

N° 163

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

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

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE après déclaration d'urgence, pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés,

Par M. Philippe MARINI,

Sénateur,

Rapporteur général

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Arthuis, *président* ; M. Yann Gaillard, Mme Nicole Bricq, MM. Jean-Jacques Jégou, Thierry Foucaud, Aymeri de Montesquiou, Joël Bourdin, François Marc, Alain Lambert, *vice-présidents* ; MM. Philippe Adnot, Jean-Claude Frécon, Mme Fabienne Keller, MM. Michel Sergent, François Trucy, *secrétaires* ; M. Philippe Marini, *rapporteur général* ; Mme Michèle André, MM. Bernard Angels, Bertrand Auban, Denis Badré, Mme Marie-France Beaufils, MM. Claude Belot, Pierre Bernard-Reymond, Auguste Cazalet, Michel Charasse, Yvon Collin, Philippe Dallier, Serge Dassault, Jean-Pierre Demerliat, Éric Doligé, André Ferrand, Jean-Pierre Fourcade, Christian Gaudin, Adrien Gouteyron, Charles Guené, Claude Haut, Edmond Hervé, Pierre Jarlier, Yves Krattinger, Gérard Longuet, Roland du Luart, Jean-Pierre Masseret, Marc Massion, Gérard Miquel, Albéric de Montgolfier, Henri de Raincourt, François Rebsamen, Jean-Marc Todeschini, Bernard Vera.

Voir le(s) numéro(s) :

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

Sénat : 157 et 164 (2008-2009)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
EXPOSÉ GÉNÉRAL	5
EXAMEN DES ARTICLES	9
• <i>ARTICLE 2 ter (nouveau)</i> Modification du cadre juridique et fiscal régissant l'archéologie préventive	9
• <i>ARTICLE 3</i> Cessions de créances de contrats de partenariat ou de baux emphytéotiques hospitaliers	15
• <i>ARTICLES ADDITIONNELS APRÈS L'ARTICLE 3</i> Aménagements tendant à renforcer l'attractivité des partenariats public-privé	22
• <i>ARTICLE 3 bis (nouveau)</i> Caractère ajustable des modalités de financement de l'offre finale d'un candidat à un contrat de partenariat public-privé	28
• <i>ARTICLE 4</i> Recours des entités adjudicatrices à une procédure négociée pour la passation de contrats de partenariat	31
• <i>ARTICLE 5 bis (nouveau)</i> Assouplissement des conditions de la remise de dettes par un créancier public d'une entreprise en difficulté	37
AUDITION LE 6 JANVIER 2009 DE MM. ERIC WOERTH, MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, ET PATRICK DEVEDJIAN, MINISTRE CHARGÉ DE LA MISE EN ŒUVRE DU PLAN DE RELANCE	43
EXAMEN EN COMMISSION	45
AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION	47

EXPOSÉ GÉNÉRAL

Votre commission des finances s'est saisie pour avis du présent projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, avant tout, pour des **raisons de cohérence**.

Cohérence politique globale, d'abord, puisque le présent projet de loi est présenté conjointement par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, ainsi que par le ministre chargé de la mise en œuvre du plan de relance. L'un et l'autre de ces textes apparaissent ainsi comme les deux volets, d'inégale importance, certes, mais tout à fait complémentaires, du cadre juridique nécessaire à la mise en œuvre du plan de relance décidé par le Président de la République.

Cohérence technique, ensuite, liée à la matière traitée, parce que le projet de loi de finances rectificative pour 2009 comporte un article 5 autorisant le ministre chargé de l'économie à accorder la garantie de l'Etat, à titre onéreux, aux prêts bancaires consentis aux entreprises signataires d'un contrat de partenariat public/privé¹ (PPP) ou d'un contrat de concession de travaux publics ou de délégation de service public, dans la limite de 80 % du montant de ces prêts et pour un montant maximal de 10 milliards d'euros.

Cohérence intellectuelle, enfin, par rapport à ses positions antérieures, puisque la plupart des propositions d'amendements portés par votre rapporteur pour avis constituent la **prolongation des réflexions menées par notre collègue Charles Guéné en sa qualité de rapporteur pour avis, au nom de votre commission des finances², sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat** devenu la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

Ces propositions, souvent, peuvent revêtir une certaine technicité, mais leur philosophie générale se veut simple : elle consiste à **s'attacher davantage à la réalité des opérations, et à leurs meilleures possibilités de mise en œuvre, plutôt qu'à la forme juridique du contrat** sur la base duquel elles sont réalisées. En particulier, il est envisagé d'étendre à certaines formes de PPP, notamment les baux emphytéotiques administratifs, une partie du régime applicable aux contrats de partenariat. Il y a là un souci d'efficacité, qui paraît devoir l'emporter sur la critique consistant à voir, dans cette

¹ Il est rappelé que ces contrats de partenariat public/privé (PPP) sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat, ou ses établissements publics, ou les collectivités territoriales, confient à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale. Cette mission s'applique au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

² Avis n° 243 (2007-2008).

extension une façon de donner au bail emphytéotique certains des avantages du contrat de partenariat, sans pour autant l'assortir de contraintes aussi strictes que celles qui encadrent le recours à ce dernier instrument.

D'une façon générale, dans le même souci de réalisme économique, il s'agit d'assouplir le régime des PPP afin d'en diminuer le coût pour la collectivité sans considérer qu'il faille, à toute force, créer des carcans pour protéger les collectivités publiques contractantes.

Votre rapporteur pour avis vous propose ainsi, d'abord, **à l'article 3**, un amendement tendant à autoriser la personne publique à accepter jusqu'à 100 % la cession par le cocontractant privé des créances issue d'un PPP, ce qui, dans l'hypothèse maximale, aurait un effet positif sur le coût du financement de l'ordre de 100 points de base. Il convient, en effet, de souligner que ce n'est pas parce que l'acceptation de la cession est supérieure à 80 %¹ que le partenaire privé n'est pas maintenu en situation de risque, au cours de la période de construction ou au titre de la disponibilité des ouvrages et du niveau de performance de la prestation².

Dans le même esprit, votre commission des finances vous propose, **après l'article 3, trois articles additionnels** tendant à :

- assouplir la définition du contrat de partenariat quant à l'ampleur du financement assuré par le partenaire privé, pour permettre que ce dernier puisse n'assurer qu'une partie du financement du projet ;

- aménager le régime fiscal des PPP, afin d'assurer la neutralité fiscale du recours à ces instruments ;

- étendre de façon temporaire, aux baux emphytéotiques administratifs, des conditions d'accès au FCTVA qui bénéficient actuellement aux contrats de partenariat, c'est-à-dire quel que soit leur montant.

L'initiative de votre commission des finances à **l'article 2 ter**, introduit par l'Assemblée nationale à l'instigation de sa commission des affaires économiques pour **modifier le cadre juridique et fiscal régissant l'archéologie préventive**, est également placée sous le signe de la cohérence, puisqu'il vous est proposé de reprendre ses initiatives adoptées en première lecture de la loi de finances pour 2009 mais supprimées par la commission mixte paritaire.

En effet l'article 2 *ter* tend à réduire les délais de prescription des fouilles d'archéologie préventive et leurs délais d'engagement en augmentant

¹ Il faut noter que les contrats de partenariat conclus dans le cadre des dispositions antérieures à la loi du 28 juillet 2008 ont vu leur économie construite sur la base d'un pourcentage de cession de type « Dailly » acceptée par la personne publique souvent supérieur à 80 %.

² En effet, le prestataire privé est maintenu « en risque » par d'autres mécanismes que celui de la cession de créance, en particulier par l'applicabilité de pénalités et/ou de sanctions (pertes de loyers, par exemple) pendant la période de construction, notamment en cas de retard. Des garanties financières (garanties de parfait achèvement, garanties bancaires à première demande, cautions bancaires...) sont par ailleurs prévues, très généralement, dans un cadre contractuel, à l'appui des engagements du titulaire.

corrélativement le montant et le taux de la redevance d'archéologie préventive (RAP). Mais il semble que, pour certains équipements d'infrastructure, cette augmentation ne soit pas suffisante.

Il vous est proposé de modifier ledit article, afin d'augmenter la redevance d'archéologie préventive, pour la porter au niveau voté de façon unanime par le Sénat, le 5 décembre 2008, **pour les seules années 2009 et 2010**. Ceci devrait permettre d'obtenir un rendement suffisant pour :

- alimenter le Fonds national de l'archéologie préventive (FNAP) et soutenir ainsi, en 2009, les petites communes qui souhaiteraient investir et devraient dès lors faire face au financement de fouilles archéologiques ;

- rendre « rentable », c'est-à-dire non déficitaire, l'activité des services de collectivités territoriales réalisant des diagnostics, ainsi que celle de l'Institut national des recherches archéologiques préventives (INRAP) sur les chantiers conséquents de diagnostics, tels que celui du Canal Seine-Nord Europe ;

- enfin, réduire les dépenses budgétaires, puisque la subvention d'équilibre de 9 millions d'euros accordée à l'INRAP pourrait être amoindrie si le rendement de la redevance atteignait enfin le niveau espéré.

Au sujet de l'**article 5 bis**, qui tend à **assouplir les conditions de la remise de dettes à une entreprise en difficulté par un créancier public**, votre commission des finances se félicite d'une initiative qui vient opportunément, dans un contexte économique difficile, éviter les « effets dominos ».

En effet, le fait de subordonner systématiquement la remise de passifs publics à un effort concomitant des autres créanciers privés constitue bien un facteur de propagation de la crise. Le dispositif du présent article limite donc les risques de « difficultés en cascade » et donne une certaine latitude aux créanciers publics, pour aider les entreprises en difficulté mais aussi pour prévenir les difficultés qui toucheraient les créanciers chirographaires.

