



## Lettre d'information N°26 - Avril 2015

### Clausier-type du CP rédigé par la MaPPP Articles relatifs à l'exploitation-maintenance

A la demande de la Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé (MaPPP), le cabinet Fidal a rédigé en Novembre 2011 un clausier-type (lire en note 1) sensé servir de colonne vertébrale aux contrats de partenariat (CP) devant être négociés tant par l'Etat que par des collectivités territoriales.

Nous ignorons, pour l'instant, qu'elle est son utilisation réelle par les personnes publiques ayant signé un CP, ou envisageant de le faire. Les CP que nous avons étudié depuis début 2012 reprennent seulement en partie cette trame contractuelle. Mais, au vu de nos multiples retours d'expérience depuis ces trois dernières années, nous vous proposons d'apporter de nouveaux commentaires sur les articles relatifs à l'exploitation, la maintenance et les services (EMS) et au Gros Entretien Renouvellement (GER).

#### Titre 5 : Obligations relatives à l'Exploitation, Maintenance et au Gros Entretien Renouvellement

5.1 : Dans ce titre, l'art. 29 **Engagements de Performance** est spécifié comme une « *clause obligatoire* ». Il est ainsi rédigé :

*Le Contrat comporte nécessairement des clauses relatives aux objectifs de performance assignés au Partenaire en ce qui concerne la qualité des prestations de service, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles les ouvrages sont mis à la disposition de la Personne Publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation, en vertu du paragraphe c) de l'art. 11 de l'Ordonnance n° 2004-559 et de l'art. L. 1414-12 du Code général des collectivités territoriales (CGCT lire en note 2). Le Programme de Performances annexé doit indiquer précisément les objectifs à atteindre, les outils de mesure de la performance, ainsi que les pénalités associées en cas de non-respect de la performance.*

*Par ailleurs, le Contrat doit comporter des clauses relatives au contrôle par la Personne Publique du respect des objectifs de performance, particulièrement en matière de développement durable, en vertu du paragraphe f) de l'art. L. 1414-12 du CGCT. Le présent clausier prévoit que les modalités du contrôle et de la vérification de la performance soient précisées dans une annexe dédiée. Par ailleurs, les objectifs de performance font l'objet d'un suivi dans le cadre du Rapport Annuel prévu par l'Article 55.*

**Notes DCR** : il est donc essentiel que cette/ces annexe(s) soit très bien rédigée(s). Si la Personne Publique ne dispose pas en interne des compétences indispensables et avérées en matière d'exploitation, maintenance et services (EMS), performance énergétique et opérations de gros entretien renouvellement (GER), elle sera bien avisée de s'entourer des conseils et experts assistants maître d'ouvrage (AMO) pour la rédaction des documents suivants, destinés à être étudiés par les candidats avant d'être intégrés sous forme d'annexe(s) au CP :

- le Programme de performance, qui vient en complément du Programme Fonctionnel des Besoins (PFB) destiné aux équipes de conception et construction du futur partenaire pour définir les résultats attendus en regard des besoins exprimés par la Personne Publique,
- le Programme d'entretien maintenance et services (PEMS), destiné au prestataire EMS/GER du futur Partenaire,
- et si le périmètre contractuel l'envisage, le Programme de Performance Énergétique et Environnemental (PPEE), destiné à tous les acteurs qui composent le Partenaire, tant en conception, qu'en construction et bien sur en exploitation.

Par ailleurs, nous avons lu à plusieurs reprises que dans le CP, le Partenaire peut « *sous-traiter, en tout ou partie, les opérations de maintenance et de prestations de services* ». Soit, mais il est anormal de reprendre ces mêmes termes dans le Contrat d'Entretien Maintenance (CEM) où le Mainteneur ne doit pas pouvoir *tout* sous-traiter au risque de céder le CEM. Si cette possibilité de sous-traiter est autorisée, son volume doit être limité à un plafond crédible et assorti d'engagements chiffrés (en % ou en €) de signer des contrats de sous-traitance de rang 2 avec des PME, des TPE, des artisans, des auto-entrepreneurs ou encore des entreprises d'insertion pour les personnes éloignées de l'emploi (les clauses sociales dans les PPP > voir notre lettre N° 22).

5.2 : L'Art.30 nommé **Prestations de service** reprend qu'...

