

La Gazette

des partenariats public-privé et du droit public des affaires

SPECIAL RENCONTRES TERRITORIALES DE L'ÉNERGIE

LA LETTRE D'INFORMATION DU CABINET GB2A

JUIN 2010

GB2A
AVOCATS ASSOCIÉS

N° 11

ÉDITORIAL

Par Vincent FERRY, Directeur GB3E, organisateur des RTE

www.rencontresterritoriales.fr

« RENCONTRES TERRITORIALES DE L'ÉNERGIE »

Le 30 avril dernier, se sont déroulées les Rencontres Territoriales de l'Énergie au Centre International de Deauville. Cette journée était articulée autour de la performance énergétique et des économies d'énergie ; les débats étant essentiellement orientés vers les Collectivités Territoriales.

En effet, l'objectif était d'informer lesdites Collectivités du contexte, des enjeux et des moyens dont elles disposent, mais surtout de faire en sorte que nous puissions, en compagnie de nos partenaires, leur apporter toutes les lumières nécessaires sur le contexte, les enjeux et la réglementation, ainsi que les solutions techniques, juridiques et financières. Cet objectif a été atteint au regard des retours très favorables que nous avons eus sur cette manifestation.

Atteindre cet objectif, nous ne pouvions cependant pas y parvenir seuls. Pour cela, nous avons convenu d'un partenariat avec certains grands acteurs de l'énergie, de la construction, de la rénovation et de l'aménagement : EDF Collectivités, COFELY, PRIMA-GAZ, CAISSE D'ÉPARGNE, FORCLUM, SOLEFIM, GIMELEC, ETUDE LACOURTE NOTAIRES.

D'autres partenaires institutionnels ont également décidé d'apporter leur savoir et leur soutien aux élus :

- La MAPPP – Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat ;
- La Chaire Economique des Partenariats Publics Privés - IAE Paris 1 Sorbonne ;
- L'Union Sociale pour l'Habitat ;
- l'ADEME ;
- et bien sûr le Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement Durable et de la Mer puisque cet évènement se déroulera sous le parrainage de M. Jean-Louis Borloo.

Ces rencontres étaient donc établies sur plusieurs thèmes qui étaient organisés selon 3 tables rondes auxquelles les institutionnels et lesdites entreprises ont activement participé dans le cadre de cette journée, dont la démarche n'était pas commerciale, mais informative.

Nous avons plus de 400 personnes du Grand-Ouest et d'Île-de-France inscrits à cette journée et l'ensemble de nos partenaires, institutionnels et professionnels, nous sollicitent déjà pour que ces Rencontres Territoriales soient dupliquées ailleurs en France.

Il est évident que nous devons y réfléchir attentivement car les thèmes choisis pour ce 30 avril dernier, tels que le contrat de performance énergétique, les mix-énergétiques, les modèles économiques et l'aménagement énergétique du territoire, sont autant de sujets précis à forts enjeux sur lesquels les élus et les professionnels de la filière se doivent d'échanger.



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-HAGA
Diffusion : GB2A
© Stéphane Dévé
Les articles publiés ici n'engagent que leurs auteurs.



RENCONTRES TERRITORIALES DE L'ÉNERGIE BOUILLONNANT D'IDÉES !



Une grande première pour un plein d'énergies et de bons conseils : à l'initiative du Bureau d'Études spécialisé en Énergies, le Cabinet GB3E présidé par Vincent Ferry en collaboration avec le Cabinet d'Avocats GB2A spécialiste des contrats de partenariat, de Droit Public des Affaires et de Droit immobilier qu'anime Grégory Berkovicz, le CID – Palais des Congrès de Deauville – accueillait le vendredi 30 avril dernier les 1^{ères} Rencontres territoriales de l'énergie.

Objectif : réunir toute une journée élus et acteurs des collectivités autour d'une même préoccupation : l'aménagement du territoire et la performance énergétique ; ou comment aujourd'hui, à l'échelle d'un territoire, petit ou grand, prendre en compte de manière concrète les nouvelles réglementations en la matière, le cadre notamment du nouveau Grenelle de l'environnement et les répercussions économiques et juridiques qui en découlent.