En dernier lieu, il convient de rappeler que votre commission des finances vous propose un **amendement à l'article 3 du projet de loi de finances rectificative pour 2009**, tendant à **transférer 20 millions d'euros** du programme « Soutien exceptionnel à l'activité économique et à l'emploi » au profit d'une **nouvelle action, dédiée à l'archéologie préventive**, au sein du programme « Programme exceptionnel d'investissement public ». Ces crédits seront alloués exclusivement au financement des diagnostics d'archéologie préventive afférents aux chantiers de réalisation des infrastructures prévues par le projet de loi de finances rectificative pour 2009. Cette mesure semble **indispensable à la pleine réussite du plan de relance**.

*

* *

Sous bénéfice de ces observations et des amendements qu'elle vous propose, votre commission des finances émet un avis favorable à l'adoption du présent projet de loi.

EXAMEN DES ARTICLES

ARTICLE 2 ter (nouveau)

Modification du cadre juridique et fiscal régissant l'archéologie préventive

Commentaire : le présent article, introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des affaires économiques, modifie le cadre juridique et fiscal régissant l'archéologie préventive, en réduisant les délais de prescription des fouilles d'archéologie préventive et leurs délais d'engagement, ainsi qu'en augmentant le montant et le taux de la redevance d'archéologie préventive (RAP).

I. LE DROIT EXISTANT

La réforme du 1^{er} août 2003, modifiant la loi 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive¹, a profondément modifié le financement de l'archéologie préventive. Elle a **mutualisé** la protection du patrimoine enfoui.

Une redevance, détachée des opérations de fouille, pèse désormais sur les auteurs des projets d'aménagement qui affectent le sous-sol.

Elle finance la **réalisation des diagnostics d'archéologie préventive, par l'Institut national des recherches archéologiques préventives (INRAP), ou par les services agréés des collectivités territoriales. Elle est due que le diagnostic soit ou non réalisé.** La décision d'effectuer ou non un diagnostic est prise par le préfet.

Si le diagnostic est positif, et que des opérations de fouille doivent être menées, leur financement incombe à l'auteur du projet d'aménagement affectant le sous-sol.

Le produit de la redevance d'archéologie préventive est affecté à **deux types de bénéficiaires :**

- d'une part, les **opérateurs publics, collectivités territoriales** disposant de services agréés et l'**INRAP**, pour financer la réalisation des diagnostics ;

- d'autre part, à **hauteur de 30 % au moins de son produit, le Fonds national pour l'archéologie préventive (FNAP)**, lequel assure

¹ Loi n° 2003-707 du 1^{er} août 2003 modifiant la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive.

plusieurs types de financements pour des fouilles d'archéologie préventive : les prises en charge des opérations préalables à la réalisation de logements sociaux et constructions individuelles, et des subventions susceptibles d'être versées pour d'autres types d'aménagements, notamment au profit de petites communes.

Rappelons que la redevance est aujourd'hui de **0,3 % de la taxe locale d'équipement (TLE)¹ pour les opérations soumises au droit de l'urbanisme** (logements, parkings, etc.) **et de 0,32 euro par mètre carré pour les travaux soumis au code de l'environnement** (routes, autres infrastructures, etc.), soit en fait, **en raison de l'actualisation annuelle sur l'indice du coût de la construction, 0,41 euro par mètre carré.**

La montée en charge progressive du dispositif montre que **les ressources ne permettent pas de couvrir, en rythme de croisière, les besoins constatés pour le financement des diagnostics, ni d'assurer le financement par le FNAP de la totalité des prises en charge de droit et des subventions.**

De ce fait, dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances pour 2009, nos collègues Yann Gaillard, rapporteur spécial de la mission « Culture », Jacques Legendre, président de la commission des affaires culturelles, et Philippe Richert ont présenté un amendement **augmentant le montant de la redevance d'archéologie préventive.** Le groupe socialiste, à l'initiative de notre collègue Yves Dauge, ont déposé le même amendement. Ce dispositif, qui a été adopté, avec l'accord du gouvernement, à **l'unanimité par le Sénat**, tendait à porter :

- le taux de la redevance à 0,6 % de la taxe locale d'équipement, au lieu de 0,3 %, pour les travaux soumis au code de l'urbanisme ;

- et le montant de la redevance à 0,6 euro par mètre carré, au lieu de 0,41², pour les travaux soumis au code de l'environnement.

Ainsi, le rendement de la redevance, dont il convient de préciser **qu'elle ne rentre pas dans l'assiette de calcul des prélèvements obligatoires**, aurait-il atteint le montant prévu par les débats qui ont précédé les différentes versions de la loi (2001, 2003 et 2004³), soit **80 millions d'euros contre 60 à 65 millions d'euros aujourd'hui.**

La commission mixte paritaire a **supprimé l'article** du projet de loi de finances pour 2009 relatif à la redevance d'archéologie préventive.

¹ Pour mémoire, les montants de TLE sont présentés en annexe.

² Le code du patrimoine prévoit un montant de redevance de 0,32 euro par mètre carré, actualisé en fonction de l'indice de construction, soit aujourd'hui une redevance fixée à 0,41 euro par mètre carré.

³ Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement.

II. LE DISPOSITIF ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a adopté, avec l'accord du gouvernement et à l'initiative de sa commission des affaires économiques, un amendement, relatif à l'archéologie **préventive**. Il prévoit :

- la **réduction du délai de prescription par l'Etat d'un diagnostic archéologique** à 21 jours, au lieu d'un mois ;

- **l'encadrement dans le temps des fouilles**. Les travaux de fouille doivent être engagés dans un délai de **six mois** après délivrance de l'autorisation afférente, et achevés dans les **dix-huit mois** qui suivent. Ces délais ne s'appliquent pas si le retard n'est pas du fait de l'opérateur. Le délai de 18 mois pour la réalisation des fouilles peut **être prorogé une fois**. Il est précisé que les articles L. 531-14 à L. 531-16 du code du patrimoine sont applicables aux découvertes faites sur le terrain d'assiette de l'opération. Cela signifie que les **vestiges** qui pourraient alors être **découverts** sont **régis** par les **dispositions relatives aux découvertes fortuites**. Ainsi, lorsque sont découverts, à la reprise des travaux, des monuments, des ruines, substructions, mosaïques, éléments de canalisation antique, vestiges d'habitation ou de sépulture anciennes, des inscriptions ou généralement des objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art, l'archéologie ou la numismatique sont mis au jour, **l'inventeur de ces vestiges ou objets et le propriétaire de l'immeuble où ils ont été découverts sont tenus d'en faire la déclaration immédiate au maire de la commune, qui doit la transmettre sans délai au préfet¹**. Celui-ci avise l'autorité administrative compétente en matière d'archéologie. Le code du patrimoine prévoit également que si la continuation des recherches présente au point de vue de la préhistoire, de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie un **intérêt public**, les **fouilles ne peuvent être poursuivies que par l'Etat ou après autorisation de l'Etat** ;

- **l'augmentation de la redevance d'archéologie préventive**. Le taux de redevance d'archéologie préventive (RAP) applicable aux travaux soumis au code de l'urbanisme serait porté de 0,3 % à **0,4 %** de la taxe locale d'équipement, puis **0,5 %** à partir du 1^{er} janvier 2010. Le montant de RAP applicable aux travaux soumis au code de l'environnement passerait de 0,41 euro à **0,5 euro par mètre carré**.

¹ *Le propriétaire de l'immeuble est responsable de la conservation provisoire des monuments, substructions ou vestiges de caractère immobilier découverts sur ses terrains. Le dépositaire des objets assume à leur égard la même responsabilité.*

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur pour avis remarque que **la réduction des délais encadrant la décision de prescrire** diagnostics et fouilles pourrait être **contre-productive** en incitant les services à demander plus systématiquement la réalisation d'un diagnostic. Cependant, il reviendra au **préfet** et au directeur régional des affaires culturelles (DRAC) de veiller au maintien des taux de diagnostic à niveau constant.

L'encadrement dans le temps des fouilles correspond à une **demande ancienne et constante** qui a trouvé régulièrement des échos dans différents textes législatifs : il avait été question d'une régulation des délais de réalisation des fouilles lors de l'examen du projet de loi de règlement des comptes pour 2007. Plus récemment, lors de l'examen du projet de loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion¹, un amendement a été adopté par le Sénat rendant **caduque l'autorisation de fouille si les travaux n'ont pas commencé dans un délai de six mois et que le terrain est destiné à accueillir des logements sociaux**. Votre rapporteur pour avis estime que l'encadrement des fouilles dans le temps n'est pas une solution en soi. Cette modification de la législation n'aura en effet de sens que si **l'établissement public et les opérateurs privés agréés sont en mesure de tenir les nouveaux délais qui leur sont imposés**.

Enfin, **l'augmentation de la redevance** est bien **inférieure** à ce qui était prévu par le Sénat dans le cadre de la loi de finances pour 2009. Cette hausse de la RAP porte essentiellement sur les travaux relevant du code de l'urbanisme alors que :

- le ralentissement de l'activité économique va voir le nombre de constructions neuves chuter. Il est donc peu probable que le rendement de la RAP augmente suffisamment pour garantir le bon fonctionnement des opérateurs d'archéologie préventive ;

- le plan de relance porte sur la réalisation d'équipements d'infrastructure relevant du code de l'environnement, et c'est dans ce secteur que l'augmentation de la RAP est la plus faible, alors que **la réalisation des diagnostics coûte plus que la RAP ne rapporte dans ce domaine**. Ainsi la réalisation des diagnostics pour le canal Seine-Nord creusera-t elle le déficit de l'INRAP. Selon les informations communiquées à votre rapporteur pour avis, le coût prévisionnel des diagnostics sur le tracé du canal Seine-Nord Europe est de 9,8 millions d'euros pour une superficie de 2.450 ha. Le montant de la RAP (part INRAP) est de 6,8 millions d'euros, soit un **déficit de 3 millions d'euros**. Le tarif au mètre carré ne sera adapté au coût réel des opérations de grands travaux que s'il est porté à 0,6 euro au mètre carré.

