une société et non la passation d'un contrat. De plus, la détermination de l'opportunité de recourir à un mode de gestion du service public – régie, délégation de service public, concession, etc. – relève de la libre administration des collectivités territoriales. Si l'exécutif doit justifier de son choix devant son assemblée délibérante, il convient de ne pas soumettre ledit choix à une expertise coûteuse et, *in fine*, à l'appréciation du juge.

Dans des jurisprudences récentes, les cours administratives d'appel de Bordeaux et de Lyon ont annulé *a posteriori* des contrats de partenariat sur la base de contestations portant sur les documents d'évaluation préalable de l'opportunité de recourir à cette formule, alors que les équipements avaient déjà été réalisés. Évitions de faire peser ce risque juridique sur les nouvelles SEM à opération unique.

Mme Nathalie Kosciusko-Morizet. Une « opération unique », au sens de ce texte, peut-elle comprendre à la fois la construction d'une structure et son exploitation ?

M. Édouard Philippe. On peut imaginer la construction d'un palais des congrès et de son exploitation ou d'un réseau par exemple.

M. le rapporteur. Cela dépend du projet, mais c'est tout à fait possible. La construction d'un palais des congrès et son exploitation sont une opération ayant un objet unique, de même que la construction et l'exploitation d'un réseau – pour peu que ce soit un seul et même réseau.

M. Hugues Fourage. En d'autres termes, l'opération unique peut être complexe.

Mme Marie-Françoise Bechtel. Il est indiqué dans le texte que l'objet de la SEM à objet unique est « soit la réalisation d'une opération de construction, de logement ou d'aménagement », « soit la gestion d'un service public », « soit toute autre opération d'intérêt général » : cette alternative est clairement posée.

Mme Nathalie Kosciusko-Morizet. Cette rédaction n'est pas claire.

M. Édouard Philippe. La formule « soit... soit... » est exclusive. Le sens serait différent si l'on écrivait : « la construction et la gestion de... ».

M. le président Jean-Jacques Urvoas. La réflexion pourra encore mûrir d'ici à la séance publique.

L'amendement CL1 est retiré.

La Commission en vient à l'amendement CL5 du rapporteur.

M. le rapporteur. La proposition de loi dispose qu'une SEM à opération unique est constituée d'une collectivité ou d'un groupement de collectivités territoriales et d'au moins une personne privée coactionnaire. Cette notion de « personne privée » ne correspond pas au vocabulaire de la commande publique. Nous proposons de lui substituer celle d'« opérateur économique », qui est issue du droit communautaire et qui ne préjuge pas de la forme et de la propriété du cocontractant. Il faut, par exemple, que l'entreprise coactionnaire puisse être un EPIC (établissement public à caractère industriel et commercial). L'exclusion des EPIC constituerait une discrimination contraire au principe de liberté d'accès à la commande publique.

La Commission adopte l'amendement.

Elle adopte ensuite successivement les amendements de précision CL6 et CL7 du rapporteur.

Puis elle examine l'amendement CL8 du rapporteur.

M. le rapporteur. Il s'agit de rappeler formellement que l'objet de la SEM est unique et ne devra pas évoluer au cours de la vie de la société.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle adopte successivement les amendements rédactionnels CL9 et CL10 du rapporteur.

Elle en vient à l'amendement CL11 du rapporteur.

M. le rapporteur. Il s'agit de permettre à la SEM à opération unique de conclure un bail emphytéotique administratif (BEA) avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités.

Aux termes de l'article R. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, la passation du BEA est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsque le BEA est accompagné d'une convention d'exploitation non détachable constituant un des contrats de la commande publique suivants : marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, concession de travaux publics, ou lorsque les clauses mêmes du BEA peuvent être analysées comme une convention d'exploitation non détachable. Dans ce cas, la passation du bail est conduite selon les procédures de publicité et de mise en concurrence du contrat de la commande publique auquel il est associé, le BEA étant naturellement attribué conjointement au contrat de la commande publique que constitue sa convention d'exploitation.

La Commission adopte l'amendement.

Elle adopte ensuite successivement les amendements rédactionnels CL12 et CL13 du rapporteur.

Elle en vient à l'amendement CL14 du rapporteur.

M. le président Jean-Jacques Urvoas. Il s'agit de la même modification qu'à l'amendement CL5.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle examine l'amendement CL15 du rapporteur.

M. le rapporteur. Aux termes de l'alinéa 13, la SEM à opération unique est dissoute de plein droit à la réalisation ou à l'expiration de son objet. Il est proposé par cet amendement de prendre en compte le cas où le contrat conclu entre la SEM à opération unique et la collectivité territoriale prendrait fin avant la réalisation de l'opération ou le terme prévu pour d'autres raisons légitimes, par exemple par accord des cocontractants, dans le cadre d'une résiliation pour faute, d'une annulation de la procédure suivie, etc.

La Commission adopte l'amendement.

Elle étudie, en discussion commune, les amendements CL16 du rapporteur, CL2 de M. Pierre Morel-A-L'Huissier, et les amendements identiques CL3 de M. Pierre Morel-A-L'Huissier et CL4 de M. Philippe Gosselin.

M. le rapporteur. L'amendement CL16 vise à répondre à la principale critique que les associations d'élus, les opérateurs économiques, le Gouvernement, mais aussi, à travers leurs amendements, nos collègues Pierre Morel-A-L'Huissier et Philippe Gosselin, formulent à l'encontre de la rédaction issue du Sénat.

La volonté des auteurs de la proposition de loi est de permettre que la procédure de création de la SEM à opération unique implique dans le même temps le choix de l'actionnaire opérateur économique et l'attribution du contrat audit opérateur.

La commission des Lois du Sénat a choisi de mettre en place une procédure *ad hoc* de mise en concurrence des candidats à l'entrée au capital de la future SEM. Le caractère succinct de cette procédure et, surtout, la rédaction retenue par le Sénat laissent subsister une ambiguïté sur la nécessité ou non de réaliser les procédures de mise en concurrence après la sélection de l'actionnaire opérateur, au moment de l'attribution du contrat à la SEM à opération unique nouvellement créée.

Cette incertitude pourrait conduire à des interprétations contraires à l'intention du législateur, à la remise en cause de procédures suivies de bonne foi par les collectivités territoriales et à des annulations de procédure de sélection.

Il apparaît donc plus sage de prévoir que le partenaire opérateur sera sélectionné dans le strict respect des procédures de mise en concurrence existantes. La procédure de mise en place d'une SEM à opération unique serait celle qui existe pour l'appel public à la concurrence selon la nature du contrat à conclure : délégation de service public, concession de travaux, concession d'aménagement ou marché public. Seul serait ajouté un document de préfiguration prévoyant les caractéristiques, modalités et coûts de la SEM à opération unique. L'opérateur serait sélectionné dans le strict respect de ces procédures d'appel à la concurrence de droit commun. Une fois la SEM à opération unique constituée, elle se substituerait au candidat sélectionné sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

M. Pierre Morel-A-L'Huissier. Au vu des explications du rapporteur, je retire mes amendements.

Philippe Gosselin. Mon amendement CL4, qui reprend un amendement de M. Hysté repoussé en première lecture au Sénat, me semble un peu plus clair. Mais si le rapporteur nous assure que sa proposition, en dépit d'une rédaction plus lourde, couvre bien l'ensemble du champ, j'accepte de le retirer.

