

La Gazette

des partenariats public-privé et du droit public des affaires

GB2A
AVOCATS ASSOCIÉS

LA LETTRE D'INFORMATION DU CABINET GB2A

FÉVRIER 2010

N° 10

ÉDITORIAL

Par M^e Grégory BERKOVICZ, Avocat associé

SOMMAIRE

- 1 Édito
- 3 Les partenariats publics-privés de proximité : étendue et limite de la notion
- 4 Les PPP de proximité se prêtent-ils à une « standardisation »

Les nouveaux délais de recours en matière de contrats publics
- 5 Le contrat de performance énergétique : la Région Alsace
- 6 Actualités du cabinet GB2A

La Gazette des partenariats public-privé

est une publication de la SELARL GB2A, société

au capital de 40 000 € - RCS Caen 494 009 731

Siret 494 009 731 000 14 APE 6910Z

TVA FR 58494009731; dont le siège social est situé

7, avenue de l'Hippodrome 14000 CAEN - France

Courriel : secretariat@gb2a.fr - www.gb2a.fr

Rédacteur en chef : Grégory BERKOVICZ

Mise en page : L'ivre d'images et Émilie COËNON

Diffusion : GB2A

© Photos DigitalVision™, DigitalStock™ et PhotoDisc®

Les articles publiés ici n'engagent que leurs auteurs.

PPP DE PROXIMITÉ ET STANDARDISATION CONTRACTUELLE

C'est en écoutant les objections de nos interlocuteurs quant au recours au partenariat public-privé – au sens large du terme – que nous avons réalisé à quel point l'essor de modèles contractuels partenariaux et globaux passerait par la capacité des conseils à proposer une standardisation des procédures, des modèles économiques et des matrices contractuelles.

Cet objectif de standardisation relève simplement de l'évidence lorsqu'il s'agit de conclure des contrats dont les investissements ne dépassent pas les quelques millions d'euros et qui, pourtant, pourraient profiter avantageusement d'une relation globale et équilibrée entre un prescripteur public et un opérateur économique.

C'est pourquoi nos équipes – juristes, économistes, financiers... – ont mené de concert un travail visant à générer des outils visant à standardiser – en fonction des objets des contrats et des objectifs poursuivis par les acteurs concernés – l'établissement du modèle économique et de la relation contractuelle.

LA STANDARDISATION, L'INDUSTRIALISATION ET LES CONTRATS-TYPES

Il convient toutefois de prendre garde à ne pas ignorer les limites d'un tel exercice.

En premier lieu, toute démarche de standardisation suppose une série de choix et un objectif clairement défini. Le « standard » proposé par telle entreprise ou telle profession ne sera pas le même que celui proposé par tel autre. Plus encore, les modèles différeront substantiellement en fonction des sujets traités (bâtimentaire tertiaire, infrastructures, performance énergétique...). Enfin, les acheteurs publics devront être attentifs à l'équilibre économique des standards qui leur seront proposés.

En second lieu, la « standardisation » est une démarche qui vise à simplifier l'acte d'évaluation, de modélisation et de contractualisation. En revanche, l'industrialisation vise à massifier et automatiser le recours à un modèle technico-économique prédéfini. Or, chaque projet comporte ses spécificités et ses enjeux propres qu'il convient de ne pas négliger. La contractualisation « à la chaîne » menée par des acteurs souvent peu expérimentés et insuffisamment accompagnés ne peut conduire qu'à la passation d'accords qui ne résisteront pas au temps.

Enfin, en troisième et dernier lieu, l'édiction de « contrats-types » en matière de partenariats public-privé – comme dans quasiment tous les domaines du droit – relève de l'imagination de profanes et fait injure au bon sens et à l'expérience. Le temps où un Etat tout puissant et omni-compétent imposait aux acteurs économiques des cahiers des charges est révolu. Il n'est pas certain du reste que la puissance publique y fut gagnante en termes d'efficacité économique. L'avenir est à la passation de conventions finement négociée et les personnes publiques doivent perfectionner leur savoir-faire dans ce domaine et apprendre à constituer des équipes solides pour faire face à ce nouvel enjeu des relations avec le secteur privé.

C'est cette évolution qu'il convient de nommer, la nouvelle économie partenariale.

PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ DE PROXIMITÉ : NOUVEAUX OU ANCIENS OUTILS ?



Mais l'apparition de nouveaux outils ne fait pas disparaître l'utilité des anciens, tout comme la naissance de nouveaux paradigmes ne disqualifie pas nécessairement les précédents.

