

Faut-il supprimer les PPP de grand-père?

Deux ans avant que l'ordonnance de 2004 ne crée le contrat de partenariat, **LOPSI et LOPJ créaient pour l'immobilier de la justice un premier régime de PPP**, celui-ci, dépourvu d'étude préalable obligatoire. Une décennie plus tard, les spécialistes s'interrogent : faut-il garder ce régime dérogatoire?



Jocelyn Duval,
avocat chez
Kalliope.

31 juillet 2002 : le Parlement adopte la Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, elle sera promulguée le 29 août, une semaine avant la Loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ). À l'époque, rappelle Jocelyn Duval, avocat chez Kalliope, « le 21 avril avait marqué les esprits, et après une campagne centrée sur l'insécurité, les pouvoirs publics avaient besoin d'investir dans ce domaine. LOPSI et LOPJ leur en ont donné les moyens ».

LE DISPOSITIF

Comment? Concrètement, la LOPSI, en son article 3, a introduit la procédure d'AOT-LOA, ensuite étendue à la Justice par la LOPJ. AOT-LOA, c'est-à-dire : « autorisation d'occupation temporaire-location avec option d'achat », une formule définie à l'article L. 2122-15 du code de la propriété des personnes publiques, qui permet à l'État (a) d'accorder à un cocontractant, sur son domaine, un droit d'occupation, (b) de conclure avec cet opérateur privé un bail lui

confiant la maîtrise d'ouvrage pour financer, concevoir et construire un bâtiment - prison, gendarmerie, etc.

L'État verse un loyer à l'opérateur privé durant la période couverte par l'autorisation d'occupation et, au terme de cette dernière, peut acquérir les bâtiments.

En d'autres termes, résume Jocelyn Duval, « cette procédure a permis de transférer au privé la réalisation d'opérations publiques de manière sécurisée, et de construire plus vite ces opérations tout en bénéficiant d'un paiement différé du coût de la construction et de services d'entretien et de maintenance pendant toute la durée du contrat ».

UNE RÉVOLUTION EN 2002

Il faut bien voir que, traditionnellement, le code des marchés publics n'autorisait (et n'autorise toujours pas) le paiement différé. L'interdiction de la pratique déjà présente dans le décret n° 53-405 du 11 mai 1953, a été reprise dans l'article 350 de l'ancien code des marchés publics puis dans l'article 96 du code de 2001. « Des montages légaux étaient

certes possibles », souligne encore l'avocat ; « mais au prix d'un jeu avec les textes, qui a conduit parfois à des censures retentissantes comme dans le cas des Marchés d'entreprise de travaux publics (METP) qui prévoyaient un paiement fractionné » et dont la définition est jurisprudentielle (CE, 11 décembre 1963, Ville de Colombes).