M. le rapporteur. L'amendement CL2 relaie les inquiétudes des architectes, qu'ils avaient du reste déjà exprimées lors de la création des sociétés

publiques locales. Personne ne veut ici remettre en cause le monopole des architectes, issu de la loi du 3 janvier 1977, pour l'établissement du projet architectural faisant l'objet de la demande de permis de construire et de ses plans. La proposition de loi ne prévoit nullement l'organisation d'une sous-traitance dérogatoire par rapport au droit commun de la commande publique. L'amendement CL16 replace toutes les questions relatives à la sous-traitance dans le cadre de ce droit commun.

M. Pierre Morel-A-L'Huissier. C'est une précision importante qui répond aux interrogations du Conseil national de l'ordre des architectes.

Les amendements CL2, CL3 et CL4 sont retirés.

La Commission adopte l'amendement CL16.

Elle en vient à l'amendement CL17 du rapporteur.

M. le rapporteur. Il s'agit de prendre en compte la possibilité de changement de statut de la personne publique actionnaire.

La Commission adopte l'amendement.

Elle examine ensuite l'amendement CL23 du rapporteur.

M. le rapporteur. Je propose de rectifier cet amendement en le rédigeant comme suit :

« I. – À l'alinéa 35, substituer au mot : “cessionnaire” les mots “bénéficiaire de la cession” ;

« II. – À l'alinéa 37, avant les mots : “est substitué”, insérer les mots : “bénéficiaire de la cession”. »

La Commission adopte l'amendement CL23 ainsi rectifié.

Elle adopte ensuite l'amendement de précision CL18 du rapporteur.

La Commission adopte l'article 1^{er} modifié.

Article 1^{er} bis

(art. L. 551-1 du code de justice administrative)

Extension du référé précontractuel au contrat de constitution de la SEM à opération unique

Le présent article, inséré par la commission des Lois du Sénat à l'initiative de son rapporteur, vise à étendre le référé précontractuel au contrat relatif à la création de la SEM à opération unique.

Le référé précontractuel a été créé par la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 et transposé dans notre droit par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux. Il est régi par les articles L. 551-1 à L. 551-12 du code de justice administrative pour les contrats de droit public.

Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat, qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats, qui constatent un manquement à ces règles, d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, **avant la signature du contrat**.

Entrent dans le champ du référé précontractuel :

– les marchés, au sens du code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ;

– les délégations de service public, régies par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ;

– les contrats de partenariat, réglementés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ;

– les baux emphytéotiques hospitaliers, soumis aux dispositions du code de la santé publique ;

– les concessions de travaux publics, régies par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 ;

– les concessions domaniales, soumises au code général de la propriété des personnes publiques, lorsqu'elles sont le support d'un des contrats administratifs entrant dans le champ du référé précontractuel.

En application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, les contrats soumis au référé précontractuel par les articles L. 551-1 et L. 551-5 du même code, soit les contrats devant faire l'objet d'une mise en concurrence ou d'une délégation de service public, peuvent également faire l'objet d'un référé contractuel.

Cependant, la rédaction adoptée par le Sénat présente une difficulté : le dispositif proposé est celui de la constitution d'une SEM à opération unique avec un candidat retenu puis de conclusion d'un contrat entre la SEM à opération unique et la personne publique : il est donc abusif d'évoquer un « contrat instituant une SEM à opération unique ».

En outre, le dispositif est redondant avec le droit existant : les dispositions en vigueur permettent au président du tribunal administratif, ou au magistrat qu'il délègue, d'être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs

de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Il est donc loisible aux autres candidats de saisir le juge administratif de la signature du contrat entre la SEM à opération unique et la personne publique dans le cadre d'un référé précontractuel (article L. 551-1 du code de justice administrative) comme d'un référé contractuel (article L. 551-13 du même code).

La rédaction adoptée par votre Commission à l'initiative de son rapporteur permet d'assurer que la procédure de sélection d'un actionnaire opérateur d'une SEM à opération unique pourra faire l'objet d'un référé précontractuel, comme la signature du contrat entre la SEM à objet unique et la personne publique.

*
* *

La Commission est saisie de l'amendement CL19 du rapporteur.

M. le rapporteur. L'article 1^{er} bis étend aux SEM à opération unique la procédure de recours précontractuel prévue par le code de justice administrative. La rédaction actuelle soulève néanmoins des difficultés. Il est par exemple maladroit de parler de « contrat instituant une société d'économie mixte à opération unique ».

La rédaction que nous proposons permet d'assurer que la procédure de sélection d'un actionnaire opérateur pourra faire l'objet d'un référé précontractuel. La possibilité d'engager un référé visant la signature du contrat entre la SEM à opération unique et la personne publique est d'ores et déjà couverte par la rédaction existante.

*La Commission **adopte** l'amendement.*

*En conséquence, l'article 1^{er} bis est **ainsi rédigé**.*

Article 2 [supprimé]

(art. L. 1541-1 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Statut de la société d'économie mixte contrat

Dans la proposition de loi initiale, le présent article proposait d'insérer un nouvel article L. 1541-1 dans le code général des collectivités territoriales, définissant la société d'économie mixte contrat, appellation à laquelle le Sénat a substitué celle de SEM à opération unique.

La commission des Lois du Sénat a préféré regrouper au sein de l'article 1^{er} de la présente proposition de loi l'ensemble des dispositions instituant les SEM à opération unique et définissant leur statut, en introduisant un nouvel article L. 1541-1 dans le code général des collectivités territoriales.

En conséquence, elle a adopté un amendement présenté par son rapporteur supprimant le présent article et les articles subséquents.

*
* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 3 [supprimé]

(art. L. 1541-2 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Organisation d'une mise en concurrence pour la sélection de l'actionnaire opérateur

Le présent article proposait d'insérer un nouvel article L. 1541-2 dans le code général des collectivités territoriales, définissant les principes encadrant l'appel public à manifestation d'intérêt destiné à choisir l'actionnaire opérateur par la personne publique pour intégrer le capital de la future SEM contrat.

Le choix de l'actionnaire opérateur et la définition de ses engagements seraient soumis au respect des principes traditionnels de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. La procédure de mise en concurrence serait précédée d'une publicité destinée à assurer la présentation de plusieurs offres concurrentes.

Le choix s'organiserait dans le cadre des procédures prévues par le code des marchés publics : procédure d'appel d'offres, procédure négociée ou dialogue compétitif.

Enfin, le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel public à manifestation d'intérêt et la date limite de réception des candidatures ou des offres serait d'au moins quarante jours.