Une grande première donc que ces nouvelles rencontres et un vrai creuset d'idées neuves, de bons conseils, d'expériences et de témoignages. Il fut question pendant toute cette journée de nombreuses problématiques auxquelles sont confrontés, au quotidien, les élus et les acteurs des collectivités. La journée s'articulait autour de trois grandes tables rondes : *Le contrat de performance énergétique et les dispositifs qui y sont liés ; Quel mix énergétique pour quel modèle économique ? L'aménagement énergétique du territoire.*

Trois tables rondes pour faire le point, s'interroger, échanger... et parler vrai avec, de part et d'autre de la « table » des avis parfois divergents, mais toujours instructifs.

Le cabinet GB3E avait bien fait les choses, entouré de ses nombreux partenaires : ces Premières Rencontres territoriales, véritable événement autour des questions d'énergie et des performances énergétiques, rassemblaient de très nombreux spécialistes de ces questions, avec pour seul leitmotiv : faire en sorte qu'aujourd'hui la cohérence des décisions politiques,

administratives ou économiques s'appuie sur cette volonté d'agir en faveur de la protection et de la préservation de notre environnement.

Les Rencontres placées sous le haut parrainage de Jean-Louis BORLOO, Ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement Durable et de la Mer ne resteront pas sans lendemain. Déjà, les deuxièmes Rencontres sont programmées pour avril 2011. « Ces rencontres sont organisées, rappelle Vincent Ferry, pour apporter des informations précises aux élus du Grand-Ouest sur des thèmes qui nous préoccupent tous, avec l'apport de partenaires et de spécialistes qui nous apportent l'information dont nous avons besoin au travers leur expérience et leur savoir faire ».

S'agissant de cette première rencontre à Deauville, de l'avis de tous les participants, ce fut un vrai succès, utile et pragmatique, précurseur aussi des débats qui ne cesseront d'alimenter demain le paysage territorial.

Les questions d'économie d'énergie dans le quotidien de nos communes, communautés de communes, départements, régions, sont trop importantes pour ne pas s'y intéresser de près. Les enjeux sont primordiaux parce qu'ils nous renvoient, ni plus ni moins, au devenir de notre planète.

Parler d'économie d'énergie dans les bâtiments publics, dans les logements sociaux, chercher à adopter de nouveaux modes de consommation, faire preuve d'innovation et d'inventivité, créer de nouveaux rapports entre public et privé pour aider à atteindre les objectifs fixés par le Grenelle, amorcer la « pompe » aux énergies renouvelables... créer, demain, un nouveau « territoire » tenant compte des nouvelles données énergétiques, voilà ce à quoi chacun de nous est confronté : l'affaire n'est pas seulement celle des spécialistes, elle concerne chacune et chacun d'entre nous.

Voilà pourquoi, ces Rencontres territoriales, les premières du genre, ont fait œuvre utile, une journée « bouillonnante » d'idées !



Témoignage

Luc Duncombe, Vice-Président du Conseil général du Calvados

Représentant Anne d'Ornano, la Présidente du Conseil général du Calvados, Luc Duncombe, Vice-Président est très sensible aux questions environnementales a fait part de son témoignage d' élu au cours des rencontres : « *Nous le savons bien en tant qu'élus : les politiques environnementales sont mises en œuvre par les collectivités de manière affirmée, mais les mises en œuvre techniques sont souvent plus complexes. On a parfois dans ces domaines l'impression d'avancer en défrichant, en se heurtant bien souvent à des problèmes juridiques et le fait d'avoir à ses côtés des experts permet bien souvent d'être plus pertinents et plus réactifs, ce qui me semble être une nécessité aujourd'hui. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de ce genre de Rencontres territoriales : dans un contexte économique, politique, juridique mouvant, nous devons prendre des décisions rapides avec un minimum de sécurité juridique. Il faut savoir avancer, mais sans se tromper* ». Toute la difficulté de la tâche d' élu... quand tout autour de soi les choses bougent et évoluent sans cesse ! C'est vrai dans le domaine des économies d'énergie et des nouveaux modes et modèles de consommation comme dans beaucoup d'autres.