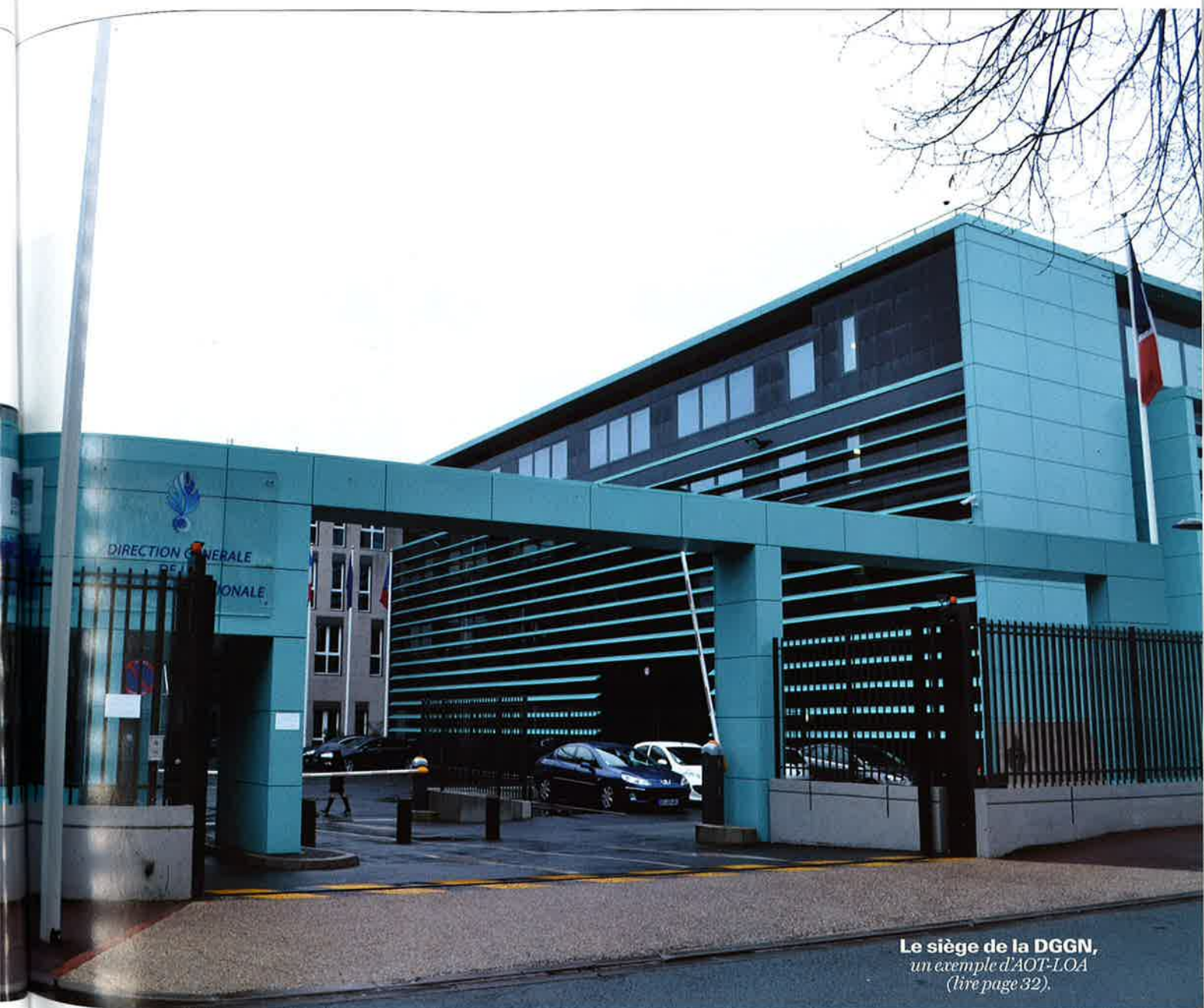
En 2002, donc, LOPSI et LOPJ ont offert une reconnaissance légale et un cadre formel aux premiers PPP. « Certes, concède Jocelyn Duval, le temps que les choses se fassent, les premiers contrats d'AOT-LOA n'ont pu être signés qu'en 2004, quand l'ordonnance qui a créé le contrat de partenariat était déjà dans les tuyaux. Mais les AOT-LOA ont quand même préparé le terrain pour le contrat de partenariat ».

POUR UN USAGE COMPLÉMENTAIRE DU PPP...
Parallèlement, d'un point de vue plus pratique, le dispositif

14, le nombre de PPP actuellement suivis par la DGGN

7, le nombre de PPP actuellement suivis par la Police nationale

10, le nombre de PPP pénitentiaires en cours (sur 191 établissements)



Le siège de la DGGN,
un exemple d'AOT-LOA
(lire page 32).

LOPSI LOPJ a permis de répondre dans un délai très court aux besoins des ministères de l'Intérieur et de la Défense (construction de gendarmeries) et de la Place Vendôme.