Ces dispositions visaient ainsi à inscrire la nouvelle procédure d'appel public à manifestation d'intérêt dans les règles actuellement en vigueur en matière de concurrence, de publicité et de transparence des procédures.

La commission des Lois du Sénat a préféré adopter un amendement présenté par son rapporteur décrivant une procédure spécifique de mise en concurrence permettant la sélection de l'actionnaire opérateur à l'article 1^{er}, en introduisant un nouvel article L. 1541-3 dans le code général des collectivités territoriales. En conséquence, elle a adopté un amendement de suppression du présent article.

*
* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 4 [supprimé]

(art. L. 1541-3 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Exclusion de certaines personnes privées à soumissionner à une société d'économie mixte contrat

L'article 4 tendait à insérer un nouvel article L. 1541-3 dans le code général des collectivités territoriales visant à indiquer les personnes n'étant pas autorisées à soumissionner à une SEM contrat.

Cet article reprenait les dispositions de l'article 8 de 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 visant les personnes :

– condamnées pour certaines infractions pénales : justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus, tentative de justification mensongère (articles 222-38 et 222-40 du code pénal), escroquerie (articles 313-1 à 313-3 du code pénal), abus de confiance (articles 314-1 à 314-3 du code pénal), blanchiment (articles 324-1 à 324-6 du code pénal), faits de terrorisme (articles 421-2-1 et second alinéa de l'article 421-5 du code pénal), corruption active et trafic d'influence (articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4 et 435-9 du code pénal), entraves à l'exercice de la justice (articles 434-9 et 434-9-1 du code pénal), faux et usages de faux (articles 441-1 à 441-7 et 441-9 du code pénal), corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique (article 445-1 du code pénal), participation à une association de malfaiteurs (article 450-1 du code pénal), soustraction ou tentative de soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt (article 1741 du code général des impôts) ;

– n'ayant pas respecté la réglementation relative au travail dissimulé ou clandestin ;

– en état de liquidation judiciaire ;

– n'ayant pas satisfait à leurs obligations déclaratives en matière fiscale et sociale ;

– condamnée à une peine de confiscation prévue au 5° de l'article 131-39 du code pénal.

L'article L. 1541-3 du code général des collectivités territoriales introduit par la commission des Lois du Sénat à l'article 1^{er} de la présente proposition de loi renvoie aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance précitée. En conséquence, la commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de suppression de son rapporteur du présent article.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 5 [supprimé]

(art. L. 1541-4 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Attribution d'une opération à la société d'économie mixte contrat

Le présent article visait à insérer un nouvel article L. 1541-4 au sein du code général des collectivités territoriales tendant à fixer le cadre d'attribution du contrat pour lequel a été créée une SEM contrat ⁽¹⁾ à cette dernière.

Il prévoyait, d'une part, que la procédure d'attribution du marché, à l'origine de la création de la SEM contrat, serait dévolue à cette dernière selon le régime juridique du contrat, qui pourrait être une délégation de service public, une concession de travaux, une concession d'aménagement, un contrat de partenariat, un bail emphytéotique administratif ou encore un marché public.

Il définissait, d'autre part, le contenu du programme fonctionnel, destiné à permettre à la personne publique de définir les besoins nécessaires pour la réalisation de son projet. Ce programme indiquait, entre autres, les principales caractéristiques :

– de la SEM contrat, notamment la part minimale et maximale que la personne publique souhaiterait détenir au sein de la future société ainsi que les règles de gouvernance de celle-ci. L'actionnaire opérateur disposait de la faculté d'inclure dans son offre des projets de sous-traitance, pour répondre aux besoins du marché ;

– du pacte d'actionnaires ;

– du contrat qui serait attribué à la SEM.

Enfin, le présent article rappelait l'obligation de créer une commission d'appel d'offres en cas de recours, par la personne publique, de la procédure de dialogue compétitif. Cette commission aurait fixé la liste des entreprises ou des groupements d'entreprises autorisés à participer à cette procédure.

La commission des Lois du Sénat n'a pas été convaincue de l'utilité de ce dispositif : *« Comme l'ont relevé plusieurs personnes entendues par votre rapporteur, l'articulation des références au dialogue compétitif, à la procédure négociée et la précision, prévue à l'article 6, selon laquelle la procédure d'attribution du contrat à la future SEM dépendrait de la nature de celui-ci ne permet pas d'appréhender les modalités de la discussion entre la personne publique et les candidats.*

(1) Appellation à laquelle le Sénat a substitué celle de SEM à opération unique.

« Par ailleurs, les dispositions obligatoirement présentes dans le programme fonctionnel ne paraissent pas suffisantes pour permettre aux éventuels candidats de présenter une offre en adéquation avec les besoins de la personne publique. »⁽¹⁾

En outre, les dispositions relatives à la commission d'appel d'offres mise en place dans le cadre d'un dialogue compétitif sont celles définies par le code des marchés publics.

Aussi elle a adopté un amendement de son rapporteur à l'article 1^{er} prévoyant que la personne publique adopte une délibération dans laquelle elle définirait ses besoins et déterminerait les principales caractéristiques de la SEM à opération unique et de l'opération qui lui serait confiée et, par cohérence, adopté un amendement de suppression du présent article.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 6 [supprimé]

(art. L. 1541-5 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Procédure d'attribution d'un contrat à la société d'économie mixte contrat

Le présent article se proposait d'insérer, dans le code général des collectivités territoriales, un nouvel article L. 1541-5 précisant la procédure de choix de l'actionnaire opérateur.

Le I du présent article prévoyait que les offres déposées par les candidats auraient dû préciser, outre la part de capital investie par l'actionnaire opérateur dans la future SEM contrat, l'ensemble des informations permettant à la personne publique d'apprécier leur capacité à assumer, au sein de la société, la gestion de l'opération qui aurait été attribuée à cette dernière. La personne publique pouvait ainsi, dans ce cadre, demander toute précision ou tout complément aux candidats. Toutefois, ces demandes ne pouvaient entraîner une modification du projet initial de la personne publique ou des caractéristiques essentielles de la future SEM. Enfin, une prime pouvait être prévue dans l'avis public à manifestation d'intérêt et allouée soit à tous les candidats ayant déposé une candidature, soit aux seuls candidats les mieux classés dans la procédure.

Le II décrivait la procédure en cas de recours, par la personne publique, des procédures de dialogue compétitif ou de procédure négociée. Ainsi, en vertu des règles prévues par le code des marchés publics, la personne publique aurait engagé un dialogue avec chaque candidat, afin de définir, sur la base de son programme fonctionnel prévu à l'article 5, les moyens techniques et le montage

(1) Rapport n° 199 (2013-2014) de M. Jacques Mézard fait au nom de la commission des Lois du Sénat, 4 décembre 2013, p.31.

juridico-financier permettant de répondre à ses besoins. Le recours à ces procédures devait respecter le principe d'égalité, afin d'éviter que ne soit favorisé un candidat au détriment des autres. Ce dialogue prenait fin dès lors que la personne publique aurait été en mesure d'identifier la solution répondant à ses besoins. La personne publique demandait alors aux différents candidats de soumettre leurs offres. Elle arrêtait par ailleurs le contenu du pacte d'actionnaire ainsi que les statuts de la future société. Une prime pouvait également être allouée, soit à l'ensemble des candidats, soit à ceux dont le projet aurait été le mieux classé.

