

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

X I V ^e L É G I S L A T U R E

Compte rendu

Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République

Mercredi

16 avril 2014

Séance de 10 heures 30

Compte rendu n° 49

SESSION ORDINAIRE DE 2013-2014

- Examen de la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à créer des sociétés d'économie mixte à opération unique (n° 1630) (M. Erwann Binet, rapporteur)..... 2
- Échange de vues sur les travaux de la Commission..... 16
- Informations relatives à la Commission 16

**Présidence
de M. Jean-Jacques
Urvoas,
Président**



La séance est ouverte à 10 heures 30.

Présidence de M. Jean-Jacques Urvoas, président.

La Commission examine, sur le rapport de M. Erwann Binet, la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à créer des sociétés d'économie mixte à opération unique (n° 1630).

M. le président Jean-Jacques Urvoas. Mes chers collègues, nous examinons ce matin cette proposition de loi, qui a été adoptée dans un climat consensuel au Sénat.

M. Erwann Binet, rapporteur. 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 aujourd'hui 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.

Depuis 2008, les institutions européennes ont ouvert la possibilité 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 imposées par les traités et les directives européennes.

Quatre années après que la faculté de mettre en œuvre un tel régime eut été clairement affirmée, les parlementaires ont pris acte que son application en France supposait une initiative législative : pas moins de six propositions de loi rédigées dans les mêmes termes ont été déposées par des parlementaires de six groupes différents à l'Assemblée nationale et au Sénat.

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 UDI-UC, 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 et M. Antoine Lefèvre. À l'Assemblée nationale, des préoccupations équivalentes avaient abouti au dépôt de propositions de loi identiques à l'initiative de Philippe Vigier et Jean-Marie Sermier ainsi que de votre rapporteur, soulignant par là même le caractère transpartisan de l'attente des élus locaux. Une démarche comparable avait permis la création dans notre droit du statut des sociétés publiques locales d'aménagement, devenues SPL (sociétés publiques locales).

Le présent texte, en effet adopté à l'unanimité par les sénateurs, propose ainsi d'introduire, parmi les 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 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 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 non seulement 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 se révèle indispensable d'en assurer la sécurité juridique afin de permettre aux différents acteurs de s'en saisir pleinement.

Je rappellerai brièvement que la possibilité de mettre en place un partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI) par une procédure unique de mise en concurrence a été reconnue par les institutions européennes dans le cadre des règles du droit communautaire.

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

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

Ces partenariats 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.

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 – l'eau, l'énergie, les déchets – et, dans une moindre mesure, dans les transports publics.

La société est créée pour des contrats de longue durée, celle-ci étant dissoute à la fin du contrat.

Les modalités de gouvernance reflètent le souci des partenaires publics et privés de parvenir entre eux à un équilibre.

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

Cette formule a été reconnue par le droit européen, même si les pouvoirs publics français ont hésité à la mettre en œuvre. Une communication interprétative de la Commission européenne a reconnu, le 5 février 2008, le bon sens et la possibilité juridique de mettre en œuvre une procédure unique de mise en concurrence.

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 partenariat pourrait être attribué à celui-ci sans que soit organisée une nouvelle mise en concurrence. En conséquence, la Commission européenne estime que la mise en place d'un tel partenariat est en conformité avec les principes du droit européen « tout en évitant les problèmes liés à une double procédure ».

Les conclusions de la communication interprétative de la Commission européenne ont été confirmées par la Cour de justice des communautés européennes dans sa décision *Acoset* du 15 octobre 2009, laquelle a validé un tel dispositif unique mis en œuvre en Italie. La seule limite posée à cette souplesse par la Cour est que la société à capital mixte ne doit avoir pour unique objet, pendant toute la durée du contrat, que la réalisation de l'opération qu'elle s'est vu attribuer. Toute modification substantielle du contrat entraînerait une obligation de mise en concurrence.

La Commission européenne et la Cour de justice ont ainsi montré qu'une concurrence efficace et pragmatique et une étroite coopération organique entre une personne publique et le secteur privé n'étaient pas exclusives et s'adaptent 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.

À la suite d'une saisine de la ministre de l'Économie et du ministre de l'Intérieur de l'époque sur la possibilité d'introduire dans le droit français une formule de PPPI, le Conseil d'État a répondu en 2009 que le droit en vigueur dans notre pays ne permettait pas de mettre en œuvre une telle procédure sans modification législative. Aussi l'objet de la présente proposition de loi est-il de prévoir la faculté, pour les collectivités territoriales ou leurs groupements, de recourir à une nouvelle forme d'entité mixte, appelée « SEM à opération unique ».

Cette nouvelle catégorie d'entreprise publique locale compléterait la panoplie dont disposent déjà aujourd'hui les collectivités territoriales, 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.

La proposition de loi présente en effet de nombreux avantages pour les personnes publiques : un risque financier limité à son apport en capital, le maintien de son influence grâce à la présidence des organes délibérants et à une minorité de blocage et la possibilité de bénéficier de l'expertise et de la technicité du secteur privé.

Une SEM à opération unique serait une nouvelle catégorie d'entreprise publique locale – et non pas 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. Elle serait constituée 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. 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.

La société serait créée pour un objet unique portant sur la réalisation d'une opération de service public, de construction ou d'aménagement. Elle serait dissoute au terme de l'exécution de ce contrat.