Pétrole : les questions qui fâchent

Constat alarmant, mais réaliste d'un des représentants de l'ADEME qui s'appuie sur une récente étude du gouvernement fédéral américain : le pic pétrolier est à nos portes, autrement

dit la production pétrolière atteindra son maximum en 2011, c'est-à-dire demain. On estime ainsi qu'à partir de 2013, le pétrole sera systématiquement au-dessus de 100 dollars le baril. Et de mettre le doigt là où ça fait mal : « *Certains peuvent se poser des questions sur les changements climatiques, mais une chose est sûre : du point de vue de l'approvisionnement énergétique en pétrole, nous arrivons aujourd'hui au maximum de ce que la planète peut produire. Les économistes et les énergéticiens vont bien devoir en tenir compte* ». C'est tout l'enjeu du débat ... et surtout pas de la science-fiction !

La règle des trois 20

Les enjeux du nouveau Grenelle de l'Environnement, s'agissant des questions d'énergie, s'appuient sur ce qu'il est coutume aujourd'hui d'appeler « la règle des trois 20 », autant d'objectifs à atteindre qui se résument ainsi : 20 % d'économie d'énergie, 20 % d'efficacité énergétique et 20 % d'énergies renouvelables. « Cela nous oblige à être réactifs et imaginatifs », dit ainsi Jean-François MORLAY, Directeur du développement territorial à EDF.

La précarité énergétique

C'est un constat que dressent les responsables de l'ADEME : pour 20 % des ménages français, la dépense énergétique représente 10 % de leur budget familial. Au-delà de ces 10 %, les foyers sont contraints à des choix douloureux : se chauffer moins, moins se déplacer en voiture, acheter moins de vêtements... « *On en arrive, aujourd'hui, témoigne un représentant de l'ADEME à des situations dramatiques où les impayés de l'énergie augmentent de 15 % chaque année actuellement en France* ». Et de poser la question qui est aussi celle d'un choix de vie et d'aménagement du territoire : « *Comment vont faire tous ces gens qui habitent en espace diffus, c'est-à-dire à l'écart des villes ou des centres bourgs, lorsque dans cinq ans le prix du baril de pétrole sera à 100 dollars et qu'ils n'auront plus les moyens de se déplacer en voiture ? Que vont-ils devenir tous ces gens ?* ». La question de l'énergie passe aussi par là... ce qu'on appelle aujourd'hui « la précarité énergétique ».



Quel mix énergétique pour quel développement économique ? Mythe ou mix énergétique ?

Table ronde avec Nicolas Bentz (Caisse d'Épargne), Daniel Aubert (Union Sociale pour l'Habitat), Vincent Ferry (GB3E), Armand Lang (Juristatis), Bertrand Lacourte (notaire), Christian Delabie (ADEME)

Le problème est posé d'entrée, sous la forme d'un constat énoncé par Christian Delabie (ADEME) : « La problématique lorsqu'on parle de mix énergétique, c'est l'adéquation entre l'usage et la forme d'énergie, autrement dit, comment essayer de trouver en face de l'usage de l'énergie celle qui est la plus pertinente. D'une certaine manière, dit encore Christian Delabie, c'est faire jouer toutes les possibilités que nous offrent les différentes formes d'énergie pour pouvoir répondre à nos besoins ».

Nos sociétés sont ainsi faites : « Elles ne peuvent fonctionner sans énergie ». Christian Delabie poursuit : « On ne peut pas concevoir nos modes de fonctionnement sans énergie, ça ne marche pas ! Que ce soit sur le plan industriel, individuel, des collectivités ou des services, nous sommes tributaires de l'énergie, c'est ce qu'on pourrait appeler une forme d'addiction ».

« Se poser les bonnes questions »



Voilà le débat lancé et il pose bien le problème auquel se trouvent confrontés bon nombre de collectivités : quel mix énergétique pour quel développement économique, voire pour quel aménagement du territoire ? Vincent Ferry (GB3E) remet



les enjeux en perspective : « Il y a un constat à clarifier d'entrée : aujourd'hui, on peut avoir les meilleures volontés en terme d'économies d'énergie, faut-il encore savoir d'où l'on part et où l'on veut arriver ».

En d'autres termes, le président du bureau d'études spécialisé en économies d'énergies pose clairement la question des moyens : « Il faut en effet se la poser et s'interroger sur les moyens à mettre en œuvre et les objectifs à atteindre avec ce corollaire : combien ça coûte ? ».