Constatant que le présent article ne faisait que reprendre les dispositions actuellement en vigueur en matière d'organisation d'un dialogue compétitif ou de procédure négociée, il n'est donc pas apparu pertinent à la commission des Lois du Sénat de les maintenir dans la présente proposition de loi. C'est pourquoi elle a adopté, à l'initiative de son rapporteur, un amendement de suppression du présent article.

*
* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 7 [supprimé]

(art. L. 1541-6 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Critères encadrant le choix de l'actionnaire opérateur

Le présent article prévoyait d'introduire un nouvel article L. 1541-6 dans le code général des collectivités territoriales, définissant les critères de choix de l'actionnaire opérateur de la SEM contrat.

Le I du présent article prévoyait que la procédure retenue par la personne publique pour sélectionner l'actionnaire opérateur visait à retenir la « *proposition économiquement la plus avantageuse* », après vérification de la capacité technique, financière et opérationnelle de la personne privée pour assumer la gestion de l'opération attribuée à la future SEM.

Le II précisait les critères sur lesquels aurait reposé le choix de la personne publique actionnaire, à savoir :

- le coût global de l'opération au regard de son bilan prévisionnel ;
- la part de risque assumée par l'actionnaire opérateur ;
- le respect des exigences du développement durable demandées par la personne publique.

Enfin, le III prévoyait une faculté de pondération des critères d'attribution ou, en cas d'impossibilité avérée, de hiérarchisation.

Constatant que le I et le III du présent article ne faisaient que rappeler les dispositions de droit commun en matière de passation des marchés publics et qu'un amendement à l'article 1^{er} avait intégré, au sein de la délibération prise par la personne publique avant le lancement de la constitution de la SEM à opération unique, les critères à prendre en compte pour apprécier la pertinence des candidatures au sein du capital de la future société et pour assumer la gestion d'une opération, la commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de suppression du présent article, à l'initiative de son rapporteur.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 8 [supprimé]

(art. L. 1541-7 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Possibilité de recours à la procédure négociée en cas d'échec de l'appel public à manifestation d'intérêt

Le présent article visait à introduire un nouvel article L. 1541-7 dans le code général des collectivités territoriales, prévoyant qu'en cas d'échec de la procédure destinée à choisir un actionnaire opérateur – absence de dépôt de candidature, irrégularité des candidatures ou candidatures ne répondant pas aux besoins de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire –, la personne publique pourrait recourir à la procédure négociée, selon les modalités prévues par la section II du chapitre IV du titre III de la première partie du code des marchés publics.

Le recours à cette procédure ne devait pas conduire à une modification substantielle des conditions initiales du contrat qui aurait été attribué à la SEM contrat. Il aurait fait l'objet d'un avis de publicité que la personne publique aurait pu s'abstenir de publier dans le cas où elle aurait réservé cette procédure aux seuls candidats ayant soumissionné à la SEM contrat et dont les candidatures auraient répondu aux exigences formelles de la procédure de passation.

Ces dispositions ont été intégrées, par l'adoption d'un amendement de son rapporteur, par la commission des Lois du Sénat à l'article 1^{er} de la présente proposition de loi, au sein d'un nouvel article L. 1541-4 du code général des collectivités territoriales. Aussi a-t-elle adopté un amendement de suppression de cet article proposé par son rapporteur.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 9 [supprimé]

(art. L. 1541-8 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Choix de l'actionnaire opérateur par la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales

Le présent article tendait à insérer un nouvel article L. 1541-8 au sein du code général des collectivités territoriales visant à décrire le rôle de la personne publique dans le cadre de la mise en concurrence pour la désignation de l'actionnaire opérateur.

Cet article disposait que l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale actionnaire ou l'organe délibérant du groupement de collectivités territoriales actionnaire aurait pris toutes les délibérations nécessaires à la constitution d'une SEM contrat (pacte d'actionnaires, contrat opérationnel, contrat connexe). Aux termes de cet article, l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant pourrait également déclarer infructueuse la procédure d'appel public à manifestation d'intérêt. Les projets de délibération destinés à la mise en œuvre de cette procédure auraient été accompagnés d'une information sur le coût global de l'opération, afin d'éclairer les élus dans le cadre de cette procédure.

À la suite du choix du partenaire privé, la personne publique actionnaire aurait informé les candidats non retenus. Un délai d'au moins dix jours aurait alors dû être respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat avec la personne privée retenue. Ce délai était destiné à permettre aux candidats non retenus de saisir le juge administratif dans le cadre d'un référé contractuel. Par ailleurs, à la demande d'un candidat évincé, la personne publique aurait indiqué, dans les quinze jours, les motifs du rejet de la proposition d'un candidat.

Le présent article prévoyait également la possibilité, pour la personne publique, de renoncer à la poursuite de la passation du contrat. Dans ce cas, elle en informerait l'ensemble des candidats.

Enfin, le contrat opérationnel entre la SEM contrat et la personne publique aurait été adressé à « l'autorité administrative », sans que cette notion soit clairement définie.

Le contrat attribué à la SEM contrat aurait été ensuite notifié à cette dernière dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés et avant tout commencement d'exécution.

Jugeant ces dispositions confuses, peu cohérentes avec les dispositions précédentes, et pour certaines reprenant des dispositions réglementaires existantes, la commission des Lois du Sénat a préféré supprimer cet article, sur proposition de son rapporteur.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 10 [supprimé]

(art. L. 1541-9 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Publication de l'avis public à manifestation d'intérêt

Le présent article proposait d'insérer dans le code général des collectivités territoriales un nouvel article L. 1541-9 selon lequel la personne publique actionnaire de la future SEM contrat aurait adressé, préalablement au lancement de l'appel public à manifestation d'intérêt destiné à choisir l'actionnaire opérateur, un avis à l'Office des publications de l'Union européenne, à un organe de publication habilité à recevoir des annonces légales et à un organe de publication spécialisé dans le secteur économique concerné par l'objet de la future SEM. L'avis ainsi publié aurait été conforme à un modèle fixé par les autorités européennes.

Constatant que ces dispositions relevaient aujourd'hui du domaine réglementaire (articles D. 1414-1, R. 1415-3 et R. 1415-6 du code général des collectivités territoriales), la commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de suppression du présent article proposé par son rapporteur.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 11 [supprimé]

(art. L. 1541-10 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Publication de l'avis d'attribution de l'actionnaire opérateur

Le présent article tendait à insérer un nouvel article L. 1541-10 au sein du code général des collectivités territoriales prévoyant que, dans un délai de trente jours à compter de la notification du choix de l'actionnaire opérateur, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales actionnaire au sein de la SEM contrat aurait adressé un avis d'attribution à l'Office des publications de l'Union européenne et aux organes de publication ayant publié l'avis de l'appel public à manifestation d'intérêt. Cet avis aurait été conforme au modèle fixé par les institutions européennes.

