

La Gazette

des partenariats public-privé et du droit public des affaires

GB2A
AVOCATS ASSOCIÉS

LA LETTRE D'INFORMATION DU CABINET GB2A

SEPTEMBRE 2010

N° 12

ÉDITORIAL

Par M^e Grégory BERKOVICZ, Avocat associé

SOMMAIRE

- 1 Édito
- 2 Le rapport d'évaluation préalable, tronçon commun universel des modes de commande publique ?
- 3 Le contrat de partenariat : un contrat de moins en moins d'exception
- 4 Le contrat de partenariat : un montage contractuel applicable à toutes sortes de projets
- 5 Nos premières remarques sur les dispositions du décret du 26 avril 2010 relatif aux concessions de travaux
- 6 Les sociétés locales de partenariat
- 7 Énergie et marchés globaux
- 8 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-HAGA

Diffusion : GB2A

© Photos Sénat, DigitalVision™, DigitalStock™ et PhotoDisc®

Les articles publiés ici n'engagent que leurs auteurs.

LE CONTRAT DE PARTENARIAT : UN OUTIL UNIVERSEL ?

Pour cette nouvelle parution, nos auteurs ont planché sur un thème un peu provocateur. En effet, à l'évidence, le contrat de partenariat n'est pas un outil contractuel universel ; pas plus que ne l'est aucun autre d'ailleurs ! Pourtant certains de ses promoteurs l'avaient parfois présenté comme une sorte de « panacée » de la commande publique. Symétriquement, ses détracteurs – de plus en plus minoritaires aujourd'hui – le présentaient comme un gadget au mieux couteux et inutile, au pire pervers et dangereux pour le maintien du service public dans notre pays.

Après quelques années d'expériences, il apparaît plus simple de positionner le contrat de partenariat public-privé dans le spectre des outils dont disposent les acteurs publics pour mener leurs projets.

En sa qualité de « marché public global », il se situe entre les marchés publics et les concessions de travaux publics.

Il s'écarte à l'évidence des délégations de service dans la mesure où justement sa nature exclut toute forme de délégation au titulaire. Cette frontière est seulement difficile à tracer dans l'hypothèse de certains secteurs historiquement concessifs (télécom, eau et assainissement, traitement des déchets...). Ces différents domaines d'intervention, lorsque le risque commercial est clairement privatisé, amènent d'ailleurs de la même manière à s'interroger sur la frontière entre concession de travaux et concession de service.

De même, il est distinct des outils d'urbanisme et d'aménagement. Seul pourra apparaître un doute avec le développement de « PPP urbains » mêlant infrastructures urbaines, transports et valorisation foncière. Il serait à cet égard urgent d'uniformiser les droits français de la commande publique, de l'aménagement et de la domanialité, afin de les clarifier et de les rendre plus conformes aux règles communautaires.

Enfin, il se distingue facilement – mais de façon plus subtil qu'on ne pourrait le penser de prime abord – des sociétés ou groupements auxquels peuvent participer les personnes publiques. En effet, l'expression « SEM-contrat », imagée mais impropre juridiquement, traduit bien l'idée que ces structures, lorsqu'elles ont pour objet un projet unique, pourraient constituer des alternatives utiles aux contrats de partenariats, lorsque la dimension partenariale est plus importante que la dimension de simples prestations de services avec répartition des risques.

Pour cela, l'introduction en France des PPP institutionnels (ou PPPI) est indispensable.

C'est pour cette raison que le Cabinet GB2A contribuera activement à la Journée d'études organisée au Sénat à l'initiative de M. Jean-Léonce DUPONT le 28 octobre prochain. Nous espérons que ces travaux permettront de déboucher sur une proposition législative permettant de combler le vide juridique actuel.

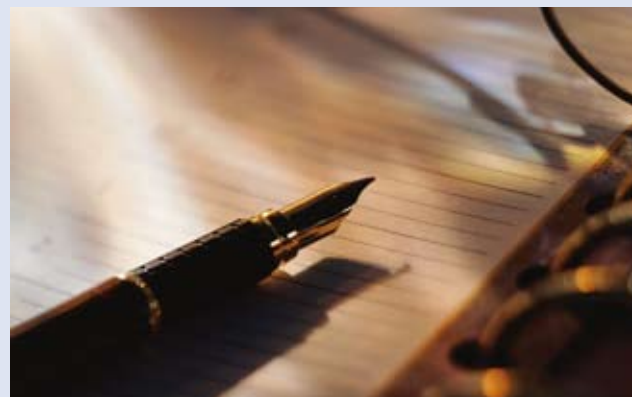
Nous participerons bien entendu également, comme chaque année, au Forum PPP organisé par Dii et aux Rencontres Internationales du PPP. Une rentrée chargée donc, et pas seulement en événements, tant il est vrai que le contexte économique français actuel allié à la volonté des pouvoirs publics de lancer de nombreuses opérations avant le prochain cycle électoral entraîne – et ne nous en plaignons pas – une recrudescence importante des « projets public-privé » (PPP).

