



**PROPOSITIONS RELATIVES  
AUX ENTREPRISES ET A LA VIE ECONOMIQUE DES OUTRE-MER**

**30 octobre 2013**

## **Problématique**

Entreprendre en outre-mer, c'est produire des biens ou des services dans un contexte très différent de celui de la métropole. Les outre-mer font face en effet à des contraintes particulières.

L'éloignement, l'insularité, la superficie et la dépendance vis-à-vis d'un faible nombre de produits sont autant de handicaps dont la permanence et la combinaison entravent le développement économique et l'emploi.

Le retard de développement, mesuré par l'écart du PIB par habitant à la moyenne, reste conséquent, entre 40 et 75% du PIB national, en dépit du phénomène de rattrapage à l'œuvre sur le long terme.

Malgré une croissance économique souvent supérieure à celle de la métropole et le dynamisme réel de la création d'entreprises et d'emplois, le niveau de chômage reste durablement élevé dans les outre-mer.

Le niveau des prix dégrade également la compétitivité des économies ultramarines.

Le modèle de développement, fortement centré sur les relations avec la métropole et les secteurs protégés de la concurrence internationale, dépend au premier chef du soutien des administrations et de la commande publique.

Le développement s'appuie aussi sur un tissu économique largement composé de petites et moyennes entreprises qui font face à des handicaps particuliers : un plus faible niveau de formation des chefs d'entreprise, de fortes difficultés d'accès aux financements, la faiblesse des fonds propres, des délais de paiement longs, une concurrence accrue avec les pays de la zone.

Les chambres de commerce et d'industrie, regroupée au sein de l'ACCIOM, estiment aujourd'hui indispensable, que ce contexte particulier qui préside à l'entrepreneuriat en outre-mer soit mieux pris en compte par le droit positif et par les dispositifs publics qui encadrent ou soutiennent les activités des entreprises.

L'article 73 de la Constitution et l'article 349 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) offrent des possibilités d'adaptation du droit commun aux contraintes et caractéristiques des collectivités d'outre-mer qu'il faut saisir pour atteindre cet objectif.

## **Propositions**

L'ACCIOM propose en premier lieu l'inscription au niveau législatif du principe d'un « régime juridique de l'entreprise ultramarine » entendu comme l'ensemble des règles adaptées aux caractéristiques et contraintes particulières de l'entrepreneuriat qui, en outre-mer, régissent la création, le fonctionnement et les activités des entreprises ultramarines. Il est proposé dans le même temps de faciliter l'accès à ce droit spécifique.

**Proposition n° 1 : Inscrire dans le code de commerce le régime juridique de l'entreprise ultramarine et faciliter l'accès à ce droit spécifique.**

L'ACCIOM propose ensuite, dans la droite ligne des annonces faites par le Premier ministre lors de la restitution nationale des conférences économiques et sociales des Outre-mer le 10 décembre 2012, de faciliter les remises de dettes fiscales et sociales que peuvent accorder les administrations financières, lorsque les entreprises qui en font la demande détiennent par ailleurs des créances sur des personnes publiques. Elle propose également de permettre à ces entreprises d'accéder aux marchés publics, en dérogation à la règle de l'article 46 du code des marchés publics prévoyant que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit les attestations prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

**Proposition n° 2 : Prendre en compte les créances que détiennent les entreprises sur des personnes publiques pour l'apurement de leurs dettes fiscales et sociales**

L'ACCIOM propose d'adapter les règles applicables à la commande publique afin d'améliorer sa contribution au développement économique et au développement durable des outre-mer. Les adaptations proposées sont limitées et adaptées à cet objectif. Il s'agit notamment d'inscrire au niveau législatif le principe d'une nécessaire conciliation, dans les règles de la commande publique applicables dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, entre l'objectif d'efficacité économique de l'achat public et sa contribution au développement économique et au développement durable de ces collectivités. Il est également proposé, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, un droit de préférence en faveur des entreprises implantées dans les zones franches globales d'activités pour l'attribution des marchés de travaux et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices des collectivités de l'article 73.

**Proposition n° 3 : Améliorer la contribution de la commande publique au développement économique des outre-mer.**

Pour contribuer à améliorer la contribution de la commande publique au développement économique des outre-mer, il est également proposé la création, dans chaque collectivité de l'article 73 de la Constitution, d'un haut conseil de la commande publique, inspiré de la structure déjà mise en place à la Réunion, destiné à mettre en réseau les intervenants de l'achat public et à favoriser la connaissance et la diffusion des informations publiques relatives à la commande publique.

**Proposition n° 4 : Créer un haut conseil de la commande publique**

Il est impératif que les chambres consulaires d'outre-mer trouvent ailleurs que dans la régionalisation issue de la loi du 23 juillet 2010, qui n'est pas adaptée au caractère monodépartementale des collectivités d'outre-mer, les synergies et les mutualisations leur permettant de maîtriser leurs dépenses de fonctionnement, sans sacrifier la qualité des services rendus et leur capacité d'investissement. La piste d'un rapprochement des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers et de l'artisanat mérite d'être aujourd'hui ouverte dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution qui possèdent les caractéristiques justifiant qu'elles deviennent le lieu grandeur nature d'une telle expérimentation. Les outre-mer connaissent déjà des établissements regroupant avec succès, dans une même entité, les compétences des chambres consulaires. Il est donc proposé d'ouvrir la possibilité de créer, dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, une « chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région » qui succèderait à la chambre de commerce et d'industrie et à la chambre de métiers et de l'artisanat dans l'ensemble de leurs droits, obligations et compétences. Une incitation financière est prévue si les chambres concernées saisissent le gouvernement d'une telle proposition un an au plus tard après l'entrée en vigueur du dispositif.

**Proposition n° 5 : Permettre dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution la création d'une chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région.**

Les dysfonctionnements manifestes de la tenue du registre du commerce et des sociétés (RCS) en outre-mer, ont conduit le législateur à prévoir la possibilité de la déléguer aux chambres de commerce. L'ACCIOM a conduit des travaux d'expertise pour la mise en place de ces délégations qui ont mis en lumière les difficultés que pose la rédaction du dernier alinéa de l'article L. 123-6 issue de cette réforme. Il est donc proposé de la corriger pour sécuriser la procédure de délégation et lui donner un plein effet utile, en clarifiant dans ce cadre l'articulation des missions respectives de la chambre délégataire et du greffe.

**Proposition n° 6 : Sécuriser la délégation aux chambres de commerce et d'industrie de la gestion du registre du commerce et des sociétés et lui donner un plein effet utile.**

# **FICHES DE PRESENTATION DES PROPOSITIONS**

## **Proposition n° 1 :**

**Inscrire dans le code de commerce le régime de l'entreprise ultramarine et faciliter l'accès à ce droit spécifique**

### **Exposé des motifs**

Le droit national, comme le droit européen, reconnaissent la spécificité des outre-mer et la nécessité d'adapter les politiques publiques à leurs contraintes particulières, ce qui a permis l'adoption dans le champ économique et social de nombreuses dispositions législatives ou réglementaires, dérogatoires ou spécifiques.

Toutefois, le corpus juridique qui en découle, disséminé dans plusieurs codes ou supports législatifs, ne répond ni à la nécessité d'un droit accessible et intelligible, ni aux attentes des opérateurs économiques. Le Conseil d'Etat lui-même le souligne régulièrement lorsqu'il est saisi de textes d'adaptation pour l'outre-mer.

Les opérateurs économiques en outre-mer, compte tenu de l'environnement spécifique dans lequel ils exercent leurs activités, ont pourtant besoin de s'appuyer sur des normes accessibles, cohérentes, adaptées et stables.

Comme a pu le proposer M. Serge LETCHIMY, député de la Martinique, dans son rapport au Premier ministre de mai 2013 sur l'article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (proposition n°26), le principe d'un régime juridique de l'entreprise ultramarine pourrait être introduit dans le code de commerce, la notion d'entreprise ultramarine devant s'entendre au sens de l'entreprise dont l'activité principale est exercée et exploitée en outre-mer français. L'Etat pourrait, aussi, en lien avec les chambres de commerce et d'industrie, favoriser l'accès au droit relatif à ce régime juridique constitué des dispositions spécifiques s'appliquant aux entreprises ultramarines. Un projet de codification éditoriale a, par exemple, été initié dans ce but par l'ACCIOM.

Il est également proposé, pour faciliter l'accès aux dispositions d'adaptation déjà existantes dans le code de commerce, de les récapituler dans le Livre IX dédié aux dispositions relatives à l'outre-mer. N'y figurent aujourd'hui que l'article relatif aux observatoires des prix et des revenus et les dispositions spécifiques aux collectivités de l'article 74, alors que les autres dispositions, notamment celles relatives à la concurrence, ont été positionnées dans le code selon une logique fonctionnelle. Sans « rapatrier » ces articles dans le Livre IX, il est proposé d'y faire référence pour en faciliter l'accès.