Le présent article relevant, comme le précédent, du domaine réglementaire, la commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de suppression de son rapporteur du présent article.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 12 [supprimé]

(art. L. 1541-11 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Fusion ou rattachement de la collectivité territoriale actionnaire d'une société d'économie mixte contrat à une autre collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales

Le présent article prévoyait d'insérer un nouvel article L. 1541-11 dans le code général des collectivités territoriales, tendant à prévoir les cessions d'actions d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales en cas de fusion ou de rattachement avec une autre collectivité territoriale ou un autre groupement de collectivités territoriales.

La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales actionnaire aurait cédé les actions détenues dans la SEM contrat à la nouvelle collectivité territoriale ou au nouveau groupement de collectivités territoriales issu de ce changement institutionnel, dans les six mois suivant la date à laquelle la fusion ou le rattachement aurait été devenu exécutoire. Dans le cas où la cession de parts n'aurait pas été opérée pendant ce délai, les actions auraient été cédées à leur valeur nette comptable, celle-ci ne pouvant être supérieure à leur valeur nominale globale.

Ces mêmes dispositions se seraient appliquées en cas de fusion ou de rattachement du groupement de collectivités territoriales actionnaire à un autre groupement.

Dans les deux cas, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales cessionnaire se serait substitué à la collectivité territoriale ou au groupement de collectivités territoriales actionnaire dans tous les actes, délibérations, contrats et décisions portant sur la société d'économie mixte contrat.

En théorie, le prix de cession des actions est librement défini entre le cédant et le cessionnaire. Or, les situations institutionnelles prévues par le présent article se seraient accompagnées des transferts d'actions qui, en l'état actuel du droit, ne sont ni automatiques ni liés à la totalité des actions détenues par une collectivité. Par ailleurs, le droit actuel dans le cas des SEM locales, prévu au dernier alinéa de l'article L.1521-1 du code général des collectivités territoriales, ne permet pas de répondre à tous les cas de figure, notamment en cas de rétention d'actions.

Lors de leur examen par la commission des Lois du Sénat, les présentes dispositions ont été modifiées et insérées, par l'adoption d'un amendement de son rapporteur, à l'article 1^{er}, au sein d'un nouvel article L. 1541-6 du code général

des collectivités territoriales. Aussi, par cohérence, la commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de suppression du présent article, proposé par son rapporteur.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 13 [supprimé]

(art. L. 1541-12 [nouveau] du code général des collectivités territoriales)

Transfert de compétences de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire à un autre groupement de collectivités territoriales

Le présent article proposait l'insertion d'un nouvel article L. 1541-12 au sein du code général des collectivités territoriales prévoyant le cas d'un transfert de compétences de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire de la SEM contrat à un autre groupement de collectivités territoriales, qualifié de groupement cessionnaire.

Comme dans le cas d'une fusion ou d'un rattachement prévu à l'article 12, la personne publique actionnaire aurait cédé ses actions dans les six mois suivants la date à laquelle le transfert aurait été exécutoire. Dans le cas où la personne publique actionnaire n'aurait pas procédé à cette cession, les actions auraient été cédées automatiquement au groupement de collectivités territoriales cessionnaire à leur valeur nette comptable, c'est-à-dire leur valeur brute minorée du montant des amortissements ou des provisions. Cette valeur nette comptable des actions n'aurait pu être supérieure à leur valeur nominale, c'est-à-dire sans prise en compte de l'inflation.

En outre, le groupement cessionnaire se serait substitué dans les actes, délibérations, contrats et décisions portant sur la SEM contrat.

Comme dans le cadre des dispositions de l'article 12, les dispositions du présent article ont été précisées et intégrées à l'article 1^{er} par la commission des Lois du Sénat par adoption d'un amendement de son rapporteur. Par cohérence, elle a adopté un amendement de suppression de ce dernier.

*

* *

La Commission maintient la suppression de cet article.

Article 14

(Chapitre III [nouveau] du titre VI du livre VIII de la première partie et art. L. 1863-1 [nouveau] du code général des collectivités territoriales, art. L. 381-10 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie)

Recours aux sociétés d'économie mixte à opération unique dans les collectivités d'outre-mer régies par le principe de spécialité législative

Le présent article prévoit de rendre applicable le recours à la SEM à opération unique pour les communes situées en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, territoires régis par le principe de spécialité législative.

Dans la proposition de loi initiale, un nouvel article L. 1541-13 du code général des collectivités territoriales visait à étendre les dispositions de la présente proposition de loi aux départements et régions d'outre-mer ainsi qu'aux collectivités régies par l'article 74 de la Constitution.

Comme l'a remarqué la commission des Lois du Sénat, cette extension n'apparaît pas utile pour les départements et régions d'outre-mer⁽¹⁾ pour lesquels s'applique le principe d'identité législative. L'article 73 de la Constitution dispose en effet que les lois et les règlements y sont applicables de plein droit. Ils peuvent néanmoins faire l'objet d'aménagements afin de tenir compte des spécificités de ces territoires.

En revanche, l'article 74 de la Constitution prévoit que le statut des collectivités d'outre-mer⁽²⁾ détermine « *les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables* ». Si les statuts de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon prévoient que, sauf exception, les lois et règlements y sont applicables de plein droit, la Polynésie française, les îles Wallis et Futuna (qui ne sont pas divisées en communes) ainsi que la collectivité *sui generis* de Nouvelle-Calédonie sont régies par le principe de spécialité législative, en vertu duquel les lois et règlements n'y sont applicables que sur mention expresse ou s'ils y ont été rendus applicables par un texte spécial. L'application aux communes et groupements de communes présents dans ces territoires impose donc une mention expresse.

Néanmoins, ces dispositions ne peuvent s'appliquer à la collectivité de Saint-Martin, de Saint-Barthélemy, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de la Polynésie française, ainsi qu'à la Nouvelle-Calédonie et à ses provinces, dont le statut relève de la loi organique, en application des articles 74 et 78 de la Constitution.

La commission des Lois du Sénat a donc adopté un amendement de son rapporteur prévoyant explicitement une application des dispositions de la présente proposition de loi afin de permettre aux communes et groupements de communes

(1) La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, Mayotte et La Réunion.

(2) La Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et les îles Wallis et Futuna.

de la Polynésie française (qui disposent de dispositions spécifiques au sein du code général des collectivités territoriales) et de la Nouvelle-Calédonie (qui sont régies par un code spécifique) de recourir à la constitution d'une SEM à opération unique.

La commission des Lois a amélioré ce dispositif en adoptant deux amendement de simplification rédactionnelle et de précision, présentés par son rapporteur.

