

N° 201

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 1999-2000

Annexe au procès-verbal de la séance du 2 février 2000

AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur les conclusions de la commission des Affaires économiques et du Plan sur la proposition de loi de MM. Jean-Pierre RAFFARIN, Francis GRIGNON, Louis ALTHAPÉ, Pierre ANDRÉ, Philippe ARNAUD, Mme Janine BARDOU, MM. Bernard BARRAUX, Michel BÉCOT, Georges BERCHET, Jean BIZET, Jean BOYER, Marcel DENEUX, Jean-Paul ÉMIN, André FERRAND, Hilaire FLANDRE, Jean FRANÇOIS-PONCET, Alain GÉRARD, François GERBAUD, Mme Anne HEINIS, MM. Pierre HÉRISSON, Rémi HERMENT, Jean HUCHON, Patrick LASSOURD, Jean-François LE GRAND, Guy LEMAIRE, Paul NATALI, Louis MOINARD, Jean PÉPIN, Charles REVET et Raymond SOUCARET, tendant à favoriser la **création et le développement des entreprises sur les territoires,***

Par M. Paul GIROD,

Sénateur.

(1). Cette commission est composée de : MM. Jacques Larché, *président* ; René-Georges Laurin, Mme Dinah Derycke, MM. Pierre Fauchon, Charles Jolibois, Georges Othily, Michel Duffour, *vice-présidents* ; Patrice Gélard, Jean-Pierre Schosteck, Jacques Mahéas, Jean-Jacques Hyest, *secrétaires* ; Nicolas About, Guy Allouche, Jean-Paul Amoudry, Robert Badinter, José Balareello, Jean-Pierre Bel, Christian Bonnet, Robert Bret, Guy-Pierre Cabanel, Charles Ceccaldi-Raynaud, Marcel Charmant, Raymond Courrière, Jean-Patrick Courtois, Luc Dejoie, Jean-Paul Delevoye, Gérard Deriot, Gaston Flosse, Yves Fréville, René Garrec, Paul Girod, Daniel Hoeffel, Jean-François Humbert, Pierre Jarlier, Lucien Lanier, Simon Loueckhote, François Marc, Bernard Murat, Jacques Peyrat, Jean-Claude Peyronnet, Henri de Richemont, Simon Sutour, Alex Türk, Maurice Ulrich.

Voir les numéros :

Sénat : 254 (1998-1999), 189 et 200 (1999-2000).

Aménagement du territoire.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS.....	3
EXPOSÉ GÉNÉRAL.....	4

I. LES INTERVENTIONS ÉCONOMIQUES DES COLLECTIVITÉS LOCALES	6
A. L'AIDE DES COLLECTIVITÉS LOCALES À LA CRÉATION D'ENTREPRISES : UN RÉGIME FOISSONNANT MARQUÉ PAR DE NOMBREUSES INCERTITUDES JURIDIQUES.....	6
1. <i>Le dispositif en vigueur</i>	6
a) Les aides directes.....	6
b) Les aides indirectes.....	8
2. <i>Les limites du dispositif en vigueur</i>	10
a) De très fortes incertitudes juridiques.....	10
b) Des initiatives locales souvent en décalage par rapport au droit en vigueur.....	12
B. LA PROPOSITION DE LOI : UNE RÉFORME PARTIELLE DU RÉGIME EN VIGUEUR, DESTINÉE À MIEUX DÉFINIR LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION ÉCONOMIQUE DES COLLECTIVITÉS LOCALES EN FAVEUR DE LA CRÉATION D'ENTREPRISE.....	15
1. <i>La participation des collectivités locales aux incubateurs territoriaux et aux fonds «d'amorçage»</i>	15
a) La participation des collectivités locales aux incubateurs d'entreprises (article L. 1511-7 du code général des collectivités territoriales).....	15
b) La participation des collectivités locales aux fonds «d'amorçage» (article L. 1511-9 du code général des collectivités territoriales).....	21
2. <i>Le versement d'une aide au jeune créateur d'entreprise</i>	25
3. <i>Les subventions des collectivités territoriales aux organismes distribuant des avances remboursables</i>	26
II. LA CREATION D'UN PATRIMOINE PROFESSIONNEL D'AFFECTION	30
A. AU TERME D'UNE RÉFLEXION MENÉE PENDANT UNE DIZAINE D'ANNÉES, LE LÉGISLATEUR A PRÉFÉRÉ LA FORME SOCIÉTAIRE.....	31
B. UNE TENTATIVE D'ÉLABORATION D'UN RÉGIME JURIDIQUE DU PATRIMOINE D'AFFECTION QUI SE HEURTE À DES OBJECTIONS MULTIPLES.....	36
III. L'ACCÈS DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES AUX MARCHÉS PUBLICS	39
A. L'ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE DES MARCHÉS PUBLICS AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES.....	41
1. <i>Les préférences autorisées par le droit en vigueur</i>	41
2. <i>La proposition de loi : une attribution préférentielle des marchés publics aux PME</i>	42
B. LE FRACTIONNEMENT DES MARCHÉS PUBLICS PAR LOTS.....	45
1. <i>Le droit en vigueur</i>	45
2. <i>La proposition de loi : faciliter l'allotissement des marchés publics</i>	46
C. DÉLAIS DE RÈGLEMENT DES MARCHÉS PUBLICS.....	48
1. <i>Le droit en vigueur</i>	48
2. <i>Le bilan de l'application du droit en vigueur</i>	50
3. <i>La solution préconisée par la proposition de loi</i>	52
ANNEXE : Amendements adoptés par la commission des Lois	59

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Réunie le 2 février 2000 sous la présidence de M. Jacques Larché, la commission des Lois a procédé, sur le rapport pour avis de M. Paul Girod, à l'examen des conclusions de la commission des Affaires économiques et du Plan sur la proposition de loi n° 254 présentée par M. Jean-Pierre Raffarin et plusieurs de ses collègues de cette commission, tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires.

Après avoir rappelé que la proposition de loi résultait de travaux menés par un groupe de travail constitué au sein de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le thème « Nouvelles entreprises et territoires », M. Paul Girod, rapporteur, a indiqué qu'elle regroupait un ensemble de dispositions ayant pour ambition de remédier à une situation préoccupante et spécifique à la France, caractérisée par une régression constante, au cours des dix dernières années, du nombre de créations d'entreprises.

Ayant observé que les conclusions de la commission saisie au fond reprenait, moyennant certains ajustements pertinents, dix-sept des vingt-trois articles rassemblés sous les quatre titres constituant la proposition de loi initiale, certaines dispositions étant apparues comme prématurées ou méritant une réflexion plus approfondie, il a précisé que la commission des Lois était saisie pour avis de sept d'entre eux traitant de trois sujets distincts : les interventions économiques des collectivités locales, et en particulier leur participation aux incubateurs et aux fonds «d'amorçage» ainsi que le versement de subventions aux organismes distribuant des avances remboursables (articles 3 et 6) ; la distinction des biens personnels de l'entrepreneur et du patrimoine affecté à l'exploitation dans les entreprises individuelles (articles 14 et 15 de la proposition de loi initiale) ; la promotion de l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics (articles 14 à 16).

Après avoir approuvé la disjonction des dispositions relatives au patrimoine d'affectation, la commission des Lois a, sous réserve de ses observations et de l'adoption de douze amendements ayant essentiellement pour objet d'instaurer des mécanismes prudentiels permettant de prémunir les collectivités locales contre le risque financier, émis un avis favorable sur la proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires dans le texte adopté par la commission des Affaires économiques et du Plan.

Mesdames, Messieurs,

La proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires, présentée par M. Jean-Pierre Raffarin et plusieurs de ses collègues de la commission des Affaires économiques, aujourd'hui soumise à l'examen de la commission des Lois pour certains de ses aspects, est le fruit des travaux menés par un groupe de travail de cette commission constitué au mois de juin 1999 sur le thème « Nouvelles entreprises et territoires ».

Ce groupe de travail a eu pour ambition, selon les termes de l'exposé des motifs de la proposition de loi, d'imaginer un ensemble de mesures propres à « *donner un nouveau souffle à la création d'entreprises* » et à réduire les disparités de développement entre les territoires en mettant en place « *une boîte à outils pour les acteurs du développement local* ».

Il apparaît en effet urgent de tirer les conséquences d'une situation préoccupante caractérisée par la régression du nombre de création d'entreprises en France depuis dix ans, qu'il s'agisse des créations ex-nihilo (204.000 en 1989 ; 166.190 en 1998, soit - 18,5 %) ou de l'ensemble des créations et reprises (306.129 en 1989 ; 266.446 en 1998, soit - 13 %)¹. Ces chiffres alarmants, qui font apparaître un déficit global de plus de 43.000 créations en 1998 par rapport à 1989, ne révèlent pas non plus d'inversion de tendance dans la période la plus récente pourtant marquée par une reprise de l'activité économique. L'inquiétude ne peut en outre que croître lorsque ces données statistiques sont mises en rapport avec celles relatives aux défaillances d'entreprises : en dépit d'une stabilisation à compter de 1995,

¹ Evolution du nombre de créations d'entreprises

	1989	1994	1995	1996	1997	1998
Créations et reprises	310.000	294.131	284.853	275.586	271.087	266.446
Dont créations ex-nihilo	204.000	183.764	178.764	171.941	166.850	166.190

Source INSEE - APCE

consécutive à un pic atteint en 1993, plus de 50.000 entreprises continuent de faire l'objet d'une procédure collective chaque année en France.

Comme le met très clairement en évidence le rapport établi par notre excellent collègue, M. Francis Grignon, au nom de la commission des affaires économiques, examiné le 26 janvier dernier, ces chiffres traduisent une **singularité française préoccupante** dans le concert économique international, en particulier au regard de la situation d'autres pays tels que les Etats-Unis ou la Grande-Bretagne. Cette singularité tient en grande partie à l'absence, dans notre pays, de sécurisation de la création d'entreprise, qui constitue trop souvent l'enjeu d'une vie dès lors que tout échec en ce domaine est durement sanctionné, l'acte de création étant très généralement perçu, non sans raison, comme une épreuve assimilable à un « parcours du combattant ».

Or, **sécuriser et encourager la création d'entreprises** constitue un impératif pour assurer le développement et la compétitivité de notre économie et un enjeu crucial pour restaurer un équilibre en matière d'aménagement du territoire et revivifier les zones rurales.

Avec le souci de remédier à cette situation d'urgence et compte tenu de l'insuffisance des initiatives gouvernementales, la commission des affaires économiques entend, par la présente proposition de loi, préconiser l'adoption d'un ensemble de dispositifs permettant de lever les principaux obstacles à la création d'entreprises concernant les difficultés d'accès au financement, en particulier pour les projets de taille modeste, la précarité du statut du créateur d'entreprise, qui souffre d'isolement et est souvent sévèrement pénalisé sur son patrimoine personnel en cas d'échec, les carences des dispositifs de soutien à la création, qu'il s'agisse de leur foisonnement, de leur manque de coordination et de lisibilité ou encore de leur excessive spécialisation au détriment des petites unités relevant des secteurs d'activité traditionnels et, plus généralement, du défaut de prise en considération des besoins des petites et moyennes entreprises dans les politiques publiques.

La proposition de loi est ainsi structurée en **quatre titres** traitant successivement, et de façon complémentaire, du développement économique territorial, du financement de la création et du développement des entreprises, de l'environnement juridique de la création des entreprises et des moyens permettant de faire de la promotion institutionnelle des petites et moyennes entreprises une véritable priorité.

Sur l'ensemble des **vingt trois articles** composant la proposition de loi dans son texte initial, les conclusions de la commission des Affaires économiques en ont retenu **dix sept**, certaines dispositions semblant prématurées ou méritant une réflexion plus approfondie. C'est ainsi que parmi les **sept articles dont votre commission des Lois est saisie pour avis**, deux ont été disjoints, les articles 14 et 15 de la proposition de loi initiale tendant à consacrer dans le code civil la distinction entre les biens personnels de l'entrepreneur individuel et le patrimoine professionnel affecté à l'exploitation de l'entreprise.

Les dispositions soumises à l'examen de votre commission des Lois peuvent être regroupées sous **trois volets** qui seront présentés successivement. Elles traitent respectivement de la participation des collectivités territoriales aux incubateurs et aux fonds «d'amorçage» et des subventions versées par ces mêmes collectivités aux organismes distribuant des avances remboursables (articles 3 et 6 de la proposition de loi), du patrimoine d'affectation pour les entreprises individuelles (articles 14 et 15 de la proposition de loi, disjoint par les conclusions de la commission des Affaires économiques) et des marchés publics réservés aux petites et moyennes entreprises (articles 20 à 22 de la proposition de loi, devenus les articles 14 à 16 dans les conclusions de la commission des Affaires économiques).

I. LES INTERVENTIONS ÉCONOMIQUES DES COLLECTIVITÉS LOCALES

A. *L'AIDE DES COLLECTIVITÉS LOCALES À LA CRÉATION D'ENTREPRISES : UN RÉGIME FOISSONNANT MARQUÉ PAR DE NOMBREUSES INCERTITUDES JURIDIQUES*

1. Le dispositif en vigueur

*L'article L. 1511-1 du code général des collectivités territoriales - qui a codifié les dispositions de la loi n° 82-6 du 7 janvier 1982 - précise que « les collectivités locales et leurs groupements peuvent, lorsque leur intervention a pour objet la **création** ou l'extension d'activités économiques, accorder des aides directes ou indirectes à des entreprises ».*

La loi de 1982 avait entendu distinguer les **aides directes** qui ne pouvaient être accordées par les collectivités locales que si elles avaient été expressément autorisées par la loi et les **aides indirectes** dont l'octroi était en principe libre. Mais ce dispositif initial a été corrigé, le législateur ayant ultérieurement réglementé certaines aides indirectes.

a) Les aides directes

En principe, toute aide directe non prévue par la loi est **illégal**.

Cependant, selon *l'article L. 1511-5 du code général des collectivités territoriales*, « *des actions de politique agricole et industrielle peuvent être entreprises par les collectivités territoriales ou leurs groupements dans le cadre de conventions conclues par eux avec l'Etat et fixant les modalités des aides qu'ils peuvent consentir* ». Dans la pratique, des aides de ce type ont été autorisées principalement dans le cadre des contrats de plan.

En outre, la jurisprudence semble avoir progressivement admis qu'une aide directe soit légale lorsqu'elle a pour finalité la promotion de la collectivité territoriale elle-même (Conseil d'Etat, 5 juillet 1996, Syndicat d'agglomération nouvelle de Saint-Quentin en Yvelines).

Le législateur a, par ailleurs entendu affirmer une **priorité régionale** en matière d'aides directes.

L'article L. 1511-2 du code général des collectivités territoriales dispose, en effet, que « les aides directes sont attribuées par la région dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat ».

En conséquence, les départements et les communes ne peuvent, en principe, accorder d'aides directes que si la région est intervenue préalablement (*Conseil d'Etat, 11 juillet 1991, Préfet de Haute Saône*). Le second alinéa de l'article L. 1511-2 précise que les différentes formes d'aides directes « peuvent être complétées par le département, les communes ou leurs groupements, lorsque l'intervention de la région n'atteint pas le plafond fixé par le décret mentionné à l'alinéa précédent ».

Cependant, même s'ils n'accordent aucune aide, les départements et les communes doivent être consultés sur les projets de la région (*article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales*).

• **La prime régionale à la création d'entreprises**

Régie par le décret n° 82-806 du 22 septembre 1982 modifié par le décret n° 88-51 du 15 janvier 1988, la prime régionale à la création d'entreprises est attribuée par le président du conseil régional en exécution d'une délibération de ce dernier. Elle est accordée conformément aux règles librement fixées par le conseil régional en contrepartie d'un nombre minimum d'emplois créés. La prime est plafonnée à 150.000 F, sauf si elle concerne une zone prioritaire définie par délibération du conseil régional (auquel cas elle peut être portée à 200.000 F). Elle peut être cumulée avec la prime régionale à l'emploi.

• **La prime régionale à l'emploi**

Régie par le décret n° 82-807 du 22 septembre 1982 modifié par le décret n° 88-52 du 15 janvier 1988, la prime régionale à l'emploi est accordée aux « entreprises ayant pour objet les activités déterminées par le conseil régional ». Une délibération du conseil régional détermine les conditions d'attribution, de liquidation, de versement et d'annulation ou de reversement de la prime.