C'est ainsi qu'il nous semble que la diffusion du contrat de partenariat (CP) ne fera pas disparaître le recours au bail emphytéotique administratif (BEA), pas plus qu'il ne préjudiciera par son développement aux champs économiques traditionnels de la délégation de service public (DSP) et de la concession.

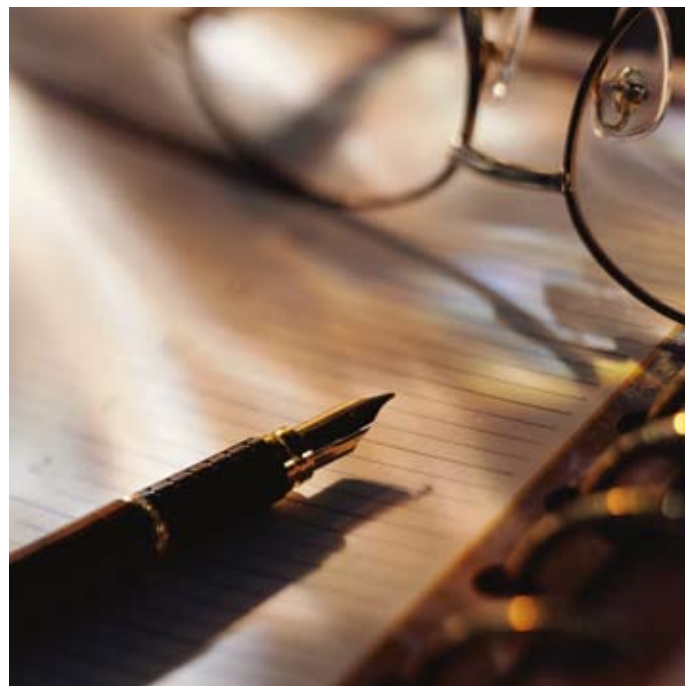
En revanche, il semble que l'avènement du contrat de partenariat permettra la clarification de ce champ économique du modèle concessif : ainsi disparaîtront les « fausses concessions » où il apparaît que le risque commercial ou volume n'impacte en réalité que modestement sur l'exécution du contrat et ne détermine, le plus souvent, que le niveau des bénéfices perçus par l'exploitant.

La jurisprudence nationale et européenne trace une frontière de plus en plus claire entre les deux modèles. En outre, il apparaît que cette « ligne-frontière » est conforme à celle tracée par les normes comptables en vigueur, ce qui est intellectuellement et pratiquement satisfaisant.

Il reste à tracer concrètement une ligne de partage entre CP et BEA. Le seuil de dix millions d'euros – valeur contrat ! – est le résultat d'après négociations au sein du Ministère des Finances et ne saurait résister ni à l'analyse empirique, ni au raisonnement juridique (comment concevoir que l'on calcule en valeur contrat un seuil pour permettre l'accès à un fond dont l'assiette est la valeur d'investissement ?).

En revanche, l'objet du contrat – bâtiment ou infrastructure – et son périmètre – étendue des garanties, de la maintenance, de l'exploitation des services ou des recettes annexes – semblent constituer des indicateurs fiables pour choisir le modèle contractuel le plus adapté. L'évaluation préalable et le comparateur d'efficacité économique sera ensuite l'étalon du bon choix.

STANDARDISATION ET HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS PUBLIC-PRIVÉ



S'il appert donc que le CP ne disqualifie pas les autres outils de la « boîte à contrats », il devient en revanche urgent que le législateur – dans un souci de cohérence interne autant que de respect des normes européennes – harmonise l'ensemble des procédures de recours aux différentes formes de relations conventionnelles qui font la richesse et la diversité de cette nouvelle économie partenariale.

Le choix entre CP ou BEA, CP ou concession, entre les contrats portant occupation – et exploitation – du domaine public, ou entre modèles de partenariats public-privé institutionnels (SEM, GIP...), ne doit plus être dicté par l'opportunité des rencontres entre acteurs publics et opérateurs économiques, par l'expérience des conseils retenus, ou encore plus simplement par la tendance naturelle à aller vers le chemin le moins contraignant.