Bonne rentrée à tous.



Le rapport d'évaluation préalable, tronc commun universel des modes de commande publique ?

Par Anne BRÉVILLE, Avocat associé - Paris



Si le contrat de partenariat est un outil indispensable dans le contexte politique et économique actuel, il reste aujourd'hui fondamentalement adapté à un contexte de projet. En effet, le CP permet la réalisation de projets que seul un préfinancement privé et un contrat global permettent de porter dans un contexte où les collectivités publiques disposent de peu de moyens pour réaliser ou réhabiliter un nombre important d'infrastructures.

Pour autant, le CP n'est certainement pas l'outil universel que d'aucun voudrait en faire.

En effet, le CP ne peut pas, a priori, et malgré une évolution législative et jurisprudentielle tendant à étendre son champ d'application, être considéré comme un outil universel en raison des conditions exigées pour y recourir (urgence, complexité ou efficience économique ET bilan coût/avantages).

En revanche, la mise en place de l'outil de recours au CP a permis la création d'un tronc commun d'aide à la décision : le rapport d'évaluation préalable. Cet instrument, qui justifie le recours au CP, est aujourd'hui manifestement utilisé par les personnes publiques pour « challenger » le CP par rapport à d'autres modes de commande publique, et notamment pallier la carence d'une telle étude dans le cas de la délégation de service public. En effet, certains secteurs comme les ports ou les transports ont une véritable tradition d'exploitation en délégation de service public, en particulier en concession de travaux et service public.

Compte tenu à la fois de la résistance au changement dans les collectivités territoriales, mais aussi de l'inadéquation du CP pour certains projets, les personnes publiques utilisent désormais le vecteur du rapport d'évaluation préalable pour justifier le recours au mode de gestion de service public de leur choix, qu'il s'agisse de retenir une délégation de service public ou une régie sur un fondement chiffré et solide ou de recourir à un CP.

Le contrat de partenariat : un contrat de moins en moins d'exception

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

A lors que le contrat de partenariat constitue un contrat dérogoratoire au droit commun de la commande publique¹, on constate en pratique que tant les interventions du législateur que la jurisprudence la plus récente en la matière conduisent à banaliser de plus en plus le recours à cet outil.

Sur le plan législatif, on rappellera ainsi, outre l'arsenal législatif adopté en 2008² puis complété en 2009 dans le cadre du Plan de relance³, les dispositions de l'article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement⁴ qui mentionnent le contrat de partenariat comme cadre juridique pertinent pour la mise en œuvre des contrats de performance énergétique⁵.

Et il semble que le législateur n'entende pas s'arrêter là, au vu notamment d'une réponse récente du ministre en charge du plan de relance indiquant que « [...] les partenariats public-privé apportent une réponse globale aux collectivités territoriales qui souhaitent investir ; aussi le ministre travaille sur les conditions permettant de développer plus avant le recours à ce mode de financement innovant pour les personnes publiques »⁶.

On mentionnera ainsi à cet égard la proposition formulée par le groupe de travail du financement des partenariats public-privé, présidé par Alain Madelin et composé d'EGF-BTP ainsi que de grands organismes bancaires et d'assurances, de créer un fonds de titrisation qui aurait pour but de refinancer les contrats de partenariats en émettant des obligations adossées à ces contrats pour les grands projets de l'État⁷, dispositif auquel seraient favorables les ministres en charge de l'économie et du plan de relance destinataires des travaux du groupe de travail.

Sur le plan jurisprudentiel, on fera état de deux décisions récentes qui ont éclairé les conditions de l'urgence et de la complexité, dans un sens favorable au recours au contrat de partenariat.

Ainsi, en premier lieu, dans un arrêt n° 326544 en date du 23 juillet 2010, le Conseil d'État a validé le recours au critère d'éligibilité de l'urgence dans le cadre du contrat de partenariat conclu par le Département du Loiret et relatif à la construction et à la maintenance du collège de Villemandeur.