*aux termes de l'art. 1er de l'Ordonnance n° 2004-559/art. L. 1414-1 du CGCT, le Contrat peut avoir pour objet, en sus des missions obligatoires, des prestations de service concourant à l'exercice, par la Personne Publique, de la mission de service public dont elle est chargée. S'agissant des prestations de service, et notamment pour celles relatives à la gestion du service public, il peut être prévu contractuellement que ces prestations seront confiées au Partenaire sur une durée limitée (par exemple cinq ans) inférieure à la durée du Contrat et seraient ainsi remises en concurrence de manière périodique.*

**Notes DCR** : il est là aussi essentiel que cette annexe soit très bien rédigée. Si la Personne Publique souhaite que certaines prestations de service (comme la restauration, la propreté, le gardiennage ou autre service aux occupants comme l'accueil des familles pour l'Administration Pénitentiaire) ne soient pas délivrées sur toute la durée du CP, il convient de très bien rédiger les conditions de fin (particulièrement le contenu de l'audit de sortie) à l'échéance de ces engagements, ou de leur reconduite (après remise en concurrence transparente par le Partenaire) si la Personne Publique en décide ainsi.

À ce titre, nous avons aussi noté, notamment pour les établissements d'enseignement relevant de collectivités territoriales disposant de services techniques, leur volonté de garder en interne certaines prestations en parallèle de celles que devra réaliser le futur Partenaire.



Les limites des prestations sont parfois décidées au seul vu de l'employabilité des personnels de ces services plutôt que des résultats attendus... à moins que les fonctionnaires dédiés sont les seuls aptes et habilités à réaliser ces tâches.

Ce point de vue entraîne souvent une distorsion entre les niveaux de service réalisés en interne et ceux produits en externe, ou pire, une imbrication des deux qui rend difficile, voire impossible, le contrôle effectif des performances du futur Partenaire... et l'application à son endroit d'éventuelles pénalités.

**5.3 :** L'art. 31 ayant trait au **Gros Entretien Renouvellement** (GER) indique que ...

*le Partenaire assure le GER de l'Ouvrage, conformément aux exigences du Programme Fonctionnel des Besoins et selon le Plan Prévisionnel de GER joint en annexe (du CP). À l'expiration du Contrat, le Partenaire doit remettre à la Personne Publique l'Ouvrage en bon état d'entretien et de fonctionnement, compte tenu de son âge et de sa destination. À cet effet, il devra constituer ou faire constituer régulièrement dans les conditions prévues au présent article, dans sa comptabilité ou dans celle de son Prestataire chargé des prestations d'EMS et de GER, sur un compte de réserve, des provisions en quantité suffisante correspondant aux sommes nécessaires pour exécuter les prestations de GER (tout au long du CP). Ce compte GER est producteur d'intérêts.*

**Notes DCR :** comme l'indique la MaPPP, nous insistons sur la rédaction des modalités de partage du solde du compte GER (positif ou négatif), lesquelles doivent être discutées avec les candidats au cours de la phase de dialogue compétitif. Une distinction devra être opérée entre la fin du CP à l'échéance normale et sa fin anticipée, qu'elle qu'en soit sa raison. Par ailleurs, il convient à la Personne Publique de ne pas assortir cette obligation contractuelle d'une seconde qui imposerait au Partenaire de réaliser des opérations de GER visant à garantir la durée de vie résiduelle de tout ou partie de l'Ouvrage, ou une période pluriannuelle sans opérations de GER, après l'échéance du CP alors que la stricte application de l'obsolescence objet du GER, liée à l'état réel de l'Ouvrage et à son usage, n'impose pas d'opérations de remplacement ou de rénovation avant la fin du CP.

Enfin, nous pensons que les audits quinquennaux et l'audit de fin de CP contractuels doivent réalisés de manière réellement indépendante par des experts EMS/GER/développement durable. Et nous militons depuis des années pour que cette indépendance soit garantie par le choix conjoint des Parties... et ces missions payées à parts égales par elles.

**5.4 :** L'art. 32 portant sur **l'obsolescence, la veille technologique et les évolutions techniques** rappelle que ...