L'inscription au niveau législatif du régime de l'entreprise ultramarine et l'adaptation de la méthode de codification rendront également plus aisées, pour le législateur, les adaptations futures du droit commun applicable aux entreprises et aux activités économiques en outre-mer.

### **Proposition de texte**

#### **Article 1 :**

Le Livre IX du code de commerce est modifié comme suit :

« Livre IX : Dispositions relatives à l'outre-mer

Titre 1<sup>er</sup> A : Dispositions communes aux collectivités de l'article 73 et à certaines collectivités de l'article 74 de la Constitution

Chapitre préliminaire : De l'observatoire des prix et des revenus et du régime de l'entreprise ultramarine dans les outre-mer

## **Section 2 : Régime de l'Entreprise dans les outre-mer**

### **Article L. 910-2 A :**

**Dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités de l'article 74 pour lesquelles l'Etat est compétent pour les définir, les règles qui régissent la création, le fonctionnement et les activités des entreprises sont adaptées aux caractéristiques et contraintes particulières de l'entrepreneuriat dans les outre-mer.**

**Les dispositions d'adaptation visées à l'alinéa précédent constituent le régime juridique de l'entreprise dont l'activité principale est exercée et exploitée dans ces collectivités. L'Etat, en lien avec les chambres de commerce et d'industrie compétentes, favorise l'accès au droit relatif à ce régime juridique.**

#### Chapitre I : Dispositions d'adaptation du livre I

Article L. 911-1 A: Dans les départements d'outre-mer et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, des dispositions adaptent les règles relatives au registre du commerce et des sociétés, conformément à l'article L. 123-6 du présent code.

#### Chapitre II: Dispositions d'adaptation du livre II

#### Chapitre III : Dispositions d'adaptation du livre III

#### Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 914-1 A: Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, des dispositions adaptent les règles relatives à la liberté des prix et du commerce. Ces adaptations portent sur la réglementation du prix de certains produits, conformément aux articles L. 410-3, L. 410-4 et L. 410-5 du présent code, les pratiques anticoncurrentielles, conformément à l'article L. 420-2-1, les opérations de concentration économique, conformément à l'article L. 430-2, la transparence et les pratiques restrictives de concurrence ou autres pratiques prohibées, conformément aux articles L. 441-6 et L. 443-1, ainsi que les attributions de l'autorité de la concurrence, conformément aux articles L. 462-1 et L. 462-5.

#### Chapitre V : Dispositions d'adaptation du livre V

#### Chapitre VI : Dispositions d'adaptation du livre VI

#### Chapitre VII : Dispositions d'adaptation du livre VII

Article L. 917-1 A: Dans les départements d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, des dispositions adaptent les règles relatives aux juridictions commerciales et à l'organisation du commerce. Ces adaptations portent sur l'institution de tribunaux mixtes de commerce, conformément aux articles L. 732-1 à L. 732-7 du présent code, aux greffiers de tribunal de commerce, conformément aux articles L. 744-1 et L. 744-2, à la commission départementale d'aménagement commercial, conformément à l'article L. 752-6-1 et au contrôle de l'Autorité de la concurrence en cas de position dominante, conformément à l'article L. 762-27.

#### Chapitre VIII : Dispositions d'adaptation du livre VIII »

\*

\* \*

## **Proposition n° 2 :**

### **Prendre en compte les créances que détiennent les entreprises sur des personnes publiques pour l'apurement de leurs dettes fiscales et sociales**

#### **Exposé des motifs**

Le Premier ministre, lors de la restitution nationale des conférences économiques et sociales des Outre-mer le 10 décembre 2012, a évoqué la situation particulière des entreprises d'outre-mer au regard des dettes fiscales et sociales qui justifie qu'une attention particulière soit donnée à la défaillance de certains donneurs d'ordre publics. Ainsi, a-t-il estimé :

*« Il n'est pas normal, par exemple, qu'une PME ne soit pas payée par un hôpital public et pénalisée parallèlement pour non-paiement de cotisations patronales. Certaines grosses entreprises peuvent le supporter, mais vous savez bien que les TPE sont en incapacité de le faire. Je l'ai dit le 6 novembre : l'Etat et l'ensemble des administrations publiques doivent être exemplaires en matière de délai de paiement, et il faut que ces défaillances soit prises en compte lorsqu'on examine la situation individuelle d'une entreprise.*

Je demande donc que les commissions des chefs de service financiers, pour établir leurs plans d'étalement des remboursements des dettes sociales des PME et conclure des moratoires, tiennent systématiquement compte des créances que les entreprises en cause détiennent sur les collectivités publiques. Lorsque cela sera possible, il faudra que les actions en recouvrement, qui peuvent entraîner des pénalités, cessent à hauteur des créances sur des organismes publics, ou ouvrent de plein droit une possibilité de moratoire automatique.

Pour les TPE en-dessous d'un certain seuil de chiffre d'affaires ou de salariés, j'ai demandé aux ministres concernés de me faire des propositions pour mettre en place, pour les dettes inférieures à un certain montant, des dispositifs de rachat des passifs et des actifs publics. »

Dans le prolongement de ces annonces, il est proposé de faciliter les remises de dettes fiscales et sociales que peuvent accorder les administrations financières lorsque les entreprises concernées détiennent par ailleurs des créances sur des personnes publiques.

Il est également proposé de permettre à ces entreprises ayant des dettes fiscales et sociales mais détenant des créances sur des personnes publiques d'accéder aux marchés publics, en dérogation à la règle de l'article 46 du code des marchés publics prévoyant que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

#### **Proposition de texte**

##### **Article 2 :**

Dans les collectivités de l'article 73, la condition mentionnée à l'article L. 626-6 du code de commerce tenant à l'effort consenti par d'autres créanciers pour que les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale acceptent de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur n'est pas applicable aux entreprises détenant des créances sur des personnes publiques. Le taux de la remise que peuvent accorder les administrations financières tient compte du montant de ces créances.

Les administrations financières peuvent également décider de délivrer, en lieu et place des attestations exigées par le 2° du I de l'article 46 du code des marchés publics, des attestations certifiant de la capacité des entreprises à se voir attribuer un marché public.

\*

\* \*

### **Proposition n° 3 :**

#### **Améliorer la contribution de la commande publique au développement économique des outre-mer**

##### **Exposé des motifs**

Les marchés publics ne peuvent, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats, être attribués sur la base d'une préférence locale ou nationale.

Il existe toutefois des voies de droit permettant d'utiliser le levier de la commande publique pour répondre à d'autres objectifs d'intérêt général que celui de l'achat public efficient.

Le droit européen (jurisprudence de la CJUE et directive 2004/18/CE du 31 mars 2004) admet ainsi que les critères de sélection puissent répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur et respectent les principes fondamentaux du traité.

Dans notre droit national, souvent sous l'impulsion du législateur, le pouvoir réglementaire a progressivement ajouté dans le code des marchés publics des critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur peut se fonder pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit notamment des performances en matière de protection de l'environnement, des performances en matière d'insertion des publics en difficulté ou plus récemment des performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture. Comme l'exige le droit européen, ces critères doivent être liés à l'objet du marché. La jurisprudence ajoute que leur pondération doit être proportionnée à la prégnance des enjeux environnementaux ou sociaux dans les conditions d'exécution du ou des marchés concernés.

Inscrit de longue date dans la réglementation des marchés publics, il existe également, à prix et à offre équivalente, un droit de préférence en faveur des sociétés coopératives ouvrières et des artisans. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également leur réserver, après les avoir préalablement définies, jusqu'à un quart du montant des prestations que ces entreprises sont susceptibles d'exécuter. Ce droit de préférence a été encadré par le Conseil constitutionnel pour qui « *le législateur peut prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats* » et « *réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées* » sous réserve de ne le faire « *que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis* » (CC, 6 décembre 2001, n°2001-452 DC).

Dans cette même ligne, la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a prévu, à titre expérimental pour une période de cinq années, que les pouvoirs adjudicateurs puissent réserver une partie de leurs marchés de haute technologie, de recherche et développement d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées aux PME innovantes ou accorder à ces sociétés un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes. Le montant total des marchés attribués au cours d'une année dans ce cadre ne peut excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés de ce type conclus au cours des trois années précédentes.

Ces voies de droit déjà existantes peuvent se conjuguer avec les possibilités offertes par l'article 73 de la Constitution d'adapter, dans les départements et régions d'outre-mer, le droit commun applicable aux contraintes et caractéristiques de ces collectivités, une disposition qui fait écho à l'article 349 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qui prévoit la possibilité de mesures spécifiques d'application du traité dans les régions ultrapériphériques de l'union Européenne.



Il est donc proposé de s'appuyer sur ces précédents et sur ce régime juridique pour adapter les règles applicables à la commande publique afin d'améliorer sa contribution au développement économique et au développement durable des outre-mer.

Les adaptations proposées sont limitées et adaptées à cet objectif.

L'article 3 pose le principe d'une nécessaire conciliation, dans les règles de la commande publique applicables dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, entre l'objectif d'efficacité économique de l'achat public et sa contribution au développement économique et au développement durable de ces collectivités.