Le Conseil d'État a, à cet égard, repris à son compte la définition de l'urgence donnée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 24 juillet 2008 relative à la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariats précitée⁸, en considérant que « [...] sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général, affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles qu'en soient les causes, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat [...] ».

Conformément aux conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis, et à la position de la MAPPF en la matière⁹, la haute juridiction n'a pas retenu la responsabilité du Département du Loiret dans le retard pris par le projet en jugeant qu'« [...] il n'incombait pas à la cour administrative d'appel de vérifier la circonstance, qui serait sans incidence sur la légalité du recours au contrat de partenariat, que le retard constaté aurait été imputable au département [...] ».



En l'espèce, il y avait donc urgence à faire construire un collège pour « [...] rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant le bon fonctionnement du service public de l'enseignement dans le département [...] », cette circonstance justifiant à elle seule le recours au contrat de partenariat en cause, étant entendu que « [...] la cour administrative d'appel de Nantes [...] pouvait tenir compte, pour apprécier l'urgence du projet à la date à laquelle le département du Loiret a décidé de recourir à un contrat de partenariat, de circonstances de fait qui, bien que postérieures à cette décision, éclairaient les conséquences du retard invoqué [...] ».

Dans un jugement n° 0803471 en date du 26 février 2010, *Dillenschneider*, le Tribunal administratif de Montpellier a considéré, au sujet du contrat relatif à la construction et à l'entretien du théâtre de l'Archipel à Perpignan, dans ce qui constitue l'une des premières décisions relatives au contrôle du critère d'éligibilité relatif à la complexité, que la complexité architecturale et technique du projet suffit à justifier le recours au contrat de partenariat.

Le Tribunal considère ainsi « [...] qu'il ressort des pièces du dossier que le contrat de maîtrise d'œuvre passé avec les Ateliers Jean Nouvel pour la réalisation d'un projet de théâtre à Perpignan a abouti à la présentation d'un projet architectural complexe,

constitué d'un ensemble de bâtiments reliés entre eux par une pergola vitrée, suspendue et recouverte de végétaux, et comprenant en particulier une salle de spectacles en forme de galet, de couleur grenat et d'aspect brillant ; que les études techniques pour la réalisation de cet ensemble, et en particulier de la salle de spectacles et de son revêtement, dont la forme et l'aspect extérieur étaient novateurs et au cœur du projet, restaient à réaliser à ce stade de son développement ; qu'en égard à la complexité technique de sa réalisation et à l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance, la commune de Perpignan n'était pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que ce n'est d'ailleurs qu'au terme du dialogue compétitif que la commune a engagé avec les deux groupements, dans le cadre du contrat de partenariat, qu'elle a pu déterminer la technique lui permettant de réaliser la structure et le revêtement de la salle de spectacle concrétisant le projet architectural de maîtrise d'œuvre ; que dès lors qu'elle se trouvait dans l'un des cas prévus à l'article L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales, la commune de Perpignan pouvait recourir à un contrat de partenariat public privé pour la réalisation du projet de théâtre de l'Archipel [...] ».

En conséquence, il est difficile de considérer dans ces conditions que le contrat de partenariat est encore un contrat subsidiaire.



l'exception de toute participation au capital », peut-il être regardé comme un montage contractuel applicable à toutes sortes de projets ?

Dans une certaine mesure, le contrat de partenariat peut être regardé comme un outil universel, eu égard au but qu'il poursuit, savoir, la modernisation de l'État, rendre toujours plus efficace et économe la commande publique et permettre à l'État et aux collectivités territoriales de rendre aux citoyens un meilleur service à un meilleur coût.

Cependant, en application des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée² : « Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère : 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ; 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique ».

Seules trois catégories de projets étant éligibles au contrat de partenariat, ce montage contractuel ne saurait donc être regardé comme un outil universel. La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, en ajoutant à la complexité et à l'urgence un troisième critère d'éligibilité au contrat de partenariat, savoir, le critère de l'efficacité économique, tend à faire du contrat de partenariat un montage contractuel ayant vocation à concerner un grand nombre de projets. Pour autant, elle n'en fait pas un outil applicable à toutes sortes de projets.