Pour la police et la gendarmerie, le sénateur Jean-Vincent Placé, pourtant farouche adversaire des PPP (lire infra), concède dans son rapport sur le PLF 2014 (annexe 27, Sécurité) que « jusqu'à présent, tous les biens cons-

truits dans le cadre d'une AOT ont été livrés soit en avance de phase, soit au terme initialement prévu. En effet, les mécanismes de pénalités introduits dans la documentation contractuelle sont très contraignants pour le titulaire du marché ». Un bon exemple d'AOT-LOA réussi est à cet égard le transfert à Issy-les-Moulineaux du siège de la Direction générale de la Gendarmerie nationale (lire encadré). Au total, soulignant

déjà le sénateur dans son rapport sur l'investissement dans la police et la gendarmerie (octobre 2013) : « sur la période allant de 2007 à 2012, la gendarmerie a réalisé, tant dans le domanial et que dans le domaine du locatif, un total de 645 opérations immobilières (livraisons) représentant 7642 logements. Elle a en outre lancé 553 projets (mises en chantier) représentant 9081 logements. Sur l'ensemble de ces opérations, sept

constructions ont fait l'objet d'un PPP sous la forme d'une AOT. Ces opérations portent sur des montants d'investissement variant de 20,3 millions d'euros (Mulhouse) à 176,3 millions d'euros (Sathonay). »

Pour la justice, la cheville ouvrière a été l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ) – en fait, un établissement public administratif – créé en 2001 avec pour mission de « construire, rénover et réhabiliter les palais

“ *Il faudrait sans doute supprimer ces dispositifs dérogatoires et tout unifier dans le cadre du contrat de partenariat.* »



de justice, les établissements pénitentiaires, les bâtiments des services de la protection judiciaire de la jeunesse et les écoles de formation du ministère » (source : www.apij.fr). Et l'APIJ utilise encore aujourd'hui les AOT-LOA en complément des contrats de partenariats – le programme de construction pénitentiaire « 13 200 places », qui arrivera à terme en 2017, est ainsi divisé en quatre lots dont deux lots successifs en AOT-LOA (lots n° 2 et 3, respectivement pour trois et quatre établissements).

LÀ OÙ LE BÂT BLESSE...

Bref, nous aurions là un outil utile et apprécié... Et pourtant, selon Jérôme Grand-d'Esnon, avocat associé chez Carlara, « il faudrait sans doute supprimer ces dispositifs dérogatoires et tout unifier dans le cadre du contrat de partenariat. Il y a un ménage à faire, dont l'occasion a été ratée en 2008, lorsque l'on a réouvert le dossier de l'ordonnance de 2004 ». Une analyse que partage au moins en partie Jocelyn Duval : « Il est vrai qu'il y a une aberration

à conserver des montages sectoriels comme le régime LOPSI-LOPJ, le bail emphytéotique hospitalier et le dispositif dérogatoire pour les bâtiments de la défense. En outre, ajoute-t-il, l'on multiplie également les outils contractuels de droit commun : auparavant, il existait une différence claire entre le BEA qui ne profitait qu'aux collectivités, et l'AOT qu'à l'État, désormais, l'État peut bénéficier des effets du BEA et les collectivités peuvent recourir à l'AOT, le tout sans avoir les mêmes obligations. Il est certain que

la multiplication de ces outils contractuels, sectoriels et de droit commun, crée un imbroglio qui n'est pas source de sécurité juridique. » Et d'analyser : « Pour l'instant, cela n'a généré que peu de contentieux, et tant mieux. »

FAUSSE SOUPLESSE...

Mais en quoi les contrats LOPSI-LOPJ dérogent-ils donc au droit commun des contrats de partenariat ? Jocelyn Duval met d'abord en garde contre l'idée qu'ils auraient pour le décideur public un régime plus



© PHOTO THÉÂTRE EIFFAGE

Avec un régime juridique qui dispense d'étude préalable pour les loyers inférieurs à un million d'euros, les AOT-LOA ont été un moyen pour construire un certain nombre de prisons. Exemples : les réalisations d'Eiffage - ci-contre à Roanne et ci-dessous à Béziers.

accommodant que le droit commun : « Au début, les contrats LOPSI-LOPJ ont pu sembler avantageux par rapport aux contrats de partenariat, car moins contraignants. Il en est de même des baux emphytéotiques administratifs de droit commun que les collectivités locales utilisent régulièrement, car ils apparaissent plus sou-

ples. Mais attention, ces formules ne sont pas nécessairement plus souples ; au regard du droit communautaire, ces contrats peuvent être requalifiés de marchés publics. Dans de telles hypothèses, contrairement à ce que l'on peut entendre, l'on n'a pas le choix de la procédure de passation : l'appel d'offres est le régime de droit

commun, et ce n'est que si l'on justifie de la complexité du marché que l'on peut recourir à un dialogue compétitif ».