Il est donc indispensable – et trop d'occasions ont déjà été manquées, du CG3P aux réformes récentes de l'ordonnance de 2004 – d'unifier dans un régime procédural exigeant mais efficace l'ensemble de la commande publique de nature « partenariale ». Le droit public des affaires y gagnerait en lisibilité et en simplicité. Cela faciliterait aussi l'accès à ces partenariats à des acteurs nouveaux, PME-PMI notamment. Cela, enfin, permettrait une plus grande transparence et une utilisation plus rationnelle des deniers publics. Sans prétendre en tracer les contours, un tel régime devra comporter une étape d'évaluation préalable, être adapté aux différents modes de relations contractuelles – et aux impératifs du droit européen naturellement – et permettre une appropriation harmonieuse par les différents acteurs publics.

Les partenariats publics-privés de proximité : étendue et limite de la notion

Par **Béatrice MAJZA**, Avocat associé

La notion de partenariat public-privé de proximité est sujette à de nombreuses interprétations et à ce titre, n'est pas dénuée d'une certaine ambivalence tenant à la difficulté de lui trouver une définition unique.

Si par proximité, il faut d'abord comprendre la réalisation d'infrastructures (école, gymnase, maison des services, EPHAD...) concourant à la réalisation d'un service public local participant à la satisfaction de besoins territoriaux circonscrits, la notion a donc en premier lieu une connotation strictement géographique, limitée à la commune.

En effet, depuis la loi du 5 avril 1884 selon laquelle : « le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune », la mission de satisfaire les besoins de proximité de la population ne s'est jamais démenti s'agissant des communes. Le champ d'intervention de ces dernières s'est diversifié (l'action sociale : gestion des garderies, crèches, foyers de personnes âgées ; l'enseignement : construction, l'entretien et l'équipement des établissements ; l'entretien de la voirie communale ; l'aménagement : logement social, zones d'activités, assainissement ; la protection des sites...), et constitue autant de domaines d'intervention de cet échelon territorial, par le recours au contrat de partenariat.

De la notion de proximité, peut découler également une appréhension du montant des investissements en jeu. Certes, la taille et le budget des communes sont extrêmement diversifiés ; mais la notion se veut comme recouvrant des PPP d'un montant moyen : entre 5 et 15 millions d'euros d'investissement. Dès lors, il est également possible de mieux comprendre le type d'infrastructure réalisé : de la rénovation et de la réhabilitation bâtementaire ou de la réalisation de petites structures notamment (gendarmerie comportant un nombre limité de logements ; stade nautique ; gymnase...).

Enfin, la proximité signifie aussi facilité de réalisation et de mise en œuvre d'un tel PPP. Sans systématiser par la notion de « standardisation » (cf. article Anne Bréville), il devient plus facile et moins coûteux en termes de rémunération en assistance à personne publique ou de temps de réalisation, de recourir à un PPP de proximité.

Que ce soit par le biais d'une offre spontanée proposée par une entreprise privée (Code général des collectivités territoriale, art. L.1414-11), ou une procédure classique de mise en œuvre, le contrat de partenariat devient un outil de gestion de l'espace territorial accessible du fait de la possibilité de répliquer certains de ses éléments (matrice des risques, rapport d'évaluation type ou encore l'offre spontanée elle-même...), sous réserve d'une individualisation dans l'appréhension de certains de ses éléments (technique, financier...).

Le PPP de proximité, notion novatrice et allégée de la lourdeur de mise en œuvre qui a pu initialement présider au montage des premiers PPP s'inscrit pleinement en définitive dans l'objectif gouvernemental de relance de l'économie par la réalisation/réhabilitation de nouvelles infrastructures. Rapidité, accessibilité et satisfaction des besoins d'intérêt général sont les éléments essentiels de cette notion qu'il faut retenir, au-delà de son ambivalence.



Les PPP de proximité se prêtent-ils à une « standardisation » ?

Par Anne BREVILLE, Avocat associé

Une question récurrente chez une part importante de personnes intéressées aux partenariats public-privé consiste à savoir à partir de quel montant il est réellement « intéressant » d'y recourir plutôt que de favoriser une autre technique contractuelle.

Lors de l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat, l'ensemble des experts s'accordait à dire que, compte tenu notamment des coûts d'ingénierie et de procédure générés par le contrat de partenariat (rapport d'évaluation préalable, dossier de consultation des entreprises pour un contrat global, dialogue compétitif...), la formule du contrat de partenariat devenait raisonnable pour des contrats de plus de 20 millions d'euros (d'investissement ou de valeur contrat ?)

Pourquoi la réponse serait-elle différente aujourd'hui ?