- ¹ Décision n° 2003-473 DC en date du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.
- ² Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, JORF n° 0175 du 29 juillet 2008, page 12144.
- ³ Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JORF n° 0041 du 18 février 2009, page 2841.
- ⁴ JORF n°0179 du 5 août 2009, page 13031.
- ⁵ Voir à cet égard le « *clausier-type* » relatif au contrat de partenariat de performance énergétique réalisé par la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), et disponible à l'adresse suivante : http://www.ppp.bercy.gouv.fr/cpe_clausier_type.pdf.
- ⁶ Rép. min. n° 72531 : JOAN Q, 27 juillet 2010, page 8356.
- ⁷ Rapport disponible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/services/rap10/100720rap-ppp.pdf>.
- ⁸ Décision n° 2008-567 DC en date du 24 juillet 2008.
- ⁹ Fiche, *Urgence et complexité*, juin 2007, http://www.ppp.bercy.gouv.fr/fiche_urgence_complexite070604.pdf

Le contrat de partenariat : un montage contractuel applicable à toutes sortes de projets

Par **Victoria WANG**, Avocat GB2A – Paris

Le contrat de partenariat, défini par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat¹ comme « un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à

¹ Pour les collectivités territoriales, nous renvoyons à l'article L. 1414-1 du Code général des collectivités territoriales, aux termes duquel : « le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. »

² Pour les collectivités territoriales, nous renvoyons à l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales, aux termes duquel : « les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère : 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible ; 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique. »

Nos premières remarques sur les dispositions du décret du 26 avril 2010 relatif aux concessions de travaux.

Par **Evi STOÏDOU**, Avocat GB2A - Caen



Le décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, instaure les règles relatives à la conclusion de ces contrats.

Le décret nous informe que la personne publique souhaitant conclure un contrat de concession de travaux doit publier un AAPC. Si le montant global du contrat est supérieur à 4 845 000 euros HT, l'AAPC doit être publié en premier lieu au JOUE et par la suite dans des publications spécialisées nationales.

De même, le délai de réception des candidatures est fixé au minimum à 52 jours, à compter de la publication de l'AAPC au JOUE.

Le délai de réception des offres, quant à lui, peut être librement fixé par la personne publique.

Trois points méritent d'attirer notre attention sur l'organisation de la procédure de consultation des entreprises pour l'attribution d'une concession de travaux.

Le **premier point** est relatif aux modalités de calcul du montant global du contrat de concession de travaux.

L'article 10 du décret relatif aux règles de passation des concessions de travaux par l'État et certains de ses établissements publics (principalement les EPA), ainsi que l'article 27 du décret instituant l'article R. 1415-1 du Code général des collectivités territoriales, prévoient que pour le calcul du montant global du contrat, est désormais prise en compte la valeur des biens mis à disposition du concessionnaire par la personne publique.

Cette disposition change totalement les modalités de calcul du montant global du contrat en question. En effet, pour les autres montages contractuels, n'est jamais prise en compte la valeur des biens mis à disposition par la personne publique.

En pratique, cela signifiera que dans quasiment la totalité des hypothèses, les concessions de travaux dépasseront le seuil de 4 845 000 euros HT et leur passation sera donc soumise aux règles communautaires.

Le **deuxième point** est relatif à la possibilité pour les personnes publiques concernées de constituer des groupements de commandes pour conclure une concession de travaux.

L'article 8 du décret relatif aux règles de passation des concessions de travaux par l'État et certains de ses établissements publics (principalement les EPA), ainsi que l'article 27 du décret instituant l'article R. 1415-2 du Code général des collectivités territoriales, prévoient la possibilité de constitution de groupements de commandes pour la conclusion de concessions de travaux.

Une convention constitutive de groupement règlera les questions de l'organisation entre ses membres et indiquera le cas échéant un mandataire parmi eux.

Cette disposition apporte un changement important au régime applicable aux contrats complexes jusqu'à ce jour. En effet, tant pour le contrat de partenariat que pour la délégation de service public, le BEA ou l'AOT constitutive de droits réels, la possibilité de constituer un groupement de commandes pour plusieurs personnes publiques intéressées par un seul et unique projet, n'avait pas été expressément admise.

Ainsi, un champ d'application inédit est consigné aux concessions de travaux, qui peuvent être conclues par un groupement de commandes composé de plusieurs personnes publiques, dès lors que celles-ci sont concernées par le projet en question.

Le **troisième point** qui mérite d'être souligné est relatif à la réalisation de travaux supplémentaires.