¹ Sur ce projet de loi, l'urgence a été déclarée, le texte est en cours d'examen à l'Assemblée nationale après une première lecture au Sénat.

Votre rapporteur pour avis vous proposera de modifier le présent article afin **d'augmenter pendant les deux années d'application du plan de relance, soit les années 2009 et 2010, la redevance** d'archéologie préventive conformément au dispositif voté à l'unanimité par le Sénat, le 5 décembre 2008, soit un tarif et un montant de 0,6 % de la taxe locale d'équipement, d'une part, et de 0,6 euro par mètre carré, d'autre part. Ceci devrait permettre d'obtenir un rendement suffisant pour :

- **alimenter de façon satisfaisante le FNAP.** Rappelons que le FNAP est alimenté par un **prélèvement de 30 % du produit total de la redevance, soit un montant de l'ordre de 20 millions d'euros en 2007 et 2008.** Or, les engagements réalisés au titre de 2008 atteignent un tel montant que tous les crédits issus de la redevance en 2009 serviront à les couvrir et ne permettront pas de prendre de nouveaux engagements. Il ne paraît pas acceptable, alors que le secteur de la construction risque de connaître des arbitrages difficiles dans les mois à venir, que les petites communes qui veulent réaliser un lotissement ou une zone d'aménagement ne puissent plus recevoir les subventions du FNAP permettant de financer les diagnostics ;

- **réduire significativement les problèmes de délais de réalisation des diagnostics,** et par transferts des personnels de l'INRAP, de réalisation des fouilles ;

- permettre de ne **pas mettre en déficit l'INRAP sur des chantiers conséquents de diagnostics,** tels que celui du Canal Seine-Nord Europe ;

- **d'inciter les services de collectivités territoriales agréés à réaliser plus de diagnostics, puisque le rendement sera meilleur ;**

- **d'améliorer significativement le fonctionnement de l'archéologie préventive,** ce qui correspondrait aux vœux des élus territoriaux, et des parlementaires. Cela irait également dans le sens de la réunion en septembre dernier du conseil national de la recherche archéologique, présidé par Mme la ministre de la culture et de la communication, qui a suivi les recommandations du Sénat, en agréant notamment de plus nombreux opérateurs privés de fouilles ;

- enfin, de **réduire les dépenses budgétaires,** puisque la subvention d'équilibre de **9 millions d'euros accordée à l'INRAP** pourrait être réduite si le rendement de la redevance atteignait enfin le niveau espéré.

On rappelle que votre commission des finances vous propose un **amendement à l'article 3 du projet de loi de finances rectificative pour 2009,** tendant à **transférer 20 millions d'euros** du programme « Soutien exceptionnel à l'activité économique et à l'emploi » au profit d'une **nouvelle action, dédiée à l'archéologie préventive,** au sein du programme « Programme exceptionnel d'investissement public ». Cette mesure semble **indispensable à la pleine réussite du plan de relance.**

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

ARTICLE 3

Cessions de créances de contrats de partenariat ou de baux emphytéotiques hospitaliers

Commentaire : le présent article ouvre la possibilité de céder l'intégralité des rémunérations au titre des coûts d'investissement et de financement de contrats de partenariat ou de baux emphytéotiques hospitaliers, alors que ces créances ne peuvent actuellement être cédées que dans la limite de 80 % des coûts précités. Cependant, il borne l'acceptation par la personne publique d'une telle cession à un maximum de 80 % desdits coûts, en vue de garantir l'exécution du contrat par le cocontractant privé.

I. LE DROIT EXISTANT

Une **cession de créance**, juridiquement, constitue une convention, par laquelle un créancier transmet son droit sur son débiteur à un tiers. Alors que **les créances professionnelles disposent de la cession dite « Dailly »**, issue de la loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises et régie par l'article L. 313-19 du code monétaire et financier, l'article L. 313-29-1 du même code, introduit par l'article 28 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et modifié par l'article 42 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats, a institué un **mécanisme de cession de créances spécifique pour les contrats de partenariat et les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH)**, formes de partenariats public-privé (PPP)¹.

La cession de créances dite « Dailly »

La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, modifiée par la loi bancaire du 24 janvier 1984, dite « loi Dailly », a introduit un nouveau mécanisme de cession de créances professionnelles.

Codifié aux articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, ce dispositif prévoit que tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un **bordereau**, à la cession ou au nantissement, par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers. La remise du bordereau entraîne le transfert de la créance entre le bénéficiaire du crédit et l'établissement.

Le débiteur de la créance (ici, la personne publique) et le cédant de la créance sont garants solidairement du paiement des créances auprès de l'établissement bancaire.

¹ L'extension du bénéfice de ce régime spécial aux BEH a été réalisée par la loi précitée du 28 juillet 2008.

L'article L. 313-29-1 précité du code monétaire et financier, jusqu'en 2008, n'a pratiquement pas été utilisé, les cocontractants privés des personnes publiques et les établissements financiers préférant recourir au régime de cession « Dailly » pour les contrats de partenariat. En son état actuel, qui résulte de l'article 42 de la loi précitée du 28 juillet 2008, cet article offre cependant deux aménagements au régime « Dailly » :

- d'une part, dans ce cadre, **la cession est subordonnée à la vérification que les investissements ont été réalisés** « conformément aux prescriptions contractuelles¹ », et elle ne peut donc intervenir avant cette réalisation ;

- d'autre part, **la cession est limitée à une fraction des coûts d'investissement et de financement** : elle ne peut excéder « 80 % de la rémunération due par la personne publique au titre des coûts d'investissement, lesquels comprennent, notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, et des coûts de financement »².

Sous la réserve que ces conditions soient remplies, la créance est définitivement acquise au cessionnaire. A moins que ce dernier, en acquérant la créance, « n'ait agi sciemment au détriment du débiteur public, aucune compensation ni aucune exception fondée sur les rapports personnels du débiteur avec le titulaire du contrat de partenariat ou du [BEH] » ne peut lui être opposée³. Ainsi, même dans l'hypothèse d'une annulation ou d'une fin anticipée du contrat, le cessionnaire de la créance demeurera bénéficiaire de celle-ci. Néanmoins, il est précisé que la prescription quadriennale des créances publiques est applicable⁴ : en principe, ne sont plus exigibles les fractions de rémunération qui n'ont pas été acquittées par la personne publique dans un délai de quatre ans à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits à paiement ont été acquis.

Cependant, la relation contractuelle entre la personne publique et son partenaire privé se poursuit après la cession de créance, dans la mesure où **la personne publique conserve des moyens d'intervention pour faire en sorte que le contrat soit exécuté**. D'une part, comme on l'a indiqué, seule une fraction de la créance peut être cédée, la fraction restante, non cessible,

¹ Précision introduite par la loi précitée du 28 juillet 2008.

² L'intégration des coûts de financement dans l'assiette de la part cessible, la détermination par la loi de la fraction maximale cessible (80 %), et la précision de la notion de coûts d'investissement ont résulté de la loi précitée du 28 juillet 2008. Il convient de noter que l'élargissement de l'assiette ainsi réalisé a visé à répondre à l'une des critiques qui était formulée à l'encontre du régime spécifique de cession de créances des contrats de partenariat, comme portant sur une fraction trop restreinte de la rémunération versée par la personne publique. En revanche, les coûts de fonctionnement, qui sont également rémunérés par la personne publique, ne peuvent pas faire l'objet d'une cession de créance dans ce cadre.

³ Précision introduite par la loi précitée du 28 juillet 2008.

⁴ Idem.

contribuant à garder le partenaire privé en situation de risque. D'autre part, le contrat de partenariat ou le BEH prévoit des pénalités en cas de non-exécution de ses engagements par ce partenaire privé.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article vise à réécrire le premier alinéa de l'article L. 313-29-1, précité, du code monétaire et financier, relatif au régime spécial de cession de créances que peuvent mettre en œuvre les contrats de partenariat et les BEH. Il s'agit de prévoir **que les rémunérations au titre des coûts d'investissement et de financement de ces contrats ou baux, qui ne peuvent actuellement être cédées que dans la limite de 80 %** comme il a été rappelé ci-dessus, **pourront désormais l'être intégralement.**

Cependant, les rémunérations au titre des coûts de fonctionnement resteraient exclues, comme dans le droit existant, de cette assiette élargie des créances cessibles. En outre, et surtout, **l'acceptation par la personne publique d'une telle cession** (en application de l'article L. 313-29 du code monétaire et financier), **afin de garantir l'exécution du contrat par le cocontractant privé, demeurerait limitée à hauteur d'un maximum de 80 % des coûts d'investissement et de financement.**

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. UNE MESURE FAVORABLE AU MEILLEUR FINANCEMENT DES PPP

Dans le cadre des partenariats public-privé (PPP), la technique de **la cession de créance** revêt un enjeu essentiel en termes de financement des opérations. En pratique, en effet, elle **permet au partenaire privé de céder à l'établissement financier, qui assure le financement du projet, la créance qu'il détient sur la personne publique. Cet établissement peut alors proposer des taux d'intérêt sensiblement moins élevés** pour les fonds qu'il prête au cocontractant privé, dans la mesure où il sera directement remboursé par la personne publique sur laquelle il détient la créance. En effet, l'Etat et les collectivités territoriales, généralement, bénéficient des taux d'intérêt les plus bas du marché, du fait des garanties qu'ils présentent pour le remboursement.

Les cessions de créance permettent ainsi de réduire les coûts de financement des projets, en obtenant des conditions de financement presque aussi compétitives que celles qui seraient offertes aux personnes publiques directement.