Vincent Ferry identifie trois « leviers » à soulever pour arriver au niveau de performances voulu : le bâtiment proprement dit, les systèmes de régulation et l'énergie elle-même. Et d'ajouter en prolongement : « Ne nous trompons pas de débat. Les énergies renouvelables connaissent un véritable essor, mais elles ne pourront jamais se substituer entièrement aux énergies déjà en place. L'économie globale de ce marché ne le permet pas. Et lorsqu'on parle de mix énergétique, on doit forcément se poser cette question : quelle place accorde-t-on à tel type d'énergie et à tel autre ? C'est le diagnostic de départ qui permet, avant tout, de se poser les bonnes et vraies questions et en même temps de déterminer le budget qui en découle tant pour la mission d'évaluation que pour l'exploitation ».

« Abracadabrantisque ! »

On entre dans le vif du sujet avec l'approche énergétique autour du logement social. « Une vieille histoire d'amour qui remonte à plus de trente ans », comme le confirme en souriant Daniel Aubert de l'Union Sociale pour l'Habitat. Et de rappeler que les organismes HLM se sont auto dotés dès 1968 d'une première réglementation en la matière. Les enjeux en terme d'économie d'énergie ne sont pas simples lorsqu'il faut gérer

un parc de près de 4 millions et demi de logements. « Sur l'existant, dit Daniel Aubert, nous avons pour objectif d'améliorer d'ici 2020 les 800 000 logements les moins performants de notre parc pour les amener à terme en catégorie C. Sur les logements neufs, la règle est de mettre en place un habitat utilisant 50 % d'énergie primaire, ce qui correspondra à la future réglementation thermique de 2012 ».

Les travaux d'amélioration de l'existant ont déjà commencé avec 40 000 logements « traités » l'an dernier en France et 60 000 cette année. Montant de l'enveloppe consacrée à ces « économies d'énergie » : 30 000 euros par logement.

S'agissant des énergies renouvelables, le représentant de l'habitat social se montre réaliste et prudent, pour ne pas dire sceptique : « Nous avons été pionniers en la matière, notamment avec la géothermie, l'énergie solaire et le chauffage au bois. Ceci étant, même s'il faut encore aller plus loin en ces domaines, on ne peut pas le faire à n'importe quel prix et n'importe comment. Et malheureusement aujourd'hui, ce n'est pas rentable au prix actuel de l'énergie ». Exemple cité par Daniel Aubert : « Les réseaux de chaleur, une bonne idée au départ, mais qui s'avère non rentable. Parfois, on marche sur la tête et les réglementations peuvent conduire à des situations abracadabrantesques comme on dit ».

Propos qui font évidemment réagir le représentant de l'Ademe, Christian Delabie : « L'habitat représente en effet une vraie problématique. Le logement est le deuxième pôle de consommation d'énergie fossile en France, derrière le transport, avec 42 % de consommation d'énergie fossile et 35 % de production de gaz à effet de serre. Qu'on aille vers des économies d'énergie dans les logements, cela ne peut être que bénéfique pour la planète. Et plus l'on s'orientera vers cela, plus les énergies renouvelables seront adaptées. Par contre, ne confondons pas énergies renouvelables de substitution comme peuvent l'être le bois ou le solaire et énergies renouvelables permettant des gains financiers qui permettent de dégager des revenus, comme peuvent l'être le photovoltaïque et l'éolien ».

Une dimension que précise Armand Lang de Juristatis : « Il y a en effet aujourd'hui la possibilité de mettre en place ce qu'on appelle des recettes annexes en s'appuyant sur la nécessité des performances énergétiques : les nouvelles formes d'énergie sur les bâtiments, la biomasse, l'éolien, le photovoltaïque par exemple peuvent être vendues à de tierces personnes avec une TVA à taux réduit. »

La stratégie énergétique

En un mot comme en cent, l'heure à la mise en œuvre de vraies « politiques stratégiques sur la gestion de l'énergie ». C'est ce que souligne de son côté Nicolas Bentz, responsable du Pôle de Service et d'Accompagnement au Groupe de la Caisse d'Épargne : « L'énergétique est complexe, vaste et il faut avoir des compétences dédiées pour œuvrer dans ces domaines et bien souvent les petites collectivités n'ont pas forcément tous ces moyens ». D'où l'importance de l'expertise, de l'évaluation, de l'accompagnement juridique et technique. « Il faut aussi savoir distinguer dans les coûts, le budget performance et le budget énergie proprement dite », rappelle fort justement Vincent Ferry.