Cependant, une partie des conditions d'octroi est déterminée par les textes réglementaires. Ainsi, les emplois doivent être permanents, être créés ou maintenus lors de la création, de l'extension, de la conversion ou de la reprise d'activités. Le chiffre d'affaires doit être inférieur à 300 millions de francs. Le

décret plafonne par ailleurs le montant de la prime de 10.000 F à 40.000 F par emploi permanent créé ou maintenu.

- **Les prêts, avances et bonifications d'intérêt**

Régies par le décret n° 82-808 du 22 septembre 1982 et l'arrêté du 23 janvier 1996, ces aides sont assez strictement définies à la fois quant à leurs bénéficiaires (qui sont en pratique les petites et moyennes entreprises), aux conditions financières qui peuvent être consenties et au plafond des engagements financiers.

Si elles ne sont pas formellement interdites par la loi, les prêts et avances aux conditions du marché peuvent être regardés comme portant atteinte au monopole des banques (Tribunal administratif de Lyon, 21 avril 1983, Préfet du Rhône c/ Ville de Lyon ; Tribunal administratif de Paris, 8 avril 1994, Préfet de Seine-Saint denis).

- b) *Les aides indirectes*

*L'article L. 1511-2 du code général des collectivités territoriales dispose que «les aides indirectes peuvent être attribuées par les collectivités territoriales ou leurs groupements, seuls ou conjointement». Ecartant une primauté régionale, le législateur n'a pas non plus établi de liste limitative des aides indirectes qui sont donc en principe **libres**. Toutefois, la réglementation ultérieure de certaines de ces aides conduit à distinguer **deux catégories** : les **aides indirectes réglementées**, à savoir les rabais sur les ventes et locations immobilières, les garanties d'emprunt et cautionnements, les participations au capital de sociétés ; les autres aides qui sont entièrement **libres**.*

- **Les rabais sur les ventes et locations immobilières**

*L'article L. 1511-3 du code général des collectivités territoriales précise que «la revente ou la location de bâtiments par les collectivités territoriales ou leurs groupements doit se faire **aux conditions du marché**. Toutefois, il peut être consenti des **rabais** sur ces conditions ainsi que des **abattements** sur les charges de rénovation de bâtiments industriels suivant les règles de plafond et de zone prévues par décret en Conseil d'Etat ».*

Selon le décret n° 82-809 du 22 septembre 1982, les collectivités peuvent seulement prendre en charge la différence existant entre le prix du marché et le prix de revient, tel qu'il résulte des opérations d'aménagement ou de réhabilitation réalisées par la collectivité sur des bâtiments industriels. Si elle a donc le droit d'aménager le terrain ou de réhabiliter des bâtiments industriels anciens, la collectivité doit néanmoins revendre en toute hypothèse au prix du marché. De même, la collectivité ne peut pas vendre des locaux pour **un franc symbolique** si le service des domaines a fait une évaluation bien supérieure (*Conseil d'Etat, 27 février 1995, Commune de Châlons-sur-Marne*).

En vertu du même décret, un rabais sur les ventes et locations de tous bâtiments peut être accordé dans les zones éligibles à la prime d'aménagement du territoire. Il peut s'élever à 25% du prix ou du loyer du bâtiment correspondant aux conditions du marché.

- **Les garanties d'emprunt et les paiements des commissions de garantie bancaire**

Les garanties d'emprunt ont été plus strictement encadrées dans la période récente en raison des risques financiers très lourds qu'ils peuvent faire courir aux collectivités locales en cas de défaillance de l'emprunteur. En conséquence, à la règle initiale du plafonnement des engagements, le législateur a ajouté de nouvelles règles prudentielles qui ont été précisées en dernier lieu par la loi du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

Parmi ces règles, la règle de **division du risque** prévoit que le montant des annuités garanties ou cautionnées au profit d'un même débiteur ne peut excéder 10% du montant total des annuités susceptibles d'être garanties. La règle de **partage du risque** a pour effet que les collectivités locales ne peuvent, seules ou conjointement, garantir qu'une fraction et non plus la totalité du montant de chaque emprunt. Quant au **plafonnement** des engagements, il limite à un pourcentage des recettes réelles de la section de fonctionnement le montant total des annuités garanties.

Par ailleurs, la loi du 12 avril 1996 a autorisé les collectivités locales à prendre en charge les **commissions** dues par les bénéficiaires de garanties d'emprunt accordées par les établissements de crédit. Cette aide ne peut néanmoins être cumulée, pour un même emprunt, avec la garantie ou le cautionnement accordé par une collectivité ou un groupement (*article L. 1511-3 du code général des collectivités territoriales*).

- **Les sociétés de garanties**

En principe, sauf autorisation donnée par décret en Conseil d'Etat, les collectivités locales ne peuvent prendre de participation dans le capital de sociétés commerciales autres que les sociétés d'économie mixte.

Néanmoins, dans le souci de mutualiser les risques, le législateur les a autorisées à participer au capital de sociétés anonymes ayant pour objet exclusif de garantir des concours financiers octroyés à des personnes de droit privé, notamment à **des entreprises nouvellement créées**.

Le régime de ces sociétés de garantie est néanmoins **fortement encadré**. Elles doivent obligatoirement revêtir la forme d'une **société anonyme** soumise au régime de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, détenir un capital d'au **moins 2,5 millions de francs** (voire plus dans certains cas en fonction du montant des encours garantis), avoir pour **objet unique** de **garantir** des concours financiers à des personnes morales de

droit privé à l'**exclusion de toute autre activité bancaire**, compter parmi ses actionnaires **au moins un établissement de crédit** au sens de la loi bancaire du 26 janvier 1984. Sous ces réserves, la proportion maximale du capital de la société de garantie susceptible d'être détenue par une collectivité locale, seule ou avec d'autres collectivités locales, est fixée à **50%**.

L'établissement de crédit ne peut en principe garantir plus de **50%** d'un concours financier. Mais la quotité susceptible d'être garantie est portée à **65%** lorsque la garantie est couverte par un fonds de garantie **ayant pour objet la création d'entreprises**. En outre, les engagements des fonds de garantie peuvent être couverts par **le fonds national de développement des entreprises** institué par la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

Au sein d'une société de garantie, les collectivités locales actionnaires détiennent **un certain nombre de sièges** et sont autorisées à participer, par le versement de **subventions**, à la constitution d'un ou plusieurs fonds de garantie auprès de l'établissement de crédit, afin de permettre à la société de couvrir les garanties autrement que par ses fonds propres. Dans cette hypothèse, une convention doit être conclue entre les collectivités actionnaires et l'établissement de crédit.

Outre ces différentes formes d'aides indirectes, il convient de relever, parmi les moyens dont disposent les collectivités locales pour favoriser la création d'entreprises sur leur territoire les **exonérations d'impôts locaux** qu'elles peuvent accorder, tout particulièrement les exonérations de taxe professionnelle.

2. Les limites du dispositif en vigueur

a) De très fortes incertitudes juridiques

Mises en évidence par un rapport particulier de la Cour des comptes sur « *les interventions des collectivités territoriales en faveur des entreprises* », les incertitudes du droit en vigueur ont été parfaitement analysées dans le rapport établi par M. Daniel Hoeffel, au nom du groupe de travail de votre commission des Lois sur la décentralisation, présidé par M. Jean-Paul Delevoye¹.

On relèvera notamment **trois séries d'incertitudes** qui peuvent affecter l'action des collectivités locales en faveur de la création d'entreprises.

La distinction établie entre **aides directes** et **aides indirectes** est apparue **ambiguë et peu opérationnelle**. L'aide indirecte, en principe libre en

¹ « *La décentralisation : Messieurs de l'Etat, encore un effort !* »(n° 239, 1996-1997).

droit national, n'a, en outre, pas de fondement en droit communautaire, lequel ne connaît pas cette distinction.

Le recours aux dispositions de l'article L. 1511-5 du code général des collectivités territoriales, qui permet la signature de conventions entre l'Etat et les collectivités locales pour « *des actions de politiques agricoles et industrielles* » a été très souvent **circonstanciel**, intervenant même parfois après la mise en oeuvre d'une action économique.

Enfin, constituant une aide indirecte n'ayant pas fait l'objet d'une réglementation particulière, **la cession de terrains** devrait en principe être libre. Cependant, la validité d'une cession de terrains au franc symbolique a été discutée en raison d'une décision du Conseil constitutionnel (n° 86-207 des 25 et 26 juin 1986) selon laquelle « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes privées poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* ».

Après que deux tribunaux administratifs (*Tribunal administratif de Besançon, 6 avril 1995, Préfet de Haute-Saône c/ Commune de Fougerolles ; Tribunal administratif de Montpellier, 26 juin 1996, Chaze c/ Commune de Nîmes et Arnadi c/ Région Languedoc-Roussillon*) eurent annulé des délibérations autorisant une cession au franc symbolique, le Conseil d'Etat a néanmoins **confirmé la validité** d'une cession de ce type « *lorsqu'elle est justifiée par des fins d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes* » (3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*).

Ces incertitudes sont, en outre, renforcées par **l'application du droit communautaire**.

L'article 92-1 du traité de Rome dispose que les aides accordées par les Etats « *sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* », sont interdites « *dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats* ». Toutefois, le Traité prévoit des catégories d'aides pouvant être considérées comme compatibles (article 92-2 et 3). Il s'agit notamment des « *aides destinées à faciliter le développement de certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». C'est le plus souvent sur ce fondement que la Commission européenne examine la compatibilité des régimes nationaux d'intervention économique avec les règles du marché commun. Les aides des collectivités locales sont soumises au respect des obligations communautaires.

En vertu de l'article 93-3 du Traité, les Etats membres ont l'obligation de **notifier** tout projet d'aide particulière ou de régime d'aides, afin de permettre à la Commission européenne de procéder à son examen. Seules les aides d'un montant trop modeste (aides *de minimis*) pour affecter les échanges entre Etats membres échappent à cette obligation. Ces aides *de minimis* ne

doivent pas dépasser 10.000 euros par entreprise, pour une période de trois ans.

Trois séries de difficultés ont été relevées par la Cour des comptes quant à la coexistence de normes de droit communautaire et de droit national. Outre le fait déjà mentionné par votre rapporteur que l'aide indirecte n'a pas de signification en droit communautaire, une seconde difficulté tient à ce que les dispositions communautaires applicables résultent d'actes de la Commission européenne **dont la valeur juridique demeure incertaine**. Enfin, les collectivités locales ne sont pas suffisamment et précisément informées des **obligations de notification** susceptibles de s'imposer au regard du droit communautaire.

b) Des initiatives locales souvent en décalage par rapport au droit en vigueur

L'enquête annuelle de la direction générale de la comptabilité publique sur la nature et le volume des aides des collectivités locales en faveur des entreprises fait ressortir qu'en 1997 le montant total des aides atteignait **13,9 milliards de francs**, soit un montant qui reste très modéré au regard de l'ensemble des dépenses des collectivités locales (1,5%).

Après un fléchissement en 1994, le volume des interventions économiques des collectivités locales s'est stabilisé.

Montant des aides des collectivités locales de 1992 à 1997
(en milliards de francs)

1992	1993	1994	1995	1996	1997
14,2	15	14,3	13,8	13,8	13,9

Source : DGCL

Les communes et leurs groupements jouent un rôle prépondérant dans la mise en œuvre des dispositifs d'aide aux entreprises. Elles ont accordé, en 1997, **44%** de l'ensemble des aides (soit une progression de plus de 6% par rapport à 1996), la part des départements s'établissant à 24% et celle des régions à 32%.

Parmi les **aides directes** (subventions, primes, prêts et avances, bonification d'intérêt, aides à l'achat et à la location de bâtiments et de terrains) - qui, bien qu'en diminution, représentent encore 72% du volume total des aides - la **prime régionale à l'emploi** et la **prime régionale à la création d'entreprises** ne représentent plus que 122 millions de francs, soit 1,2% des aides directes.

Le montant des **aides indirectes** - qui comprennent pour l'essentiel, les fonds de garanties, les prises de participation, les aménagements de zones et les études et conseils en gestion - sont en nette progression (23,5% du montant total des aides en 1997 contre 18,5% en 1996).

La majorité de ces aides concerne les secteurs de l'industrie, du commerce et de l'artisanat.

Ces données statistiques confirment les analyses effectuées par la Cour des comptes en 1996. Au titre des aides directes, les **primes régionales à l'emploi** et les **primes régionales à la création d'entreprises** sont **relativement délaissées**. En outre, les collectivités agissent largement **en dehors du cadre législatif établi en 1982**. Les collectivités locales sont plutôt tentées d'accorder des **prêts et avances à taux très bonifiés ou nuls**.

Au titre des aides indirectes, l'encours des **garanties d'emprunt** ou de **cautionnements** s'est stabilisé (245 milliards de francs en 1997) mais les nouvelles garanties accordées progressent de 8% par rapport à 1996.

En revanche, la participation aux **sociétés de capital-risque**, qui permettent d'apporter des fonds propres aux PME-PMI afin de les aider dans leur phase de démarrage ou de développement, connaît un plus grand succès même si, en droit, seules les régions peuvent participer librement au capital de telles sociétés, une autorisation par décret en Conseil d'Etat étant nécessaire pour les départements et les communes.

15 régions (21 départements) participaient en 1994 au capital de sociétés de développement régional, 18 régions (9 départements) au capital de sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (SICOMI) et 7 régions (7 départements) au capital d'autres sociétés à but lucratif. Ces participations restaient néanmoins modestes.

Outre des actions d'animation de leurs territoires, les collectivités locales ont surtout concentré l'essentiel de leurs interventions sur **les aides à l'immobilier d'entreprise et aux terrains** : aménagement de zones d'activités économiques ; réalisation d'ensembles immobiliers (« pépinières », « ateliers-relais ») destinés à accueillir des entreprises ; aides foncières et aides à la construction immobilière.

Ces évolutions des pratiques des collectivités locales se traduisent par de **fréquentes irrégularités** constatées par les chambres régionales des comptes.

La Cour des comptes a ainsi relevé une série de **manquements au respect des règles** :

- la création de régimes **d'aides directes** ou le **versement des concours** financiers aux entreprises sans fondement juridique ;

- l'octroi de divers avantages à des entreprises qui peuvent être regardées comme des aides directes mais qui **ne peuvent être rattachées** à aucun texte ni à aucun dispositif régional ;

- des aides indirectes à l'immobilier d'entreprise qui **excèdent les limites** fixées par les textes ;

- des irrégularités, bien que moins nombreuses et moins flagrantes, frappant l'octroi de **garanties**, la participation à des **fonds de garantie**, à des **sociétés de capital risque** et au **capital d'entreprises** ;

- l'intervention de certaines collectivités **dans le secteur concurrentiel** par le biais de leurs « satellites », en dehors de leur champ de compétences ;

- diverses pratiques, qui aboutissent à **confier à un tiers** l'octroi de concours publics.

Si elles doivent être déplorées, ces irrégularités témoignent néanmoins de **l'inadéquation** du cadre législatif en vigueur. C'est parce qu'elles sont appelées, souvent dans l'urgence, à apporter des **réponses** aux difficultés que connaît leur territoire que les collectivités sont appelées à privilégier les formules **les mieux adaptées**, au risque de se placer dans certains cas en marge de la légalité.

Il n'en reste pas moins qu'une telle situation ne peut être que périlleuse pour les collectivités et leurs élus, exposés à une **insécurité juridique permanente**, comme l'a parfaitement souligné le récent rapport d'étape présenté par M. Michel Mercier au nom de la mission sénatoriale d'information sur la décentralisation, présidée par M. Jean-Paul Delevoye¹.

Elle justifie une réforme d'ensemble du régime des interventions économiques des collectivités locales qui, selon les préconisations du groupe de travail de votre commission des Lois sur la décentralisation, devrait avoir pour triple objet une **meilleure coordination avec le droit communautaire**, la recherche d'une **plus grande complémentarité** des différentes interventions économiques et le **maintien des interdictions actuelles** et **l'approfondissement des règles prudentielles** qui protègent les collectivités locales contre des risques financiers excessifs.

Votre commission des Lois ne peut donc que déplorer que ces propositions n'aient à ce jour pas été mises en œuvre et que le projet de loi annoncé par le Gouvernement, en vue de réformer le régime des interventions économiques soit toujours attendu.

¹ « Sécurité juridique, conditions d'exercice des mandats locaux : des enjeux majeurs pour la démocratie locale et la décentralisation », rapport n° 166 (1999-2000).