Plus l'assiette de la cession de créance est large et plus les conditions de financement du titulaire du PPP seront favorables. Ces conditions de financement plus favorables, selon un enchaînement

« vertueux », devraient se répercuter sur le montant du loyer à acquitter par la personne publique.

Par ailleurs, l'élargissement des possibilités de cession de créance doit avant tout **bénéficier aux entreprises de petite ou moyenne taille**, qui se voient souvent, *a fortiori* en temps de crise, dans l'obligation de rechercher des cautions financières, difficiles à trouver et coûteuses, et doivent mettre en place des montages financiers complexes.

B. UN RÉGIME NÉCESSITANT D'ÊTRE ASSOULI

Lors de la discussion au Sénat du dispositif existant, le rapporteur pour avis de votre commission des finances, notre collègue Charles Guéné, dans son rapport pour avis¹, avait émis des doutes sur l'efficacité de la procédure et proposé, en conséquence, la suppression de celle-ci pour les motifs suivants :

« Malgré les avancées proposées par le présent projet de loi, le mécanisme de cession de créances spécifique au contrat de partenariat ne convainc aucun des acteurs économiques que votre rapporteur pour avis a rencontrés. Sans doute des améliorations techniques pourraient-elles être apportées, en prévoyant notamment d'inclure dans la cession de créances la totalité des frais financiers. Mais le problème est en réalité ailleurs : aucun acteur public ou privé ne ressent la nécessité d'un dispositif spécifique, et chacun préfère la cession de « créances Dailly » dont il appréhende parfaitement, par expérience, les mécanismes. Aussi les établissements bancaires se trouvent-ils en situation de surfacturer les contrats de partenariat qui auraient recours au mécanisme de l'article 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004, même modifiée par le présent article 29^[2] : ceci a un effet dissuasif conduisant mécaniquement à marginaliser ce mécanisme. »

L'amendement avait été retiré compte tenu des assurances données par le gouvernement sur la simplicité de la procédure. Néanmoins, aux yeux de votre rapporteur pour avis, le dispositif proposé par le présent article continue de présenter une **difficulté, liée à l'impossibilité pour la personne publique d'accepter une cession au-delà de 80 %**.

Il convient en effet de distinguer deux mécanismes.

D'une part, la cession à titre de garantie de 100 % des loyers dus au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement au profit du banquier prêteur, sûreté simple et peu coûteuse à mettre en œuvre, ne crée, en tant que telle, aucun droit ni obligation pour la personne publique. La cession de 100 % de ces loyers a ainsi été pratiquée dans la quasi-totalité des opérations de partenariat public-privé conclues depuis 2004. Cette cession a pour seul effet d'obliger la personne publique à ne se libérer de sa dette

¹ Avis n° 243 (2007-2008).

² Soit l'article 42, précité, de la loi du 28 juillet 2008.

qu'auprès de l'établissement financier qui peut se voir opposer les mêmes exceptions que le cédant (en cas d'inexécution du contrat, de compensation...).

D'autre part, la procédure d'acceptation par la personne publique la conduit à ne pas pouvoir opposer d'exceptions à raison de ses relations avec le cédant pour refuser de se libérer de ses dettes auprès de l'établissement financier cessionnaire. Cette acceptation qui peut aller jusqu'à 100 % dans le cadre des cessions « Dailly » est plafonné à 80 % par le présent article, pour les seuls contrats de partenariat, en rupture avec ce qui est pratiqué pour d'autres formes de partenariats public-privé.

Or, **ce plafond comporte un impact sur le financement des projets de taille moyenne**, pour lesquels le plafonnement de l'acceptation reste une source de **complexité substantielle**. Certes, ce plafonnement ne fait pas complètement obstacle au financement de ces projets : certaines banques proposent des montages alternatifs. Il en résulte toutefois un **renchérissement significatif du coût de financement des projets**, qui ne trouve généralement pas de contrepartie dans des transferts de risques accrus au partenaire privé. Ce renchérissement apparaît ainsi, le plus souvent, contraire à l'intérêt des personnes publiques – et également à celui des entreprises aux appels d'offres, qui ne font en pratique que répercuter les conditions proposées par les banques.

Le fait d'autoriser la personne publique à accepter la cession de 100 % des créances aurait un effet positif sur le coût du financement : un gain de l'ordre de 100 points de base au minimum sur le coût moyen du financement.

Il faut rappeler que les PPP conclus dans le cadre des dispositions antérieures à la loi précitée du 28 juillet 2008 ont vu leur économie construite sur la base d'un pourcentage de cession « Dailly » acceptée par la personne publique souvent supérieur à 80 %, comme le retrace le tableau ci-après.

PPP conclus dans le cadre des dispositions antérieures à la loi du 28 juillet 2008

(en millions d'euros)

Projets	Part cédée	Montant
Maison de retraite (EHPAD) d'Evian	100 %	12
Stade de Lille	82 %	300
Hôpital de Nancy	87 %	60
Musée de la mer et cité de l'océan à Biarritz	100 %	40
Hôpital de Pontoise	95 %	20
Centre culturel de Saint Raphaël	85 %	18
Centre hospitalier de Roanne	90 %	15
Siège de la direction générale de la Gendarmerie Nationale	100 %	120
Réseau haut débit pour le département de Meurthe-et-Moselle	85 %	40
Eclairage public de Rouen	100 %	20
Caserne de gendarmerie de Sathonay Camp	100 %	150
Station d'épuration de l'aéroport de Toulouse	90 %	12

Source : mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

Au reste, ce n'est pas parce que l'acceptation de la cession est supérieure à 80 % que le partenaire privé n'est pas maintenu en situation de risque, au cours de la période de construction (avant l'entrée en vigueur de l'acceptation) ou au titre de la disponibilité des ouvrages et du niveau de performance délivré pendant la période d'exploitation. En effet, **le prestataire privé est maintenu « en risque » par d'autres mécanismes que celui de la cession de créance, en particulier du fait de l'applicabilité de pénalités et/ou de sanctions** (pertes de loyers, par exemple) pendant la période de construction, notamment en cas de retard. Des garanties financières (garanties de parfait achèvement, garanties bancaires à première demande, cautions bancaires...) sont par ailleurs prévues, très généralement, dans un cadre contractuel, à l'appui des engagements du titulaire.

De manière générale, **chaque opération est spécifique et la recherche du meilleur compromis entre l'optimisation du coût du financement et la protection légitime des intérêts de la personne publique doit être faite au cas par cas, dans un cadre contractuel**, et non fixé *ab initio* par le législateur. C'est dans cet esprit que votre rapporteur pour avis, en vue d'assouplir un mécanisme trop rigide pour être véritablement efficace, vous propose de supprimer par **amendement** la limite de 80 % des coûts pour

l'acceptation de la cession des rémunérations, en rendant cette acceptation possible jusqu'à 100 %.

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

ARTICLES ADDITIONNELS APRÈS L'ARTICLE 3

Aménagements tendant à renforcer l'attractivité des partenariats public-privé

Commentaire : ces trois articles additionnels tendent à procéder à divers aménagements du régime juridique et fiscal des partenariats public privé (PPP) de nature à les rendre à la fois plus intéressants pour le partenaire privé et moins coûteux pour la collectivité contractante. Il s'agit de procéder à :

- un assouplissement de la définition du contrat de partenariat quant à l'ampleur du financement assuré par le partenaire privé, pour permettre que ce dernier puisse n'assurer qu'une partie du financement du projet ;

- un aménagement du régime fiscal des PPP, afin d'assurer la neutralité fiscale du recours à ces instruments ;

- une extension temporaire, aux baux emphytéotiques administratifs, des conditions d'éligibilité au FCTVA qui bénéficient actuellement aux contrats de partenariat, c'est-à-dire quel que soit leur montant.

Les propositions ci-après prolongent les réflexions amorcées par notre collègue Charles Guéné, en sa qualité de rapporteur pour avis, au nom de votre commission des finances¹, du projet de loi relative aux contrats de partenariat devenu la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

I. L'ASSOUPPLISSEMENT DE LA DÉFINITION DU CONTRAT DE PARTENARIAT QUANT À L'AMPLEUR DU FINANCEMENT ASSURÉ PAR LE PARTENAIRE PRIVÉ

A. LE DROIT EXISTANT

Aux termes des articles 1^{er} et 18 de la loi de 2008 précitée, **le contrat de partenariat** constitue un contrat administratif par lequel l'Etat, un établissement public national, une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet « *le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de*

¹ Avis n° 243 (2007-2008).

ces ouvrages, équipements ou biens immatériels, ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. » Cette définition place ainsi au premier rang des caractéristiques des contrats de partenariats le **caractère intégral du financement assuré par le cocontractant privé de la personne publique.**

Pourtant, **la valeur ajoutée d'un contrat de partenariat tient moins au financement exclusif par le partenaire privé qu'à la possibilité pour ce prestataire unique d'assurer l'optimisation de la conception, de la construction et de la maintenance et l'exploitation à long terme.**

En outre, alors que le secteur bancaire éprouve des difficultés à financer certaines opérations, **il peut être souhaitable que les personnes publiques, à commencer par l'Etat, qui ont un accès direct et à des conditions privilégiées aux marchés financiers, assurent une partie substantielle du financement des partenariats public-privé,** plutôt que de se reposer sur des consortiums bancaires dont les tarifs sont aujourd'hui peu attractifs.

B. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES

Votre commission des finances vous propose d'**assouplir la définition actuelle du contrat de partenariat quant à l'ampleur du financement assuré par le partenaire privé, afin de permettre que le partenaire privé n'assure qu'une partie du financement** du projet (par exemple, le financement de la période de construction).

Cette modification, visant tant les contrats de partenariat passés par l'Etat et ses établissements publics que ceux des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, aurait deux vertus :

- d'une part, **réduire le coût de financement des PPP**, lorsque les conditions de financement direct de la personne publique sont plus intéressantes qu'un financement bancaire intégral ;

- d'autre part, **éviter que les PPP soient retenus pour de mauvaises raisons**, de pur affichage budgétaire et comptable, en permettant une déconsolidation de la dette publique.