Selon le texte adopté par le Sénat, la personne privée, qualifiée d'actionnaire opérateur, serait choisie au terme d'une procédure *ad hoc* simplifiée de mise en concurrence dénommée « appel public à manifestation d'intérêt », qui remplacerait les autres procédures d'appel public à la concurrence.

Enfin, la proposition de loi prévoit la cession de parts dans le cadre de certaines situations institutionnelles – fusion, rattachement, transfert de compétences des collectivités actionnaires.

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 manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis un tel contrat.

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.

Cependant, les auditions menées par votre rapporteur ont montré que la solution retenue par le Sénat risquait de rencontrer deux écueils.

Tout d'abord, 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 publics, concessions d'aménagement ou marchés publics, ne respecterait pas le caractère formel des exigences du droit européen de la commande publique.

Ensuite, la rédaction retenue par le Sénat laisse 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.

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 et aux complications qui pourraient en résulter pour les élus et les collectivités.

Aussi paraît-il plus sage de prévoir que le partenaire opérateur sera sélectionné dans le strict respect des procédures de mise en concurrence existantes. 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 – délégation de service public, concession de travaux publics, marché public, concession d'aménagement –, 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.

C'est le sens de l'amendement CL16 le plus important que je vous proposerai d'adopter : il vise à mettre en œuvre la SEM à opération unique telle que le Sénat l'a définie, dans le cadre d'un dispositif juridique sécurisé ne risquant pas de voir l'ensemble de l'opération remise en cause pour non-respect des principes du droit de la commande publique, après plusieurs années de fonctionnement.

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 *Acoset* 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.

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*

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. Hiest 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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

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*

La Commission maintient la suppression de cet article.

Intitulé de la proposition de loi

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

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

*

* *

Échange de vues sur les travaux de la Commission.

M. Jean-Frédéric Poisson. Monsieur le Président vous avez rappelé, la semaine dernière que la réforme pénale pourrait être discutée avant l'été. Avez-vous des éléments plus précis à nous communiquer sur le programme de travail de notre Commission ?

M. le président Jean-Jacques Urvoas. Monsieur le vice-président, vous savez combien je suis soucieux de la bonne information des membres de la Commission, il va de soi que dès que je disposerai de tels éléments, je les communiquerai à chacun immédiatement.

M. Guillaume Larrivé. Je m'exprime en ma qualité de co-rapporteur sur la mise en application des lois du 17 mai 2013 instituant le conseiller départemental. Il serait judicieux qu'avec M. Pascal Popelin, rapporteur de ces textes, nous puissions travailler sur l'application de ces textes.

M. le président Jean-Jacques Urvoas. Monsieur le député, il va de soi que votre souhait ne peut être qu'exaucé, soucieux que je suis de satisfaire l'opposition.

La séance est levée à 11 heures 20.



Informations relatives à la Commission

La Commission a désigné

– *M. Guy Geoffroy*, co-rapporteur sur la mise en application de la loi qui serait issue de l'adoption définitive du projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (n° 1814) ;

– *M. Philippe Gosselin*, co-rapporteur sur la mise en application de la loi qui serait issue de l'adoption définitive de la proposition de loi de M. Bruno Le Roux, Mme Marie-Anne Chapdelaine, M. Erwann Binet, Mme Barbara Pompili, M. François de Rugy, Mme Véronique Massonneau et les membres du groupe Socialiste, républicain et citoyen et apparentés relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant (n° 1856).

Membres présents ou excusés

Présents. - Mme Nathalie Appéré, M. Christian Assaf, Mme Marie-Françoise Bechtel, M. Erwann Binet, M. Dominique Bussereau, Mme Colette Capdevielle, Mme Marie-Anne Chapdelaine, M. Éric Ciotti, M. Jean-Michel Clément, M. Gilbert Collard, Mme Pascale Crozon, M. Jean-Pierre Decool, M. Sébastien Denaja, Mme Françoise Descamps-Crosnier, Mme Virginie Duby-Muller, M. Olivier Dussopt, M. Matthias Fekl, M. Georges Fenech, M. Hugues Fourage, M. Édouard Fritch, M. Bernard Gérard, M. Daniel Gibbes, M. Yves Goasdoué, M. Philippe Gosselin, M. Philippe Goujon, M. Philippe Houillon, M. Sébastien Huyghe, Mme Marietta Karamanli, Mme Nathalie Kosciusko-Morizet, M. Guillaume Larrivé, M. Jean-Yves Le Bouillonnet, M. Patrick Mennucci, M. Pierre Morel-A-L'Huissier, Mme Nathalie Nieson, M. Jacques Pélissard, M. Edouard Philippe, M. Sébastien Pietrasanta, Mme Elisabeth Pochon, M. Jean-Frédéric Poisson, M. Dominique Raimbourg, Mme Cécile Untermaier, M. Jean-Jacques Urvoas, M. Daniel Vaillant, M. Patrice Verchère, M. Jean-Luc Warsmann

Excusés. - M. Jacques Bompard, M. Marcel Bonnot, M. Sergio Coronado, M. Marc-Philippe Daubresse, M. Patrick Devedjian, M. Marc Dolez, Mme Laurence Dumont, M. Guy Geoffroy, M. Armand Jung, M. Bernard Lesterlin, M. Alfred Marie-Jeanne, Mme Sandrine Mazetier, M. Bernard Roman, M. Roger-Gérard Schwartzberg, Mme Marie-Jo Zimmermann

Assistait également à la réunion. - M. Paul Molac