B. LA PROPOSITION DE LOI : UNE RÉFORME PARTIELLE DU RÉGIME EN VIGUEUR, DESTINÉE À MIEUX DÉFINIR LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION ÉCONOMIQUE DES COLLECTIVITÉS LOCALES EN FAVEUR DE LA CRÉATION D'ENTREPRISE

Ne prétendant pas réformer l'ensemble du régime de l'action économique des collectivités locales, les **articles 3 et 6** de la proposition de loi tendent à lui apporter plusieurs aménagements destinés, d'une part, à prendre en compte la participation des collectivités locales à des **pôles d'incubation territoriaux** et à des **fonds «d'amorçage»**, d'autre part, à permettre aux collectivités locales de verser des **bourses aux jeunes créateurs d'entreprises** et, enfin, de les autoriser à subventionner des organismes d'aide à la création d'entreprises distribuant des **avances remboursables**.

Saisie pour avis, votre commission des Lois a examiné ces dispositions en cherchant à évaluer dans quelle mesure, d'une part, elles étaient de nature à apporter aux interventions des collectivités locales dans le domaine économique une **sécurité juridique accrue** et, d'autre part, elles **paraissaient adaptées** aux pratiques actuelles.

De nouvelles dispositions légales ne sauraient, en effet, s'imposer que pour autant qu'elles remédient effectivement à des **lacunes** ou à des **imprécisions** du cadre juridique en vigueur et qu'elles permettent d'accompagner et de soutenir les actions locales.

Cette double préoccupation est complétée par la volonté de votre commission des Lois de définir pour chaque type d'intervention économique des **mécanismes prudents** qui prémunissent les collectivités locales contre des **risques financiers excessifs**.

1. La participation des collectivités locales aux incubateurs territoriaux et aux fonds «d'amorçage»

L'article 3 de la proposition de loi insère dans le chapitre unique du titre 1^{er} (« *Aides aux entreprises* ») du livre V (« *Dispositions économiques* ») de la première partie (« *Dispositions communes* ») du code général des collectivités territoriales, deux *articles L. 1511-7* et *L. 1511-9* qui traitent respectivement des **incubateurs territoriaux** et des **fonds «d'amorçage»**.

a) La participation des collectivités locales aux incubateurs d'entreprises (article L. 1511-7 du code général des collectivités territoriales)

L'article *L. 1511-7* du code général des collectivités territoriales, dans la rédaction proposée par l'article 3 de la proposition de loi, tend à définir les modalités selon lesquelles les collectivités locales et leurs groupements peuvent participer à des incubateurs d'entreprises en création.

Parallèlement, l'article 4 de la proposition de loi permet l'attribution dans le cadre du contrat de plan Etat-région d'un label de « *pôle d'incubation territorial* ». L'octroi de ce label peut s'accompagner d'un engagement financier prioritaire de l'Etat en faveur des entreprises dont la création résulte directement de l'action de ces pôles labellisés.

D'ores et déjà, un certain nombre de collectivités locales ont apporté leur contribution à des dispositifs de ce type, qui permettent **d'accompagner** le créateur d'entreprise en lui apportant un soutien matériel ou immatériel.

Comme le souligne l'exposé des motifs de la proposition de loi, ces incubateurs « *sortes de [couveuses] des créateurs, (...) offrent un accompagnement professionnel pour tous les aspects de la création : expertise en matière de développement, d'industrialisation, de production ; expertise juridique en propriété intellectuelle, droit des sociétés, droit fiscal, droit social ; expertise financière avec l'aide à l'élaboration du plan d'affaires (business plan) et la recherche de partenaires financiers ; analyse de marché* ».

Il n'existe néanmoins pas de **recensement global** des initiatives locales dans ce domaine.

Sur un plan plus général, la formule des incubateurs d'entreprises a suscité un intérêt récent des pouvoirs publics avec l'adoption de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 relative à l'innovation et à la recherche, qui a autorisé les établissements de recherche et d'enseignement supérieur à participer à de telles structures. Il est donc possible de tirer les premiers enseignements des expériences en cours dans ce domaine.

• **Les incubateurs technologiques**

La mise en place d'incubateurs technologiques sur le fondement de la loi du 12 juillet 1999 témoigne d'une prise de conscience du décalage entre le formidable potentiel que constituent pour notre pays ses laboratoires de recherche et sa faible traduction en termes de créations d'entreprises technologiques. Ce faible rendement de la recherche française, souligné par le rapport établi en 1998 par M. Henri Guillaume, est largement imputable aux **multiples entraves**, notamment juridiques, qui découragent les créateurs d'entreprises.

Tenant de répondre à cette situation, la loi du 12 juillet 1999 a prévu qu'« *en vue de la valorisation des résultats de la recherche dans leurs domaines d'activité, (les laboratoires) peuvent, par convention et pour une durée limitée (...) fournir à des entreprises ou à des personnes physiques des moyens de fonctionnement, notamment en mettant à leur disposition des locaux, des équipements et des matériels* ».

La mise en œuvre de ce dispositif a fait l'objet d'un **appel à projet** lancé par le ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la

technologie et par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, en direction des établissements d'enseignement supérieur, des organismes de recherche, des professionnels de l'accompagnement des entreprises et des professionnels du capital-risque.

Les projets doivent couvrir tout ou partie du **parcours de la création d'entreprises de technologie**. Sont retenues d'une part les structures organisant les phases **d'émergence et de validation** (incubateurs), d'autre part les structures apportant des **financements en fonds propres** à ces entreprises (fonds «d'amorçage»).

Le soutien de l'Etat prend la forme de **subventions pour les incubateurs** et d'avances en capital pour les fonds «d'amorçage», dans le cadre d'une enveloppe de 200 millions de francs.

L'éligibilité des projets - qui peut concerner toute **personne morale de droit public ou de droit privé** - est appréciée à partir de **critères généraux** portant sur la capacité à conduire de façon durable à la création d'entreprises innovantes, sur l'existence de liens forts et mutuels avec les laboratoires publics et privés et avec le vivier des jeunes diplômés, sur le professionnalisme des animateurs. Doivent être privilégiés les projets orientés vers le développement des technologies de l'information et de la communication, du multimédia (notamment éducatif), des biotechnologies, des nouveaux matériaux, des micro-technologies et des technologies liées à l'environnement, à la qualité et à la sécurité.

Peuvent être prises en considération des structures d'accompagnement à la création d'entreprises technologiques, quelle qu'en soit la forme juridique, couvrant tout ou partie des **prestations suivantes** : la **détection et l'évaluation** des projets de créations d'entreprises au sein d'établissements d'enseignement supérieur et des organismes de recherche ; **l'hébergement et le soutien logistique** des porteurs de projets d'entreprises et des entreprises nouvellement créées ; **l'accompagnement de créateurs** dans l'élaboration de leur projet d'entreprise ; **l'information et la mise en relation** entre industriels, gestionnaires, financiers et scientifiques pour la création et le financement d'entreprises ; **la formation** de créateurs d'entreprises.

Ces incubateurs doivent signer avec les personnes physiques ou les entreprises qu'elles soutiennent, un **contrat** définissant les **prestations** apportées et leur **mode de remboursement**.

La subvention accordée par l'Etat doit couvrir **50%** des dépenses internes et externes qui peuvent être rattachées au soutien d'entreprises en création accueillies au sein de l'incubateur, dans les phases qui précèdent la commercialisation de produits.

La subvention fait l'objet d'une **convention** entre le ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie et l'incubateur, pour une **durée n'excédant pas trois ans**, qui devra régir les modes d'utilisation de

la subvention et indiquer les objectifs communs des signataires en matière de création d'activité économique. La convention doit prévoir des versements échelonnés, conditionnés par la justification régulière de l'emploi des fonds précédemment versés et par la réalisation d'objectifs de développement des entreprises soutenues.

Dans le cadre de cet appel à projet, **18 incubateurs** ont été sélectionnés.

Outre qu'ils concernent les activités « technologiques », ces incubateurs présentent plusieurs caractéristiques qui méritent d'être relevées : d'une part, ils associent des partenaires **publics** et **privés**, le financement public jouant le rôle d'« effet de levier » ; d'autre part, ils font l'objet d'une **participation des collectivités locales**, non pas en tant qu'autorités constitutives mais en qualité de financeurs ; enfin, beaucoup d'entre eux ont été constitués sous forme **d'associations préfiguratives** avant que dans un délai de deux ans fixé par le ministère, une nouvelle formule institutionnelle soit trouvée. Selon les précisions apportées par le ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, dans certains cas, les incubateurs ont été constitués dès l'origine sous forme de **sociétés anonymes** ou de **groupements d'intérêt public**. Cette dernière formule retiendrait l'attention d'autres incubateurs car elle permet la **participation de collectivités locales**.

• **Une double exigence : étendre l'objet des incubateurs d'entreprises à d'autres activités et sécuriser l'intervention des collectivités locales**

Si l'intérêt d'incubateurs d'entreprises ayant vocation à soutenir la création d'entreprises technologiques est indéniable - compte tenu de l'émergence progressive de ce qu'il est convenu d'appeler la « nouvelle économie » - il n'en reste pas moins que l'objectif de **développement du territoire** qui anime l'intervention des collectivités locales dans la création d'entreprises, justifie que cette formule soit étendue à **d'autres domaines d'activité** dont la promotion peut être un enjeu essentiel pour le territoire concerné.

L'incubateur « territorial » peut ainsi constituer, dans les domaines les plus variés, un outil efficace **d'aménagement** et de **développement** du territoire.

L'autre exigence est de **sécuriser** l'intervention des collectivités locales. Si le Gouvernement a reconnu comme légitime la participation des collectivités locales aux incubateurs technologiques, il n'a néanmoins proposé **aucun cadre juridique** permettant aux collectivités locales d'y participer dans des conditions satisfaisantes sur le plan juridique.

Or, force est de constater que les dispositions du code général des collectivités territoriales ne fournissent qu'une **base juridique incertaine** à ces interventions.

Comme votre rapporteur pour avis l'a déjà relevé, l'application des dispositions de *l'article L. 1511-5* qui permet la signature de conventions entre l'Etat et les collectivités locales pour « *des actions de politiques agricoles et industrielles* » a été très souvent **circonstancielle**, intervenant même parfois *a posteriori*. Ces dispositions ne semblent donc pas de nature à offrir une base juridique suffisante à l'intervention d'une collectivité au sein d'un incubateur, lequel, au demeurant, dans un grand nombre de cas, ne fait pas intervenir l'Etat.

Cette base juridique ne paraît pas non plus pouvoir être recherchée dans les dispositions - exposées ci-dessus - relatives à **l'aide à l'immobilier d'entreprises**, l'objet d'un incubateur d'entreprises étant plus large que la mise à disposition de terrains ou de locaux.

On pourrait certes considérer que dès lors que les aides indirectes sont en principe **libres** (*article L. 1511-2* du code général des collectivités territoriales), les actions des collectivités locales dans ce domaine ne justifieraient pas d'encadrement spécifique.

A l'examen, cet argument doit être écarté : d'une part, l'intervention de la collectivité locale n'est pas seulement indirecte puisqu'elle peut prendre la forme d'une **subvention** ; d'autre part, il paraît nécessaire de prémunir la collectivité locale contre des **risques financiers excessifs** en fixant notamment des règles de plafonnement ; enfin, le champ d'intervention de la collectivité pouvant recouvrir des domaines qui pour partie (la mise à disposition de locaux par exemple), font déjà l'objet d'une réglementation, l'absence de définition d'un cadre juridique homogène ne pourrait que nourrir des **incertitudes sur le droit applicable** et une **complexité** préjudiciable à l'efficacité de l'action publique locale.

En outre, le **choix de la structure** devant assumer la fonction d'incubation peut être pour la collectivité un enjeu important, dès lors qu'elle souhaite y participer. Les formules associatives l'exposent, en effet, au risque de la gestion de fait ; le recours à des sociétés anonymes se heurte quant à elle au principe selon lequel, sauf dans des cas limités expressément prévus par le législateur, les collectivités ne peuvent participer au capital de telles sociétés.

L'article L. 1511-7 du code général des collectivités territoriales, dans la rédaction proposée par l'article 3 de la proposition de loi, peut donc offrir un **cadre juridique sécurisé** pour la participation des collectivités locales à des incubateurs d'entreprises.

Dans sa rédaction initiale, la proposition de loi présentait néanmoins **plusieurs faiblesses** : d'une part, elle laissait entendre que dans tous les cas la collectivité locale interviendrait directement auprès du créateur d'entreprise,

alors même qu'elle pourrait souhaiter au contraire limiter son intervention à une aide versée à un organisme assumant la fonction d'incubation ; d'autre part, l'objet même de l'incubation ne faisait pas ressortir qu'elle devait aboutir à la création de l'entreprise ; par ailleurs, elle ne prévoyait aucune limite prudentielle à la faculté ainsi reconnue aux collectivités locales ; enfin, le cadre conventionnel qu'elle mettait en place restait elliptique sur les moyens pour la collectivité apportant son concours de faire prévaloir des objectifs d'intérêt général justifiant son intervention.

Votre rapporteur pour avis se félicite que les conclusions adoptées par la commission des Affaires économiques et du Plan aient permis de mieux préciser le dispositif sur ces aspects essentiels.

Le *premier alinéa de l'article L. 1511-7* établit en effet clairement la faculté pour une collectivité locale ou à un groupement, en vue de promouvoir le développement économique, de **verser une subvention** ou de **fournir une aide indirecte** (locaux, matériel, équipements) à une **personne morale** ayant pour objet l'incubation d'entreprises.

Le *deuxième alinéa de l'article L. 1511-7* rend pour sa part **obligatoire** la conclusion d'une **convention** entre la collectivité (ou le groupement) et l'incubateur et précise l'objet de cette convention : déterminer la nature, la durée et l'objet de l'intervention de la collectivité (ou du groupement) ainsi que les obligations incombant à l'incubateur.

La collectivité (ou le groupement) pourra ainsi clairement spécifier dans la convention le contenu de son engagement et exiger en contrepartie que l'incubateur assume certaines **obligations**, conformes aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la collectivité (ou le groupement), notamment au regard du développement du territoire.

Compte tenu de l'importance de ces stipulations contractuelles qui doivent conditionner l'engagement financier de la collectivité, votre commission des Lois vous propose, **par amendement**, d'indiquer qu'elles devront obligatoirement figurer dans la convention, **à peine de nullité** de celle-ci.

Par un autre **amendement**, votre commission des Lois vous suggère de préciser que la convention devra également prévoir le montant et les modalités de versement des aides.

Le *troisième alinéa de l'article L. 1511-7* autorise une collectivité locale à constituer elle-même l'incubateur d'entreprise, conjointement avec d'autres collectivités ou groupements, avec un ou plusieurs établissements publics et avec une ou plusieurs personnes morales de droit public ou privé.

Cette disposition est importante car elle permet de bien faire le départ entre les cas où une collectivité apporte son aide à un incubateur (*premier*

alinéa de l'article L. 1511-7) et ceux où elle souhaite assumer elle-même cette mission avec d'autres intervenants.

Cependant, la rédaction proposée ne précise pas quelle sera la **nature de la personne morale** qui sera mise en place pour prendre en charge cette mission commune.

En conséquence, elle laisse ouverte tant le recours à une **association** qu'à une **société**, à un **groupement d'intérêt économique ou d'intérêt public**.

Or, la première formule n'est pas sans risque juridique pour la collectivité concernée, notamment au regard du régime de la gestion de fait. On a vu ci-dessus que, dans le cadre des incubateurs technologiques, des associations n'avaient été mises en place qu'à titre de « préfiguration » de l'incubateur.

Le recours à une société anonyme pose également un problème puisque, sauf exceptions dûment prévues par le législateur, les collectivités ne peuvent pas en principe participer au capital de telles sociétés. Il en est de même pour les groupements d'intérêt économique.

Dans ces conditions, le recours à la formule du **groupement d'intérêt public** paraît le mieux adapté, dès lors que celle-ci permet d'associer la collectivité (ou le groupement) concernée à d'autres personnes morales de droit public **ou privé** dans un cadre juridique bien établi.

C'est pourquoi, par un **amendement**, votre commission des Lois vous propose de préciser que l'action conjointe de la collectivité (ou du groupement) sera mise en œuvre dans le cadre d'un **groupement d'intérêt public**.