L'article 4 offre la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices de se fonder, dans une proportion adaptée aux enjeux du marché, sur le critère de la performance en matière de développement économique propre du territoire.

L'article 5 institue, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, un droit de préférence en faveur des entreprises implantées dans les zones franches globales d'activités pour l'attribution des marchés de travaux, de services et de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices des collectivités de l'article 73. Les marchés de fournitures ne sont pas concernés par cette expérimentation.

### **Proposition de texte :**

#### **Article 3:**

Dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, les règles de la commande publique concilient, dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination, l'efficacité de l'achat public avec la nécessité de faire participer les marchés publics au développement économique et au développement durable de ces collectivités, compte-tenu de leurs contraintes et caractéristiques particulières, notamment leur éloignement de la métropole, la fragilité de leur écosystème, la concurrence avec les pays de leur zone géographique, le niveau du chômage structurellement élevé, la petite taille des entreprises, ainsi que leurs difficultés d'accès aux financements et la faiblesse de leurs fonds propres.

#### **Article 4 :**

Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent se fonder sur les performances en matière de développement économique propre du territoire, selon une pondération adaptée aux enjeux économique et sociaux du marché pour la collectivité considérée.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

#### **Article 5 :**

A titre expérimental, dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution et pour une période de trois années à compter de la publication de la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent réserver une partie de leurs marchés de travaux, de services et de fournitures d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées aux entreprises mentionnées à l'article 44 quaterdecies du code général des impôts ou accorder à ces entreprises un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes.

Le montant total des marchés attribués en application du premier alinéa au cours d'une année ne peut excéder 20% du montant annuel moyen des marchés de travaux ou de services d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

\*

\*       \*

## **Proposition n° 4 :**

### **Créer un haut conseil de la commande publique**

#### **Exposé des motifs**

Il est proposé de créer, dans chacune des collectivités de l'article 73 de la Constitution, un haut conseil de la commande publique, inspiré de la structure déjà mise en place à la Réunion.

Le haut conseil permettra de mettre en réseau les intervenants de l'achat public et de favoriser la connaissance et la diffusion des informations publiques relatives à la commande publique, notamment les programmes pluriannuels des marchés publics ainsi que les délais de paiement.

#### **Proposition de texte :**

##### **Article 6 :**

Dans chacune des collectivités l'article 73 de la Constitution, il est créé un haut conseil de la commande publique chargé de favoriser la conciliation des objectifs mentionnés à l'article 1 de la présente loi.

Le haut conseil de la commande publique est chargé de recueillir et diffuser les informations publiques relatives à la commande publique, de mesurer sa contribution au développement économique propre du territoire, de garantir l'efficacité économique et de mettre en réseau les différents intervenants de l'achat public.

A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics lui communiquent le programme pluriannuel prévisionnel de leurs marchés de travaux et de services.

La direction régionale des finances publiques lui communique les informations relatives aux délais de paiement constatés dans l'exécution des marchés publics.

Le haut conseil de la commande publique est composé de représentants des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, de représentants des chambres consulaires, de représentants de fédérations professionnelles ainsi que des services de l'Etat compétent.

Le haut conseil de la commande publique est présidé conjointement par le représentant de l'Etat dans la collectivité et le président du conseil régional ou de la collectivité exerçant les compétences du conseil régional.

Le secrétariat est assuré par les chambres consulaires assistées des services de la préfecture. Le directeur régional des finances publiques, le directeur de l'environnement, de l'aménagement et du logement, le directeur régional de l'institut national de la statistique et des études économiques et le directeur régional de l'institut d'émission des départements d'outre-mer lui communiquent les données économiques et financières relatives à la commande publique.

Un décret fixe les modalités d'application du présent article.

\*

\*            \*

### **Proposition n° 5 :**

**Permettre dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution la création d'une chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région.**

#### **Exposé des motifs**

La régionalisation du réseau des chambres consulaires, issue de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, n'a apporté aucun des bénéfices attendus de cette réforme dans les départements et régions d'outre-mer, collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution. Les mutualisations, réalisables au sein de chaque réseau entre le niveau départemental et le niveau régional, ne le sont par définition pas lorsque les deux niveaux se confondent, comme c'est le cas dans les collectivités de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de la Réunion et de Mayotte.

Les chambres consulaires d'outre-mer n'en ont pas moins subi la baisse de leurs financements affectés justifiée, comme pour les réseaux consulaires dans leur ensemble, par une réforme qui n'a pourtant engendré pour elles aucune économie d'échelle. Il est donc impératif qu'elles trouvent ailleurs les synergies et les mutualisations leur permettant de maîtriser leurs dépenses de fonctionnement, sans sacrifier la qualité des services rendus et leur capacité d'investissement.

La piste d'un rapprochement des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers et de l'artisanat mérite d'être aujourd'hui ouverte. Il avait été déjà envisagé, lors des débats sur la loi de 2010, la possibilité de créer, sous une forme expérimentale, des groupements interconsulaires. L'amendement adopté par l'Assemblée nationale n'avait pas été repris par le Sénat.

Les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution possèdent les caractéristiques justifiant qu'elles deviennent le lieu grandeur nature de cette expérimentation dans un format à la fois volontaire et ambitieux.

Les caractéristiques tiennent tout d'abord à la proportion, estimée au tiers, de ressortissants communs aux deux chambres consulaires qui aujourd'hui peinent à savoir à qui s'adresser et subissent la lourdeur des doubles démarches. Il est donc possible de gagner en simplification et en lisibilité, à un meilleur coût pour l'entreprise.

Les chambres de commerce et d'industrie ne gèrent plus les ports et aéroports d'outre-mer, les métiers des deux chambres sont désormais pour l'essentiel les mêmes : la représentation des ressortissants, les formalités, l'appui et le conseil à l'entreprise, ainsi que la formation.

Surtout, les outre-mer connaissent déjà des établissements regroupant avec succès, dans une même entité, les compétences des chambres consulaires : Polynésie (commerce et industrie ; métiers et artisanat) Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis et Futuna (agriculture ; commerce et industrie ; métiers et artisanat), Saint-Barthélemy (agriculture ; commerce et industrie ; métiers et artisanat ; professions libérales).

Il est donc proposé d'ouvrir la possibilité de créer, dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, une chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région.

Seules les deux chambres concernées, par un vote de leurs deux assemblées générales à la majorité absolue de leurs membres, pourraient engager la démarche. Un groupe de préfiguration serait alors constitué par le représentant de l'Etat pour élaborer un projet de fonctionnement de la nouvelle entité, projet sur lequel les deux chambres seraient amenées à se prononcer avant sa transmission au gouvernement. La nouvelle chambre serait alors créée par décret en Conseil d'Etat et succéderait dans l'ensemble des droits et obligations, compétences et ressources, aux chambres actuelles qui pourraient toutefois choisir la forme de « section » sans personnalité morale.

Il est également proposé une incitation financière pour la création de la chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région si le gouvernement en est saisi par les chambres concernées au plus tard un an après l'entrée en vigueur du dispositif.

### **Proposition de texte**

#### **Article 7 :**

Il est inséré au Livre IX du code de commerce un article L. XXX-X ainsi rédigé :

**Article L. XXX-X** - Dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, la chambre de commerce et d'industrie et la chambre de métiers et de l'artisanat peuvent s'unir en une seule chambre qui prend la dénomination de chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région. Elles peuvent choisir de disparaître au sein de la nouvelle chambre ou devenir des sections de la chambre de région nouvellement formée et ne disposent alors plus du statut d'établissement public.

La proposition de création de la chambre nouvelle est adoptée par chacune des deux chambres à la majorité absolue des membres de leur assemblée générale. Elle est adressée au représentant de l'Etat qui réunit sans délai un groupe de préfiguration composé à parité de représentants des deux chambres. Le groupe de préfiguration est chargé de proposer les modalités selon lesquelles les chambres peuvent mutualiser et exercer au sein de la nouvelle chambre les fonctions qui leur sont dévolues. Le projet de fonctionnement de la chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région, est adopté par chacune des deux chambres à la majorité absolue des membres de leur assemblée générale. Il est transmis par le représentant de l'Etat au ministre chargé de la tutelle des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers et de l'artisanat, ainsi qu'au ministre chargé des outre-mer.

La chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région est créée par décret en Conseil d'Etat, après avis du conseil régional et du conseil général ou de la collectivité qui en exerce les compétences.

La chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région succède à la chambre de commerce et d'industrie et à la chambre de métiers et de l'artisanat dans tous leurs droits et obligations. Elle en exerce l'ensemble des compétences qui leur sont confiées par le code de commerce, le code de l'artisanat et les lois et règlements en vigueur. Elle bénéficie des ressources budgétaires et des recettes fiscales affectées à la chambre de commerce et d'industrie et à la chambre de métiers et de l'artisanat. Les personnels des deux chambres sont transférés de plein droit au nouvel établissement public.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

**Article L. XXX-X** - L'assemblée générale des membres élus de la chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région détermine les orientations et le programme d'action de l'établissement. A cette fin, elle délibère sur toutes les affaires relatives à l'objet de celui-ci, notamment le budget, les comptes et le règlement intérieur. Elle peut déléguer aux autres instances de l'établissement des compétences relatives à son administration et à son fonctionnement courant. Le président est le représentant légal de l'établissement. Il en est l'ordonnateur et est responsable de sa gestion. Il en préside l'assemblée générale et les autres instances délibérantes.