L'article 13 du décret relatif aux règles de passation des concessions de travaux par l'État et certains de ses établissements publics (principalement les EPA), ainsi que l'article 27 du décret instituant l'article R. 1415-5 du Code général des collectivités territoriales, prévoient que lorsqu'en raison d'un fait imprévu la réalisation de travaux supplémentaires s'avère nécessaire, des avenants au contrat initial peuvent être conclus sans mise en concurrence préalable, à condition que le montant des travaux supplémentaires ne dépasse pas 50 % du montant des travaux prévus à l'origine.

Une avancée importante est également faite par ces dispositions. En effet, jusqu'à ce jour, la question de la soumission d'un avenant à une mise en concurrence était résolue par référence à la notion de bouleversement de l'économie du contrat et il était considéré qu'une modification supérieure à 15 % du montant initial du contrat était prohibée, puisqu'elle entraînait une modification substantielle de l'économie du contrat en question.

Dans le cadre des concessions de travaux, il semblerait que cette notion ne soit pas applicable. En effet, des avenants peuvent être conclus sans mise en concurrence, lorsque le montant des travaux à réaliser ne dépasse pas 50 % du montant des travaux initialement prévus.

Les sociétés locales de partenariat

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



Dans le contexte de crise économique que nous connaissons, il est plus que nécessaire de favoriser le co-investissement public-privé afin de donner aux élus locaux les moyens d'accélérer leurs programmes d'investissement, notamment dans les domaines de l'habitat durable, de l'énergie, de l'environnement et des équipements publics structurants.

Dans ce cadre, la création de nouvelles formes de coopération entre les collectivités publiques et le secteur privé apparaît particulièrement opportune.

C'est dans ce contexte que Jean-Léonce DUPONT, sénateur du Calvados et vice-président au conseil d'administration de la fédération des Entreprises Publiques Locales¹, a déposé une proposition de loi, enregistrée à la Présidence du Sénat le 27 juillet 2009, tendant à créer des sociétés locales de partenariat.

Cette proposition vise à mettre à la disposition des collectivités territoriales un nouvel instrument qui va plus loin que la société d'économie mixte locale (SEML) en permettant aux actionnaires privés de devenir de véritables partenaires des collectivités partageant avec elles les ressources, les risques et les profits.

La proposition de loi en cause entend ainsi autoriser les prises de participation minoritaire des collectivités territoriales au capital de sociétés anonymes ayant un champ d'intervention identique à celui des SEML (dans lesquelles les collectivités territoriales doivent détenir la majorité du capital), dans le cadre des compétences des collectivités territoriales.

Les sociétés locales de partenariat présenteraient les caractéristiques suivantes :

- **Maintien de la prééminence des collectivités territoriales** en leur assurant, par la **minorité de blocage**, le contrôle effectif des décisions relevant de l'assemblée générale extraordinaire, en particulier toute modification de l'objet social. **Les actionnaires privés pourront détenir de 51 à 66 % du capital de ces sociétés.**
- **Soumission aux obligations de communication imposées aux SEML**, de même qu'au double **contrôle du préfet et de la chambre régionale des comptes**. Les élus administrateurs des sociétés locales de partenariat bénéficieront de la **même protection juridique que les élus administrateurs de SEML.**
- **Soumission**, pour l'attribution de missions par les collectivités territoriales, **aux procédures de mise en concurrence établies par la loi pour les marchés publics et les délégations de service public.**

Les collectivités territoriales pourraient recourir aux sociétés locales de partenariat dans les hypothèses suivantes :

- **Opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, opérations de construction ou exploitations des services publics industriels et commerciaux ou toutes autres activités d'intérêt général.**

Dans cette hypothèse, elles seront traitées comme un opérateur ordinaire soumis en conséquence, pour l'attribution de chaque opération que les collectivités publiques (adhérentes ou autres) entendraient lui confier, aux procédures de publicité et de mise en concurrence applicables.

- **Pour la réalisation d'une opération spécifique.**

Dans une telle hypothèse, ces sociétés locales de partenariat « à *objet unique* » bénéficieront, pour l'attribution de l'opération en cause, des précisions communautaires récentes de la Commission européenne² et de la Cour de Justice des Communautés européennes³, visant à une application pragmatique des procédures de publicité et de mise en concurrence applicables, et dont il résulte les éléments suivants :

- La possibilité pour la personne publique de recourir à une **procédure de mise en concurrence unique** pour, d'une part, **sélectionner l'opérateur privé qui s'associera à elle dans le cadre d'une entité à capital mixte à créer** et, d'autre part, **attribuer l'opération en cause à ladite entité.**
- La sélection de l'opérateur en cause doit porter à la fois sur sa **capacité à devenir actionnaire de l'entité à capital mixte**, mais également sur sa **capacité technique à réaliser l'opération en cause** et, dès lors, sur les caractéristiques de son offre.
- L'entité à capital mixte ne doit avoir pour **seul objet** que **la réalisation de l'opération qu'elle s'est vue attribuer.** L'entité doit garder le même objet social pendant toute la durée du contrat, toute modification substantielle dudit contrat entraînant une obligation de mise en concurrence.
L'entité ne peut obtenir de nouveaux contrats sans une procédure de mise en concurrence conforme au droit communautaire.