Enfin, comblant une lacune du texte initial, le *dernier alinéa de l'article L. 1511-7* renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer le plafond des concours financiers des collectivités et groupements, **en pourcentage de leurs recettes réelles de fonctionnement**, ce qui constitue un bon indicateur de la capacité de la collectivité (ou du groupement) à réaliser un effort financier de ce type.

b) La participation des collectivités locales aux fonds «d'amorçage» (article L. 1511-9 du code général des collectivités territoriales)

L'article L. 1511-9 du code général des collectivités territoriales, dans la rédaction proposée par l'article 3 de la proposition de loi, tend à définir les modalités selon lesquelles les collectivités locales et leurs groupements peuvent participer à des fonds dits «d'amorçage».

Dans son rapport écrit au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, notre excellent collègue Francis Grignon a parfaitement mis en évidence que si le **capital-risque** a connu un **développement significatif**, en revanche le **capital «d’amorçage»** restait le **maillon faible** de la chaîne de financement.

Encourager la constitution de tels fonds est donc un objectif essentiel en vue d’encourager la création d’entreprises. Là encore, l’appel à projet lancé sur le fondement des dispositions de la loi du 12 juillet 1999 relative à l’innovation et à la recherche, constitue un précédent intéressant.

- **Les fonds «d’amorçage» « technologiques »**

Dans le cadre de cet appel à projet, il a été précisé que l’amorçage serait défini comme **l’apport de fonds propres** à des entreprises de technologie en création, présentant un fort potentiel de croissance et n’ayant pas encore de produit commercialisé ou n’ayant pas achevé les phases de développement ou de qualification de leur technologie.

Est considéré comme un fonds «d’amorçage» tout fonds qui s’engage à effectuer **plus de 75%** de ses investissements dans les entreprises liées à la recherche publique, au stade de l’amorçage, à l’occasion du premier tour de table ou lors d’augmentations de capital de sociétés pour lesquelles il a participé au premier tour de table. Le ratio de 75% est apprécié par rapport aux engagements de souscription.

De tels fonds dits «d’amorçage» peuvent être soutenus par l’Etat dans la limite d’une enveloppe de 100 millions de francs.

Parmi les différentes conditions exigées, on relèvera en particulier celle qui exige que les parts détenues par des investisseurs privés représentent au moins **30%** du capital du fonds.

En outre, la forme juridique privilégiée est celle du **fonds commun de placement à risque (FCPR)** même si une autre forme peut être retenue, sous réserve qu’elle assure l’autonomie de l’équipe de gestion, son professionnalisme, l’information des porteurs de parts, le respect des règles de la commission de opérations de bourse (COB) et des règles de déontologie.

Les investissements doivent être caractérisés par une assiette totale d’au moins 25 millions de francs, exclusivement dans des PME, le cas échéant lors du développement de ces dernières mais le fonds n’a pas vocation à accroître sa part du capital dans une même entreprise ou à investir dans une entreprise dont le tour de table inclut déjà des investisseurs.

Les parts détenues dans le fonds par des sociétés de valorisation d’établissements d’enseignement ou de recherche sont limitées à 40% du fonds.

L'Etat soutiendra les fonds «d'amorçage» qu'il aura sélectionnés en versant une avance en capital, remboursable, à la ou les sociétés de valorisation qui souhaitent souscrire au fonds. Le total des avances pour un fonds **ne pourra excéder 30%** du montant de l'assiette des investissements.

A l'issue d'une période n'excédant pas **douze ans**, la société de valorisation doit rembourser à l'Etat l'avance qu'elle aura reçue, majorée d'une participation aux plus-values nettes et autres produits du fonds, à hauteur de 50% de la quote-part des plus-values nettes et autres produits réalisés au cours de la vie du fonds grâce à cette avance.

Au terme des douze ans, si la société de valorisation ne récupère pas la totalité de l'investissement initial placé dans le fonds, le remboursement de l'avance se fera après déduction des pertes constatées sur l'investissement initial, au prorata de la part de l'Etat dans ce fonds, cette somme étant augmentée de la quote-part de l'Etat sur les éventuelles plus-values et autres produits du fonds au cours de la vie du fonds grâce à l'avance de l'Etat.

Depuis le lancement de l'appel à projet, plusieurs fonds «d'amorçage», à vocation nationale ou régionale, ont été lancés. En pratique, la formule du FCPR a été privilégiée, notamment parce qu'elle présente l'avantage d'avoir une durée de vie limitée. Mais 5 fonds régionaux se sont constitués sous la forme de sociétés de capital risque (SCR) prévus par la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985. La formule de la société financière d'innovation, prévue par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, a pu également être utilisée.

• **Une extension souhaitable du champ d'intervention des fonds «d'amorçage» dans un cadre juridique clarifié**

Comme pour les incubateurs, l'utilité des fonds dits d'« amorçage » ne saurait concerner le seul domaine des technologies, aussi essentiel que soit ce secteur dans le contexte économique actuel.

A l'instar de l'incubateur « territorial », la formule du fonds «d'amorçage» peut donc être un outil précieux pour favoriser le **développement économique des territoires**.

Encore faut-il que les aides que des collectivités ou des groupements sont susceptibles d'apporter à des fonds dits «d'amorçage» s'inscrivent dans un cadre juridique clair qui fait actuellement défaut.

L'article L. 1511-9 du code général des collectivités territoriales, dans la rédaction proposée par l'article 3 de la proposition de loi, tend à définir ce cadre juridique.

Dans sa rédaction initiale, il présentait néanmoins plusieurs lacunes : d'une part, il visait expressément la participation des collectivités à des « *fonds d'investissement dits d'amorçage* » alors même que ces fonds ne sont pas

qualifiés expressément comme tels par les textes en vigueur et *qu'a contrario*, cette rédaction aurait pu laisser entendre que la participation à d'autres fonds d'investissement n'aurait pas été possible ; d'autre part, il ne distinguait pas clairement les deux facultés ouvertes à une collectivité, à savoir soit abonder un fonds existant, soit participer à la constitution d'un fonds ; enfin, la mixité des financements, indispensables notamment pour éviter d'exposer la collectivité de manière excessive, n'était pas exigée.

Les conclusions adoptées par la commission des Affaires économiques et du Plan ont **mieux précisé le dispositif**.

Le *premier alinéa de l'article L. 1511-9* ouvre expressément la faculté à une collectivité territoriale ou un groupement, seule ou avec d'autres collectivités ou groupements, soit de participer à la constitution soit de doter par subvention, un fonds d'investissement dont l'objet est d'apporter des fonds propres à des entreprises en création.

Il indique, en outre, que la part des concours financiers **privés** ne pourra être inférieure à **30%**. Cette condition qui ne figurait pas dans le texte initial paraît essentielle pour assurer la **mixité** des financements et correspond à la pratique des fonds «d'amorçage» « technologiques ».

Le *deuxième alinéa de l'article L. 1511-9* prévoit la conclusion d'une **convention** entre la collectivité (ou le groupement) et le gestionnaire du fonds. Cette convention devra déterminer les modalités de fonctionnement du fonds, son champ d'intervention géographique ainsi que les conditions de restitution des financements éventuellement versés par la collectivité (ou le groupement), en cas de modification ou de cessation d'activité.

Ce dernier aspect paraît devoir être renforcé dans la mesure où il constitue un enjeu essentiel pour la protection des finances locales. C'est pourquoi, par un **amendement**, votre commission des Lois vous suggère une rédaction qui précise que la convention devra, **à peine de nullité**, comporter des stipulations relatives à ces modalités de restitution des concours financiers de la collectivité.

Ces modalités doivent porter non seulement sur la restitution de ces concours mais aussi, le cas échéant, des rémunérations que le fonds est susceptible d'assurer.

Outre le cas de cessation de l'activité du fonds, il convient d'envisager l'hypothèse où celui-ci ne réaliserait plus dans son objet **d'activité** «**d'amorçage**», auquel cas la collectivité qui n'a plus d'intérêt à la participation au fonds, doit être en droit de récupérer ses concours financiers.

Enfin, la convention doit prévoir les autres cas où ces restitutions devront avoir lieu. On peut songer notamment au cas où le fonds modifierait son champ d'intervention géographique, de telle sorte qu'il ne couvrirait plus le territoire de la collectivité.

Le *dernier alinéa de l'article L. 1511-9* renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les règles de plafond des concours financiers des collectivités (ou groupements), par référence aux recettes réelles de fonctionnement.

Par un **amendement**, votre commission des Lois vous suggère de préciser que le même décret devra définir les cas de restitution de plein droit aux collectivités et groupements des financements versés. En effet, s'il revient à la convention de préciser les modalités de ces restitutions, il paraît préférable que soient clairement indiqués au plan réglementaire les différents cas où cette restitution interviendra de plein droit.

2. Le versement d'une aide au jeune créateur d'entreprise

L'article 3 de la proposition de loi insère dans le code général des collectivités territoriales un *article L. 1511-8* qui permet le versement d'une aide à des jeunes créateurs d'entreprises.

Cette disposition s'inscrit dans le cadre d'un ensemble de mesures prévues par la proposition de loi qui sont destinées à **lever les freins psychologiques** à la création d'entreprise.

Dans sa rédaction initiale, il permettait le versement par une collectivité locale (ou un groupement) d'une « *allocation* » à un créateur d'entreprise, destinée à atténuer pour ce dernier les conséquences financières sur sa situation individuelle de son projet de création d'entreprise.

Plusieurs conditions étaient posées : d'une part, l'incubation devait avoir lieu dans un incubateur labellisé au contrat de plan (selon les dispositions de l'article 6 de la proposition de loi) ; d'autre part, le versement de cette allocation ne pouvait excéder deux ans ; l'octroi et le montant de l'allocation étaient fonction du changement de situation financière du bénéficiaire, résultant de la création d'entreprise.

Cette rédaction suscitait des interrogations en particulier quant à la **nature exacte** de cette allocation et la façon dont elle pourrait s'articuler avec les autres allocations versées, elles, par des organismes sociaux.

Faute de précision, elle aurait, en effet, pu apparaître comme un **revenu de substitution** versé à une personne physique, très en décalage avec les pratiques qui ont prévalu jusqu'à présent et de nature à exposer les collectivités à des charges financières excessives.

Les conclusions de la commission des Affaires économiques et du Plan ont clarifié le dispositif, en précisant que l'aide serait versée sous la forme d'une **bourse au jeune créateur d'entreprise**.

Cette formule paraît mieux répondre à la mission qu'une collectivité peut assumer dans ce domaine. Elle se rattache aux missions que les collectivités locales mettent en œuvre en matière scolaire ou de formation professionnelle. On rappellera notamment qu'en application de *l'article L. 3214-2* du code général des collectivités territoriales, le conseil général est habilité à verser des bourses d'études.

En outre, le texte issu des délibérations de la commission des Affaires économiques et du Plan prévoit que l'aide sera réservée aux jeunes créateurs **de 18 à moins de 25 ans**, ce qui exclut toute interférence avec le bénéfice du revenu minimum d'insertion. Il indique en outre que le montant de la bourse sera fonction des **revenus** du bénéficiaire et de ses **charges de famille**. Enfin, un décret en Conseil d'Etat devra fixer le **plafond** des concours financiers des collectivités (ou groupements) à ce titre, en pourcentage des recettes réelles de fonctionnement.

Ainsi aménagé, le dispositif encadre plus clairement le régime de cette nouvelle aide et offre certaines **garanties prudentielles** de nature à éviter un risque financier excessif pour les collectivités.

Cependant, par un **amendement**, votre commission des Lois vous suggère de renforcer ces garanties prudentielles en permettant expressément à l'autorité compétente de prononcer le **retrait** de la bourse lorsque le bénéficiaire aura cessé son projet de création d'entreprise ou qu'il ne bénéficiera plus du soutien de l'incubateur labellisé.

Sous réserve des amendements qu'elle vous soumet, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption de l'article 3 de la proposition de loi dans la rédaction proposée par la commission des Affaires économiques et du Plan.

3. Les subventions des collectivités territoriales aux organismes distribuant des avances remboursables

L'article 6 de la proposition de loi tend à insérer dans le chapitre unique du titre 1^{er} (« *Aides aux entreprises* ») du livre V (« *Dispositions économiques* ») de la première partie (« *Dispositions communes* ») du code général des collectivités territoriales, un *article L. 1511-2-1* qui autorise les collectivités locales et leurs groupements à financer des organismes ayant pour objet exclusif de participer, par le versement d'une aide remboursable, à la création ou à la reprise d'entreprises ainsi qu'à ceux visés au 1^o de l'article 11 de la loi bancaire de 1984 qui participent à la réalisation du même objet.

Depuis plusieurs années déjà, se sont constituées au plan local, sous forme d'associations, des « plates-formes d'initiative locale » ayant pour mission essentielle d'accompagner les créateurs d'entreprises grâce à des formules de parrainage.

152 plates-formes sont fédérées au sein de France-Initiative-Réseau (F.I.R.). Elles ont financé 1 950 entreprises en 1998, parrainé 840 créateurs et mobilisé 92 millions de francs de prêts d'honneur et 360 millions de francs de prêts bancaires complémentaires.

D'autres réseaux existent tels que l'Association pour le droit à l'initiative économique (A.D.I.E.) ou encore le « réseau entreprendre en France ».

Les collectivités locales participent fréquemment au financement des plates-formes d'initiative locale. Or cette participation n'est pas sans **risque juridique**. En effet, dès lors que des précautions suffisantes ne sont pas prises pour garantir l'indépendance de l'association concernée à l'égard de la collectivité, l'association peut être qualifiée d'« *association transparente* » au regard des mécanismes de la **gestion de fait** et le concours de la collectivité peut constituer une **aide directe illégale**.

Au regard des règles relatives à la **gestion de fait**, se pose le problème de **l'autonomie réelle de l'association** par rapport aux collectivités, à travers notamment ses modes d'organisation et de fonctionnement, et le point de savoir si elle bénéficie de **subventions versées majoritairement par la collectivité**. Ce risque est d'autant plus grand que les élus exercent des responsabilités au sein des organes dirigeants de l'association. Comme on le sait, le versement de subventions à une association reconnue transparente a pour effet de maintenir le caractère public de la subvention, puisque la collectivité en a en réalité gardé la maîtrise, et tombe sous le coup des dispositions de l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 qui définit la gestion de fait.

Dans son rapport précité, la Cour des comptes a fait observer que les pratiques consistant à ce que la gestion même de certaines aides soit confiée à **un tiers** étaient constitutives de **gestions occultes** de deniers publics lorsque les tiers, à partir de subventions qui leur sont globalement versées, ne font qu'exécuter des décisions individuelles qui demeurent **prises par la collectivité**.

La Cour des comptes a, en outre, souligné que de telles pratiques demeuraient **irrégulières** dans l'hypothèse où l'organisme bénéficiaire de subventions dispose d'une réelle autonomie dans la définition des régimes d'aides aux entreprises et la décision d'attribution. La jurisprudence administrative a, en effet, rappelé que les textes n'autorisent pas les assemblées délibérantes à **déléguer à des tiers** la définition ou l'exécution d'une politique d'intervention économique.

Par ailleurs, la qualification des concours apportés par la collectivité à la plate-forme d'initiative locale peut créer des difficultés, dès lors qu'ils apparaissent comme réutilisés sous forme de prêt d'honneur à taux nul. Ils peuvent alors s'analyser comme une **aide directe** accordée par la collectivité à l'entreprise bénéficiaire du prêt. Une telle aide pose un double problème

juridique : d'une part, celui de l'intervention préalable de la région en principe exigée en matière d'aide directe ; d'autre part, le **non respect du taux fixé par voie réglementaire** pour l'attribution de prêts, d'avances et de bonifications d'intérêt par les régions.

Pour réduire ces risques, la DATAR a adressé, le 31 octobre 1996, une circulaire aux préfets qui fait état d'une **convention** entre l'Etat et France initiative réseau. Cette convention prévoit un ensemble de mesures prudentielles, notamment pour garantir une **autonomie réelle de la structure**. Parmi ces mesures, il est notamment prévu qu'une collectivité locale ne pourra apporter plus de **30%** des fonds, l'ensemble de ses apports ne devant pas dépasser **60%** des ressources. En outre, **aucun lien direct** ne doit être établi entre la subvention de la collectivité à la plate-forme et le versement particulier d'un prêt d'honneur à un créateur d'entreprise. L'objet de la subvention doit donc être général, le bénéficiaire final de la subvention étant l'association.

Le premier alinéa de l'article L. 1511-2-1, dans la rédaction proposée par l'article 6 de la proposition de loi, tend à donner une base juridique plus solide aux subventions accordées par les collectivités locales aux organismes distribuant des avances remboursables.