**AVEC OU SANS ÉTUDE PRÉALABLE ?
LÀ EST LA QUESTION**

Cela posé, la grosse différence avec les contrats de partenariat



L'établissement pénitentiaire de Lyon-Corbas vu de l'intérieur.

© STÉPHANE CHOUAN

est que pour les petits BEA ou les petits contrats AOT-LOA – portant sur un loyer inférieur à un million d'euros – une étude préalable n'est pas requise. « C'est ainsi qu'un certain nombre de gendarmeries ont pu être construites rapidement : on est en général sur des investissements dont le montant du loyer ne dépasse pas un million », explique Jocelyn Duval.

Toute la question est alors de savoir s'il est intéressant de se dispenser de l'étude préalable. Pour mémoire, dans un PPP, cette dernière doit analyser le coût actualisé global du PPP par rapport à la solution sans PPP (en l'occurrence ici, celui d'une prison construite en marché de conception réalisation [C/R] qui serait exploitée par le biais d'un marché de gestion déléguée.)

« Le coût d'une étude préalable proprement dit n'est pas très élevé, mais il est vrai que ce coût doit être avancé, ce qui peut dissuader. L'étude

préalable est parfois aussi vécue comme une formalité de plus. En effet, l'on peut parfois avoir l'impression que l'étude préalable est réalisée car elle est obligatoire et qu'elle est commandée pour conclure à la nécessité de réaliser le projet en question en PPP* ». Mais malgré cela, conclut l'avocat, « la tendance est à la

généralisation des études préalables dès qu'il s'agit d'engager des deniers publics. C'est une saine mesure de bonne gestion qu'il convient d'encourager ».

Supprimer le régime LOPSI-LOPJ reviendrait donc à systématiser l'étude préalable. Seul hic, si le contrat de partenariat peut englober les contrats LOPSI-LOPJ, il n'est

vraiment utile que si l'opération n'est pas principalement immobilière et est globale, c'est-à-dire assortie de services divers. « Il est certain, précise encore Jocelyn Duval, que s'il n'y a pas de services associés à l'exécution du contrat, par exemple, des services à minima d'entretien, de maintenance, les contrats LOPSI-LOPJ peuvent retrouver leur logique avec des montages (notamment de financement) plus simples, qui ne mobilisent pas trop de conseils.

En tout état de cause, il convient de souligner que si l'on supprimait le régime LOPSI et LOPJ, les outils contractuels que sont les AOT et BEA subsisteraient et pourraient toujours être utilisés, comme ils l'étaient avant l'entrée en vigueur du régime LOPSI-LOPJ, tout particulièrement pour la gestion et la valorisation du domaine public et privé des personnes publiques (construction de logements, implantation de centrales d'énergie [photovoltaïque, biomasse...]) ».

* À noter que selon la Cour des comptes : « si les évaluations préalables menées par l'APIJ et validées par la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MaPPP) sont sérieuses, elles traduisent aussi la volonté de privilégier le choix PPP. »

SATISFECIT POUR LA DGGN

Un beau succès du dispositif AOT-LOA : la réalisation sur 29000 mètres carrés d'un ensemble de bâtiments destinés à accueillir la Direction générale de la Gendarmerie nationale (photo page 29) pour un loyer de 12,2 millions d'euros (contre 12,7 millions d'euros initialement prévus en 2008). Selon Jean-Vincent Placé, « L'intérêt de ce montage selon la procédure de l'AOT-LOA réside dans le fait que, pour un loyer moindre, l'État sera propriétaire, à l'issue du bail de 30 ans, d'une infra-

structure bien entretenue. Le coût total de l'opération s'élève à 424 millions d'euros, pour un coût prévisionnel de 469 millions d'euros. La DGGN (Direction générale de la Gendarmerie nationale) et la DEPAFI (ministère de l'Intérieur : Direction de l'évaluation de la performance, des affaires financières) ont donc su rester dans l'enveloppe qui avait été initialement arrêtée » (in Rapport d'information sur les investissements dans la police et la gendarmerie, octobre 2013).