Une chose est sûre : le mix énergétique – tous les participants à cette table ronde en sont d'accord – ouvre en tout cas la porte à un énorme chantier en devenir !

L'aménagement énergétique du territoire

Une « énergie » de chaque instant !

Table ronde avec Sébastien Bellet (Ademe), Jean-François Morlay (EDF), Grégory Berkovicz (GB2A), Vincent Ferry (GB3E), Yves Brézot (Primagaz), Jean-Louis Leclerc (SDEC Énergie Calvados)



Coup d'envoi de la table ronde par ce constat en forme de problématique pour l'aménagement du territoire lorsqu'on évoque les performances énergétiques et la consommation : « C'est un champ énorme de réflexion et de travail, dit Vincent Ferry (GB3E) avec une variété très importante d'interlocuteurs. Et de poursuivre : « Quand une collectivité, un établissement public a des projets d'aménagement avec notamment des projets de distribution d'énergie, il faut bien voir que certains de ces projets ne peuvent être viables techniquement, économiquement qu'à partir d'une certaine dimension. Beaucoup de choses sont possibles ou imaginables et souhaitables, mais le tout est de déterminer la bonne échelle où l'on pourra en effet traiter les choses ».

Quelle échelle de décision ?

C'est en effet tout le problème : penser l'énergie et la performance énergétique pour un territoire pose à l'évidence et d'entrée le positionnement et en parallèle les coûts et les moyens techniques et financiers. Or donc et c'est le thème de ce débat, notamment : quel est en réalité le bon échelon pour réfléchir à l'aménagement du territoire et améliorer les choses en terme énergétique ? Sébastien Bellet (Ademe) avance une réponse : « Tous les échelons sont pertinents. On peut travailler à l'échelle du quartier, d'un hameau, voire même d'une parcelle. L'objectif à terme est que l'ensemble du traitement de l'espace public de l'urbanisme soit éco-responsable. En résumé, il n'y a pas, me semble-t-il, de mauvaise échelle pour répondre



aux questions qu'on se pose en terme d'énergie, tout dépend des objectifs que l'on met derrière ».

Une question qui est en effet au cœur des débats comme le rappelle très justement et avec précision M^e Berkovicz : « La question de l'échelle de décision est en effet extrêmement importante. La mise en cohérence de la politique énergétique avec la politique d'aménagement du territoire est décisive si l'on veut en effet atteindre les objectifs qui nous rassemblent ».

Et de mettre l'accent sur le fait qu'à ses yeux « la question des moyens n'est pas suffisamment posée et mise sur la table. Quel est en effet l'échelon territorial compétent et adapté pour prendre la décision qui s'impose en terme énergétique avec les moyens qui vont avec ? En posant cette question, je ne veux surtout pas dire qu'il faut par exemple supprimer l'échelle communale en ce domaine, mais il est clair aussi dans le même temps que les maires bien conscients, notamment en milieu rural, qu'ils ne peuvent agir seul parce qu'ils n'en n'ont pas les moyens se regroupent de plus en plus pour agir. On n'est pas en effet obligé d'imaginer un transfert de compétences, mais peut-on concevoir un regroupement de compétences au sein de structures de type syndicat mixte départemental ou de communautés de communes. En France, nous avons encore un problème de définition de la cohérence décisionnelle des échelons territoriaux et lorsqu'on examine les compétences en matière de production et de distribution d'énergies renouvelables, on voit bien qu'il y a un espace de compétences diffuses au sein de chaque échelon territorial. Pour dire vrai, je ne crois pas que tout cela soit en effet très sain que, pour prendre les bonnes décisions et pour y voir clair, tous les échelons puissent intervenir en même temps ».

L'exemple des implantations éoliennes est de ce point de vue assez emblématique : « La question de la cohérence est en effet posée. Prenons le cas des déchets qu'on a traité au travers les schémas départementaux d'implantation. Je ne dis pas que c'est la solution qu'il faut absolument adopter pour un schéma énergétique, mais cela aidera à une plus grande cohérence afin d'éviter notamment la foire d'empoigne à laquelle parfois on assiste ! »

Besoin aussi d'être approfondie et clarifiée la question des structures de portage des projets. « Ce problème se pose en effet et n'est pas réglé aujourd'hui en France » souligne M^e Berkovicz.