Il autorise les collectivités locales à subventionner **deux catégories** d'organismes :

- **les organismes ayant pour objet exclusif de participer par le versement d'une aide remboursable à la création ou à la reprise d'entreprise.**

Sont ainsi visées les associations et sociétés locales spécialisées dans le soutien et le conseil à la création et à la reprise d'entreprises. Cette catégorie comprend l'ensemble des organismes visés par l'article 238 *bis* du code général des impôts relatif aux organismes agréés accordant des aides financières à la création d'entreprises et bénéficiant de dons défiscalisés. Elle recouvre également les organismes qui ne bénéficient pas de cet agrément tels que les organismes spécialisés dans l'aide à la reprise d'entreprises.

- **Les organismes visés au 1° de l'article 11 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit qui participent à la création ou à la reprise d'entreprises.**

Il s'agit d'établissements non bancaires, tels que l'Association pour le droit à l'initiative économique, qui sont autorisés en vertu de la loi du 24 juillet 1964 à exercer une activité de crédit à vocation sociale.

Le premier alinéa de l'article L. 1511-2-1 prévoit que, dans tous les cas, ces organismes devront être contrôlés par des commissaires aux comptes, tels que définis par les articles 218 et suivants de la loi n° 66-537 du 24 juillet

1966 sur les sociétés commerciales. Cette précision constitue une garantie nécessaire.

On observera que les organismes visés par cet article sont identiques à ceux pris en compte dans le cadre du dispositif d'encouragement au développement des entreprises nouvelles (EDEN) institué par l'article L. 351-24 du code du travail qui a fait l'objet du décret n° 98-1228 du 29 décembre 1998. Ce précédent devrait donc faciliter la mise en œuvre des nouvelles dispositions prévues par la proposition de loi.

Le *deuxième alinéa de l'article L. 1511-2-1* précise qu'aucune collectivité ni groupement ne pourra apporter plus de **30 %** des fonds distribués par chaque organisme.

Le *troisième alinéa* établit que l'ensemble des concours publics à chaque organisme ne pourra excéder **60%** du total des fonds distribués.

Pour les motifs indiqués ci-dessus, ces **dispositions prudentielles** apparaissent particulièrement nécessaires, à la fois pour éviter d'exposer excessivement les collectivités sur le plan financier et pour assurer l'autonomie des organismes intéressés. Les taux fixés sont conformes aux solutions retenues dans le cadre de la convention entre l'Etat et France initiative réseau, qui ont été exposées ci-dessus.

Toutefois, le *troisième alinéa de l'article L. 1511-2-1* augmente le taux maximum des concours publics dans les zones d'aménagement du territoire, les territoires ruraux de développement prioritaire et les zones de redynamisation urbaine mentionnés à l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. Dans ces parties fragilisées du territoire, la mobilisation des financements privés peut être **plus difficile**.

C'est pourquoi, dans sa rédaction initiale, la proposition de loi portait à 70% la proportion des concours publics dans l'ensemble des fonds distribués. Cette proportion a été relevée à **80%** dans les conclusions de la commission des Affaires économiques et du Plan.

L'*avant dernier alinéa de l'article L. 1511-2-1* précise qu'une **convention** devra être conclue avec l'organisme bénéficiaire de la subvention, afin de fixer les obligations de ce dernier ainsi que les modalités de reversement des avances.

Toutefois, dans certains cas où le projet de création ou de reprise d'entreprise aura échoué, il peut être envisagé que l'avance ne donne pas lieu à remboursement.

Par un **amendement**, votre commission des Lois vous propose d'envisager cette hypothèse en renvoyant à la convention passée avec l'organisme gestionnaire le soin de déterminer les conditions dans lesquelles le remboursement pourra ne pas être exigé dans de tels cas.

En revanche, les avances doivent obligatoirement faire l'objet d'un remboursement lorsque l'organisme **cesse son activité** ou qu'ayant modifié son objet, il **ne participe plus** à la **création** ou à la **reprise** d'entreprises par le versement d'avances remboursables. Il doit également en être ainsi dans d'autres cas prévus par la convention, notamment une modification du champ d'intervention géographique de l'organisme.

Votre commission des Lois vous soumet un **amendement** en ce sens qui rend obligatoires ces stipulations dans la convention, à peine de nullité.

Enfin, le *dernier alinéa de l'article L. 1511-2-1* renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer le plafond des concours financiers des collectivités (ou groupements) en pourcentage de leurs recettes réelles de fonctionnement.

Sous réserve des amendements qu'elle vous soumet, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption de l'article 6 de la proposition de loi dans la rédaction proposée par la commission des Affaires économiques et du Plan.

II. LA CREATION D'UN PATRIMOINE PROFESSIONNEL D'AFFECTATION

Les **articles 14 et 15 de la proposition de loi, dans sa rédaction initiale, tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires** proposent de **consacrer en droit positif la notion de patrimoine affecté à une activité professionnelle**, qu'elle soit de nature commerciale, artisanale ou libérale. Il s'agissait d'insérer un nouveau titre constitué de quatre articles dans le livre III du code civil intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* » (article 14) et d'opérer une coordination dans la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (article 15). Ces dispositions n'ont, en définitive, pas été reprises dans les conclusions de la commission des Affaires économiques.

L'objectif recherché, comme le fait valoir l'exposé des motifs, était d'imaginer un système qui, en évitant la confusion des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel, devrait permettre de « *distinguer l'intérêt général de l'entreprise de l'intérêt particulier de l'entrepreneur* » sur le plan économique et de « *distinguer le bénéfice réinvesti dans l'entreprise du revenu disponible pour l'entrepreneur* » du point de vue fiscal.

Cette avancée conceptuelle, tendant à **reconnaître l'entreprise individuelle en tant qu'unité économique et juridique distincte** par le truchement de la définition des biens affectés à l'exploitation et à **fonder un statut plus protecteur de l'entrepreneur individuel**, relance un débat

récurrent né à la fin des années 1970. Depuis lors, de nombreux rapports ont nourri la réflexion menée sur ce sujet, plusieurs propositions de loi ont été déposées et le Parlement a eu à en connaître à l'occasion, successivement, de l'examen de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 créant l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)¹ et de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite « *loi Madelin* ». Rappelons que le nombre des entreprises individuelles françaises est aujourd'hui évalué à 1.800.000².

Guidée par la préoccupation d'encourager la création de ces entreprises qui contribuent largement au dynamisme et à l'équilibre géographique du tissu économique de notre pays en les dotant d'un statut consacrant la reconnaissance de leur existence juridique et en « dédramatisant » l'acte de création par des garanties limitant la responsabilité patrimoniale personnelle de l'entrepreneur, la réflexion n'a cependant, à ce jour, pas abouti car elle achoppe sur de nombreux écueils que la présente proposition de loi n'est pas parvenue à lever.

A. AU TERME D'UNE RÉFLEXION MENÉE PENDANT UNE DIZAINE D'ANNÉES, LE LÉGISLATEUR A PRÉFÉRÉ LA FORME SOCIÉTAIRE

Lors de l'examen, en 1985, du projet de loi relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) qui a abouti à la loi du 11 juillet 1985, un débat s'est engagé sur le choix de la formule juridique la

¹ Globalement, les règles applicables à la constitution d'une EURL sont les mêmes que celles prévues pour la SARL, à ceci près que cette constitution résulte d'un acte unilatéral de volonté et non d'un contrat. L'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale, mais il est interdit à une EURL d'avoir pour associé unique une autre EURL. Le capital social minimal de l'EURL est fixé, comme pour les SARL, à 50.000 F et peut être constitué d'apports en numéraire, qui doivent être immédiatement et intégralement libérés, et d'apports en nature (tout bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, tels qu'un immeuble, un fonds de commerce, un brevet ...) dont la valeur est appréciée par un commissaire aux apports lorsqu'elle excède la moitié de la valeur totale du capital social.

L'EURL doit être dotée d'une dénomination sociale, portée sur tous les documents destinés aux tiers, et d'un siège social. Ses statuts doivent être établis par écrit et comporter les mentions légales requises. L'associé unique peut se désigner lui-même comme gérant ou confier la gérance à un tiers ; il doit prendre garde à respecter la séparation entre son patrimoine personnel et celui de la société pour éviter de voir sa responsabilité engagée sur ses biens propres en cas d'ouverture d'une procédure collective. L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés dans les SARL ; les règles applicables à ces décisions qui concernent le fonctionnement de la société ou les modifications statutaires sont aménagées : consignation dans un registre spécifique à peine de nullité, formalités de publicité conditionnant l'opposabilité aux tiers, établissement annuel d'un inventaire, des comptes de bilan et de résultat et d'un rapport de gestion.

Lorsque l'associé unique est une personne physique, les bénéfices sociaux sont directement imposables à l'impôt sur le revenu, à moins qu'il ait opté pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés. Au plan social, la situation de l'associé unique est identique à celle de l'entrepreneur individuel (régimes de protection des travailleurs non salariés des professions non agricoles).

² *Le droit des affaires en France*, éd. Francis Lefebvre 1999, page 221.

mieux adaptée pour remédier à « *l'indigence de la condition juridique* »¹ réservée aux entreprises individuelles constituant la trame du tissu économique et social de la France. **Deux solutions étaient envisageables : la forme sociétaire unipersonnelle ou le système du patrimoine affecté.**

Le projet de loi, s'inscrivant dans la logique tracée par le rapport Sudreau de 1975, optait pour la première solution, avec pour double objectif de mettre un terme à la discrimination entre l'entrepreneur, personne physique, dont la responsabilité est totale et illimitée, et l'associé d'une société de capitaux, dont la responsabilité se cantonne à ses apports, et à la pratique des sociétés de façade constituées par le truchement du recours à des « *hommes de paille* » mais dépourvues d'*affectio societatis*.

Chacune des deux solutions présentait l'inconvénient de battre en brèche un principe fondateur de notre droit : la société unipersonnelle s'attaquant au fondement contractuel de la technique sociétaire ; le patrimoine d'affectation au principe de l'unicité du patrimoine.

Le principe de l'unicité du patrimoine, développé par la doctrine française à la fin du XIX^{ème} siècle comme une conséquence de l'unité de la personnalité de chaque sujet de droit² et consacré par l'article 2092 du code civil aux termes duquel « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* », connaît cependant **des tempéraments** dans différentes disciplines juridiques :

- les **régimes matrimoniaux** distinguent au sein du patrimoine diverses catégories de biens : biens propres, biens réservés, biens communs ;

- en matière de **droit successoral**, un héritier peut accepter la succession sous bénéfice d'inventaire (article 774 du code civil) ou y renoncer (article 775 du code civil) : deux patrimoines coexistent alors temporairement sur la tête d'une même personne. En vertu de l'article 878 du code civil, les créanciers du défunt peuvent demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. Les substitutions fidéicommissaires consacrées par les articles 1048 et 1049 du code civil permettent de stipuler dans une donation ou un testament que les biens donnés par le donateur à ses enfants ou, en l'absence d'enfant, à ses frères et soeurs, devront être conservés par eux pour être rendus à leurs propres enfants nés ou à naître, soit aux petits-enfants ou aux neveux et nièces du donateur : ces dispositions ont ainsi pour effet d'isoler, au sein d'un patrimoine, certains biens en vue d'une affectation déterminée ;

¹ Rapport n° 287 (1984-1985) fait au nom de la commission des Lois par M. Jean Arthuis, page 4.

² Aubry et Rau : « *Le patrimoine est l'émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle* ».

- le **droit maritime** consacre l'autonomie de la « *fortune de mer* » : le patrimoine terrestre du propriétaire d'un navire ne répond pas des dettes nées de son patrimoine maritime ;

- le **droit fiscal** admet l'indépendance du patrimoine professionnel d'une personne physique qui exerce une profession indépendante : ainsi, les dépenses occasionnées par l'acquisition, l'entretien et la réparation des biens composant le patrimoine permettant l'exercice de l'activité sont considérées comme des charges d'exploitation.

Partant du constat de ces différentes atteintes au principe de l'unicité du patrimoine, **plusieurs études ont préconisé la consécration d'un patrimoine d'affectation économique**, constitué d'une masse de biens réunis par une affectation commune à un but défini :

- le **rapport** établi par le professeur Claude **Champaud**¹ à la demande du Garde des Sceaux (février **1978**) proposait la distinction de « *trois masses actives et passives du patrimoine de l'entreprise* » : la portion de patrimoine de l'entrepreneur affectée à l'entreprise (patrimoine affecté) ; la portion de patrimoine non affectée mais qui peut être utilisée pour les besoins de l'entreprise à l'initiative de l'entrepreneur ou sur action des créanciers de l'entreprise (patrimoine disponible) ; la portion de patrimoine non affectée insusceptible d'être donnée en gage au créanciers de l'entreprise ni saisie par eux, sauf dans les cas où une faute grave a été commise par l'entrepreneur (patrimoine indisponible et insaisissable). Ce rapport concluait par ailleurs à la nécessité d'organiser un système de mutualisation des risques, assurant aux créanciers la sécurité d'une caisse de garantie alimentée par des cotisations obligatoires. Enfin, il estimait inutile de conférer la personnalité morale à l'entreprise personnelle à responsabilité limitée ainsi constituée, la personnalité morale ayant pour objet de permettre l'expression d'intérêts communs liés à l'existence d'un patrimoine collectif ;

- **l'étude du professeur Sayag**, publiée en **1981** sous les auspices du Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) s'est également ralliée à la thèse du patrimoine d'affectation en préconisant la distinction du patrimoine de l'entreprise et du patrimoine personnel de l'entrepreneur, sans obligation de séparation étanche entre les deux (les créanciers de l'entreprise seraient privilégiés sur le patrimoine d'exploitation et les créanciers personnels sur le patrimoine personnel sans interdire, après exercice de ces privilèges, le droit résiduel des créanciers non privilégiés) ;

- le **rapport** établi en février **1984** par Me Jean-Denis **Bredin** à la demande du ministre du commerce et de l'artisanat retient la solution d'une séparation « franche » entre le patrimoine d'affectation et le patrimoine non affecté, sauf cas exceptionnels d'agissements fautifs ou frauduleux de l'entrepreneur. Ce rapport préconisait l'adoption de mesures incitatives, en

¹ *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1979, page 21 et suivantes.

particulier un régime fiscal favorable au réinvestissement des bénéficiaires dans l'entreprise et à la transmission de l'entreprise ;

- le **rapport** de la CCIP d'octobre **1984**¹, présenté par M. **Gaucher** au nom de la commission juridique, se prononçait à son tour en faveur du patrimoine d'affectation, le partage en deux masses de son patrimoine demeurant facultative pour l'entrepreneur. Il préconisait que la valeur minimale du patrimoine affecté soit fixée par la loi à un montant correspondant à celui de la société à responsabilité limitée (SARL) et que la responsabilité du chef d'entreprise soit limitée comme celle du gérant de SARL. Notons que la CCIP est revenue neuf ans plus tard (**rapport** d'octobre **1993**² présenté par M. Claude **Vignon**) sur ce choix, en soulignant le caractère illusoire de la simplicité du système du patrimoine d'affectation du fait de la nécessité d'offrir des garanties solides aux partenaires de l'entreprise et les freins de ce système pour le développement et la transmission de l'entreprise, et en suggérant plutôt d'améliorer le régime de l'EURL créée par la loi du 11 juillet 1985 ;

- les travaux menés dans le cadre du **Congrès des notaires** au printemps **1987** sur le thème du patrimoine professionnel de l'entrepreneur³ ;

- le **rapport du Conseil économique et social de 1993**⁴ sur l'entreprise individuelle présenté par M. Jacques **Barthélémy** estime nécessaire d'organiser, au plan juridique, l'affectation du patrimoine à l'exploitation de l'entreprise individuelle, partant du constat que la majorité des petites entreprises sont en nom personnel et que le recours à la forme sociétaire n'est pas toujours justifié par une véritable association de partenaires. Ce rapport présente ce système comme le moyen d'accorder le droit avec la réalité économique et sociale, de concevoir l'entreprise comme une entité économique et sociale, et de créer les conditions et les comportements favorisant l'accumulation de fonds propres ;

- le **rapport de l'Agence pour la création d'entreprises (ACE) de 1996**, établi par MM. Peyramaure et Barthélémy⁵.