**Article L. XXX-X** – A l'article 1600 du code général des impôts, il est inséré un V ainsi rédigé :

« Le présent article est applicable aux chambres de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région créées dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution en application de l'article XXX-XX du code de commerce.

Par dérogation au 2 du III du présent article, le taux de minoration est de 4% pendant les cinq années qui suivent la création de la chambre.

Si les chambres concernées saisissent le gouvernement d'une proposition de création d'une chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région un an au plus tard après l'entrée en vigueur du présent article, le fonds de financement des chambres de commerce et d'industrie de région verse chaque année, pendant cinq ans, à la nouvelle chambre la différence entre le produit de la taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée qu'elle perçoit et celui qui était perçu en 2012 par la chambre de commerce et d'industrie».

**Article L. XXX-X** – Au premier alinéa de l'article 1601 du code général des impôts, après les mots « chambres de métiers et de l'artisanat de région » sont insérés les mots « des chambres de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région créées dans les collectivités de l'article 73 ».

**Article L. XXX-X** – Au premier alinéa de l'article 1601 A du code général des impôts, après les mots « chambres de métiers et de l'artisanat de région » sont insérés les mots « des chambres de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région créées dans les collectivités de l'article 73 ».

\*

\* \*

## **Proposition n° 6 :**

### **Sécuriser la délégation aux chambres de commerce et d'industrie de la gestion du registre du commerce et des sociétés et lui donner un plein effet utile**

#### **Exposé des motifs**

L'article 31 de la loi du 20 novembre 2012 a ajouté un alinéa à l'article L. 123-6 du code commerce ainsi rédigé :

*« Dans les départements d'outre-mer et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, le ministre de la justice peut déléguer, lorsque le fonctionnement normal des registres du commerce et des sociétés est compromis, par convention, leur gestion matérielle à la chambre de commerce et d'industrie de ces départements ou à la chambre consulaire interprofessionnelle à Saint-Martin ou à la chambre économique multi-professionnelle à Saint-Barthélemy. Le greffe reste compétent pour le contrôle des actes et des extraits du registre ainsi que pour toute contestation entre l'assujetti et la chambre compétente. La durée maximale de la convention est de vingt-quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions ».*

Les dysfonctionnements manifestes de la tenue du registre du commerce et des sociétés (RCS) en outre-mer, qui ont justifié cette intervention du législateur, ont naturellement conduit plusieurs chambres de commerce et d'industrie et l'ACCIOM qui les regroupe à proposer la mise en place de cette délégation. Des travaux d'expertise ont été conduits qui ont mis en lumière les difficultés que pose la rédaction actuelle du dernier alinéa de l'article L. 123-6, difficultés qui constituent autant de freins à la pleine application de ce texte.

Or, comme a pu le souligner la Cour des Comptes dans son référé sur la justice commerciale rendu public en juillet 2013, les retards d'inscription au RCS sont « spectaculaires » et cette situation « est très critiquée par la communauté d'affaires ». Elle rappelle également, en constatant que les dispositions de la loi du 28 mars 2011 qui prévoient que le greffes des tribunaux mixtes de commerce sont désormais tenus par les greffiers des tribunaux de commerce et celles de la loi du 20 novembre 2012, qui ouvre au ministre de la justice la faculté de déléguer aux chambres de commerce et d'industrie d'outre-mer la gestion du RCS, sont contradictoires, « l'absence de décision contribuant à perpétuer une situation qui n'est pas du tout satisfaisante ».

La présente proposition a donc pour objet de corriger la rédaction du dernier alinéa de l'article L. 123-6 du code commerce pour sécuriser la procédure de délégation et lui donner un plein effet utile, en clarifiant l'articulation dans ce cadre des missions respectives de la chambre délégataire et du greffe.

Plus précisément, il est proposé de généraliser la procédure de délégation (2), de lever l'incertitude qui existe sur son contenu (2), tout en clarifiant les modalités du contrôle du greffe qui en est la contrepartie (3). Il est également proposé d'améliorer l'équilibre économique de la délégation en allongeant sa durée maximale (4).

#### **1. Généraliser la procédure de délégation en remplaçant les mots « peut déléguer » par le mot « délègue »**

La rédaction de l'article L. 123-6 du code de commerce offre au ministre de la justice une simple faculté de déléguer la gestion du RCS aux chambres de commerce et d'industrie. Depuis le vote de la loi du 20 novembre 2012, aucune convention de délégation n'a été passée, alors même que la situation des greffes se détériore chaque jour conduisant certaines chambres, de manière informelle, à les aider à faire face à leurs tâches.

L'incertitude qui prévaut sur les choix qui seront faits, soulignée par la Cour des Comptes, est aujourd'hui particulièrement pénalisante pour le bon fonctionnement des greffes et plus généralement pour les entreprises ultramarines et l'activité économique.

Il doit proposer, dans le texte de l'article L. 123-6 de remplacer les mots « peut déléguer » par le mot « délègue ».

## 2. Remplacer l'expression « gestion matérielle » par « tenue »

L'article 31 de la loi du 20 novembre 2012 prévoit d'un seul tenant:

- une « délégation », notion qui suppose qu'une autonomie suffisante est laissée par le délégant (l'Etat) au délégataire (la CCI) ;
- une délégation portant sur la seule « gestion matérielle » du registre, le mot « matériel », qui selon le dictionnaire juridique est l'opposé de « juridique », étant paradoxalement appliqué à un objet qui n'est que la somme d'actes administratifs ;
- un « contrôle » par le greffe « des actes et extraits du registre », mission qui ne comporte pas, par essence, l'acte de délivrance lui-même.

Le terme « gestion matérielle » pourrait laisser entendre que ne seraient confiées à la CCI concernée que des tâches purement matérielles d'accueil des usagers, de réception et de vérification des dossiers, le cas échéant de gestion et de diffusion de données, sans que la délégation ne porte sur les actes eux-mêmes (immatriculations, radiations, délivrance d'extraits du registre).

Les travaux parlementaires paraissent aller dans le sens de cette interprétation, le terme « gestion matérielle » ayant été substitué à celui de « tenue » au cours de la commission mixte parlementaire, le parlementaire auteur de l'amendement estimant que la « tenue » du RCS par les CCI était incompatible avec la directive « services » de 2009.

Ce point de vue est en réalité assez contestable, les chambres de commerce et d'industrie ayant la qualité d'autorité compétente au sens de l'article 4 de cette directive, ce qui permet d'ailleurs au gouvernement de prévoir à leur profit, à l'article 9 – I (3°) du projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, le transfert de la délivrance de la carte professionnelle d'agent immobilier aujourd'hui assurée par les préfetures.

Une telle interprétation de la notion de « gestion matérielle » serait toutefois en contradiction avec la notion même de « délégation » qui suppose une mission globale et une autonomie suffisante du délégataire dans sa gestion.

Elle serait aussi en contradiction avec le fait même que le « *greffe reste compétent pour le contrôle des actes et des extraits du registre ainsi que pour toute contestation entre l'assujetti et la chambre compétente* ». Il est manifeste que se faisant le législateur a créé un double niveau de compétence, celui de la chambre qui gère le registre, celui du greffe qui contrôle et examine les recours en cas de litige.

Cette incertitude sur la portée du texte adopté risque de faire perdre à la réforme son effet utile si elle devait conduire à mettre en place un double degré d'instruction pour la délivrance des actes du RCS, là où aujourd'hui il n'en n'existe qu'un. Elle irait également à l'encontre des attentes des entreprises de bénéficier pleinement pour leurs formalités du « guichet unique » confié, sur l'impulsion du législateur, aux chambres de commerce et d'industrie. Enfin, elle irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le Parlement lui-même, à travers cette réforme, de remédier rapidement aux difficultés structurelles rencontrées dans la gestion du RCS en outre-mer.

Il est donc proposer de lever cette incertitude du texte et, en cohérence avec le terme de « délégation », remplacer l'expression « gestion matérielle » pour le mot « tenue » du RCS.

## 3. Préciser les modalités du « contrôle » du greffe

Le législateur érige le « greffe » en autorité de contrôle de la chambre concernée.



En l'état actuel du texte, le contrôle du greffe porte sur « les actes et les extraits » et sur « les contestations ». Il ne précise pas les modalités de ce contrôle, ce qui implicitement mais nécessairement renvoie à la convention dont les stipulations devraient donc impérativement les contenir.