Question qui en découle : qui du cadre juridique qui régit et garantit la bonne mise en route et le bon fonctionnement des projets énergétiques portés par les collectivités ? « Aujourd'hui, on raisonne beaucoup en terme de délégation de service public et de concession, mais il faudra surement aussi se poser la question des contrats de partenariat public privé et voire dans certains cas d'un retour aux régies directes et aux marchés publics, car si l'on veut mener une politique en faveur du territoire on ne peut pas laisser aux seuls privés le risque économique qui correspond à un choix d'aménagement. Il faudra bien que tous les acteurs réfléchissent sur les évolutions des habitudes contractuelles ».

Les grands enjeux

Un bon exemple de ce qui se fait en Normandie pour l'aménagement du territoire et le regroupement communal pour ce qui concerne l'énergie : le SDEC Énergie, syndicat départemental qui regroupe 707 communes dont 500 ont moins de 500 habitants. « Les réformes autour de l'énergie avec la fin des monopoles des fournisseurs, le changement des statuts des opérateurs historiques pour le gaz et l'électricité et l'arrivée sur le marché de nouveaux fournisseurs ont profondément changé la donne au niveau de nos territoires » témoigne Jean-Louis Leclerc, le Directeur général du SDEC Énergie « avec en sus la réforme profonde du code de l'urbanisme, le législateur a voulu rendre plus cohérent l'aménagement du territoire ». En découlent des responsabilités nouvelles pour les communes, mais aussi de nombreuses contraintes « sur des budgets communaux qui n'ont pas été prévus pour cela ». Aujourd'hui, les opérateurs s'adaptent au changement. Témoignage du responsable d'EDF, M. Morlay « tout nous oblige à être réactif, imaginatif aux côtés des collectivités ». Même manière de voir du représentant de la Direction générale de Primagaz, Yves Brézot : « Notre société est en complète mutation. 40 % de la consommation classique de nos clients auront disparu d'ici trois à cinq ans. C'est dire s'il est nécessaire de s'orienter dès à présent vers de nouvelles formes d'énergies »

Sébastien Bellet (Ademe) rappelle les enjeux qui ont des conséquences sur chaque bout de trottoir, dans chaque bourg de campagne et dans notre quotidien : « La France s'est engagée à réduire par quatre les émissions de gaz à effet de serre en 2050 par rapport à ce que nous produisons en 1990. On est loin du compte aujourd'hui puisque nous avons augmenté précisément depuis 1990 notre production de gaz à effet de serre de 2 % et le mitage du territoire avec le développement de l'habitat individuel en secteur diffus impacte très lourdement la consommation énergétique. Sur les transports c'est criant : même si nos voitures consomment moins, on fait de plus en plus de kilomètres pour se rendre d'un point à un autre ». Un dilemme cent fois redit : « Tout le monde est d'accord pour dire qu'il est nécessaire d'avoir de nouvelles formes d'habitat en densifiant, notamment, les villes, mais peu le veulent. Et les élus répondent aux attentes des citoyens ».

Aménager un territoire en tenant compte de ces nouvelles données énergétiques, c'est plus qu'un enjeu pour demain, c'est dès à présent une réalité de chaque instant !

Le Contrat de Performance Énergétique

Un nouveau « chantier »

Table ronde avec Thierry Djahel, Directeur du développement énergétique Schneider Electric, Thierry Reynaud, Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat, Armand Lang, Juristat, Pierre Guyard, GDF Suez, Patrice Fila, Forclum France, Eshien Chong, Chaire PPP et Grégory Berkovicz, GB2A.

Un nouveau concept dont l'intitulé veut tout dire : passer un contrat avec un objectif de performance à atteindre. C'est un des cadres qui aujourd'hui régit l'aménagement énergétique et fait de plus en plus sensation. De l'aveu même de Thierry Reynaud, Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, « c'est un sujet qui bouillonne et beaucoup de collectivités suivent cela avec beaucoup d'attention ».