- le **rapport** établi en **1996** par notre excellent collègue, M. Philippe **Marini**, sur la modernisation du droit des sociétés envisage à son tour la reconnaissance d'un patrimoine fiscal d'affectation ayant « *pour but, sans altération des droits des tiers, d'encourager l'autofinancement et de favoriser le développement d'entreprises viables* », une distinction étant faite « *entre les bénéficiaires consommés par l'exploitant et ceux laissés à la disposition de*

¹ Rapport adopté en assemblée générale le 4 octobre 1984.

² Rapport adopté en assemblée générale le 21 octobre 1993.

³ 83^{ème} Congrès des notaires de France, Toulouse, 24-27 mai 1987 (contribution de Me Jean-Pierre Krantz sur le thème « Le patrimoine professionnel de l'entrepreneur : mythe ou réalité », pages 33 à 161 ; contribution de Me Bernard Reynis sur le thème « Quel avenir pour le patrimoine professionnel », pages 565 à 584).

⁴ Rapport adopté le 28 avril 1993.

⁵ Revue de l'ACE 1996, n° 62, pages 24 et 28.

l'entreprise », « *l'impôt sur le revenu et les charges sociales (n'étant) calculés que sur la fraction des résultats prélevée par le professionnel, sauf requalification en cas d'abus de droit* ». Après avoir observé que « *ne développant ses conséquences que sur le terrain fiscal, la technique du patrimoine d'affectation pourrait s'accommoder d'un formalisme léger* », le rapport précise que « *cette technique destinée à des entreprises recelant un certain potentiel de croissance* » devrait voir son « *utilisation limitée dans le temps, la constitution d'une société devant intervenir après quelques exercices, sous peine de requalification fiscale* ».

Dans la mouvance de ces différentes études **deux propositions de loi** identiques, déposées à l'Assemblée nationale en **1978** (proposition de loi n° 435 (1977-1978) sur l'entreprise personnelle à responsabilité limitée présentée par MM. Claude Martin, Vincent Ansquer, Henri de Gastine et Michel Noir) et en 1981 (proposition de loi n° 197 (1980-1981) présentée par MM. Vincent Ansquer, Henri de Gastine et Michel Noir), ont à leur tour proposé d'inscrire en droit positif le système du patrimoine d'affectation. Elles n'ont cependant jamais été inscrites à l'ordre du jour des assemblées.

Enfin, en **1994**, le législateur a eu de nouveau l'occasion de se pencher sur ce sujet d'importance. La **loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle**, dite « loi Madelin », tout en s'inspirant sur de nombreux points du rapport Barthélémy de 1993, n'en a pas retenu l'élément clé, c'est-à-dire la création d'un patrimoine affecté juridiquement distinct du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Elle a cependant, par son article 47-III insérant un article 22-1 dans la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, opéré une avancée substantielle en instaurant un système de priorité pour l'exécution forcée d'un titre exécutoire par le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel : si l'entrepreneur débiteur établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, il a la faculté de demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces biens plutôt que sur ceux constituant son patrimoine personnel.

Dans le prolongement de ces nombreux travaux et partant du juste constat que l'EURL, quinze ans après sa création, n'avait pas rencontré le succès escompté¹, la présente proposition de loi, dans les articles 14 et 15 de

¹ Le nombre d'EURL est évalué à environ 30.000. La réticence des chefs d'entreprise à adopter la forme sociétaire semble caractériser tout particulièrement le secteur de l'artisanat. Cependant, la constitution des entreprises artisanales sous forme de société a progressé de façon significative depuis le début de la dernière décennie : selon le rapport sur l'exécution de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat établi par le Gouvernement (édition 1999, page 35) la proportion des sociétés inscrites au registre des métiers, qui représentait 7 % du total des inscrits en 1980, s'est élevé à 23 % en 1991 pour s'établir à 35 % en 1999.

son texte initial, tentait d'élaborer un régime juridique consacrant la reconnaissance du patrimoine d'affectation.

Un examen approfondi du dispositif proposé, en dépit des efforts reconnus qui ont présidé à son élaboration et des justifications fortes et pertinentes qui le fondent, a cependant conduit votre commission des Affaires économiques, en plein accord avec votre commission des Lois et votre commission des Finances, à ne pas le retenir dans ses conclusions.

B. UNE TENTATIVE D'ÉLABORATION D'UN RÉGIME JURIDIQUE DU PATRIMOINE D'AFFECTION QUI SE HEURTE À DES OBJECTIONS MULTIPLES

La présente proposition de loi préconise la distinction des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel par une **modification du code civil** dans lequel elle insère un nouveau titre.

Cette distinction reste cependant **facultative** pour l'entrepreneur individuel et aucun type d'activité économique (commerce, artisanat, agriculture, profession libérale) n'est écarté du bénéfice de cette possibilité.

Contrairement à la plupart des études sus-mentionnées qui assignaient comme objectif principal à la création d'un patrimoine d'affectation la limitation du champ de la responsabilité de l'entrepreneur, la proposition de loi renonce à cette amputation du gage des créanciers de l'entreprise : **la séparation entre patrimoine professionnel et patrimoine personnel n'est pas étanche** puisqu'il est prévu que « *les biens affectés répondent prioritairement au passif de l'exploitation* ».

L'affectation des biens résulte d'une **déclaration annuelle** effectuée selon le cas au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers ou au greffe du tribunal de grande instance ; elle emporte un engagement à maintenir le niveau des capitaux propres de l'exploitation. Aucun seuil n'est cependant fixé concernant le montant de ces fonds propres constitués par l'addition des résultats annuels laissés à l'exploitation, la dotation initiale et les dotations complémentaires effectuées par l'entrepreneur.

Enfin, le texte prévoit, par souci de **préserver les intérêts du conjoint**, que l'affectation de biens communs ne peut être réalisée par un époux sans que l'autre n'ait accordé son consentement exprès.

En dépit de son apparente simplicité et des objectifs légitimes qu'il poursuit, ce dispositif tendant à scinder le patrimoine de l'entrepreneur individuel en deux portions séparées se heurte à de multiples difficultés.

Tout d'abord, et comme le constate le rapport établi par notre excellent collègue Francis Grignon au nom de la commission des Affaires

économiques, « *le dispositif proposé n'atteint pas pleinement l'objectif de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel sur son patrimoine personnel qu'il semblait viser* »¹. En effet, la proposition de loi propose seulement un **système d'affectation prioritaire** des biens de l'entreprise en vue du désintéressement des créances portées au passif de l'exploitation ; elle n'instaure **pas de cloison étanche** entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel de l'entrepreneur si bien que ces biens personnels peuvent être absorbés par le passif d'exploitation dans l'hypothèse où les biens professionnels ne suffisent pas à désintéresser les créanciers de l'entreprise. Dès lors, **le dispositif n'offre qu'une garantie réduite à l'entrepreneur individuel**. On ne peut **cependant** qu'approuver le **caractère mesuré et réaliste de ce système** car une protection totale du patrimoine de l'entrepreneur paraît en tout état de cause difficilement concevable.

Tout système tendant à limiter la responsabilité patrimoniale de l'entrepreneur individuel risque en effet d'entrer en conflit avec l'impératif, non moins important, de ne pas tarir le crédit susceptible de lui être accordé : réduire le gage offert aux créanciers constitue un frein au crédit ; la sécurité juridique résultant de la mise à l'abri des biens personnels se retourne alors contre l'entrepreneur, au détriment de l'économie toute entière, sauf à organiser un système de caisse de garantie mutuelle comme le préconisait le rapport Champaud. Ce dernier dispositif tendant à compenser la réduction du gage par l'instauration d'un système mutualiste de couverture du risque présente cependant l'inconvénient de renchérir le coût d'exploitation d'unités économiques parfois très petites et n'emporte pas l'adhésion des intéressés.

Tout cloisonnement patrimonial étanche risque, en outre, de ne pas atteindre l'objectif poursuivi dans la mesure où, comme cela est couramment constaté pour les SARL où le risque encouru par chaque associé est théoriquement limité à ses apports, le prêteur exige une caution solidaire sur les biens propres de l'emprunteur ou sur ceux d'un membre de sa famille : la limitation de la responsabilité aux biens constitutifs du patrimoine affecté à l'exploitation serait ainsi aisément contournée, la scission du patrimoine devenant une garantie illusoire et même trompeuse pour l'entrepreneur individuel et ses proches.

La protection du patrimoine individuel comme justification d'une réforme tendant à distinguer le patrimoine professionnel du patrimoine personnel paraît donc difficilement recevable. La limitation de la responsabilité de l'entrepreneur aux seuls biens affectés exigerait en outre une information suffisante des tiers nécessitant le respect de procédures de publicité comparables à celles requises pour l'EURL : cela remettrait sérieusement en cause l'intérêt de la formule du patrimoine affecté, dont le caractère attractif pour les créateurs d'entreprises est intimement lié à sa simplicité de mise en œuvre.

¹ Rapport n° 189 (1999-2000), page 103.

Cela explique que la loi Madelin du 11 février 1994, plutôt que d'opérer un cloisonnement au sein du patrimoine de l'entrepreneur individuel, se soit contentée d'établir un ordre de priorité parmi les biens susceptibles d'être appelés en garantie de paiement d'une créance.

L'autre justification avancée en faveur de la création d'un régime de patrimoine d'affectation est de **remédier à l'absence de règles d'organisation de l'entreprise individuelle et, en particulier dans les très petites entreprises, d'amener le chef d'entreprise à prendre conscience de ses responsabilités et à mettre en œuvre une gestion plus rigoureuse.**

Distinguer un patrimoine d'affectation au sein du patrimoine global de l'entrepreneur individuel permettrait une identification de l'entreprise susceptible de favoriser davantage de rigueur dans sa gestion et une meilleure accumulation des fonds propres, sans recourir au formalisme exigé en cas de recours à la forme sociétaire.

Si l'on peut concevoir que ce moyen d'identification de l'activité aux yeux de l'entrepreneur soit de nature à favoriser l'établissement d'une gestion prévisionnelle, contribuant ainsi à assurer la pérennité de l'entreprise, **le mode déclaratif permettant de définir annuellement la teneur du patrimoine affecté n'est pas très sécurisant pour les tiers.** Apparemment léger puisque supposant une simple déclaration annuelle, ce système nécessiterait en réalité une démarche plus fréquente du chef d'entreprise soumis à « *un engagement de maintenir le niveau des capitaux propres* ». En outre, il paraît difficile de pouvoir se contenter d'une évaluation ponctuelle et unilatérale effectuée par l'entrepreneur sans instaurer de mécanisme de vérification. Or, tout système de contrôle extérieur à l'entreprise implique une immixtion difficilement acceptable dans sa gestion et un renchérissement des coûts d'exploitation.

De **multiples questions relatives aux modalités d'évaluation du patrimoine affecté à l'exploitation** et à ses effets **subsistent** donc. On peut s'interroger sur le caractère véritablement allégé du formalisme requis : la déclaration annuelle établissant la consistance du patrimoine affecté suffit-elle à assurer la permanence de l'affectation ? Une certification des comptes et un contrôle de l'affectation ne s'imposeront-ils pas, surtout si ce nouveau régime doit être assorti d'avancées en matière fiscale ? L'entreprise individuelle ne devra-t-elle pas alors être soumise aux mêmes exigences que l'EURL en matière d'évaluation des apports et de contrôle des comptes ? Peut-on enfin faire l'économie d'une procédure de désaffectation ?

Au-delà de ces questions en suspens, il conviendrait également de **compléter le dispositif pour en tirer toutes les conséquences en matière de droit civil**, pour effectuer les coordinations nécessaires dans le droit des régimes matrimoniaux et dans le droit des successions, en matière **de droit fiscal**, pour assurer le respect du principe de neutralité au regard des dispositions applicables à l'EURL et à son dirigeant, et en matière **de droit social**, bien qu'en ce domaine des progrès notoires aient été accomplis au cours des dernières années.

L'ensemble de ses observations permettent de mesurer le chemin restant à parcourir et justifient, en dépit des motivations louables qui ont conduit les auteurs de la proposition de loi à rouvrir ce vaste débat, que les articles 14 et 15 aient été raisonnablement disjoints dans les conclusions de la commission des Affaires économiques.

Sans doute une **solution alternative** plus pertinente et plus cohérente au regard de notre ordonnancement juridique consisterait-elle à **assouplir** et à **optimiser le régime applicable à l'EURL**, et plus largement de la SARL, afin de rendre cette forme d'organisation davantage attractive pour les petites unités. Une révision des règles en vigueur relatives à la composition et à la libération des fonds propres, permettant un échelonnement sur une période plus longue, serait de nature à faciliter la création. Hormis un allègement des obligations comptables, il serait par ailleurs opportun de renforcer la couverture sociale du chef d'entreprise pour une meilleure harmonisation avec le régime salarié dont bénéficie le gérant minoritaire. Un traitement fiscal plus avantageux pourrait enfin être imaginé pour, d'une part, encourager l'investissement en distinguant les bénéfices consommés des bénéfices réinvestis, et d'autre part, favoriser la transmission de l'entreprise, en particulier la transmission familiale, le décès de l'entrepreneur conduisant encore trop souvent à la disparition de l'unité économique.

III. L'ACCÈS DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES AUX MARCHÉS PUBLICS

Les articles 14 à 16 des conclusions de la commission des Affaires économiques procèdent à des modifications ponctuelles des règles applicables aux marchés publics dans le but de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à ces marchés.

L'ensemble des biens et services achetés par les administrations est évalué à **740 milliards de francs par an** (environ 9% du PIB), dont 250 milliards de francs de dépenses relevant des procédures du code des marchés publics (42% pour l'Etat, 58% pour les collectivités locales et leurs établissements publics). Les prestations concernent les travaux publics (45%), les fournitures (40%) et les services (15%).

Les marchés publics constituent donc un enjeu majeur dans l'économie nationale. Or les règles qui leur sont applicables souffrent tout à la fois d'un éparpillement des textes, de leur manque de lisibilité voir de leur incohérence.

Cette situation est préjudiciable tout à la fois aux **entreprises**, notamment les **PME**, qui ne peuvent être que rebutées par des procédures **complexes** pour ne pas dire **incompréhensibles** et aux décideurs publics eux-mêmes, en particulier aux **élus locaux, qui** se trouvent exposés dans ce

domaine à une **insécurité juridique croissante**, récemment encore soulignée par le rapport d'étape de la mission sénatoriale d'information sur la décentralisation.

La réforme des marchés publics a fait l'objet sous la précédente législature de **réflexions approfondies**, notamment dans le cadre de la mission confiée à notre ancien collègue député M. Alfred Trassy-Paillogues.

Ces réflexions avaient conduit à l'élaboration d'un projet de loi, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 20 mars 1997, dont le changement de majorité n'a pas permis l'examen.

Or, depuis cette date, le nouveau texte annoncé par le Gouvernement, qui a fait l'objet d'un document d'orientation, est **toujours attendu**.

Cette attente d'une réforme du dispositif en vigueur dans le sens d'une plus grande clarté, se double de l'attente de l'achèvement du travail de **refonte du code des marchés publics** entrepris au sein de la commission supérieure de codification et qui n'a, à ce jour, pas encore abouti.

Dans un contexte de préparation d'une réforme d'ensemble du droit des marchés publics, des modifications ponctuelles intéressant l'accès des PME aux marchés publics pourraient paraître **réductrices**.

En outre, de telles modifications interfèrent dans un droit qui est largement **d'origine réglementaire**, même si des dispositions législatives relativement récentes ont pu être adoptées, notamment pour transposer des directives européennes ou dans le cadre de la loi n° 95-127 du 8 février 1995.

Pourtant, **l'urgence** commande au législateur d'agir. Comme l'a parfaitement souligné dans son rapport écrit notre collègue Francis Grignon, les PME connaissent de **trop grandes difficultés** dans l'accès aux marchés publics, même si les statistiques en la matière mériteraient d'être améliorées. Ces difficultés sont tout à la fois imputables à la méconnaissance qu'elles ont des offres, à la complexité des procédures et à des délais de paiement excessifs.

C'est dans cet esprit que la proposition de loi préconise trois dispositions ponctuelles qui tendent, d'une part, à permettre une attribution préférentielle des marchés publics à offre équivalente (article 14), d'autre part, à favoriser l'allotissement des marchés publics (article 15) et, enfin, à accélérer les délais de règlement des marchés publics (article 16).