*
* *

*La Commission **adopte** successivement les amendements rédactionnels CL20 et CL21 du rapporteur.*

*Puis elle **adopte** l'article 14 **modifié**.*

Article 15 [supprimé]

Compensation des conséquences financières de la proposition de loi pour les collectivités territoriales

Afin que la présente proposition de loi soit jugée recevable au regard des règles fixées par l'article 40 de la Constitution, le présent article prévoyait une compensation financière des conséquences éventuelles résultant de l'application de la proposition de loi pour les collectivités territoriales et l'État.

Aussi le présent article visait à prévoir un gage, en l'espèce, la compensation, à due concurrence, des charges éventuelles pour les collectivités territoriales qui résulteraient de l'application de la loi issue de la présente proposition de loi par une majoration de la dotation globale de fonctionnement et, corrélativement pour l'État, par la création d'une taxe additionnelle aux droits sur les tabacs prévus aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.

La commission des Lois du Sénat a estimé « *que ce gage n'apparaissait pas utile, dans la mesure où les collectivités territoriales et leurs groupements disposaient déjà de la faculté de recourir à la constitution d'une SEM. Les dispositions de la proposition de loi ne visent qu'à définir une nouvelle catégorie de SEM dont la caractéristique principale est la mise en concurrence, non pas au moment de l'attribution d'un contrat, mais lors du choix de l'actionnaire opérateur. En d'autres termes, l'introduction de nouvelles modalités dans le choix du cocontractant au sein de la SEM n'est pas une source d'aggravation des charges publiques* »⁽¹⁾ et, en conséquence, a adopté un amendement de son rapporteur supprimant le présent article.

(1) Rapport n° 199 (2013-2014) de M. Jacques Mézard fait au nom de la commission des Lois du Sénat, 4 décembre 2013, p.40.

*

* *

*La Commission **maintient la suppression** de cet article.*

Intitulé de la proposition de loi

Par cohérence avec la nouvelle appellation de la SEM adoptée à l'article 1^{er}, la commission des Lois du Sénat a adopté un amendement de son rapporteur visant à modifier l'intitulé de la proposition de loi qui porterait, non plus sur la création des SEM contrat, mais des SEM à opération unique.

À l'initiative de son rapporteur, votre commission des Lois a apporté une amélioration à l'intitulé de la présente proposition de loi en précisant que son objet est de non de créer directement, mais de permettre la création, par les collectivités territoriales et leurs groupements, de SEM à opération unique.

*

* *

*La Commission **adopte** l'amendement de précision CL22 du rapporteur.*

*Puis elle **adopte** l'ensemble de la proposition de loi **modifiée**.*

*

* *

En conséquence, la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République vous demande d'adopter la proposition de loi, adoptée par le Sénat, permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique (n° 1630), dans le texte figurant dans le document annexé au présent rapport.

TABLEAU COMPARATIF

Dispositions en vigueur	Texte de la proposition de loi	Texte adopté par la Commission
	<p>Proposition de loi tendant à créer des sociétés d'économie mixte à opération unique</p> <p>Article 1^{er}</p> <p>Le livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales est complété par un titre IV ainsi rédigé :</p> <p>« Titre IV</p> <p>« Sociétés d'économie mixte à opération unique</p> <p>« Art. L. 1541-1 (nouveau). – I. – Dans le cadre de ses compétences, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins une personne privée, sélectionnée après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-3, une société d'économie mixte à opération unique.</p> <p>« La société d'économie mixte à opération unique est constituée à titre exclusif en vue de la conclusion d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales dont l'objet est :</p> <p>« 1° Soit la réalisation d'une opération de construction, de logement ou d'aménagement ;</p> <p>« 2° Soit la gestion d'un service public ;</p> <p>« 3° Soit toute autre opération</p>	<p>Proposition de loi permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique</p> <p>amendement CL22</p> <p>Article 1^{er}</p> <p><i>(Alinéa sans modification)</i></p> <p><i>(Alinéa sans modification)</i></p> <p><i>(Alinéa sans modification)</i></p> <p>« Art. L. 1541-1. – I. –</p> <p>... avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après ...</p> <p>amendement CL5</p> <p>« La société d'économie mixte à opération unique est constituée pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales dont l'objet unique est :</p> <p>amendements CL6, CL7 et CL8</p> <p>« 1° ...construction, de développement du logement ...</p> <p>amendement CL9</p> <p>« 2° <i>(Sans modification)</i></p> <p>« 3° <i>(Sans modification)</i></p>

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

« *Cet objet social unique ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat.*

amendement CL10

« *Le contrat peut inclure la conclusion entre la société d'économie mixte à opération unique et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales d'un bail emphytéotique administratif nécessaire à la réalisation de son objet.*

amendement CL11

« II. –

« II. – Sous réserve des dispositions du présent titre, la société d'économie mixte à opération unique revêt la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et par le titre II du livre V de la première partie du présent code. Elle est composée, par dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce, d'au moins deux actionnaires. Elle ne peut pas prendre de participation dans des sociétés commerciales.

... titre II *du présent livre.*
Elle est ...

amendement CL12

« III. –

« III. – Les statuts de la société d'économie mixte à opération unique fixent le nombre de sièges d'administrateur ou de membres du conseil de surveillance dont dispose chaque actionnaire. Ils sont attribués en proportion du capital détenu, ce nombre étant, le cas échéant, arrondi à l'unité supérieure.

... de *siège*
d'administrateur ou de *membre* du ...

amendement CL13

« Le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est un représentant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

(*Alinéa sans modification*)

« La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de la personne privée ne peut être inférieure à 15 %.

... capital *des*
actionnaires opérateurs économiques ne peut ...

amendement CL14

Code de commerce

Art. L. 225-1. – Cf. annexe

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

« IV. – La société d'économie mixte à opération unique est dissoute de plein droit à la réalisation ou à l'expiration de son objet.

« IV. –

... plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré.

amendement CL15

« Art. L. 1541-2. – **Supprimé**

« Art. L. 1541-2 (nouveau). – Par délibération de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales définit ses besoins pour la réalisation de l'opération qui fait l'objet du contrat conclu avec la société d'économie mixte à opération unique.

« Cette délibération comporte notamment :

« 1° Les principales caractéristiques de la société d'économie mixte à opération unique : la part de capital que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales souhaite détenir ; les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité ou le groupement de collectivités souhaite disposer sur l'activité de la société définies, le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires ; la part de risque assumée par chaque actionnaire ;

« 2° La nature et les principales caractéristiques des équipements et des constructions projetés et leurs conditions de mise en œuvre par la société d'économie mixte à opération unique ;

« 3° La possibilité et le cadre dans lequel la société d'économie mixte à opération unique peut conclure un ou plusieurs contrats de sous-traitance concourant à la réalisation de l'objet du contrat confié à la société d'économie mixte à opération unique ;

« 4° Le coût prévisionnel global de l'opération, en moyenne annuelle, pour la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la part dans sa capacité de

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

financement annuelle ;

« 5° Le régime juridique du contrat conclu avec la société d'économie mixte à opération unique.