II. DES AMÉNAGEMENTS DU RÉGIME FISCAL DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

A. LE DROIT EXISTANT

Dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif aux contrats de partenariat, au nom de votre commission des finances, notre collègue Charles Guéné, rapporteur pour avis, avait proposé une clarification de l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés du produit des cessions de

créances futures tirées d'un contrat de partenariat. Sous cette impulsion, le gouvernement a fait adopter une disposition devenue l'article 43 de la loi du 29 juillet 2008 modifiant l'article 39 *quinquies* I du code général des impôts.

Il a ainsi été ouvert la **possibilité, pour les entreprises titulaires d'un contrat de partenariat, de constituer, en franchise d'impôt, une provision au titre de l'exercice au cours duquel elles opèrent la cession des créances détenues sur la personne publique** aux termes dudit contrat. Cette disposition permet de lisser dans le temps la fiscalité sur les produits de cessions de créances : au lieu de payer immédiatement un montant d'impôt représentatif de la valeur actualisée de la créance cédée, le cédant passe dans ses écritures une provision, correspondant à cette valeur. La provision étant déductible du résultat fiscal, elle évite un impact fiscal en une fois de la cession de créances. Au fur et à mesure du versement des loyers, le cédant déduit leur montant de la provision, ce qui permet un paiement progressif de l'impôt.

B. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES

La mesure précitée n'a pas levé toutes les incertitudes relatives au traitement fiscal des cessions de créances issues de partenariat public-privé. Aussi votre commission des finances vous proposera-t-elle :

- d'une part, d'**étendre le bénéfice des dispositions précitées** de l'article 39 *quinquies* I du code général des impôts **aux cas des cessions de créances tirées d'une autre forme de PPP** (baux emphytéotiques administratifs, baux emphytéotiques hospitaliers et autorisations d'occupation temporaire) ;

- d'autre part, de **préciser que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux seules cessions-escompte** de créances tirées d'un PPP. En effet, leur application aux cessions à titre de garantie conduit à une distorsion entre traitement comptable et traitement fiscal, délicate à gérer dans la durée.

Par ailleurs, une clarification pourrait être demandée au gouvernement sur le point de savoir si ces cessions de créances, et la constatation du produit en résultant, ont un impact en matière de taxe professionnelle en augmentant, l'année de la cession, la valeur ajoutée qui sert de base au calcul de la cotisation minimale.

III. UNE EXTENSION TEMPORAIRE AUX BAUX EMPHYTÉOTIQUES ADMINISTRATIFS DES CONDITIONS D'ÉLIGIBILITÉ AU FCTVA BÉNÉFICIAINT AUX CONTRATS DE PARTENARIAT

A. ÉLÉMENTS DE CONTEXTE

Votre commission des finances s'est préoccupée à plusieurs reprises du traitement des partenariats public-privé au regard de la TVA.

Ainsi, par exemple, à l'occasion de l'examen du PLF pour 2007, sous l'impulsion de notre collègue Jean Pierre Fourcade, elle a proposé un amendement¹ visant à remédier à la disparité de traitement, entre PPP et investissements « classiques », résultant de l'assujettissement à la TVA des frais financiers des PPP, alors qu'une collectivité qui, par exemple dans le cadre d'un marché public, souscrit directement un emprunt auprès d'un établissement financier, ne supporte pas de TVA sur les frais financiers afférents. Bien que le gouvernement se soit alors engagé à traiter cette question par la voie d'une instruction fiscale, le problème demeure.

Sous un autre angle, il convient de rappeler que c'est à l'initiative de notre collègue Charles Guéné, en sa qualité de rapporteur pour avis au nom de votre commission des finances, que **la loi du 28 juillet 2008 a rendu éligible au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) les baux emphytéotiques administratifs**. Le régime de ces baux au regard du FCTVA n'est toutefois pas identique à celui dont bénéficient les contrats de partenariat, car – à la suite de l'intervention de la commission des lois de l'Assemblée nationale – **seuls les baux inférieurs à un montant à déterminer par décret** sont actuellement éligibles.

Notre collègue Charles Guéné, dans la suite de l'examen du projet de loi relatif aux contrats de partenariats, avait proposé un seuil de **10 millions d'euros**. C'est le montant qui a effectivement été retenu par le projet de décret soumis au comité des finances locales lors de sa réunion du 28 octobre 2008.

**Séance du Sénat du 9 juillet 2008
(projet de loi relatif aux contrats de partenariat, seconde lecture)**

M. Charles Guéné. Madame le ministre, il s'agit, par cet amendement, de fixer dans la loi, plutôt que par décret, le seuil en deçà duquel les BEA seraient éligibles au FCTVA.

Cela étant, compte tenu de la qualité des réponses que vous m'avez apportées tout à l'heure, si j'étais galant homme, je devrais retirer cet amendement sur-le-champ ! (*Sourires.*)

Néanmoins, le fiscaliste que je suis tient tout de même à vous redire son incompréhension devant la mise en place d'un seuil, tant le BEA et le PPP obéissent à deux logiques différentes : dans le premier cas, il ne s'agit que de construction pure, tandis que, dans le second, la construction s'accompagne de la fourniture d'un certain nombre de services. Je n'imagine pas comment l'un pourrait tuer l'autre.

¹ Séance du Sénat du 28 novembre 2006.

Quoi qu'il en soit, je vois que nous devons aujourd'hui sacrifier à l'efficacité. J'aimerais donc à tout le moins que cet amendement soit l'occasion pour le Gouvernement de repréciser sa position, car il nous remonte du terrain tant de marques de soutien que, pour un peu, je regretterais presque de ne pas être allé au-delà de 10 millions d'euros ! Et je souhaite vraiment qu'il soit bien mentionné dans le décret que cette somme s'entend hors taxes. Du reste, si, prise de remords, vous alliez au-delà, madame la ministre, je pense que personne ne vous en voudrait ! *(Sourires.)*

M. le président. Quel est l'avis de la commission ?

M. Laurent Béteille, rapporteur. Au cours de la discussion générale, j'ai, comme l'auteur de l'amendement, souhaité un seuil d'une certaine importance. Je le situais entre 5 à 10 millions d'euros. Mais, après ce qui vient d'être dit, peut-être n'est-il pas saugrenu de faire monter légèrement les enchères... En toute hypothèse, la fixation de ce seuil relève du règlement.

La commission souhaite le retrait de cet amendement, mais écoutera avec beaucoup d'attention la réponse de Mme la ministre.

M. le président. Quel est l'avis du Gouvernement ?

Mme Christine Lagarde, ministre. Monsieur le rapporteur, je vais essayer de ne pas vous décevoir. Vous comprendrez néanmoins que je commence par me tourner vers M. Guené qui, pour être galant homme, n'en est pas moins déterminé ; l'un va avec l'autre, d'ailleurs, pour qui veut parvenir à ses fins ! *(Sourires.)*

Je voudrais vous remercier de bien vouloir sacrifier le principe de l'autonomie fiscale sur l'autel de l'efficacité et d'accepter le principe de ce seuil à 10 millions d'euros. Nous sommes à la limite supérieure de la fourchette évoquée, monsieur le rapporteur.

Je m'engage à prendre ce décret très rapidement, dès la rentrée, et à fixer de manière rapide et définitive ce seuil que nous souhaitons tous.

En attendant, je vous demande, monsieur le sénateur, de bien vouloir retirer votre amendement.

M. le président. Monsieur Guené, l'amendement n° 1 est-il maintenu ?

M. Charles Guené. C'est bien volontiers, puisque le Gouvernement me le demande aussi élégamment, que je vais retirer cet amendement, le sacrifiant ainsi sur l'autel de l'efficacité, voire du calendrier estival des parlementaires et des ministres...

Vous ne regretterez pas cet investissement qui, j'en suis certain, nous aidera beaucoup, puisqu'il constituera pour les petites collectivités une sorte d'antichambre du PPP stricto sensu. Je le crois promis à un certain succès et n'exclus pas que vous soyez vous-même obligée de relever ce seuil un jour ou l'autre.

Je retire cet amendement.

Source : compte rendu intégral des débats

B. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES

Les baux emphytéotiques, instruments moins complexes que les contrats de partenariat et, de ce fait, bien adaptés aux investissements de montant limité, constituent une forme de PPP privilégiée par les collectivités territoriales, notamment les « petites » collectivités. Au demeurant, **d'un point de vue économique, on voit mal comment un investissement pourrait être discriminé comptablement sur la base de son seul montage juridique.**

Aussi, dans la perspective du plan de relance, votre commission des finances, **à titre temporaire** dans un contexte difficile, vous propose de **rendre éligibles au FCTVA l'ensemble des baux emphytéotiques, quel que soit leur montant**. Cette proposition vise les **baux qui seront passés en 2009 et en 2010**. En d'autres termes, pour ces baux, l'application du seuil d'éligibilité au FCTVA sera suspendue.

Du reste, si la mesure stimulait le recours aux baux emphytéotiques, rien n'interdirait de la pérenniser.

Décision de la commission : votre commission vous demande d'adopter ces trois articles additionnels.

ARTICLE 3 bis (nouveau)

Caractère ajustable des modalités de financement de l'offre finale d'un candidat à un contrat de partenariat public-privé

Commentaire : introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative du gouvernement, le présent article, par dérogation au droit existant, ouvre la possibilité aux personnes publiques, en 2009 et en 2010, d'attribuer un contrat de partenariat public-privé à un candidat dont l'offre finale présenterait des modalités de financement ajustables dans un délai fixé par elles.