1. D'abord, de nombreux contrats de moins de 20 millions d'euros, valeur contrat, ont été passés, voire signés, en contrat de partenariat.
2. Ensuite, la frontière de 10 millions d'euros, valeur contrat, pour prétendre au bénéfice du FCTVA sur le bail emphytéotique administratif et la complexification de la procédure par renvoi à l'arsenal de l'article L.1414-2 du CGCT (rapport d'évaluation préalable) a limité le recours au BEA pour des opérations de type batimentaire avoisinant les 10 millions d'euros, même avec peu de maintenance.
3. Mais surtout, et enfin, le mécanisme de l'offre d'initiative privée, ou offre spontanée, permet de proposer une forme de standardisation des procédures et des pièces contractuelles, économiques et financières et donc de limiter les opérations de procédure des PPP en modélisant les procédures et en répliquant les pièces à proposer à de nombreuses collectivités publiques pour des projets globaux dont la structuration est assez proche.

Ainsi, dès lors que sont modélisés les outils relatifs à l'offre spontanée, à la matrice des risques, à certaines parties du contrat..., une entreprise ou un groupement privé peut parfaitement répliquer des formules d'offre spontanée à proposer à des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale en fonction de leurs besoins identifiés, voire globalisés (cf. article Béatrice Majza) en fonction, naturellement, d'un montant acceptable de loyer à porter par la collectivité.

D'où l'idée complémentaire de répliquer également les suggestions de recettes annexes, par exemple par de la valorisation foncière.

En conclusion, il en résulte que le contrat de partenariat ne devient pas un outil standardisé dont l'usage peut se dispenser de tout conseil juridique, technique ou financier, mais ce dispositif de standardisation permet de proposer à des entreprises des outils pour faciliter la réplique de leur offre d'initiative privée et de la construction du projet.

Les nouveaux délais de recours en matière de contrats publics

Par Evi STOÏDOU, Avocat, cabinet GB2A - Caen

Le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique vient de compléter le dispositif de l'ordonnance du 7 mai 2009 transposant la directive « Recours ».

Il apporte des précisions bienvenues en matière de délais des recours précontractuels et contractuels.

Sur ce point, il faut souligner que le décret est applicable « aux contrats en vue desquels une consultation a été engagée depuis le 1^{er} décembre 2009 ».

Il est intéressant de noter que ce décret ne concerne pas uniquement les marchés publics. Il concerne également les contrats de partenariat, les délégations de services publics, les concessions d'aménagement ainsi que tous les contrats conclus à la suite d'une procédure formalisée.

Dans le cadre du référé précontractuel, le juge administratif ne peut pas statuer avant le 16^e jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre.

Ce délai est ramené à 11 jours lorsque la personne publique justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés.

L'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur, en même temps que le dépôt du recours auprès du tribunal administratif et selon les mêmes modalités.

Cette obligation sera réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur.

Dans le cadre du référé contractuel, le juge devra être saisi au plus tard le 31^e jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat, ou pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat.

Un autre point très intéressant de ce décret est la modification du régime de communication aux candidats non retenus de motifs de rejet de leurs candidatures et offres.

Désormais, conformément à l'article 80 du Code des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs, pour les marchés et accords-cadres conclus selon une procédure formalisée, doivent, dès qu'ils ont effectué leur choix, notifier le rejet des candidatures et des offres en indiquant les motifs de rejet. Cette notification doit, en outre, préciser le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit à ce choix.

Notons enfin la modification de l'article 83 du Code des marchés publics selon lequel le pouvoir adjudicateur communique désormais à tout candidat écarté, pour les contrats conclus selon une procédure adaptée, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les 15 jours de la réception d'une demande écrite à cette fin.

Le Contrat de performance énergétique : La Région Alsace

Par **Modeste MARQUES**, Avocat GB2A - Paris



La Région Alsace et GDF Suez ont signé le 22 décembre dernier un contrat de performance énergétique (ci-après « CPE ») qui prévoit de réduire la consommation d'énergie et les émissions de gaz à effet de serre dans quatorze lycées.

Conclu pour 20 ans, il permettra de réduire de 35 % la consommation d'énergies de l'ensemble des bâtiments et de 65 % leurs émissions de gaz à effet de serre, en évitant l'émission de 90 000 tonnes de dioxyde de carbone sur toute la durée du contrat.

Le Groupement porté par Cofely¹ investira 30 millions d'euros de travaux dans ces établissements entre 2010 et 2011, travaux qui concernent notamment :

- la construction de six chaufferies biomasse ;
- l'optimisation des installations de chauffage et de ventilation ;
- l'installation de 5 000 m² de panneaux photovoltaïques ;
- la généralisation et l'amélioration des régulations de chauffage ;
- l'isolation des bâtiments et le remplacement des menuiseries.