« Art. L. 1541-3 (nouveau). – I. – La personne privée, qualifiée d'actionnaire opérateur, est sélectionnée après une procédure d'appel public à manifestation d'intérêt. L'appel public à manifestation d'intérêt comporte l'ensemble des éléments inclus dans la délibération adoptée par la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales prévue à l'article L. 1541-2.

« Dans ce cadre, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes.

« La procédure d'appel public à manifestation d'intérêt tient lieu de mise en concurrence pour les contrats de sous-traitance prévus, conformément à l'article L. 1541-2, dans la délibération de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

« Le choix de l'actionnaire opérateur est soumis aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

« Ne peuvent soumissionner à une société d'économie mixte à opération unique les personnes mentionnées à l'article 8 de 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.

« Les offres des candidats déterminent les moyens techniques et financiers permettant la réalisation de

« Art. L. 1541-3. – I. – Sous réserve du présent article, la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant les procédures applicables aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique.

« Sont applicables les procédures subséquentes pouvant être mises en œuvre lorsque l'appel public à la concurrence est infructueux.

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

Art. 8. – Cf. annexe

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

l'opération conclue avec la société d'économie mixte à opération unique.

« La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales peut demander à chaque candidat toute précision ou tout complément sans que ces demandes n'aient pour effet de modifier les éléments fondamentaux des caractéristiques de la société d'économie mixte à opération unique ou du contrat à conclure avec celle-ci, de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire entre les candidats.

« La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales sélectionne le candidat ou, le cas échéant, les candidats ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, après vérification de leurs capacités techniques, opérationnelles et financières.

« II. – Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel public à manifestation d'intérêt et la date limite de réception des candidatures ne peut être inférieur à quarante jours.

« Une prime allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres sont les mieux classées peut être prévue dans l'avis d'appel public à manifestation d'intérêt.

« II. – Les candidats susceptibles d'être sélectionnés pour être actionnaires opérateurs de la société d'économie mixte à opération unique doivent respecter les conditions de recevabilité des candidatures propre à la procédure applicable au contrat destiné à être conclu.

Supprimé

« III. – En complément des informations obligatoires selon la nature du contrat destiné à être conclu, l'avis d'appel public à la concurrence comporte un document de préfiguration, précisant la volonté de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales de confier l'opération projetée à une société d'économie mixte à opération unique à constituer avec le ou les candidats sélectionnés.

« Ce document de préfiguration de la société d'économie mixte à opération unique comporte notamment :

« 1° Les principales caractéristiques de la société

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

d'économie mixte à opération unique : la part de capital que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales souhaite détenir ; les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité ou le groupement de collectivités souhaite disposer sur l'activité de la société définies, le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires ; les règles de dévolution des actif et passif de la société lors de sa dissolution ;

« 2° Le coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et sa décomposition.

« IV. – Les critères de sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques sont définis et appréciés par la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales conformément aux règles applicables selon la nature du contrat destiné à être conclu avec la société d'économie mixte à opération unique. Le coût global de l'opération est apprécié en tenant compte de la souscription au capital et au financement de la société d'économie mixte à opération unique.

« V. – À l'issue de la mise en concurrence et de la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques, sont arrêtés et publiés les statuts de la société d'économie mixte à opération unique, ainsi que, le cas échéant, le pacte d'actionnaires conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et le ou les opérateurs actionnaires économiques sélectionnés.

« VI. – Le contrat, comportant les éléments prévus par l'appel public à la concurrence, est conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique, qui est substituée aux candidats sélectionnés pour l'application des modalités de passation prévues selon la nature du contrat.

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

« Art. L. 1541-4 (nouveau). – Lorsque l'appel public à manifestation d'intérêt est infructueux en raison de l'absence de dépôt de candidature, de l'irrégularité des candidatures proposées ou du dépôt de candidatures ne répondant pas aux besoins de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales, la personne publique peut recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis de publicité, dès lors que les conditions initiales de l'opération proposée ne sont pas substantiellement modifiées.

« Art. L. 1541-5 (nouveau). – La conclusion du contrat entre la société d'économie mixte à opération unique et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales obéit aux modalités applicables, selon le cas, aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics.

« Art. L. 1541-6 (nouveau). – I. – En cas de fusion ou de rattachement de la collectivité territoriale actionnaire avec une autre collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, la collectivité territoriale actionnaire cède ses actions, à leur valeur nominale, à la date à laquelle la fusion ou le rattachement est devenu exécutoire.

« En cas de fusion ou de rattachement du groupement de collectivités territoriales actionnaire avec un autre groupement de collectivités territoriales, le groupement de collectivités territoriales actionnaire cède ses actions, à leur valeur nominale, à la date à laquelle la fusion ou le rattachement est devenu exécutoire.

« Art. L. 1541-4. – **Supprimé**

« Art. L. 1541-5. – **Supprimé**

amendement CL16

« Art. L. 1541-6 (nouveau). – I. – En cas de transformation, de fusion ou de rattachement de la collectivité territoriale actionnaire d'une société d'économie mixte à opération unique au sein d'une autre collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, la collectivité territoriale actionnaire lui cède ses actions, à leur valeur nominale, à la date à laquelle la transformation, la fusion ou le rattachement est devenu exécutoire.

amendement CL17

« En cas de transformation, de fusion ou de rattachement du groupement de collectivités territoriales actionnaire d'une société d'économie mixte à opération unique au sein d'un autre groupement de collectivités territoriales, le groupement de collectivités territoriales actionnaire lui cède ses actions, à leur valeur nominale, à la date à laquelle la transformation, la fusion ou le rattachement est devenu exécutoire.

amendement CL17

Dispositions en vigueur	Texte de la proposition de loi	Texte adopté par la Commission
<p>—</p> <p>Code de justice administrative</p> <p><i>Art. L. 551-1.</i> – Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu’il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l’exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d’exploitation, ou la délégation d’un service public.</p>	<p>—</p> <p>« La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales cessionnaire est substitué au cédant dans tous les actes, délibérations, contrats et décisions en lien avec l’objet de la société d’économie mixte à opération unique.</p> <p>« II. – En cas de transfert de compétences de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire au bénéficiaire d’une autre collectivité territoriale ou d’un autre groupement de collectivités territoriales, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales actionnaire cède ses actions, à leur valeur nominale, à la date à laquelle le transfert de compétences est devenu exécutoire.</p> <p>« La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales est substitué au cédant dans tous les actes, délibérations, contrats et décisions en lien avec l’objet de la société d’économie mixte à opération unique. »</p> <p>Article 1^{er} <i>bis</i> (nouveau)</p> <p>Après le premier alinéa de l’article L. 551-1 du code de justice administrative, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :</p>	<p>—</p> <p>... territoriales <i>bénéficiaire de la cession</i> est substitué ...</p> <p>amendement CL23 rectifié</p> <p>« II. – En cas de transfert de la <i>compétence qui fait l’objet du contrat conclu avec la société d’économie mixte à opération unique</i> de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales actionnaire au bénéficiaire d’une autre collectivité territoriale ou d’un autre groupement de collectivités territoriales, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales actionnaire <i>lui</i> cède ses actions, à leur valeur nominale, à la date à laquelle le transfert de la <i>compétence</i> est devenu exécutoire.</p> <p>amendement CL18</p> <p>... territoriales <i>bénéficiaire de la cession</i> est substitué ...</p> <p>amendement CL23 rectifié</p> <p>Article 1^{er} <i>bis</i></p> <p><i>Le code de justice administrative est ainsi modifié :</i></p> <p><i>1° Au premier alinéa des articles L. 551-1 et L. 551-5, les mots : « ou la délégation d’un service public » sont remplacés par les mots : « la délégation d’un service public ou la sélection d’un actionnaire opérateur d’une société d’économie mixte à opération unique » ;</i></p>

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.