I. LE DROIT EXISTANT

Les articles 5 et suivants de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, en ce qui concerne l'Etat, et les articles L. 1414-5 et suivants du code général des collectivités territoriales, s'agissant de ces dernières, déterminent la procédure et les **conditions d'attribution d'un contrat de partenariat public-privé aux candidats qui se sont manifestés dans le cadre d'un appel public à la concurrence**. En synthèse, il convient de rappeler les éléments suivant, sans mentionner les exigences fondamentales du droit de la commande publique (liberté d'accès au marché, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures, etc.).

Les contrats de partenariat peuvent être passés selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offres ou d'une procédure dite « négociée »¹.

Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi afin de déterminer ses besoins et ses objectifs, **la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats**. L'objet de ce dialogue est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre aux besoins. Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. **Elle invite les candidats à remettre leur offre finale** sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois.

Les offres doivent comprendre tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat. La personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres déposées par les candidats, ainsi que la confirmation de certains des engagements – notamment financiers – qui y figurent.

¹ Sur cet aspect, il est renvoyé au commentaire de l'article 4 du présent projet de loi.

Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis dans le règlement de la consultation. Parmi ces critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre (défini comme la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, et les prestations de services prévus pour la durée du contrat), des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages, équipements ou biens immatériels, leur qualité architecturale, esthétique ou fonctionnelle.

Sur demande de la personne publique, le candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse peut être amené à clarifier certains aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article a été **introduit par l'Assemblée nationale, à l'initiative du gouvernement** et avec l'avis favorable de la commission des affaires économiques. Par dérogation au droit existant, son premier alinéa **offre aux personnes publiques faisant un appel public à la concurrence, en vue de la passation d'un contrat de partenariat public-privé, la faculté de prévoir que les modalités de financement indiquées dans les offres finales des candidats pourront présenter un « caractère ajustable ».**

Cette possibilité est expressément limitée aux appels publics à la concurrence lancés **en 2009 et en 2010**. Le cas échéant, le recours à cette procédure dérogatoire devra figurer explicitement dans les avis d'appel public à la concurrence.

Le second alinéa du présent article précise que **le candidat auquel il sera envisagé d'attribuer le contrat devra présenter le financement définitif de son offre dans un délai fixé par la personne publique, pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice¹. A défaut, le contrat ne pourra lui être attribué et le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne pourra être sollicité** pour présenter le financement définitif de son offre, dans le même délai.

¹ Sur ces notions, il est renvoyé au commentaire de l'article 4 du présent projet de loi.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Dans un contexte de tension et d'instabilité des marchés financiers, il apparaît opportun de prévoir que les offres finales présentées dans le cadre d'un appel public à la concurrence, en vue de la passation d'un contrat de partenariat public-privé, puissent être présentées sans plan de financement définitif.

Suivant le présent article, seul le candidat retenu en fonction des critères fixés dans le règlement de la consultation sera tenu de réaliser un tel « bouclage » financier, et d'en justifier à la personne publique adjudicatrice, dans le délai fixé par cette dernière. Ce bouclage, selon les termes du financement obtenu, pourra conduire à un réajustement du prix indiqué dans l'offre sélectionnée (réajustement nécessairement limité et qui, conformément au droit commun de la commande publique, ne saurait conduire à un bouleversement des conditions globales de l'offre).

De la sorte, les candidats ne seront pas découragés *a priori* par les difficultés ou l'incertitude du financement de leurs offres.

Il convient enfin de souligner que le champ d'application temporel de ce dispositif dérogatoire est limité, puisqu'il **ne vise que les contrats de partenariat dont les avis d'appel public à la concurrence seront publiés en 2009 ou 2010.**

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur cet article.

.

ARTICLE 4

Recours des entités adjudicatrices à une procédure négociée pour la passation de contrats de partenariat

Commentaire : le présent article tend à permettre aux opérateurs des réseaux d'énergie, d'eau ou de transports, « entités adjudicatrices », de passer un contrat de partenariat selon une procédure dite « négociée », quel que soit le montant du contrat, mais selon des modalités de mise en concurrence distinctes en fonction d'un seuil déterminé par décret. A cet effet, il corrige la rédaction défectueuse des dispositions, d'objet similaire, adoptées en juillet 2008 dans le cadre du projet de loi relative aux contrats de partenariats, mais déclarées non conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, dans sa rédaction initiale, étendait les dispositions relatives à la conclusion de contrats de partenariat par l'Etat et par ses établissements publics aux groupements d'intérêt public (GIP). L'article 16 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats a complété le champ d'application du régime de ces contrats en y intégrant certains des « pouvoirs adjudicateurs » et les « entités adjudicatrices », au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

La notion de « **pouvoirs adjudicateurs** » est traditionnellement utilisée pour désigner les **personnes publiques et leurs établissements**, et celle d'« **entités adjudicatrices** » pour désigner **lesdits « pouvoirs adjudicateurs » lorsqu'ils exercent des activités d'opérateurs de réseaux** (énergie, eau, transports). Ces notions sont issues du droit communautaire, et notamment de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dont l'ordonnance précitée du 6 juin 2005 a assuré la transposition dans le droit français.

En pratique, la loi précitée du 28 juillet 2008 a visé à **permettre de conclure des contrats de partenariat public-privé au secteur « parapublic »** : les sociétés anonymes de HLM, sociétés d'économie mixte, grandes entreprises publiques (EDF, GDF, SNCF, RATP...) ou opérateurs de réseau (RFF, RTE...).

« Pouvoirs adjudicateurs » et « entités adjudicatrices »

Les « **pouvoirs adjudicateurs** » visés par l'article 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sont énumérés aux 1° et 4° du I de l'**article 3** de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Ce sont :

« 1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

« a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

« b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

« c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ; [...]

« 4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

« a) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

« b) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

« c) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance. »

Les « **entités adjudicatrices** » visés par l'article 25 de l'ordonnance précitée de 2004, pour leur part, sont énumérées à l'**article 4** de la même ordonnance de 2005. Ce sont :

« 1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 ;

« 2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.

« Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

« L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

« 3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

« Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ».

L'article 26 précité de cette ordonnance de 2005, consacré aux activités d'**opérateurs de réseaux**, fait apparaître comme les principaux secteurs concernés :

- l'électricité, le gaz ou la chaleur ;
- l'eau ;
- le pétrole, le gaz, le charbon ou autres combustibles solides ;
- les transporteurs des aéroports, des ports maritimes ou des ports fluviaux ;
- le transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, câble ou tout système automatique ;
- les services postaux.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article tend à compléter l'article 25, précité, de l'ordonnance du 17 juin 2004, afin de **permettre aux « entités adjudicatrices »**, au sens de l'article 4 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005, **de passer un contrat de partenariat selon une procédure dite « négociée »**. Plus souple que l'appel d'offre (qui prohibe toute négociation avec les candidats) et que les procédures dites de « dialogue compétitif » (qui comportent de nombreuses phases et se déroulent, en pratique, sur une année au moins), ce type de procédure de passation de marché est défini par l'ordonnance précitée de 2005 comme celui où **les entités négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques**.

Les procédures de passation de marché des « entités adjudicatrices »

Conformément à l'article 12 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, les procédures de passation de marché sont de quatre types :

« 1° Les **procédures d'appel d'offres** dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs ;

« 2° Les **procédures de dialogue compétitif**, dans lesquelles le pouvoir adjudicateur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions correspondant à ses besoins sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sont invités à remettre une offre ;

« 3° Les **procédures négociées**, dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

« 4° Les **procédures de concours**, dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'attributaire après qu'un jury a donné son avis sur des prestations réalisées par les candidats.

« Un décret en Conseil d'Etat définit les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent recourir à ces différents types de procédures et leurs modalités de mise en œuvre ».

Cependant, le présent article établit des **modalités distinctes de passation du contrat de partenariat, par les « entités adjudicatrices », selon cette procédure négociée, en fonction du montant du contrat.** A cet égard, il est renvoyé à un décret d'application le soin de fixer un seuil.

Pour les contrats d'un montant égal ou supérieur à ce seuil, les « entités adjudicatrices » pourront recourir à une **procédure négociée avec mise en concurrence préalable précédée d'un appel public à la concurrence, dans les conditions réglementaires** que définit le décret en Conseil d'Etat prévu par l'article 12 de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005 (*cf. l'encadré ci-dessus*).

S'agissant des contrats d'un montant inférieur à ce seuil, les « entités adjudicatrices » pourront recourir à la procédure négociée prévue au III de l'article 7 de l'ordonnance précitée du 17 juin 2004, c'est-à-dire la **publication d'un avis d'appel public à la concurrence et des modalités, pour le reste, définies librement par la personne publique,** dans le règlement de la consultation, sous réserve du respect des exigences fondamentales du droit de la commande publique (la liberté d'accès au marché, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, les interdictions, délais de procédure et critère d'attribution légaux, etc.).

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Les dispositions du présent article, qui visent à **permettre aux opérateurs des réseaux d'énergie, d'eau ou de transports, « entités adjudicatrices », de passer un contrat de partenariat selon une procédure dite « négociée », sont conformes aux prescriptions de la directive communautaire 2004/17/CE,** précitée. Ce dernier texte, en effet, offre aux « entités adjudicatrices », contrairement aux « pouvoirs adjudicateurs », le choix de recourir, pour leurs marchés, soit à la procédure de l'appel d'offres, soit à une procédure négociée après mise en concurrence.

Dans le cadre du présent projet de loi, cette mesure poursuit le but de **faciliter, grâce à des modalités assouplies, les passations de marchés publics sous la forme de contrats de partenariat public-privé,** en vue d'accélérer le rythme des investissements.