Modèle économique



Le dispositif mis en place repose sur une commande publique « échappant à certaines règles applicables au marché public classique ». Ainsi, la loi sur la maîtrise d'ouvrage public ne s'applique pas à ce type de contrat et la plupart des règles du code des marchés publics ne s'y appliquent pas non plus. Les missions confiées par la personne publique au partenaire privé relèvent pour tout ou partie du financement de l'équipement ou de l'ouvrage, de la réalisation de l'investissement et de l'exploitation et de la maintenance. Il s'agit d'un contrat global qui permet à la personne publique de rembourser le privé sur toute la durée du contrat.

Le contrat basé sur la performance du partenaire privé et qui prévoit aussi, rappelle Thierry Reynaud, de réaliser des recettes est, dit-il, « parfaitement adapté à la performance énergétique ».

Même si ce type de contrat est un outil assez neuf, plusieurs collectivités s'y intéressent déjà de très près et ont même déjà signé des accords de ce type : la Région Alsace, la Ville de Nîmes, le Conseil général de la Manche, la Région Centre... La Ville de Paris vient aussi d'annoncer qu'elle s'apprête à passer toute une série de contrats de partenariat pour la moitié des écoles de la ville, soit près de 300 établissements scolaires.

Objectif partout où cela se passe : faire en sorte que le contrat signé soit synonyme de performance énergétique et donc d'économies d'énergies. Pierre Guyard qui pour GDF SUEZ a remporté le marché pour la région Alsace témoigne : « Nous travaillons sur quatorze lycées pour lesquels nous avons signé un contrat de performance énergétique avec des objectifs à atteindre : une réduction de 35 % de la consommation d'éner-

gie primaire, une réduction de 65 % d'émission de CO₂ – avec une série d'équipements à mettre en œuvre dont sept chaufferies biomasse, une chaufferie géothermie, un raccordement à un réseau chaleur et plus de 5 000 m² de panneaux photovoltaïques. Le contrat de performance énergétique est un engagement contractuel qui dit clairement les choses, rappelle Pierre Guyard : « La performance est exigée. Nous ne serons rétribués que si les objectifs de performance annoncés seront atteints ».

Pour Grégory Berkovicz, GB2A, le « contrat de performance énergétique est un modèle contractuel qui renvoie à un modèle économique. » avec, dit-il, « une forme particulièrement bien adaptée, car de longue durée le partenaire privé portant le pré-financement des investissements réalisés ».

Modèle économique et modèle tout court ? Pour Armand Lang, « il faut trouver un point d'équilibre entre un volume d'investissement et les économies attendues. La problématique est là : la performance énergétique est censée financer tout ou partie de l'investissement. Soyons prudents néanmoins : il faut raison garder dans la définition des objectifs d'un CPE. Ce n'est peut-être pas la peine d'afficher des objectifs qui ne permettraient pas d'atteindre un équilibre économique du contrat et en tout état de cause n'attendons pas du CPE qu'il permette de rembourser l'intégralité de l'investissement sinon nous serions sur la planète Mars ! »

Le contrat de partenariat met aussi en avant la notion d'économie des risques. « C'est intéressant pour les collectivités qui s'interrogent : ce CPE passe en effet par un rapport d'évaluation préalable qui permet d'aborder la notion du risque de manière systémique. L'économie des risques dans les finances publiques et le droit public français est un peu née avec l'apparition du partenariat public privé », rappelle encore Armand Lang.

Une chasse-trappe ?

Et quid de la fiscalité ? « Elle est devenue assez simple aujourd'hui. Seule interrogation qui subsiste : le traitement de l'application des taux réduits de TVA ».

Une chose est sûre, de l'aveu même d'un participant au débat : « Le CPE n'est pas une chasse-trappe et si l'on arrive à transposer ces types de contrat du privé vers des applications publiques – et on sait le faire – tout le monde y trouvera son compte ». Autre témoignage sous la forme d'une requête : « que ceux qui lancent des appels d'offres de CPE constituent des dossiers les plus complets possible pour que les opérateurs puissent apporter les meilleures réponses ».

Un chantier qui s'ouvre et qui évolue sans cesse : « Initialement, le CPE a été conçu pour répondre à des projets d'une certaine taille. On peut aujourd'hui raisonnablement penser qu'il s'appliquera également et de plus en plus aux petites collectivités ».

Tous les participants à la table ronde sont unanimes sur ce point : « Il ne faut pas négliger le travail en amont qui doit être fait pour la réalisation d'un CPE avec notamment une évaluation précise des besoins et une analyse rigoureuse des risques, autant d'outils qui sont indispensables à la bonne rédaction contractuelle ».