Il semble préférable, pour garder l'unité du dispositif et lui garantir sa pleine efficacité, que le texte précise davantage les modalités du contrôle qu'exercera le greffe. C'est la nécessaire contrepartie de la pleine délégation de la tenue du RCS. Il est donc proposé de prévoir que le greffe du tribunal de commerce :

- est informé par la chambre des refus d'inscription et des radiations d'office ;
- peut réformer ou retirer les actes pris par la chambre;
- est seul compétent pour saisir le juge commis à la surveillance du registre lorsque cette saisine est prévue par le code de commerce ;
- a un accès permanent aux fichiers constituant le registre du commerce et des sociétés.

#### 4. Allonger la durée maximale de la délégation

Le texte actuel de l'article L. 123-6 prévoit « *La durée maximale de la convention est de vingt-quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions* ».

Cette durée n'est aujourd'hui pas suffisante pour permettre aux chambres de commerce et d'industrie de réaliser, avec le retour suffisant, les investissements qui sont nécessaires pour l'installation en leur sein d'un service dédié à la tenue du RCS. La contribution demandée dans le PLF pour 2014 au réseau des chambres de commerce et d'industrie ne peut qu'inciter à inscrire la délégation de la tenue du RCS dans un dispositif soutenable pour lui d'un point de vue budgétaire.

Cette disposition ne remet bien sûr pas en cause la possibilité qu'il y aura de prévoir dans la convention de délégation, conformément au droit commun, une résiliation en cas de non-exécution des obligations qu'elle prévoira.

Il est donc proposé de porter cette durée à 5 ans, renouvelable dans les mêmes conditions.

#### **Proposition de texte :**

##### **Article 8:**

Le dernier alinéa de l'article L. 123-6 du code commerce est modifié comme suit :

1° - A la première phrase, les mots « peut déléguer » sont remplacés par le mot « délègue »

2° - A la première phrase, les mots « gestion matérielle » sont remplacés par le mot « tenue »

3° - La deuxième phrase est remplacée par les phrases suivantes : « La convention de délégation prévoit les modalités selon lesquelles le greffe exerce un contrôle de la tenue du registre du commerce et des sociétés. Dans ce cadre, le greffe est informé des refus d'inscription et des radiations d'office prononcés par la chambre. Il est compétent pour toute contestation entre l'assujetti et la chambre et peut réformer ou retirer les actes pris par cette dernière. Il est seul compétent pour saisir le juge commis à la surveillance du registre lorsque cette saisine est prévue par le code de commerce. Le greffe a un accès permanent aux fichiers constituant le registre du commerce et des sociétés »

4° - A la dernière phrase, les mots « vingt-quatre mois » sont remplacés par les mots « cinq ans ».

### **Texte consolidé**

Le dernier alinéa de l'article L. 123-6 du code commerce est ainsi rédigé :

« Dans les départements d'outre-mer et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, le ministre de la justice délègue, lorsque le fonctionnement normal des registres du commerce et des sociétés est compromis, par convention, leur tenue à la chambre de commerce et d'industrie de ces départements ou à la chambre consulaire interprofessionnelle à Saint-Martin ou à la chambre économique multi-professionnelle à Saint-Barthélemy. La convention de délégation prévoit les modalités selon lesquelles le greffe exerce un contrôle de la tenue du registre du commerce et des sociétés. Dans ce cadre, le greffe est informé des refus d'inscription et des radiations d'office prononcés par la chambre. Il est compétent pour toute contestation entre l'assujetti et la chambre et peut réformer ou retirer les actes pris par cette dernière. Il est seul compétent pour saisir le juge commis à la surveillance du registre lorsque cette saisine est prévue par le code de commerce. Le greffe a un accès permanent aux fichiers constituant le registre du commerce et des sociétés. La durée maximale de la convention est de cinq ans, renouvelable dans les mêmes conditions ».

## **Annexe 1 : propositions consolidées de texte**

### **Propositions relatives aux entreprises et à la vie économique des outre-mer**

#### **Chapitre 1 – Dispositions relatives aux entreprises**

##### **Article 1 :**

Le Livre IX du code de commerce est modifié comme suit :

« Livre IX : Dispositions relatives à l'outre-mer

Titre 1<sup>er</sup> A : Dispositions communes aux collectivités de l'article 73 et à certaines collectivités de l'article 74 de la Constitution

Chapitre préliminaire : De l'observatoire des prix et des revenus et du régime de l'entreprise ultramarine dans les outre-mer

Section 2 : Régime de l'Entreprise dans les outre-mer

Article L. 910-2 A :

Dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités de l'article 74 pour lesquelles l'Etat est compétent pour les définir, les règles qui régissent la création, le fonctionnement et les activités des entreprises sont adaptées aux caractéristiques et contraintes particulières de l'entrepreneuriat dans les outre-mer.

Les dispositions d'adaptation visées à l'alinéa précédent constituent le régime juridique de l'entreprise dont l'activité principale est exercée et exploitée dans ces collectivités. L'Etat, en lien avec les chambres de commerce et d'industrie compétentes, favorise l'accès au droit relatif à ce régime juridique.

Chapitre I : Dispositions d'adaptation du livre I

Article L. 911-1 A: Dans les départements d'outre-mer et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, des dispositions adaptent les règles relatives au registre du commerce et des sociétés, conformément à l'article L. 123-6 du présent code.

Chapitre II: Dispositions d'adaptation du livre II

Chapitre III : Dispositions d'adaptation du livre III

Chapitre IV : Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 914-1 A: Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, des dispositions adaptent les règles relatives à la liberté des prix et du commerce. Ces adaptations portent sur la réglementation du prix de certains produits, conformément aux articles L. 410-3, L. 410-4 et L. 410-5 du présent code, les pratiques anticoncurrentielles, conformément à l'article L. 420-2-1, les opérations de concentration économique, conformément à l'article L. 430-2, la transparence et les pratiques restrictives de concurrence ou autres pratiques prohibées, conformément aux articles L. 441-6 et L. 443-1, ainsi que les attributions de l'autorité de la concurrence, conformément aux articles L. 462-1 et L. 462-5.

Chapitre V : Dispositions d'adaptation du livre V

Chapitre VI : Dispositions d'adaptation du livre VI

Chapitre VII : Dispositions d'adaptation du livre VII

Article L. 917-1 A: Dans les départements d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, des dispositions adaptent les règles relatives aux juridictions commerciales et à l'organisation du commerce. Ces adaptations portent sur l'institution de tribunaux mixtes de commerce, conformément aux articles L. 732-1 à L. 732-7 du présent code, aux greffiers de tribunal de commerce, conformément aux articles L. 744-1 et L. 744-2, à la commission départementale d'aménagement commercial, conformément à l'article L. 752-6-1 et au contrôle de l'Autorité de la concurrence en cas de position dominante, conformément à l'article L. 762-27.

Chapitre VIII : Dispositions d'adaptation du livre VIII »

### **Article 2 :**

Dans les collectivités de l'article 73, la condition mentionnée à l'article L. 626-6 du code de commerce tenant à l'effort consenti par d'autres créanciers pour que les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale acceptent de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur n'est pas applicable aux entreprises détenant des créances sur des personnes publiques. Le taux de la remise que peuvent accorder les administrations financières tient compte du montant de ces créances.

Les administrations financières peuvent également décider de délivrer, en lieu et place des attestations exigées par le 2° du I de l'article 46 du code des marchés publics, des attestations certifiant de la capacité des entreprises à se voir attribuer un marché public.

## **Chapitre 2 – Dispositions relatives aux marchés publics**

### **Article 3:**

Dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, les règles de la commande publique concilient, dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination, l'efficacité de l'achat public avec la nécessité de faire participer les marchés publics au développement économique et au développement durable de ces collectivités, compte-tenu de leurs contraintes et caractéristiques particulières, notamment leur éloignement de la métropole, la fragilité de leur écosystème, la concurrence avec les pays de leur zone géographique, le niveau du chômage structurellement élevé, la petite taille des entreprises, ainsi que leurs difficultés d'accès aux financements et la faiblesse de leurs fonds propres.

### **Article 4 :**

Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent se fonder sur les performances en matière de développement économique propre du territoire, selon une pondération adaptée aux enjeux économique et sociaux du marché pour la collectivité considérée.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

### **Article 5 :**

A titre expérimental, dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution et pour une période de trois années à compter de la publication de la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent réserver une partie de leurs marchés de travaux, de services et de fournitures d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées aux entreprises mentionnées à l'article 44 quaterdecies du code général des impôts ou accorder à ces entreprises un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes.

Le montant total des marchés attribués en application du premier alinéa au cours d'une année ne peut excéder 20% du montant annuel moyen des marchés de travaux ou de services d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

### **Article 6:**

Dans chacune des collectivités l'article 73 de la Constitution, il est créé un haut conseil de la commande publique chargé de favoriser la conciliation des objectifs mentionnés à l'article 1 de la présente loi.

Le haut conseil de la commande publique est chargé de recueillir et diffuser les informations publiques relatives à la commande publique, de mesurer sa contribution au développement économique propre du territoire, de garantir l'efficacité économique et de mettre en réseau les différents intervenants de l'achat public.