Il convient de souligner que des **dispositions de même objet ont déjà été adoptées par le Parlement, en juillet 2008,** dans le cadre du projet de loi relative aux contrats de partenariats, mais dans **une rédaction défectueuse qui a conduit à leur invalidation par le Conseil constitutionnel.** La décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, en effet, a jugé cette rédaction contraire à l'objectif – de valeur constitutionnelle – d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, en tant qu'elle instaurait (de manière erronée) deux régimes différents pour la même

hypothèse de contrats de partenariat d'un montant supérieur à un seuil déterminé par la voie réglementaire.

**Extrait de la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008 du Conseil constitutionnel
(loi relative aux contrats de partenariats)**

[...]

- SUR L'ARTICLE 16 :

38. *Considérant que l'article 16 de la loi déférée donne une nouvelle rédaction à l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ; qu'aux termes des deux derniers alinéas de ce nouvel article 25, qui résultent d'un amendement adopté par l'Assemblée nationale en première lecture : « Pour les contrats d'un montant supérieur à un seuil défini par décret, les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée peuvent recourir à la procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence, dans les conditions définies par le décret mentionné à l'article 12 de ladite ordonnance pour les entités adjudicatrices. Lorsque le montant du contrat est supérieur au seuil mentionné à l'alinéa précédent, ces entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée définie au III de l'article 7 de la présente ordonnance » ;*

39. *Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ;*

40. *Considérant, en l'espèce, qu'en adoptant les dispositions précitées, le législateur a entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés ; qu'il a, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au dessus d'un seuil défini par décret ; que, toutefois, la rédaction adoptée ne fait référence, dans l'un et l'autre cas, qu'aux contrats dont le montant est « supérieur au seuil » ; que ces dispositions, qui doivent de surcroît être combinées avec le III de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dans sa rédaction résultant de l'article 7 de la loi déférée, lequel fait référence aux contrats dont le montant est « inférieur à un seuil fixé par décret », portent atteinte, par leur contradiction, à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ; que, dans ces conditions, les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi déférée doivent être déclarés contraires à la Constitution ;*

[...]

Source : Conseil constitutionnel

La rédaction du présent article prend soin d'éviter cette confusion, en distinguant clairement, par rapport au seuil qui sera fixé par décret, le cas des contrats de partenariat d'un montant « égal ou supérieur » d'une part, et celui des contrats d'un montant « inférieur » d'autre part (cf. *supra*).

Dès lors, et en considération des effets attendus de cette mesure en termes de soutien à l'investissement dans le contexte de la crise économique, il convient de confirmer l'intention que manifestait le vote antérieur du Parlement.

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur cet article.

ARTICLE 5 bis (nouveau)

Assouplissement des conditions de la remise de dettes par un créancier public d'une entreprise en difficulté

Commentaire : le présent article propose de ne plus subordonner la remise des dettes fiscales ou sociales par un créancier public à la remise concomitante des dettes privées dans le cadre d'une procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

I. LE DROIT EXISTANT : LA REMISE SOUS CONDITION DE DETTES DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ PAR LE CRÉANCIER PUBLIC

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹ a introduit la possibilité pour les créanciers publics d'accorder des remises de dettes à une entreprise en difficulté.

Une telle remise, prévue à l'article L. 626-6 du code de commerce, est réalisée **dans le cadre d'une procédure collective, soit une procédure de sauvegarde², de conciliation³, ou de redressement judiciaire⁴.**

A. UN PRINCIPE NOVATEUR : LA REMISE DES DETTES PUBLIQUES DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Les créanciers concernés⁵ par la possibilité d'octroyer des remises de dettes à une entreprise en procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement judiciaire, sont les administrations fiscales, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions intervenant dans la protection sociale, complémentaire et supplémentaire⁶.

Les dettes susceptibles d'être remises sont celles relatives aux **impôts directs** comme l'impôt sur les sociétés, la taxe professionnelle, les taxes foncières, etc.

¹ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

² Articles L. 626-6, R. 626-9 à R. 626-166 du code de commerce.

³ Article L. 611-7 du code de commerce renvoyant à l'article L. 626-6 du code de commerce.

⁴ Article L. 631-19 du code de commerce renvoyant à l'article L. 626-6 du code de commerce.

⁵ Cf. article R. 626-9 du code de commerce.

⁶ Les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale et les institutions régies par le livre VII du code rural.

En revanche, s'agissant des **impôts indirects** (TVA par exemple), seuls les intérêts de retard, les majorations, les pénalités ou amendes peuvent être remis.

La loi précitée admet également la remise des majorations de retard ou amendes attachées aux **cotisations et contributions sociales** recouvrées par les organismes de sécurité sociale ou par les institutions gérant le régime d'assurance chômage, ainsi que des cotisations et contributions sociales patronales, d'origine légale ou conventionnelle, dues au titre de l'emploi de salarié. En revanche, la part salariale des contributions et cotisations sociales est exclue du champ d'application.

L'effort consenti par le créancier public peut aller **jusqu'à la remise totale des sommes dues**.

La demande de remise doit être impérativement déposée auprès de la commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage (CCSF).

B. UN RÉGIME STRICTEMENT ENCADRÉ

Si le dispositif de la loi de sauvegarde précitée a constitué une innovation importante permettant aux créanciers publics de faciliter la poursuite de l'activité économique de l'entreprise en difficulté, il est encadré par des conditions rigoureuses.

La première condition, objet du présent article, est que les remises doivent être accordées « concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers ». En effet, le législateur a posé comme condition à l'octroi d'une remise de dette publique que les créanciers privés consentent un effort similaire à celui des créanciers publics.

Ces créanciers privés sont notamment les établissements de crédit des crédits bailleurs ou les fournisseurs qui ont consenti leur concours pour l'exploitation de l'entreprise.

En outre, l'octroi de la remise est soumis à un double plafond¹ :

- le montant ne doit pas excéder trois fois le montant de remise des dettes privées.
- le taux de remise accordé par chaque créancier ne doit pas excéder le taux moyen pondéré de remise des dettes privées.

¹ Fixé par l'article R. 626-15 du code de commerce.

C. EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION

1. Une limite quant à la remise : l'avantage injustifié

Il convient de souligner que l'effort ainsi consenti par le créancier public ne doit pas constituer, au regard du droit communautaire, un avantage injustifié conférant un atout concurrentiel à l'entreprise bénéficiaire.

En effet, la remise doit être consentie « *dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique placé dans les mêmes conditions.* » Dans le cas contraire il existe un risque de requalification de la remise en aide d'Etat par la commission européenne.

2. Une limite quant au bénéficiaire : la condamnation pour travail dissimulé

Toute remise de dette est, en outre, impossible si le débiteur a fait l'objet d'une condamnation définitive pour travail dissimulé au cours des dix dernières années.

II. LE DISPOSITIF ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE : SUPPRESSION DE LA CONCOMITANCE ENTRE REMISE DE DETTES PUBLIQUE ET PRIVÉE

Le présent article a été adopté par l'Assemblée nationale, à l'initiative de nos collègues députés, **Laure de la Raudière, le président Patrick Ollier et Olivier Carré, avec l'avis favorable du gouvernement et de la commission des affaires économiques**, le jeudi 8 janvier 2009.

Il propose de **ne plus subordonner l'octroi d'une remise de dettes par un créancier public à la concomitance d'une remise de dettes accordées par les créanciers privés.**

Le I du présent article supprime, en conséquence, la référence à la concomitance de ces remises dans le premier alinéa de l'article L. 626-6 du code de commerce.

Le présent article ouvre donc la possibilité pour une entreprise en procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement judiciaire, de se voir accorder une remise en l'absence même de dettes privées.

En outre, il prévoit qu'un nouveau décret simple, et non en Conseil d'Etat, fixera les conditions de remise de la dette.

Enfin, aux termes du II du présent article, sont concernées toutes les *demandes de remise de dettes en cours d'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.*

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur pour avis se félicite de cet assouplissement des conditions de remise de dette par les administrations fiscales et sociales.

La condition de concomitance de remise de dettes publiques et privées **empêchait** en effet, **des PME et des professions libérales, prestataires de services disposant d'un très faible niveau de sous-traitance, de bénéficier du dispositif** dans la mesure où leurs dettes auprès de créanciers privés étaient généralement faibles.

Parallèlement, dans un contexte économique difficile, il devient de plus en plus urgent d'éviter les « effets dominos ». Or le fait de subordonner systématiquement la remise de passif public à un effort concomitant des autres créanciers privés constitue bien un facteur de contagion de la crise.

En effet, ces conditions restrictives à la remise de dettes fiscales et sociales engendrent des effets pervers dans la mesure où la diminution des créances des administrations fiscales et sociales conduit les autres entreprises créancières de l'entreprise en difficulté à faire elles-mêmes l'impasse sur un certain nombre de recettes.

Le présent article limite donc les risques de difficultés et de faillites en cascade et donne de la latitude au créancier public **pour aider les entreprises en difficulté d'une part, mais aussi prévenir les complications qui toucheraient les créanciers chirographaires d'autre part.**

Votre commission salue l'accélération que semble vouloir impulser le gouvernement dans la mise en œuvre de cet assouplissement des conditions de remise de dette par une personne publique. A cette fin, le présent article propose de fixer désormais par décret simple les conditions de cette remise, afin d'accélérer la mise en œuvre des directives données aux différents acteurs qui assurent le recouvrement. Il ressort de la discussion en séance à l'Assemblée nationale, que le gouvernement s'engage à prendre ce décret avant le 31 janvier 2009.

Votre rapporteur pour avis souhaite que ce calendrier soit respecté de manière à en faire bénéficier les entreprises en difficulté concernées dans les plus brefs délais. Il sera très attentif aux conditions de mise en œuvre du présent article, en particulier concernant les critères objectifs qui encadreront l'octroi de ces remises.