Des actions de sensibilisation seront organisées à destination de la communauté éducative tout au long du contrat avec des visites de chantier, la mise en place d'un site internet dédié et le recrutement de lycéens-stagiaires par le groupe GDF Suez.

En contrepartie, la Région versera à son cocontractant un loyer annuel de 3,5 millions d'euros.

Au niveau national, il s'agit du premier CPE passé par une collectivité territoriale sous la forme d'un contrat de partenariat sur des équipements publics.

Rappelons qu'aux termes de l'article 3 j) de la directive 2006/32/CE du Parlement Européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil, le CPE est défini comme « [un] accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur [...] d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ».

Plus précisément, le CPE est un contrat « [...] prévoyant un partage de l'efficacité énergétique avec un opérateur privé en charge de l'ensemble des travaux nécessaires pour réaliser les économies d'énergie dans les bâtiments publics concernés. L'entreprise contractante est rémunérée à partir des économies d'énergie ainsi réalisées par la collectivité cocontractante. Ce contrat permet ainsi à une personne publique de préfinancer un programme d'investissements sur la durée du contrat stipulée (habituellement comprise entre sept et quinze ans) sans avoir à déboursier, une fois la construction et l'installation réalisées, le montant total des investissements correspondants. Au terme du contrat, celle-ci devient par ailleurs la seule bénéficiaire des économies réalisées et retrouve la propriété d'un équipement efficace du point de vue environnemental [...] ».

Si les débuts du CPE ont été timides, les collectivités publiques sont de plus en plus nombreuses à recourir à cet outil dans un contexte énergétique marqué notamment par une augmentation constante du coût des énergies.

On mentionnera notamment les projets de l'Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines, de la Région Centre, du Département de la Manche, dont les procédures de publicité et de mise en concurrence sont en cours, ou encore le projet de la Ville de Paris qui concerne la mise en œuvre d'un CPE dans les 600 écoles parisiennes afin de garantir une réduction de 30 % de leur consommation énergétique.

¹ Le Groupement a créé une société ad hoc, Ecolya, dont l'actionariat est réparti entre Cofely, 15 %, Caisse des Dépôts, 42,5 % et FIDEPPP, 42,5 %. La Caisse d'Épargne d'Alsace accompagnera Ecolya en mettant en place les financements nécessaires.

² Journal officiel de l'Union européenne du 27 avril 2006.

³ Q. n° 08304 publiée au JO Sénat du 9 avril 2009, page 857 : Rép. publiée au JO Sénat du 7 janvier 2010, page 24.



Nos prochaines formations

- **LES PARTENARIATS PUBLICS PRIVÉS**
par M^e BREVILLE, Formation réalisée pour la Société Soletanche Bachy, 27 janvier 2010, Paris.
- **PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE DES BÂTIMENTS**
par M^e BREVILLE, Formation DII, 10 février 2010, Paris.
- **BAILLEUR SOCIAL : COMMENT ACQUÉRIR UN IMMEUBLE BÂTI OU À BÂTIR ?**
par M^e AGOSTINI, GB2A-Seine, Formation *Le Moniteur*, 20 mai 2010, Paris.

Colloques

LES RENCONTRES TERRITORIALES DE L'ÉNERGIE

Colloque organisé par GB2A, GB3E et Juristatis, en partenariat avec le Ministère de l'Environnement, de l'Energie, du Développement Durable et de la Mer.
Le vendredi 30 avril au CID de Deauville.

LE CABINET GB2A EST PARTENAIRE DE DII LORS DE SON 9^e FORUM ANNUEL « PPP 2010 »

Les 6, 7 et 8 octobre 2010 à Paris.

Nos derniers ouvrages

- **LE BAIL EMPHYTÉOTIQUE ADMINISTRATIF**
Par M^e G. BERKOVICZ et A. LANG, Éditions EFE, 2010.
- **LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, DÉMARCHE PARTENARIALE, DÉVELOPPEMENT DURABLE ET PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE**
Par M^e B. MAJZA et M^e G. BERKOVICZ. A paraître.
- **LES CONTRATS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ**
Par M^e A. Bréville et M^e M. Marques. Éditions du Secteur Public, mise à jour février 2010.

Nous

Tél. 02 31 29 19 80 ou
secretariat@gb2a.fr – www.gb2a.fr

retrouvez-nous sur le site
www.gb2a.fr