Art. L. 551-5. – Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu’il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l’exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d’exploitation, ou la délégation d’un service public.

Le juge est saisi avant la conclusion du contrat

Art. L. 551-6. – Le juge peut ordonner à l’auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l’exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l’expiration des délais impartis.

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

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

L’astreinte, qu’elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L’astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s’il est

« Il peut également être saisi en cas de manquement à ces obligations dans le cadre du contrat instituant une société d’économie mixte à opération unique. »

Supprimé

2° La première phrase du premier alinéa de l’article L. 551-6 est complétée par les mots : « ou la constitution de la société d’économie mixte à opération unique »

Dispositions en vigueur	Texte de la proposition de loi	Texte adopté par la Commission
<p>établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.</p>	<p>Articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13</p>	<p>Articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13</p>
<p><i>Art. L. 551-10.</i> – Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.</p>	<p>(Supprimés)</p>	<p>3° Au premier alinéa de l'article L. 551-10, après le mot : « contrat » sont insérés les mots : « ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique » et après les mots : « collectivité territoriale » sont insérés les mots : « , un groupement de collectivités territoriales ».</p>
<p>Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise.</p>	<p>Article 14</p>	<p>Article 14</p>
<p>Code général des collectivités territoriales</p>	<p>I. – Le titre VI du livre VIII du code général des collectivités territoriales est complété par un chapitre III ainsi rédigé :</p>	<p>I. – (Alinéa sans modification)</p>
<p><i>Art. L. 1541-1 à L. 1541-6.</i> – Cf. <i>supra art 1^{er}</i></p>	<p>« Chapitre III</p>	<p>(Alinéa sans modification)</p>
	<p>« Sociétés d'économie mixte à opération unique</p>	<p>(Alinéa sans modification)</p>
	<p>« Art. L. 1863-1. – Les dispositions des articles L. 1541-1 à L. 1541-6, en tant qu'elles s'appliquent aux communes et à leurs groupements, sont applicables aux sociétés d'économie mixte à opération unique créées par les communes de la Polynésie française ainsi que leurs groupements. »</p>	<p>« Art. L. 1863-1. – Les dispositions des articles L. 1541-1 à L. 1541-6 sont applicables aux sociétés d'économie mixte à opération unique créées par les communes de la Polynésie française ou par leurs groupements. »</p>
	<p>II (nouveau). – Le chapitre I^{er} du</p>	<p>amendement CL20</p>
		<p>II. – (Alinéa sans modification)</p>

Dispositions en vigueur

Texte de la proposition de loi

Texte adopté par la Commission

titre VII du livre III de la partie législative du code des communes de la Nouvelle-Calédonie est complété par un article L. 381-10 ainsi rédigé :

« Art. L. 381-10. – Les communes et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés d'économie mixte à opération unique.

« Sous réserve de dispositions contraires, les articles L. 1541-1 à L. 1541-6 du code général des collectivités territoriales sont applicables aux sociétés d'économie mixte à opération unique mentionnées au présent article. »

Article 15

(Supprimé)

« Art. L. 381-10. – (Alinéa sans modification)

...
au premier alinéa du présent ...

amendement CL21

Article 15

Suppression maintenue

ANNEXE AU TABLEAU COMPARATIF

Code de commerce	90
<i>Art. L. 225-1</i>	
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	90
<i>Art. 8</i>	

Code de commerce

Art. L. 225-I. – La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le nombre des associés ne peut être inférieur à sept.

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

Art. 8. – Ne peuvent soumissionner à un marché passé par un pouvoir adjudicateur défini à l'article 3 ou par une entité adjudicatrice définie à l'article 4 :

1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, au deuxième alinéa de l'article 421-5, à l'article 433-1, au second alinéa de l'article 433-2, au huitième alinéa de l'article 434-9, au second alinéa de l'article 434-9-1, aux articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 et 450-1 du code pénal, à l'article 1741 du code général des impôts et aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et L. 317-8 du code de la sécurité intérieure ;

2° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ;

3° Les personnes soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce, les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du même code ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger. Les personnes admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché ;

4° Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement. Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues au présent alinéa ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

5° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes qui ont été sanctionnées par la résiliation de leur marché ou qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d’approvisionnement ou en matière de sécurité de l’information, à moins qu’elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu’elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en doute ;

6° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu’elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l’État.

La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes qui se portent candidates ainsi qu’à celles qui sont membres d’un groupement candidat.

PERSONNES ENTENDUES PAR LE RAPPORTEUR

Direction générale des collectivités territoriales

- Mme Françoise Tahéri, sous-directrice des finances locales et de l’action économique
- M. Olivier Benoist, chef du bureau du contrôle de légalité
- Mme Delphine Dufaure-Malves, adjointe au chef du bureau des interventions économiques

Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

- Mme Catherine Delort, sous-directrice du droit de la commande publique
- Mme Céline Frackowiak, adjointe au chef de bureau de la réglementation générale de la commande publique
- Mme Océane Verrier, consultante au bureau de la réglementation générale de la commande publique

Université Pierre-Mendès-France – Grenoble II

- M. Sébastien Brameret, maître de conférences

Fédération des entreprises publiques locales

- M. Thierry Durnerin, directeur général
- M. Alexandre Vigoureux, responsable du département juridique

Union des transports publics et ferroviaires

- M. Bruno Gazeau, délégué général

Institut de la gestion déléguée

– M. Pierre-Emeric Chabanne, délégué général

Union nationale des services publics industriels et commerciaux

– Mme Marie Dubois, déléguée générale

Caisse des dépôts et consignations

– M. Yves Aguiton, directeur du département gestion des participations à la direction du développement territorial et du réseau

– Mme Marie-Michèle Cazenave, directrice adjointe des relations institutionnelles

Organismes ayant fait parvenir une contribution écrite

Association des maires de France

Assemblée des communautés de France

Conseil national de l'ordre des architectes

– Mme Catherine Jacquot, présidente

Union nationale des syndicats français d'architecture

– Mme Marie-Francoise Manière, présidente

Syntec-Ingénierie, Fédération professionnelle de l'ingénierie

– Mme Karine Leverger, déléguée générale

Vinci Concessions

– M. Louis-Roch Burgard, président