S'agissant de l'impact financier de cette réforme et des conditions de la remise de dette par le créancier public, M. Patrick Devedjian, ministre en charge de la mise en œuvre du plan de relance, s'est montré rassurant lors de la discussion en séance à l'Assemblée nationale, puisqu'il a fait valoir que le coût de la mesure devrait être modéré. Il a ainsi fait remarquer qu'en 2007 *« seuls douze dossiers ont été concernés. On peut arriver à faire mieux sans que cela représente une grande menace pour les finances publiques »*.

Selon les informations transmises à votre rapporteur pour avis, 700 demandes ont été déposées en 2007 mais seuls 426 étaient recevables et, sur ces 426, 405 dossiers devaient être complétés par les mandataires. Sur les 21 restants au 31 décembre 2007, 9 étaient en instance à la fin de l'année 2007. Ainsi, seuls 12 dossiers de demandes ont été examinés (pour 5 d'entre eux, les remises ont ainsi représenté 1,71 million d'euros). **Le coût réel du présent article pour les finances publiques, bien que difficile à évaluer, devrait donc rester limité.**

Décision de la commission : votre commission émet un avis favorable sur cet article.

Annexe

TARIFS DE LA TAXE LOCALE D'ÉQUIPEMENT

Catégories	Prix/m ²
1. Locaux annexes aux locaux mentionnés aux 2°, 4°, 5° et 8° et constructions non agricoles et non utilisables pour l'habitation, y compris les hangars autres que ceux qui sont mentionnés au 3°, pour les 20 premiers mètres carrés de surface hors oeuvre nette	73
2. Locaux des exploitations agricoles à usage d'habitation des exploitants et de leur personnel ; autres locaux des exploitations agricoles intéressant la production agricole ou une activité annexe de cette production ; bâtiments affectés aux activités de conditionnement et de transformation des coopératives agricoles, viticoles, horticolas, ostréicoles et autres	134
3. Entrepôts et hangars faisant l'objet d'une exploitation commerciale, industrielle ou artisanale ; garages et aires de stationnement couvertes faisant l'objet d'une exploitation commerciale ou artisanale ; locaux à usage industriel ou artisanal et bureaux y attenants ; locaux des villages de vacances et des campings	220
4. Locaux d'habitation et leurs annexes construits par les sociétés immobilières créées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 ; foyers-hôtels pour travailleurs ; locaux d'habitation et leurs annexes bénéficiant d'un prêt aidé à l'accession à la propriété ou d'un prêt locatif aidé ; immeubles d'habitation collectifs remplissant les conditions nécessaires à l'octroi de prêts aidés à l'accession à la propriété ; locaux d'habitation à usage locatif et leurs annexes mentionnés au 3° de l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation qui bénéficient de la décision favorable d'agrément prise dans les conditions prévues aux articles R. 331-3 et R. 331-6 du même code à compter du 1er octobre 1996 ou d'une subvention de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine	192
5. 1. Construction individuelle et ses annexes à usage d'habitation principale : - pour les 80 premiers mètres carrés de surface hors oeuvre nette - de 81 à 170 mètres carrés	273 399
2. Locaux des immeubles collectifs et leurs annexes à usage de résidence principale, par logement : - pour les 80 premiers mètres carrés de surface hors oeuvre nette - de 81 à 170 mètres carrés	192 273
6. Parties des bâtiments hôteliers destinés à l'hébergement des clients	386
7. Partie des locaux à usage d'habitation principale et leurs annexes, autres que ceux entrant dans les 2è et 4è catégories et dont la surface hors oeuvre nette excède 170 mètres carrés	524
8. Locaux à usage d'habitation secondaire	524
9. Autres constructions soumises à la réglementation des permis de construire	524

1. Le prix est donné en euros.

2. Ces valeurs sont majorées de 10 % dans les communes de la région d'Île-de-France.

3. Ces valeurs, fixées à la date de promulgation de la loi n° 2001-1276 de finances rectificative pour 2001 du 28 décembre 2001, sont modifiées au 1^{er} janvier de chaque année, en fonction du dernier indice du coût de la construction, publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE).

4. Les constructions qui sont destinées à être affectées à un service public sont assimilées à la 4^{ème} catégorie.

**AUDITION LE 6 JANVIER 2009 DE MM. ERIC WOERTH,
MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS
ET DE LA FONCTION PUBLIQUE,
ET PATRICK DEVEDJIAN, MINISTRE CHARGÉ DE LA MISE
EN ŒUVRE DU PLAN DE RELANCE**

Le compte rendu de cette audition, qui s'est tenue le **mardi 6 janvier 2009**, figure dans le rapport n° 162 (2008-2009) de votre commission sur le projet de loi de finances rectificative pour 2009.

EXAMEN EN COMMISSION

Réunie le **mercredi 14 janvier 2009**, sous la présidence de **M. Jean Arthuis, président**, la commission a procédé à l'examen du rapport pour avis de **M. Philippe Marini, rapporteur pour avis**, sur le projet de loi n°157 (2008-2009), adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

M. Philippe Marini, rapporteur pour avis, a indiqué que ce projet de loi permettait à la commission de réaffirmer des positions prises lors de différents textes examinés en 2008, notamment sur la redevance d'archéologie préventive et sur le régime des partenariats public-privé. Il a, de ce fait, renvoyé à sa présentation générale du projet de loi de finances rectificative pour 2009.

La commission a procédé à l'examen des amendements.

Après les interventions de **Mme Nicole Bricq, MM. Albéric de Montgolfier, Yann Gaillard, Pierre Jarlier et Jean-Pierre Fourcade**, la commission a adopté un amendement à l'article 2 ter relatif à la modification du cadre juridique et fiscal régissant l'archéologie préventive. Il s'agit d'augmenter la redevance, pour 2009 et 2010, afin de permettre une accélération des diagnostics des fouilles d'archéologie préventive qui sont une étape préalable et obligatoire à des travaux d'équipement, cœur de cible du plan de relance. Ce dispositif, limité à deux ans, est à mettre en rapport avec un amendement qui sera présenté lors de la discussion du projet de loi de finances rectificative pour 2009 destiné à augmenter de 20 millions d'euros les crédits affectés à l'archéologie préventive en réduisant à due concurrence ceux du programme « Soutien exceptionnel à l'activité économique et à l'emploi ».

A l'article 3, la commission a adopté un amendement autorisant la personne publique à accepter la cession de 100 % des créances issues d'un contrat de partenariat.

La commission a ensuite adopté trois amendements portant articles additionnels après l'article 3 concernant le régime des partenariats public-privé : le premier assouplit la définition du contrat de partenariat quant à l'ampleur du financement assuré par le partenaire privé, le deuxième aménage le régime fiscal des partenariats public-privé et le troisième étend aux baux emphytéotiques administratifs des conditions d'accès au FCTVA bénéficiant aux contrats de partenariat.

Elle a enfin émis un avis favorable à l'adoption sans modification des articles 3 bis relatif au caractère ajustable des modalités de financement de l'offre finale d'un candidat à un contrat de partenariat public-privé, 4 relatif aux recours des entités adjudicatrices à une procédure négociée pour la passation de contrats de partenariat et 5 bis relatif à l'assouplissement des

conditions de la remise de dettes par un créancier public d'une entreprise en difficulté.

La commission a alors **émis un avis favorable à l'adoption du projet de loi** pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, sous réserve des cinq amendements adoptés.

AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

ARTICLE 2 TER

Rédiger comme suit le V et le VI de cet article :

V. - Le troisième alinéa du I de l'article L. 524-7 du même code est complété, in fine, par la phrase suivante : « Pour les années 2009 et 2010, le tarif de la redevance est de 0,6 % de la valeur de l'ensemble immobilier déterminée conformément à l'article 1585 D du code général des impôts ».

VI. - Après la première phrase du premier alinéa du II de l'article L.524-7 du même code, la phrase suivante est insérée : « Pour les années 2009 et 2010, son montant est égal à 0,6 euro par mètre carré ».

ARTICLE 3

Rédiger comme suit cet article :

L'article L. 313-29-1 code monétaire et financier est modifié comme suit :

I - Le premier alinéa est ainsi rédigé :

« Lorsque tout ou partie de la rémunération due en vertu d'un contrat de partenariat ou d'un contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique au titre des coûts d'investissement, lesquels comprennent notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction et ses coûts annexes, les frais financiers intercalaires, et des coûts de financement, est cédée en application des articles L. 313-23 à L. 313-29 du présent code, le contrat peut prévoir que tout ou partie de cette cession fait l'objet de l'acceptation prévue à l'article L. 313-29. »

II - La première phrase du deuxième alinéa est ainsi rédigée :

« Dans ce cas, l'acceptation est subordonnée à la constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat. »

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 3

Après l'article 3, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

I. - Le premier alinéa du I de l'article 1^{er} de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 est ainsi rédigé :

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement. »

II. - Le premier alinéa du I de l'article 1^{er} de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales est ainsi rédigé :

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement. »

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 3

Après l'article 3, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

I. - L'avant-dernier alinéa de l'article 39 *quinquies* I du code général des impôts est ainsi rédigé :

« Les entreprises titulaires d'un contrat visé à l'article 1048 *ter* peuvent également constituer en franchise d'impôt une provision au titre de l'exercice au cours duquel elles cèdent, autrement qu'à titre de garantie et dans les conditions prévues par les articles L.313-23 à L. 313-35 du code monétaire et financier, les créances résultant de ce contrat qu'elles détiennent sur une personne publique. »

II. - Les éventuelles pertes de recettes pour l'Etat résultant du I sont compensées, à due concurrence, par la création d'une taxe additionnelle aux droits prévus aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 3

Après l'article 3, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

I.- Après le premier alinéa de l'article L. 1615-13 du code général des collectivités territoriales, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Par dérogation, les baux emphytéotiques passés en 2009 et en 2010 sont éligibles au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée quel que soit leur montant. »

II. - Les éventuelles pertes de recettes pour l'Etat résultant du I sont compensées, à due concurrence, par la création d'une taxe additionnelle aux droits prévus aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.