Les enjeux sont à la hauteur des engagements de part et d'autre : un contrat pour être de plus en plus performant qu'il s'agit d'énergie !

ÉNERGIE ET MARCHÉS GLOBAUX

L'article 10 du Code des marchés de 2006 maintient l'obligation d'allotir les marchés publics pour favoriser la concurrence et l'accès des PME à la commande publique.

La circulaire du 3 août 2006 (portant manuel d'application du Code des marchés publics) expose que « l'article 10 du code fixe comme principe que tous les marchés seront passés en lots séparés, s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, sauf si l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier ».

Ainsi, dès lors que le découpage du marché en prestations est possible, le pouvoir adjudicateur doit en principe passer un marché alloti.

Toutefois, le code permet qu'il soit dérogé à cette obligation d'allotissement grâce à la formule des marchés globaux qui permet de cumuler la conception, la réalisation et l'entretien d'un ouvrage public, ainsi que la prestation des services dont il est le support, sous certaines conditions :

- la dévolution du marché est de nature à restreindre la concurrence ;
- la dévolution du marché en lots séparés risque de rendre l'exécution des prestations techniques difficiles ou financièrement coûteuses ;
- le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Le code des marchés publics pose également certaines obligations en plus des conditions de recours :

Dans le cas où l'acheteur a recours à un marché global ayant pour objet à la fois la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, il devra faire apparaître de manière séparée leurs coûts, afin de distinguer les dépenses liées à l'investissement de celles liées à la maintenance et l'exploitation, sans qu'il soit possible de compenser l'une par l'autre.

Toute technique de paiement différé est interdite (article 96 et 173).

Le code ne retient pas une obligation de justifier ou motiver le recours à un marché global.

En revanche, cette obligation est vérifiée par le juge administratif qui exerce un recours de plein contentieux et non pas simplement un contrôle restreint.

Par conséquent, la sanction de la méconnaissance d'allotir fait l'objet d'un contrôle effectif du juge et constitue aujourd'hui un véritable contentieux qui a été repris par plusieurs jurisprudences (TA Lyon, ordonnance du 7 avril 2008, Sté Groupe Pizorno Environnement, TA Basse-Terre, ordonnance du 2 octobre 2008, Préfet de la Guadeloupe c/ commune de Basse-Terre).

Il constitue un manquement à une obligation de mise en concurrence au sens des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative. Il peut donc être invoqué par la procédure de référé précontractuel ou contractuel (CE, 10 mai 2006, société Schiocchet, n° 288435).

Il semble donc que lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident de passer un marché global, ils doivent en amont établir et conserver les éléments précis ayant justifié leur choix (Réponse ministérielle n° 118471 précise que « l'acheteur devra pouvoir

justifier, lorsqu'il recourt au marché global, qu'il remplissait les conditions dérogatoires posées à son recours par l'article 10 du code »). Toutefois, à ce jour aucune disposition n'oblige les personnes publiques à informer les candidats, par exemple, en insérant une disposition en ce sens dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation, des motifs justifiant le recours à un marché global.

Concernant les contrats de performance énergétique, l'article 5 de la loi Grenelle I précise que : « Le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement [...] ».

Cet objectif a été repris dans le projet de loi portant engagement national pour l'environnement dit « Grenelle II », voté par le Sénat en première lecture, à l'article 25 bis en prévoyant la possibilité pour les contrats de performance énergétique de ne pas être soumis à la loi MOP n° 85-704 du 12 juillet 1985, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique étaient garanties contractuellement dans la durée.

Néanmoins, lors du vote du projet de loi, le 11 mai dernier, l'Assemblée nationale a souhaité revenir sur cette dérogation en rappelant les règles fondamentales de la commande publique, à savoir le respect des critères énoncés à l'article 18 de la loi MOP concernant les marchés de conception-réalisation.

Il est donc actuellement prévu que : « Le maître d'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructures, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

Par conséquent, pour avoir recours à un marché global en matière de performance énergétique, il sera indispensable au préalable de démontrer les critères de recours au contrat de conception-réalisation, si cette disposition du projet de loi n'est pas modifiée par la commission mixte paritaire chargée d'élaborer un texte commun en juin 2010.



Photographies par Stéphane Dévé.