Cette proposition fera l'objet d'une demi-journée d'études, au Sénat, sous la Présidence de Monsieur le Sénateur Jean-Léonce DUPONT, le 28 octobre 2010, de 9 h à 13 h. GB2A contribuera activement à cette réflexion et invite toutes les personnes intéressées à transmettre leur demande d'inscription à secretariatparis@gb2a.fr avant le 20 octobre 2010.

¹ Jean-Léonce DUPONT est également vice-président du Sénat, premier vice-président du conseil général du Calvados, et président de la société anonyme immobilière d'économie mixte de Bayeux.

² Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats publics-privés institutionnalisés, 5 févr. 2008, COM (2007) 6661. Cette communication a donné lieu à un avis de la section de l'administration du Conseil d'État, n° 383264, en date du 1^{er} décembre 2009.

³ CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, Acoset SpA.

L'article 10 du Code des marchés publics 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 restreint¹.

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 (la 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 »). Toute-

fois, 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 I² 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 25bis 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.

¹ TA de PARIS, n°0817554, 24 novembre 2008, Société PROTIM, pour la passation d'un marché global, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier du recours à ce mode de dévolution au regard d'une des trois conditions posées par l'article 10 du code des marchés publics 2006 ; CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes Métropole*, req n° 319949 : le tribunal administratif entraine dans des considérations complexes détaillant les aspects techniques des prestations pour établir que l'absence d'allotissement n'était pas justifiée et annuler en conséquence la procédure. Le Conseil d'État observe que ce raisonnement n'était pas suffisant d'autant qu'il ne déterminait pas en quoi, également, le coût supplémentaire lié à l'allotissement pouvait dispenser légalement la collectivité publique d'allotir. Il observe ensuite sur le fond que la Communauté Urbaine ne justifiait pas des difficultés qu'elle alléguait dans l'organisation et la coordination des deux ensembles de prestations et qu'un surcoût de 13000 euros, dès lors qu'il ne représente que 1,6% du montant global du marché, n'est pas un surcoût significatif permettant de déroger légalement à l'obligation d'allotir.

² Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 portant programmation pour la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031.

Prochain numéro spécial :

Comment transformer les 3P en 4P ?

Avec la participation exceptionnelle de

GB4P

Partenariats Publics Privés de Proximité

Nos prochaines formations

- **MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES EN DROIT PUBLIC**
par M^e BREVILLE, Formation *Le Moniteur*, 8 et 9 novembre 2010, Paris.
- **BAILLEUR SOCIAL : COMMENT ACQUÉRIR UN IMMEUBLE BÂTI OU À BÂTIR ?**
par M^e Agostini, GB2A-Seine, Formation *Le Moniteur*, 17 novembre 2010, Paris.

Colloques

- **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.
Intervention de M^e Brévillé : « Maîtriser le cadre légal et la structuration des étapes clés incontournables des offres spontanées en CP3 »..
- **LE CABINET GB2A SERA PRÉSENT AUX RENCONTRES TERRITORIALES DES PPP** les 13 et 14 octobre 2010 au Palais des congrès.
Intervention de M^e Majza : « L'enseignement : anticiper la modernisation par le PPP ». Formation de M^e Marques, GB2A, et M. Lang, JURISTATIS : « Les conditions d'un dialogue compétitif réussi ».
- **LE CABINET GB2A PARTICIPERA À LA JOURNÉE D'ÉTUDES AU SÉNAT** le 28 octobre, de 9 h à 13 h sur les sociétés locales de partenariat.

Nos derniers ouvrages

- **LE BAIL EMPHYTÉOTIQUE ADMINISTRATIF**
Par M^e G. BERKOVICZ et A. LANG. », en cours de publication.
- **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**
Édition du Secteur Public, mise à jour février 2010.
Par M^e A. Brévillé et M^e M. Marques.

Nous

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

retrouvez-nous sur le site
www.gb2a.fr