Votre commission des Lois observera d'emblée que la question du **partage entre la loi et le règlement** ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'adoption de ces dispositions, en l'état actuel de la remise en ordre des textes applicables aux marchés publics. Ce partage n'apparaît, en effet, pas clairement aujourd'hui en raison de la stratification du droit applicable. Il est ainsi envisagé dans le cadre des travaux de refonte du code

des marchés publics d'établir une partie législative qui permettra de clarifier la répartition des compétences entre la loi et le règlement, exigence qui a été largement perdue de vue au cours du temps.

Votre commission des Lois a néanmoins cherché à évaluer dans quelle mesure les dispositions proposées était de nature à **améliorer effectivement** le cadre juridique en vigueur et à **faciliter l'accès des PME** à la commande publique.

A. *L'ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE DES MARCHÉS PUBLICS AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES*

1. Les préférences autorisées par le droit en vigueur

Le code des marchés publics admet que, dans des cas présentant un intérêt social, une préférence puisse être accordée à des organismes particuliers. La validité de ces préférences a été reconnue par les directives européennes « Travaux » et « Fournitures ».

Outre le cas des organismes d'aveugles et de handicapés (article 175 du code de la famille et de l'aide sociale), elles concernent les sociétés coopératives de production, les groupements de producteurs agricoles et les artisans.

- Les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP)

Cette préférence est reconnue par *l'article 260* du code des marchés publics aux sociétés coopératives de production régies par les *articles 27 à 31 et 39 à 45* du livre III du code du travail, dont les trois quarts au moins des sociétaires travaillant à titre permanent dans l'entreprise sont de nationalité française et qui sont inscrites sur une liste établie par le ministre des affaires sociales et publiée au journal officiel.

L'article 261 du code des marchés publics accorde à ces sociétés, lors de la passation d'un marché, un droit de préférence, à égalité de prix ou équivalence d'offres, à la soumission ou à l'offre qu'elles ont présentées.

L'article 262 précise que lorsque les travaux, fournitures ou services sont répartis par lots de même nature et de même consistance ressortissant à une même profession et pouvant donner lieu chacun à un marché distinct, la collectivité ou l'établissement contractant est tenu de réserver préalablement à la mise en concurrence, et dans la proportion d'un lot sur quatre, un ou plusieurs lots qui seront attribués, au prix moyen retenu pour les autres lots, aux SCOP.

- Les groupements de producteurs agricoles

Les groupements de producteurs agricoles reconnus par arrêté ministériel bénéficient à soumission égale d'un droit de préférence dans les marchés par adjudication ou appel d'offres.

- Les artisans et sociétés coopératives d'artisans

Lorsque les marchés portent sur des prestations le permettant, la personne publique doit pratiquer une division par lots de façon à permettre à ces entreprises de se voir attribuer le quart des prestations qu'elles sont susceptibles d'exécuter à égalité de prix ou équivalence d'offres (*article 267 du code des marchés publics*).

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé irrégulière l'exclusion d'un artisan pour insuffisance de garanties techniques présentées à l'occasion d'un appel d'offres restreint au motif que la personne publique était tenue de définir les travaux susceptibles d'être attribués à des artisans avant de procéder à l'appel d'offres restreint (*30 mai 1986, Syndicat départemental d'électrification des Hautes Pyrénées c/ Pierrot*).

- Les artisans d'art, coopératives d'artisans d'art, sociétés coopératives d'artistes

Comme les autres artisans, ils bénéficient d'une préférence mais celle-ci est portée à la moitié des prestations (*article 268 du code des marchés publics*).

- Le cas particulier des coopératives d'utilisation en commun des matériels agricoles (CUMA)

Régies par les articles L. 521-1 et suivants du code rural, elles bénéficient de certaines dispositions spécifiques prévues par la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

En dehors de ces cas, le code des marchés publics ne prévoit **aucune possibilité d'accorder des marchés publics de manière préférentielle à des PME**. Le juge administratif considère que des instructions ministérielles incitant à écarter des candidatures d'entreprises, au motif que leur chiffre d'affaires est trop important, sont **discriminatoires** et portent une **atteinte injustifiée** à l'égalité de traitement entre les candidats aux marchés publics (*Conseil d'Etat, 13 mai 1987, Société Warner Isofi Isolation*).

2. La proposition de loi : une attribution préférentielle des marchés publics aux PME

L'article 14 de la proposition de loi prévoit d'accorder une préférence aux PME pour certains marchés publics. Ne seraient concernés que les marchés inférieurs à un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

La fixation d'un seuil a pour objet d'éviter que la disposition proposée ne contrevienne aux règles communautaires, le seuil qui sera retenu devant se situer au-dessous des différents seuils prévus par les directives communautaires.

Rappelons, cependant, que le droit communautaire n'interdit pas, de manière générale, l'utilisation des marchés publics dans un but d'interventionnisme économique et social, dans la mesure où il n'en résulte pas d'incidences discriminatoires directes ou indirectes à l'égard des entreprises issues d'autres Etats membres de l'Union européenne.

Dans les cas existants mentionnés ci-dessus, le législateur a pris soin de rendre applicables les dispositions reconnaissant une préférence aux entreprises issues de ces Etats : loi n° 85-703 du 12 juillet 1985 pour les sociétés coopératives de production, les artisans et les sociétés coopératives d'artisans ou d'artistes ; *article L. 551-2* du code rural pour les groupements de producteurs agricoles.

Cette extension du régime préférentiel concerne les entreprises présentant des caractéristiques comparables et inscrites sur une liste établie par le ministre compétent.

Si la proposition de loi ne prévoit pas une disposition similaire, le dispositif qu'elle institue sera néanmoins **ouvert à l'ensemble des PME des Etats membres** sans formalisme particulier. Elle n'établit donc aucune discrimination à l'égard de ces entreprises ni aucune entrave indirecte à la liberté de prestation.

La préférence ne pourrait jouer **qu'à offre équivalente**. Elle n'a donc pas pour effet de fausser la concurrence ni d'imposer aux responsables des marchés des solutions éventuellement contraires à l'intérêt des finances publiques ou à la qualité de la prestation qu'ils sollicitent.

La notion **d'offre équivalente** doit s'entendre au regard des règles traditionnelles prévues par le code des marchés publics pour la sélection des offres, notamment le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique et le délai de réalisation et éventuellement d'autres critères mentionnés dans le règlement de la consultation.

L'attribution préférentielle bénéficierait aux entreprises qui comptent **moins de 50 salariés**, dont le chiffre d'affaires est **inférieur à 50 millions de francs**, et dont le capital est détenu majoritairement par des **personnes physiques** ou des personnes morales détenues par des personnes physiques.

A travers ses trois critères, l'objectif est de cibler les **petites entreprises indépendantes**.

L'identification des PME susceptibles de bénéficier d'une attribution préférentielle peut soulever des difficultés.

Il n'existe pas, en effet, de définition juridique stricte de ce qu'est la petite entreprise même si divers dispositifs ont pu chercher à appréhender cette notion.

Si elle peut constituer un moyen envisageable pour identifier cette catégorie, la fixation d'un seuil peut également présenter divers inconvénients. En particulier, elle risque de produire les inévitables **effets de seuil** aboutissant à des différences de traitement entre des entreprises se trouvant pourtant dans des situations assez comparables. De ce point de vue, la combinaison de trois critères paraît préférable car elle permet de souligner que le dispositif tend à prendre en compte la **situation spécifique** d'entreprises indépendantes connaissant, en raison de leur **taille**, des **difficultés particulières** pour accéder aux marchés publics.

Au **plan communautaire**, le seuil retenu pour définir une PME est de **250 salariés**. Il aurait donc pu être envisagé de privilégier le même seuil pour ouvrir le bénéfice d'une attribution préférentielle.

Cependant, un seuil de 250 salariés ne permettrait pas de viser la cible choisie. En effet, les PME de moins de 250 salariés - appartenant ou non à des grands groupes - représentent 72% du montant des marchés de travaux publics.

L'ajout d'un **critère financier** peut permettre de mieux appréhender la situation de l'entreprise et semble cohérent avec le seuil de 50 salariés prévu par ailleurs.

Enfin, le critère de l'indépendance a pour objet de ne pas inclure dans le dispositif les filiales confortées par ces moyens et le soutien de grands groupes dont ne disposent pas leurs concurrentes de taille équivalente.

Votre rapporteur pour avis s'est demandé s'il ne serait pas plus opérationnel d'établir expressément cette exclusion dans le texte proposé. Il a néanmoins constaté que le critère de l'indépendance tel que défini par la proposition de loi était déjà utilisé dans des dispositifs en vigueur, par exemple pour les fonds communs de placement dans l'innovation, issus de la loi du 30 décembre 1996.

Une autre difficulté tient à ce que les personnes publiques responsables des marchés devront être en mesure d'avoir une **connaissance précise** des caractéristiques des entreprises soumissionnaires, afin de faire jouer à bon escient l'attribution préférentielle.

Il reviendra à chaque candidat **d'apporter la preuve** qu'il entre dans la catégorie susceptible de bénéficier de cette attribution préférentielle.

Cette difficulté est à relier à la question plus générale de la **vérification** par les responsables de marchés d'un certain nombre d'informations concernant les entreprises soumissionnaires. On peut penser

que le **développement des nouvelles technologies de l'information** devrait permettre d'aboutir à des procédures moins lourdes dans ce domaine.

Dans sa rédaction initiale, la proposition de loi énonçait au préalable le principe selon lequel les marchés publics doivent être passés selon des procédures destinées à **garantir la mise en concurrence** de plusieurs entreprises, sauf exceptions justifiées par les caractéristiques de la prestation ou les conditions de son exécution, et assurer l'égalité de traitement des candidats.

Cette précision, qui n'était **qu'un simple rappel** des solutions actuelles, n'avait qu'une faible portée normative, sauf à envisager qu'elle soit reprise à l'article 1^{er} du code des marchés publics dans le cadre de la refonte en cours de ce code.

C'est donc à juste titre que la commission des Affaires économiques et du Plan ne l'a pas reprise dans ses conclusions.

Sous le bénéfice de ces observations, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption de l'article 14 de la proposition de loi dans la rédaction proposée par la commission des Affaires économiques et du Plan.

B. LE FRACTIONNEMENT DES MARCHÉS PUBLICS PAR LOTS

1. Le droit en vigueur

Le fractionnement d'un marché public peut poser un problème au regard d'un certain nombre de seuils qui déterminent l'application des règles de mise en concurrence et dont l'appréciation requiert d'avoir connaissance du programme d'ensemble de l'opération ou de l'ouvrage. Il s'agit notamment des seuils de publicité, des commandes hors marché (300 000 F TTC) et des marchés négociés (700 000 F TTC).

Le droit communautaire est ainsi très attentif au fractionnement compte tenu des seuils élevés qu'il prévoit. Les prescriptions communautaires en la matière ont été transcrites par un arrêté du 31 mars 1992 relatif au montant des marchés publics de fournitures et des marchés publics et contrats de travaux soumis aux règles de la concurrence dans le cadre de la CEE.

Ainsi, pour le calcul des seuils en matière de fournitures, l'arrêté précise que lorsqu'un achat envisagé de fournitures homogènes peut donner lieu à des marchés passés en même temps par lots séparés, c'est la valeur estimée de la totalité de ces lots qui doit être prise en considération. Dans le même esprit, lorsqu'un ouvrage est réparti en plusieurs lots faisant chacun

l'objet d'un marché, la valeur technique de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation du seuil.

Le code des marchés publics (articles 77 et 274) permet néanmoins un tel fractionnement lorsqu'il est « *susceptible de présenter des **avantages techniques ou financiers*** ». Dans ce cas, « *les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct* ». La division par lots est donc possible. Elle reste néanmoins **facultative**.

Le règlement de la consultation doit préciser le **nombre** des lots, leur **consistance** et les **modalités de leur attribution**. En cas de non attribution des lots, la personne responsable du marché a la faculté d'engager une nouvelle procédure en modifiant, le cas échéant, la consistance de ces lots.

Dans certains cas, une proportion de lots peut être réservée par préférence à des sociétés ouvrières de production (articles 61 à 64 et article 262 du code des marchés publics). De même, lorsque les marchés portent, en tout en partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, préalablement à la mise en concurrence, doivent être définis les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à égalité de prix dans le cas d'adjudication ou à équivalence d'offres dans le cas d'appel d'offres, seront attribués par préférence à tous autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans (*article 267, Conseil d'Etat, 30 mai 1986, Syndicat d'électrification des Hautes-Pyrénées*).

En principe, le fractionnement par lots répond à des préoccupations **d'ordre technique**, le lot correspondant à une spécialité technique, par exemple le terrassement. Il peut également correspondre à **l'unité physique** d'une opération, la construction d'un bâtiment, notamment. Il peut aussi faire intervenir d'autres critères tels que le **temps** (un décalage dans le temps entre les prestations) ou le **lieu**.

2. La proposition de loi : faciliter l'allotissement des marchés publics

S'inspirant d'une disposition qui figurait à l'article 18 du projet de loi déposé sous la précédente législature, la proposition de loi (article 15) prévoit que les prestations et travaux peuvent « *si leurs caractéristiques ou les conditions de leur exécution le permettent, être réparties en lots homogènes donnant lieu à un marché distinct* ». Elle rappelle néanmoins au préalable - à l'instar du projet de loi précité - qu'« *aucune prestation ni aucun ouvrage ne peut être scindé en vue d'être soustrait aux procédures applicables aux marchés publics* ».

L'idée d'utiliser la procédure d'allotissement pour favoriser l'accès des PME aux marchés publics est exprimée dans le **document d'orientation** sur la réforme des marchés publics établi par le ministère de l'économie, des

finances et de l'industrie qui relève qu'il « *permet l'accès direct des entreprises et plus particulièrement des PME, à la commande publique* » et qu'« *il donne au maître d'ouvrage une meilleure visibilité des compétences et des qualifications des entreprises* ».

Cependant, la gestion d'un marché par lots séparés est **plus lourde** que celle d'un marché unique pour les maîtres d'ouvrage, en particulier les plus petits d'entre eux. Reconnaisant cette difficulté, le document d'orientation sur la réforme des marchés publics suggère de promouvoir la formule du groupement d'entreprises dans laquelle le mandataire est l'interlocuteur unique de l'acheteur public.

La proposition de loi **ne rend pas obligatoire** le recours à la procédure d'allotissement. Elle vise plus simplement à favoriser son utilisation, tout en lui maintenant un caractère facultatif.

La rédaction suggérée par la proposition de loi n'a néanmoins pas **un caractère innovant** puisque - comme il a été indiqué ci-dessus - la procédure de fractionnement par lots est déjà admise dans le droit en vigueur. Au demeurant, celui-ci, en visant les « *avantages techniques et financiers* » que peut procurer cette procédure, peut sembler **plus précis** que le texte proposé qui se borne à ouvrir la faculté de recourir à cette procédure « *si les caractéristiques ou les conditions de l'exécution des prestations et travaux le permettent* ». Cette limitation n'apparaît pas définie de manière suffisamment claire pour prévenir d'éventuels contentieux. En outre, la portée qui devra être conférée à la notion de « *lots homogènes* », utilisée dans la rédaction proposée, peut prêter à discussion.

C'est pourquoi, par un **amendement**, votre commission des Lois vous propose - reprenant ainsi une solution qui figurait dans le projet de loi déposé à la fin de la précédente législature - **d'habiliter** les responsables de marché à prévoir une répartition des prestations en lots donnant lieu à des marchés distincts, selon les modalités qui seront fixées **par le règlement de la consultation**. Il ne s'agira que **d'une simple faculté** ouverte au responsable du marché qui appréciera l'opportunité d'y recourir en fonction des **caractéristiques du marché et des contraintes du maître d'ouvrage**.

Sous réserve de cet amendement, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption de l'article 15 de la proposition de loi dans la rédaction proposée par la commission des Affaires économiques et du Plan.

C. DÉLAIS DE RÈGLEMENT DES MARCHÉS PUBLICS

1. Le droit en vigueur

L'article 177 du code des marchés publics dispose que les opérations effectuées par le titulaire du marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes ou à paiement pour solde doivent être constatées par écrit dressé par l'administration contractante ou vérifié et accepté par elle.

Pour les marchés qui ne prévoient pas un règlement par lettre de change-relevé, *l'article 178* prévoit que l'administration contractante est tenue de procéder au mandatement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser **35 jours**. Toutefois, pour le solde de certaines catégories de marché, un délai plus long peut être fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances. Ce délai ne peut être supérieur à trois mois.