A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics lui communiquent le programme pluriannuel prévisionnel de leurs marchés de travaux et de services.

La direction régionale des finances publiques lui communique les informations relatives aux délais de paiement constatés dans l'exécution des marchés publics.

Le haut conseil de la commande publique est composé de représentants des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, de représentants des chambres consulaires, de représentants de fédérations professionnelles ainsi que des services de l'Etat compétent.

Le haut conseil de la commande publique est présidé conjointement par le représentant de l'Etat dans la collectivité et le président du conseil régional ou de la collectivité exerçant les compétences du conseil régional.

Le secrétariat est assuré par les chambres consulaires assistées des services de la préfecture. Le directeur régional des finances publiques, le directeur de l'environnement, de l'aménagement et du logement, le directeur régional de l'institut national de la statistique et des études économiques et le directeur régional de l'institut d'émission des départements d'outre-mer lui communiquent les données économiques et financières relatives à la commande publique.

Un décret fixe les modalités d'application du présent article.

### **Chapitre 3 – Dispositions relatives aux chambres consulaires et aux juridictions commerciales**

#### **Article 7 :**

Il est inséré au Livre IX du code de commerce un article L. XXX-X ainsi rédigé :

**Article L. XXX-X** - Dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, la chambre de commerce et d'industrie et la chambre de métiers et de l'artisanat peuvent s'unir en une seule chambre qui prend la dénomination de chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région. Elles peuvent choisir de disparaître au sein de la nouvelle chambre ou devenir des sections de la chambre de région nouvellement formée et ne disposent alors plus du statut d'établissement public.

La proposition de création de la chambre nouvelle est adoptée par chacune des deux chambres à la majorité absolue des membres de leur assemblée générale. Elle est adressée au représentant de l'Etat qui réunit sans délai un groupe de préfiguration composé à parité de représentants des deux chambres. Le groupe de préfiguration est chargé de proposer les modalités selon lesquelles les chambres peuvent mutualiser et exercer au sein de la nouvelle chambre les fonctions qui leur sont dévolues. Le projet de fonctionnement de la chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région, est adopté par chacune des deux chambres à la majorité absolue des membres de leur assemblée générale. Il est transmis par le représentant de l'Etat au ministre chargé de la tutelle des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers et de l'artisanat, ainsi qu'au ministre chargé des outre-mer.

La chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région est créée par décret en Conseil d'Etat, après avis du conseil régional et du conseil général ou de la collectivité qui en exerce les compétences.

La chambre de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région succède à la chambre de commerce et d'industrie et à la chambre de métiers et de l'artisanat dans tous leurs droits et obligations. Elle en exerce l'ensemble des compétences qui leur sont confiées par le code de commerce, le code de l'artisanat et les lois et règlements en vigueur. Elle bénéficie des ressources budgétaires et des recettes fiscales affectées à la chambre de commerce et d'industrie et à la chambre de métiers et de l'artisanat. Les personnels des deux chambres sont transférés de plein droit au nouvel établissement public.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article.

**Article L. XXX-X** - L'assemblée générale des membres élus de la chambre commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région détermine les orientations et le programme d'action de l'établissement. A cette fin, elle délibère sur les affaires relatives à l'objet de celui-ci, notamment le budget, les comptes et le règlement intérieur. Elle peut déléguer aux autres instances de l'établissement des compétences relatives à son administration et à son fonctionnement courant. Le président est le représentant légal de l'établissement. Il en est l'ordonnateur et est responsable de sa gestion. Il en préside l'assemblée générale et les autres instances délibérantes.

**Article L. XXX-X** – A l'article 1600 du code général des impôts, il est inséré un V ainsi rédigé :

« Le présent article est applicable aux chambres de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région créées dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution en application de l'article XXX-XX du code de commerce. Par dérogation au 2 du III du présent article, le taux de minoration est de 4% pendant les trois années qui suivent la création de la chambre ».

**Article L. XXX-X** – Au premier alinéa de l'article 1601 du code général des impôts, après les mots « chambres de métiers et de l'artisanat de région » sont insérés les mots « des chambres de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région créées dans les collectivités de l'article 73 ».

**Article L. XXX-X** – Au premier alinéa de l'article 1601 A du code général des impôts, après les mots « chambres de métiers et de l'artisanat de région » sont insérés les mots « des chambres de commerce, d'industrie, de métiers et de l'artisanat de région créées dans les collectivités de l'article 73 ».

**Article 8:**

Le dernier alinéa de l'article L. 123-6 du code commerce est modifié comme suit :

1° - A la première phrase, les mots « peut déléguer » sont remplacés par le mot « délègue »

2° - A la première phrase, les mots « gestion matérielle » sont remplacés par le mot « tenue »

3° - La deuxième phrase est remplacée par les phrases suivantes : « La convention de délégation prévoit les modalités selon lesquelles le greffe exerce un contrôle de la tenue du registre du commerce et des sociétés. Dans ce cadre, le greffe est informé des refus d'inscription et des radiations d'office prononcés par la chambre. Il est compétent pour toute contestation entre l'assujetti et la chambre et peut réformer ou retirer les actes pris par cette dernière. Il est seul compétent pour saisir le juge commis à la surveillance du registre lorsque cette saisine est prévue par le code de commerce. Le greffe a un accès permanent aux fichiers constituant le registre du commerce et des sociétés »

4° - A la dernière phrase, les mots « vingt-quatre mois » sont remplacés par les mots « cinq ans ».

## **Annexe 2 : note sur les marchés publics**

L'enjeu de l'accès aux marchés publics est capital pour le tissu des entreprises ultramarines qui est exclusivement composé de PME et de TPE.

Or, les marchés publics ne peuvent, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement des candidats, être attribués sur la base d'une préférence locale ou nationale.

Un critère de sélection lié à l'implantation géographique des entreprises constituerait une méconnaissance des règles européennes et nationales de la commande publique. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi jugé que les critères d'évaluation liés à la présence d'installations de production sur le territoire national était discriminatoire (CJCE, 27 octobre 2005, Commission c/ Espagne, aff. C-158/03).

Le souci de favoriser l'emploi local ne peut pas non plus être pris en compte dans le choix de l'entreprise dans la mesure où cette considération est sans rapport avec la réglementation des marchés publics (CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, n° 131562)<sup>1</sup>.

Le droit communautaire comme le droit national offrent toutefois des possibilités d'utiliser le levier de la commande publique pour répondre à d'autres objectifs d'intérêt général que celui de l'achat public efficient (1).

L'article 73 de la Constitution et l'article 349 du TFUE ouvrent également la possibilité, dans les départements et régions d'outre-mer, régions ultrapériphériques de l'Union européenne, d'adapter le droit commun aux contraintes et caractéristiques de ces collectivités (2).

Il est proposé de s'appuyer sur ces leviers pour que la commande publique puisse, davantage qu'aujourd'hui, participer pleinement au développement économique et au développement durable de ces collectivités (3).

\*

\* \*

### **1. Le droit communautaire comme le droit national offrent des possibilités d'utiliser le levier de la commande publique pour répondre à d'autres objectifs d'intérêt général**

Le régime juridique des marchés publics a un caractère économique. Il s'agit de faire en sorte que l'achat soit, pour les pouvoirs adjudicateurs, un acte économique, déterminé par des considérations d'efficacité économique et non par la prise en compte d'autres objectifs de politique publique. C'est l'idée d'une « neutralité » de la réglementation des marchés publics qui ne doivent pas être l'instrument d'autre chose que la réalisation du meilleur achat au meilleur prix.

Cette conception n'est toutefois pas sans nuances. La question s'est notamment posée de savoir si et dans quelle mesure il est possible de mettre en œuvre des critères de choix à caractère social ou à caractère environnemental. A l'approche strictement économique a succédé, prudemment compte tenu notamment des exigences du droit européen, une approche plus souple permettant de faire de l'achat public un instrument d'autres politiques publiques à travers la définition de nouveaux critères de sélection des offres ou l'instauration d'un droit de préférence.

---

<sup>1</sup> Sénat, QE n°03931, réponse publiée dans le JO Sénat du 14/02/2013, page 516



## 1.1 Droit européen

La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, rappelle dans son premier considérant qu'elle est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution.

Cette jurisprudence précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés, respectent les principes fondamentaux de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination et la transparence.

La directive prévoit ainsi que « *les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales* » (article 26).

Un critère de choix des offres relatif à l'emploi de chômeurs de longue durée est légal dès lors qu'il ne conduit à aucune discrimination entre les candidats en raison de leur nationalité (CJCE 20 sept. 1988, Gebroeders Beentjes bv : aff. C-31/87 ; 26 septembre 2000, Commission c/ France aff. C-225 :98).

Le pouvoir adjudicateur peut également prendre en considération des critères écologiques pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnelle de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination (CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99).