Des délais spécifiques ont été déterminés par un arrêté du 17 janvier 1991 pour les marchés de travaux et les marchés industriels dont la durée d'exécution contractuelle est supérieure à six mois. Pour les marchés de travaux, le délai de mandatement du solde est de deux mois à compter de la notification du décompte général au titulaire du marché. Pour les marchés industriels, le même délai est de 75 jours à compter de la date d'effet de la réception des prestations ou de la réception de la facture si celle-ci est postérieure à la précédente.

Pour les marchés des collectivités locales, *l'article 352 bis* du code des marchés publics précise que le délai visé à l'article 178 pour le mandatement des acomptes et du solde ne peut excéder **45 jours**.

Le délai de mandatement doit être précisé dans le marché. La date du mandatement est portée, le jour de l'émission du mandat et par écrit, à la connaissance du titulaire par l'administration contractante.

Le Conseil d'Etat a néanmoins considéré que les dispositions réglementaires relatives aux délais de règlement des marchés ne présentaient pas un caractère d'ordre public (*11 février 1976, SA l'Industrielle européenne de construction Ineurco*). Mais l'administration commet une faute en incluant dans un contrat des stipulations contraires à des dispositions impératives édictées pour la protection d'un cocontractant (*Conseil d'Etat, 8 juillet 1985, SA Lyonnaise des eaux et de l'éclairage*).

Le défaut de mandatement dans les délais réglementaires fait courir de plein droit et sans autre formalité, au bénéfice du titulaire du marché ou du sous-traitant, des **intérêts moratoires**, à partir du jour suivant la date du mandatement du principal.

Toutefois, dans le cas où le mandatement est effectué hors du délai prévu, lorsque les intérêts moratoires n'ont pas été mandatés en même temps que le principal et que la date du mandatement n'a pas été communiquée au titulaire, les intérêts moratoires sont dus jusqu'à ce que les fonds soient mis à la disposition de celui-ci.

Le défaut de mandatement de tout ou partie des intérêts moratoires lors du mandatement du principal entraîne une majoration de 2% du montant de ces intérêts par mois de retard.

Pour les marchés prévoyant un règlement par lettre de change-relevé, *l'article 178 bis* du code des marchés publics précise qu'en vue du règlement des acomptes et du solde, l'administration contractante est tenue d'envoyer au titulaire du marché, dans un délai qui ne peut dépasser trente jours, une autorisation d'émettre une lettre de change-relevé conforme à un modèle fixé par arrêté du ministre chargé du budget.

Toutefois, comme pour les autres modes de règlement, un délai plus long peut être fixé pour le solde de certaines catégories de marchés, par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances. L'arrêté du 17 janvier 1991 a précisé que pour les marchés payés par lettre de change-relevé d'une durée supérieure à six mois et faisant référence au cahier des clauses administratives générales des marchés industriels, le délai d'envoi de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé est de deux mois à compter de la date d'effet de la réception de la facture si celle-ci est postérieure à la précédente. Le délai d'envoi de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé est fixé dans le marché.

Le défaut d'envoi de l'autorisation dans le délai prévu fait courir de plein droit et sans autre formalité, au bénéfice du titulaire, des intérêts moratoires, à partir du jour suivant l'expiration dudit délai et jusqu'à la date d'envoi de l'autorisation. Toutefois, dans le cas où l'envoi de l'autorisation est effectué hors du délai prévu, lorsque les intérêts moratoires n'ont pas été ajoutés au principal faisant l'objet de cette autorisation, les intérêts moratoires sont dus jusqu'au quinzième jour inclus suivant la date d'envoi de l'autorisation. En tout état de cause, les intérêts moratoires sont mandatés en même temps que le principal.

L'échéance de la lettre de change-relevé est fixée dans le marché. Cette échéance est postérieure de trente ou trente cinq jours à la date effective d'émission de l'autorisation. L'échéance de la lettre de change-relevé ne peut être modifiée.

Pour les marchés des collectivités locales, *l'article 352 bis* du code des marchés publics précise que l'échéance de la lettre de change-relevé est postérieure de trente, quarante, cinquante ou soixante jours à la date effective d'émission de l'autorisation.

Le défaut de paiement de la lettre de change-relevé à la date d'échéance pour des raisons imputables à l'administration, fait courir de plein droit et sans autre formalité des intérêts moratoires à partir du jour suivant la date d'échéance jusqu'à ce que les fonds soient mis à la disposition du titulaire. L'administration contractante doit mandater les intérêts moratoires dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle les fonds ont été mis à la disposition du titulaire. Elle doit procéder au mandatement des avances, acomptes ou soldes, de telle sorte que le dossier de mandatement soit reçu par le comptable au moins vingt et un jours avant la date d'échéance de la lettre de change-relevé.

La loi n° 94-679 du 8 août 1994 (article 67) a précisé qu'« *est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance* ».

2. Le bilan de l'application du droit en vigueur

Une circulaire du 6 novembre 1996 a institué une procédure spécifique pour permettre aux titulaires de marchés, à leurs sous-traitants bénéficiant du paiement direct ainsi qu'aux entreprises ayant assuré des prestations sur la base des articles 123 et 321 du code des marchés publics (travaux sur mémoires et achats sur factures), d'obtenir le paiement de leurs créances non mandatées dans les délais réglementaires. Elle ne concerne que les sommes dues par l'Etat et ses établissements publics.

La circulaire précise que, lorsque dix jours après l'expiration du délai réglementaire le mandatement n'est pas intervenu, le créancier peut saisir, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, l'ordonnateur (soit, selon les cas, le ministre, le préfet ou l'ordonnateur de l'établissement public). Dans un délai de quinze jours, l'ordonnateur doit : soit indiquer ou rappeler à l'entreprise les motifs de contestation de la créance ; soit ordonnancer ou mandater la dépense, si les crédits sont disponibles ; soit, enfin, en cas d'insuffisance de crédits, informer l'entreprise de cette situation, des dispositions devant être prises simultanément pour abonder, dans un délai de quinze jours, les dotations du chapitre sur lequel s'impute la dépense. La circulaire prévoit également la suspension des contrôles fiscaux concernant les petites et moyennes entreprises dont les créances sur l'Etat ne seraient pas mandatées au-delà des délais qu'elle a prévus.

Un bilan publié par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie en octobre 1998 avait mis en évidence **l'amélioration** des conditions de règlement des sommes dues au titre des marchés et des achats sur factures, des collectivités et établissements publics locaux, entre 1994 et 1997.

	Délais de mandatement ¹		Délais de paiement du comptable ²	Délais de règlement (mandatement et paiement par le comptable) ³
	Sans intervention d'un maître d'oeuvre	Avec intervention d'un maître d'oeuvre		
1994	29,22	24,73	11	40,15
1995	27,38	25,71	9,76	37,14
1996	29,27	24,57	9,04	38,31
1997	28	24,20	9,26	37,26

L'enquête réalisée pour 1998, publiée en décembre dernier, fait ressortir que, pour la première fois depuis 1992, toutes collectivités confondues, **le délai moyen national de règlement est inférieur à 37 jours.**

Cette amélioration concerne en particulier les **communes** : celles de moins de 10.000 habitants ont réduit de sept jours leurs délais de règlement entre 1997 (34,96 jours) et 1998 (28,25 jours) ; les communes les plus grandes ont également réduit leurs délais de règlement de plus de deux jours (40,79 jours en 1998 contre 42,62 jours en 1997).

Le **délai moyen de mandatement de l'ordonnateur**, sans l'intervention d'un maître d'oeuvre, s'établit à 27,53 jours, soit une diminution de 0,47 jours par rapport à 1997. En revanche lorsqu'un maître d'oeuvre intervient, le délai moyen de mandatement de l'ordonnateur augmente (26,74 jours en 1998 contre 24,20 jours en 1997).

Le **délai de paiement moyen du comptable public** s'établit, toutes collectivités et tous achats confondus, à 9,36 jours en 1998 contre 9,26 jours en 1997, cet allongement global du délai traduisant la situation particulière des grandes communes.

Le document d'orientation établi par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, en avril dernier, sur la réforme des marchés publics souligne que des efforts importants ont été accomplis ces dernières années pour réduire les délais de paiement publics et que des progrès significatifs ont été enregistrés. Etant en moyenne inférieurs à 40 jours, les délais de paiement de l'Etat et des collectivités locales et des établissements publics locaux soutiendraient la comparaison avec ceux pratiqués entre entreprises. Cependant les situations seraient contrastées selon les services ou collectivités.

Le document d'orientation fait valoir que la situation actuelle dans laquelle seuls les délais de mandatement sont encadrés par la réglementation

¹ Moyenne nationale

² Délai de paiement moyen du comptable public toutes collectivités et achats confondus (marchés, achats sur factures)

³ Moyenne nationale

n'est pas pleinement satisfaisante car elle constitue un **facteur d'imprévisibilité** pour les entreprises, en particulier pour les PME. Il préconise, en conséquence, une solution tendant à ce que les administrations et collectivités publiques s'engagent contractuellement sur un délai global de paiement auprès de leurs fournisseurs. Telle est la voie défendue par le Gouvernement dans le cadre de la négociation du projet de directive sur les retards de paiement.

Ce projet de directive communautaire prévoit un délai global de paiement, prenant en compte mandatement et paiement *stricto sensu*.

3. La solution préconisée par la proposition de loi

Reprenant des dispositions qui figuraient à l'article 25 du projet de loi déposé à la fin de la précédente législature, l'article 16 de la proposition de loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer un délai maximal dans lequel les sommes dues en exécution d'un marché doivent être **mandatées**, à compter de la date à laquelle sont remplies les conditions administratives ou techniques déterminées par le marché auxquelles sont subordonnés les mandatements.

Le renvoi à un décret en Conseil d'Etat pour fixer un délai maximal de mandatement ne constitue **qu'un simple « rappel »** puisque - comme il a été indiqué ci-dessus - un tel délai est d'ores et déjà prévu au plan réglementaire.

En outre, comme l'avait observé le rapport de mission établi par M. Alfred Trassy-Paillogues en 1996, les entreprises créancières de paiements publics souhaitent qu'un **délai limite de paiement** soit substitué au délai limite de mandatement. Telle semble la solution susceptible d'être retenue dans le projet de directive communautaire sur les retards de paiement.

Il pourrait donc être préférable d'envisager une disposition innovante qui, fixant un délai limite de paiement, répondrait plus efficacement aux demandes des entreprises créancières tout en rapprochant le droit national des évolutions prévisibles du droit communautaire.

Tel est l'objet des **trois amendements** que vous soumet votre commission des Lois.

Le troisième de ces amendements précise, en outre, que le défaut de paiement dans le délai fait courir de plein droit, sans autre formalité, des **intérêts moratoires** à compter du jour suivant l'expiration du délai. Il répare ainsi une omission du texte de la proposition de loi.

Il règle également les modalités de répartition des intérêts moratoires dans le cas des marchés des collectivités territoriales. En effet, dès lors que le

retard sera imputable au comptable, la charge des intérêts moratoires devra **revenir à l'Etat**.

L'article 16 de la proposition de loi précise, en outre, qu'à défaut de date certaine, ressortant du dossier de mandatement et permettant de déterminer le point de départ du délai de mandatement, celle-ci sera la date de la facture augmentée de deux jours. Il s'agit par cette disposition de rendre **automatique**, pour les entreprises, le versement des intérêts moratoires exigibles.

Enfin, la proposition de loi étend aux marchés des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, le bénéfice, **à l'initiative du fournisseur**, du règlement par lettre de change-relevé.

Les dispositions du code des marchés publics qui traitent de la lettre de change-relevé pour les marchés de l'Etat (article 178 *bis*) sont étendues aux marchés des collectivités locales et des établissements publics locaux par l'article 352 du même code.

Cependant n'ont pas été étendues aux marchés des collectivités territoriales, les dispositions de l'article 179 *bis* du code des marchés publics qui prévoit que la lettre de change-relevé est **obligatoirement** acceptée comme moyen de paiement des marchés de l'Etat.

On rappellera que la lettre de change-relevé, adaptant la lettre de change à des procédés informatiques, a pour effet d'accélérer les règlements et de faire bénéficier le destinataire d'un paiement à date certaine. Avec ce procédé, en effet, le titulaire du marché est **assuré de la date** à laquelle il aura la disposition des fonds, cette date étant déterminée dès l'envoi par l'administration de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé.

Sous réserve des amendements qu'elle vous soumet, votre commission des Lois a donné un avis favorable à l'adoption de l'article 16 de la proposition de loi.

*

Sous réserve de ces observations et des amendements qu'elle vous soumet, votre commission des Lois a émis un avis favorable à la proposition de loi tendant à favoriser la création et le développement des entreprises sur les territoires dans le texte adopté par votre commission des Affaires économiques.

ANNEXE :

Amendements

adoptés par la commission des Lois

ARTICLE 3

Dans le deuxième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour insérer un article L. 1511-7 dans le code général des collectivités territoriales, après les mots :

une convention qui détermine

insérer les mots :

, à peine de nullité,

*

* *

ARTICLE 3

Compléter le deuxième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour insérer un article L. 1511-7 dans le code général des collectivités territoriales par les mots :

, le montant et les modalités de versement des aides.

ARTICLE 3

Rédiger comme suit le troisième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour insérer un article L. 1511-7 dans le code général des collectivités territoriales :

« Pour la réalisation de l'objet mentionné au premier alinéa, une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements peuvent également constituer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, un groupement d'intérêt public avec des établissements publics et d'autres personnes morales de droit public ou privé.

*

* *

ARTICLE 3

Avant le dernier alinéa du texte proposé par le I de cet article pour insérer un article L. 1511-8 dans le code général des collectivités territoriales, insérer un alinéa ainsi rédigé :

« L'autorité compétente peut prononcer le retrait lorsque le bénéficiaire a cessé son projet de création d'entreprise ou qu'il ne bénéficie plus du soutien matériel ou immatériel mentionné au troisième alinéa.

*

* *

ARTICLE 3

Après les mots :

champ d'intervention géographique

remplacer la fin du deuxième alinéa du texte proposé par le I de cet article pour insérer un article L. 1511-9 dans le code général des collectivités territoriales :

. La convention définit, à peine de nullité, les modalités de restitution ou de rémunération éventuelles des financements versés par la collectivité ou le groupement, lorsque le fonds cesse son activité, ne réalise plus l'objet mentionné à l'alinéa précédent ou dans tout autre cas prévu par ladite convention.

*

*

*

ARTICLE 3

Compléter le dernier alinéa du texte proposé par le I de cet article pour insérer un article L. 1511-9 dans le code général des collectivités territoriales par une phrase ainsi rédigée :

Il définit les cas de restitution de plein droit aux collectivités et groupements des financements versés.

*

*

*

ARTICLE 6

Compléter l'avant dernier alinéa du texte proposé par cet article pour insérer un article L. 1511-2-1 dans le code général des collectivités territoriales par une phrase ainsi rédigée :

Elle détermine les conditions dans lesquelles le remboursement de ces dernières peut ne pas être exigé en cas de cessation de l'activité créée ou reprise, ou de cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure judiciaire.

*

* *

ARTICLE 6

Avant le dernier alinéa du texte proposé par cet article pour insérer un article L. 1511-2-1 dans le code général des collectivités territoriales, insérer un alinéa ainsi rédigé :

« La convention définit, à peine de nullité, les modalités de restitution des subventions versées par la collectivité ou le groupement, lorsque l'organisme cesse son activité, ne réalise plus l'objet mentionné au premier alinéa ou dans tout autre cas prévu par ladite convention.

*

* *

ARTICLE 15

Remplacer la seconde phrase de cet article par une phrase ainsi rédigée :

Les prestations peuvent néanmoins être réparties en lots donnant lieu à un marché distinct selon les modalités fixées par le règlement de la consultation.

*

* *

ARTICLE 16

I. - Dans le premier alinéa de cet article, remplacer les mots :

sont mandatées

par les mots :

sont payées

II. - En conséquence, compléter le même alinéa par les mots :

et le paiement.

*

* *

ARTICLE 16

Dans le deuxième alinéa de cet article, remplacer les mots :

du délai de mandatement

par les mots :

du délai de paiement

*

* *

ARTICLE 16

Après le premier alinéa de cet article, insérer deux alinéas ainsi rédigés :

Le défaut de paiement dans le délai prévu à l'alinéa précédent fait courir de plein droit et sans autre formalité, au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant, des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration dudit délai.

Les intérêts moratoires dus au titre des marchés des collectivités territoriales sont à la charge de l'Etat lorsque le retard est imputable au comptable.