## 1.2 Droit national

### a) Critères de sélection des offres

Le pouvoir réglementaire a progressivement ajouté dans le code des marchés publics de 2006 (article 53) des critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur peut se fonder pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuses, notamment :

- les performances en matière de protection de l'environnement ;
- les performances en matière d'insertion des publics en difficulté ;
- les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ;
- les coûts tout au long du cycle de vie ;
- la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles.

Le législateur a donné plusieurs impulsions pour élargir cette liste des critères de sélection :

- pour l'insertion professionnelle des publics en difficulté (article 58 de la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale) ;
- pour l'agriculture de proximité (article 1 V - de la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche : « *l'Etat se donne pour objectif de recourir, pour l'approvisionnement de ses services de restauration collective, à des produits faisant l'objet de circuits courts de distribution, impliquant un exploitant agricole ou une organisation regroupant des exploitants agricoles* ».).

Le critère de sélection doit toutefois avoir un lien avec l'objet du marché et la satisfaction du besoin du pouvoir adjudicateur. Le seul objectif de protection de l'environnement ou d'insertion des publics en difficulté ne peut en lui-même fonder la légalité d'un critère de choix. La pondération des critères elle-même doit être proportionnée à la prégnance des enjeux environnementaux ou sociaux dans les conditions d'exécution.

L'article 14 du code des marchés publics prévoit quant à lui que « *Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ».

b) Droit de préférence

- Préférence locale

Si un critère de sélection lié à l'implantation géographique des entreprises constituerait une méconnaissance des règles européennes et nationales de la commande publique, une obligation d'implantation géographique peut constituer une condition à l'obtention du marché, si elle est justifiée par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution, notamment pour des raisons liées aux délais d'intervention du prestataire au regard du caractère urgent de la prestation à réaliser. Un candidat qui s'engage à s'implanter localement en cas d'attribution du marché doit être considéré comme satisfaisant à cette obligation, au même titre qu'un candidat déjà implanté (CE, 14 janvier 1998, Société Martin-Fourquin, n° 168 688).

- Economie solidaire

L'article 53 IV 1° du code des marchés publics autorise le pouvoir adjudicateur à choisir de préférence, à égalité de prix ou équivalence d'offres, l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans.

Le 2° du même article dispose que lorsque les marchés portent en tout ou partie sur des prestations susceptibles d'être exécutées par ces mêmes entreprises, le pouvoir adjudicateur doit préalablement à la mise en concurrence définir les travaux, fournitures ou services qui à ce titre et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, leur seront attribuées de préférence à toutes autres.

Ce droit de préférence existe depuis la première codification, en 1964, de la réglementation relative aux marchés publics. Le Conseil d'Etat ayant émis des réserves sur ce dispositif de droit de préférence par quart lors de l'examen du projet de code des marchés publics 2001, le gouvernement avait alors réinséré cette disposition dans le projet de loi MURCEF de décembre 2001. Saisi du texte, le Conseil constitutionnel, en censurant l'article 12 de la loi déferée, a admis que des critères sociaux soient pris en compte au stade de la sélection des candidats ou des offres, mais dans les limites qu'il définit :

*« le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis »* (Conseil constitutionnel , 6 décembre 2001, n°2001-452 DC).

- PME innovantes

La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (article 26) a prévu, à titre expérimental, pour une période de cinq années que :

- les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver une partie de leurs marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées aux PME innovantes (définies à l'article L. 214-41 du code monétaire et financier) ou accorder à ces sociétés un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes ;
- le montant total des marchés attribués en application du premier alinéa au cours d'une année ne peut excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées, conclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné au cours des trois années précédentes.

Ce chiffre de 15% a été fixé en tenant compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le législateur a estimé qu'il pouvait « sans heurter de principes constitutionnels, soit réserver une part réduite de marchés publics particuliers à une catégorie de soumissionnaires précisément déterminée, dès lors que les trois exigences posées par le Conseil constitutionnel sont remplies, soit prévoir un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes »<sup>2</sup>.

Le droit communautaire comme le droit national offrent donc, dans une mesure limitée, de faire participer la commande publique à la poursuite d'autres intérêts publics.

\*

\* \*

## 2. La possibilité d'adaptation du droit commun en outre-mer

Le droit communautaire et le droit national permettent une adaptation limitée du droit commun dans les collectivités de l'article 73 qui ont, par ailleurs, le statut de région ultrapériphérique de l'Union Européenne.

### 2.1 Droit national et droit communautaire

#### a) Droit national

Conformément à l'article 73 de la Constitution, les lois et règlements s'appliquent de plein droit dans les départements et régions d'outre-mer (Guadeloupe, Martinique, Guyane, Réunion et Mayotte) : c'est le principe de l'identité législative. Toutefois, en vertu de cet article, des adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités sont possibles.

Depuis la révision constitutionnelle de 2003, ces adaptations peuvent également être décidées par les collectivités elles-mêmes, si elles y ont été habilitées par la loi ou le règlement. Une première habilitation a été accordée à la Région Guadeloupe pour fixer des règles spécifiques en matière de maîtrise de la demande d'énergie, de réglementation thermique pour la construction de bâtiments et de développement des énergies renouvelables (article 69 de la loi du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer).

---

<sup>2</sup> Rapport de M. Eric CIOTTI au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de modernisation de l'économie, enregistré le 15 mai 2008 (p. 103).

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion récemment de préciser sa jurisprudence sur l'ampleur des adaptations au droit commun que le législateur pouvait prévoir :

Décision n° 2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013 :

*« la faiblesse des ressources, notamment fiscales, de ces collectivités territoriales et les écarts de prix du tabac entre ces territoires et la France continentale constituent, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à permettre au législateur, d'une part, de donner aux conseils généraux de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion le pouvoir d'arrêter les modalités de détermination de l'assiette et du taux du droit de consommation sur les tabacs ainsi que, d'autre part, d'affecter le produit de ce droit au budget de ces collectivités départementales ».*

Décision n° 2013-301 QPC du 05 avril 2013 :

« en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu prendre en compte la situation particulière des travailleurs indépendants dans ces départements et inciter au développement d'activités indépendantes dans ces territoires ; que la situation de l'emploi et celle des travailleurs indépendants dans les départements d'outre-mer constituent, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à permettre au législateur d'adapter les modalités de détermination de l'assiette des cotisations et contributions sociales dues par ces travailleurs indépendants et de les exonérer du paiement de ces cotisations et contributions pendant une durée limitée ».

Décision n° 2013-313 QPC du 22 mai 2013 :

« compte tenu de la situation géographique des départements d'outre-mer, ces ports occupent une place particulière dans leur réseau de transports et leur économie générale ; que ces circonstances constituent, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « caractéristiques et contraintes particulières » de nature à permettre au législateur, d'une part, de prévoir un nombre de représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements plus élevé que pour le conseil de surveillance des ports de métropole, et d'autre part, de prévoir que la nomination des personnalités qualifiées, dont celles élues par les chambres de commerce et d'industrie, intervient après avis des collectivités territoriales et de leurs groupements dont une partie du territoire est située dans la circonscription du port ».

Les jurisprudences relatives à la Nouvelle-Calédonie, validant un droit de la concurrence « renforcé », peuvent aussi être signalées comme des exemples d'adaptations liées aux particularismes d'une collectivité d'outre-mer :

Décision n° 2012-258 QPC du 22 juin 2012 - Établissements Bargibant S.A. :

*« Eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF en complément de sa mission de service public par la délibération du 26 mai 2003 ne revêt pas un caractère disproportionné ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre doit être écarté ».*

Décision n° 2013-3 LP du 1er octobre 2013 (Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie) :

*« Eu égard aux particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et au degré de concentration dans ce secteur d'activité, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par la procédure d'autorisation préalable pour les commerces de détail d'une certaine superficie est en lien avec l'objectif poursuivi et ne revêt pas un caractère disproportionné ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre doit être écarté ».*

## b) Droit communautaire

Les collectivités dites de l'article 73 sont aussi des régions ultrapériphériques (RUP) de l'Union Européenne. Le droit européen y est applicable, sous réserve des adaptations rendues possibles par l'article 349 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne qui stipule que :

*« compte tenu de la situation économique et sociale structurelle des départements français d'outre-mer, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application du présent traité à ces régions.*

*Le Conseil, en arrêtant les mesures visées au deuxième alinéa, tient compte des domaines tels que les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizontaux de la Communauté.*

*Le Conseil arrête les mesures visées au deuxième alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes ».*

Cet article qui consacre ce que la doctrine appelle le principe d'assimilation/adaptation, a plusieurs significations :

- il reconnaît et définit les handicaps structurels ;
- il énumère les domaines dans lesquels les conditions d'application du traité peuvent être adaptées sans exclure des mesures dans d'autres secteurs non expressément cités ;
- il supprime pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions du TFUE, la référence à une période transitoire de 2 ans ;
- le dernier paragraphe évoque la nécessité de « *ne pas nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'Ordre juridique communautaire* ». Cette disposition reflète le principe général de proportionnalité des mesures communautaires, celles-ci ne devant pas dépasser les limites appropriées et nécessaires pour atteindre les objectifs recherchés.

## **2.2 Principales déclinaisons**

### a) Au niveau national

Dans le domaine économique et social, les dispositifs spécifiques aux départements et régions d'outre-mer, adaptations du droit commun, visent pour l'essentiel :

- à favoriser les investissements productifs et locatifs, à travers l'outil de la « défiscalisation » ;
- à aider les entreprises, plus particulièrement dans les secteurs prioritaires d'activité, à travers les « zones franches d'activités » ou la mobilisation d'outils financiers spécifiques ;
- à développer l'emploi, à travers un dispositif particulier d'exonérations de charges et la conclusion de contrats aidés propres aux outre-mer ;
- à adapter les règles de la concurrence à l'étroitesse des marchés.

Plusieurs textes législatifs ont créé ou fait évoluer ces dispositifs : loi du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986 (dite loi Pons), loi du 25 juillet 1994 tendant à favoriser l'emploi, l'insertion et les activités économiques dans les DOM, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte (dite loi Perben), loi du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer (dite LOOM), loi du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer (dite LOPOM), loi du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (dite LODEOM), loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 (dite LFI 2011), loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 (dite LFI 2012), loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

b) Au niveau communautaire

Dans la pratique, les différentes mesures qui ont été prises sont pour l'essentiel de nature positive, c'est-à-dire qu'elles s'insèrent dans un processus de discrimination « à rebours ».

Dès 1989, l'Union européenne a élaboré et mis en œuvre des Programmes d'Options Spécifiques à l'Eloignement et à l'Insularité (dits « POSEI ») en faveur des départements français d'outre-mer en 1981 (POSEIDOM) des îles Canaries en 1991 (POSEICAN), des Açores et de Madère à la même année (POSEIMA). Ces programmes constituent le fil conducteur de la politique de soutien des régions ultrapériphériques permettant, à la fois par les fonds structurels et la modulation des diverses politiques communes de promouvoir le développement et l'emploi productif dans ces régions.

S'agissant du financement, les programmes du FEDER et du FSE s'élèvent, pour la période 2007-2013, à 4,9 milliards d'euros (FEDER) et 1,3 milliards d'euros (FSE). Pour le FEOGA, les fonds POSEI sont de 653 millions d'euros à partir de 2011.

Au-delà de ce cadre général de départ, les institutions communautaires sont intervenues dans divers domaines : agriculture, pêche, fiscalité, douanes, énergie, transport aérien et maritime, recherche et développement, société de l'information et environnement notamment.

C'est ainsi que la décision du Conseil n°2004/162/Ce du 10 février 2004, relative au régime de l'octroi de mer dans les départements français d'outre-mer et prorogeant la décision 89/688/CEE, autorise les autorités françaises, jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2014, à prévoir des exonérations ou des réductions de la taxe dite « octroi de mer » pour certains produits fabriqués localement dans les départements français d'outre-mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion. La décision précise que ces exonérations ou réductions s'insèrent dans la stratégie de développement économique et social de ces départements.

De même, par décision n°2002/546/CE du 20 juin 2002, relative au régime de l'impôt AIEM applicable aux îles Canaries, le Conseil a autorisé l'Espagne, par dérogation aux dispositions du Traité, et ce jusqu'au 31 décembre 2011, à consentir des exonérations totales ou des réductions de la taxe dite « Arbitrio sobre las Importaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias (AIEM) ». Ce dispositif a fait l'objet d'une demande de prolongation de la part des autorités espagnoles, validée par la Commission européenne, compte tenu notamment de la durée de prolongation sollicitée (deux ans) et des effets de la crise économique mondiale de 2009 qui a été à l'origine d'un accroissement significatif du chômage dans les îles Canaries.

Au profit des îles Canaries, ont également été adoptées des mesures dérogeant à la politique commerciale et consistant dans la non application des restrictions quantitatives à l'importation de certains produits textiles ou d'habillement destinés exclusivement au marché canarien.

S'agissant des îles des Açores, elles ont été autorisées, à titre exceptionnel, à expédier vers le reste de la Communauté des quantités de sucre supérieures aux flux traditionnels, et ce pour une période limitée à quatre ans et sous réserve de fixer des quantités maximales annuelles dégressives, pour permettre la viabilité de la production et de la transformation locale de sucre (Règlement n°247/2006 du Conseil du 30 janvier 2006 portant mesures spécifiques dans le domaine de l'agriculture en faveur des régions ultrapériphériques de l'Union).

Les différents rapports et communications de la Commission européenne dressent un bilan de l'application de l'article 349 du TFUE (ex article 299 du TCE) retraçant l'essentiel des mesures qui ont été adoptées. Le bilan réalisé en 2000 indique par exemple que plus de 700 actes législatifs ont été adoptés pour soutenir le développement des RUP (voir notamment, Rapport de la Commission sur les mesures destinées à mettre en oeuvre l'article 299§2 - les régions ultrapériphériques de l'Union européenne, COM/2000/0147 final ; rapport à la Commission européenne du 12 octobre 2011, *Les régions ultrapériphériques européens dans le marché unique : le rayonnement de l'UE dans le monde*, en ligne sur le site europa.eu).

\*

\* \*

### **3. Des propositions d'évolution des règles de la commande publique applicables dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution**

Les dispositions déjà existantes, législatives (circuits courts de l'agriculture, PME innovantes) ou réglementaires (article 53 du code des marchés publics), peuvent se conjuguer avec les possibilités offertes par l'article 73 de la Constitution d'adapter, dans les départements et régions d'outre-mer, le droit commun applicable.

Il est donc proposé de s'appuyer sur ces précédents et sur ce régime juridique pour adapter les règles applicables à la commande publique afin d'améliorer sa contribution au développement économique et au développement durable des outre-mer.

Les adaptations proposées sont limitées et adaptées à cet objectif.

**L'article 1** pose le principe d'une nécessaire conciliation, dans les règles de la commande publique applicables dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, entre l'objectif d'efficacité économique de l'achat public et sa contribution au développement économique et au développement durable de ces collectivités.

#### **Commentaire :**

*Il s'agit ainsi d'inscrire au niveau législatif le fait que les règles relatives à la commande publique, dans les collectivités de l'article 73, doivent tenir compte de la contribution de la commande publique au développement économique et au développement durable de ces territoires.*

*Le poids de la commande publique dans le produit intérieur brut de ces collectivités justifie pleinement cette adaptation aux principes qui régissent le droit commun de la commande publique.*

*Cette prise en compte d'un objectif nouveau par les règles de la commande publique se fait toutefois dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination.*

**L'article 2** offre la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices de se fonder, dans une proportion adaptée aux enjeux du marché, sur le critère de la performance en matière de développement économique propre du territoire.

Commentaire :

*Déclinaison du principe de conciliation inscrit à l'article 1, cet article se propose d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices un nouveau critère de sélection - les performances en matière de développement économique propre du territoire – selon une pondération adaptée aux enjeux économique et sociaux du marché pour la collectivité concernée.*

**L'article 3** institue, à titre expérimental et pour une durée de trois ans, un droit de préférence pour les entreprises implantées dans les zones franches globales d'activités dans les marchés de travaux, de services et de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices des collectivités de l'article 73.

Commentaire :

*Déclinaison du principe de conciliation inscrit à l'article 1, cet article instaure un droit de préférence, sur le modèle de celui qu'a institué la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour les PME innovantes.*

*Comme pour le dispositif applicable aux PME innovantes, seuls les marchés inférieurs aux seuils des procédures formalisées seraient concernés, pour limiter le dispositif et le rendre ainsi acceptable au regard des exigences constitutionnelles.*

*La part réservée serait fixée à 20%, entre les 15% retenue pour les PME innovantes et les 25% censurés par le Conseil constitutionnel dans la loi MURCEF.*

*Les entreprises bénéficiaires de ce droit de préférence pourraient être celles qui sont visées par l'article 44 quaterdecies du code général des impôts, c'est-à-dire les entreprises éligibles aux zones franches globales d'activité.*

**L'article 4** crée, dans chacune des collectivités de l'article 73 de la Constitution, un haut conseil de la commande publique, inspiré de la structure déjà mise en place à la Réunion. Le haut conseil permet de mettre en réseau les intervenants de l'achat public et de favoriser la connaissance et la diffusion des informations publiques relatives à la commande publique.

Commentaire :

*Il est proposé d'étendre et de formaliser la création d'un haut conseil de la commande publique, sur le modèle de l'instance mise en place avec succès à la Réunion.*

*Cette mesure part de l'idée que c'est par la pratique, la mise en réseau des intervenants, le recueil et la diffusion d'informations et surtout un bon usage de toutes les possibilités offertes par le code des marchés publics que la commande publique pourra pleinement contribuer au développement propre des collectivités.*

*Il est prévu que les pouvoirs adjudicateurs communiquent au haut conseil le programme pluriannuel de leurs marchés de travaux et de services et que la direction régionale des finances publiques lui communique les informations relatives aux délais de paiement des marchés publics.*