*l'art. 11 h de l'Ordonnance n° 2004-559/art. L.1414-12 h du CGCT prévoit la possibilité de modifier le Contrat pour tenir compte d'évolutions technologiques. Pour cela, il est nécessaire que le Partenaire effectue une veille technologique et informe régulièrement la Personne Publique des innovations intervenues sur le marché. Le cahier propose dès lors que le Rapport Annuel (rédigé par le Partenaire) transmis à la Personne Publique comporte plusieurs informations quant aux évolutions techniques : nature, (avantages et inconvénients,) faisabilité et coût. Il est d'ailleurs particulièrement important de s'intéresser aux évolutions techniques dans les mois qui précèdent la réalisation (d'opérations importantes programmées au) plan de GER, afin, le cas échéant, de le modifier.*

**Notes DCR :** si dans la limite des engagements du Partenaire en matière de performance, les conséquences de l'Obsolescence sont intégralement supportées par lui dans le cadre du plan de GER, cet article doit imposer que le Partenaire s'engage à assurer une veille technologique et réglementaire permanente de nature à permettre à la Personne Publique de bénéficier des récentes évolutions techniques et de prendre connaissance des changements de législation ou de réglementation impactant, ou risquant d'impacter, l'Ouvrage et son usage. Lesquelles évolutions seront étudiées par le Partenaire dans un mémoire technique et financier établi en annexe du rapport annuel, comportant notamment le calendrier de mise en œuvre, le coût prévisionnel d'investissement projeté, ainsi que l'incidence sur les coûts d'EMS et de GER sans oublier ceux liés aux énergies et utilités, que celles si entrent ou non dans le périmètre du CP.

Si, au vu de ces données, les Parties décidaient conjointement de réaliser des opérations issues d'une ou plusieurs de ces évolutions, les conditions de l'investissement et les gains, ou surcoûts, liés à l'EMS, au GER et aux dépenses énergétiques et environnementales, seront partagées entre les Parties selon des clés de répartition inscrites au présent article 32 (ou en annexe) du CP.

Par ailleurs, si les modifications imposées par des changements de législation ou de réglementation doivent rester à la charge de la Personne Publique sur propositions du Partenaire, cela ne doit pas exclure qu'il étudie leur impact sur les coûts listés ci-dessus. Si ceux-ci entraînent la variation des loyers au-delà d'un pourcentage contractuel convenu (% en + ou en -), un avenant devra être signé.

**5.5 :** L'art. 33 **dégradations et vandalisme** indique que ...

*Le Partenaire remédiera aux dégradations, volontaires et/ou involontaires, notamment résultant d'actes de vandalisme, qui peuvent affecter l'Ouvrage pendant la durée du Contrat, en les remettant en bon état de fonctionnement. Les conséquences financières de ces dégradations, volontaires et/ou involontaires, notamment résultant d'actes de vandalisme, sont partagées entre les Parties selon les modalités suivantes : [...] [À définir].*

**Notes DCR :** comme l'indique la MaPPP, les modalités de prise en charge des conséquences financières de ces dégradations doivent faire l'objet d'une discussion avec les candidats en phase de dialogue compétitif. Lors de la finalisation du CP avec le futur Partenaire (candidat pressenti), nous préconisons de prévoir un partage des risques en fonction d'un seuil financier et en fonction de l'origine de la dégradation ou du vandalisme, clairement définis comme tels dans le lexique du CP. Par exemple, les dégradations dont l'auteur n'est pas identifié entraînant des opérations de remise en état de l'Ouvrage d'un montant unitaire inférieur à 1 k€HT et dont la somme annuelle ne



dépasse 5 k€HT sont exclusivement à la charge du Partenaire et ne peuvent pas être imputées sur le compte GER. Les dégradations n'entrant pas dans cette définition doivent faire l'objet d'une plainte du Partenaire, d'une déclaration de sinistre auprès de son assureur et d'un partage du coût de remise en état entre les Parties suivant une clé prédéfinie au présent article 33 (ou en annexe) du CP.

**5.6 :** Art. 36 relatif aux clauses de « **benchmarking** » et de « **market-testing** ».

Certains CP prévoient des clauses relatives à l'analyse des coûts de revient des services confiés au Partenaire aussi nommées clauses de « benchmarking » et/ou de « market-testing ».

L'objectif de telles clauses est, à priori, de permettre une comparaison entre, d'une part, les conditions économiques de réalisation des prestations par le Partenaire et, d'autre part, les conditions économiques de réalisation des prestations fournies par d'autres prestataires dans des conditions similaires voire par la Personne Publique elle-même.

**Notes DCR :** nous partageons l'avis de la MaPPP sur ces clauses en ayant pu vérifié que dans les faits, une telle comparaison est très difficilement réalisable. « *En pratique, la comparaison s'avère difficile, pour ne pas dire impossible, car la définition d'un référentiel de comparaison pertinent d'un point de vue des caractéristiques du Contrat retenues pour la comparaison, du périmètre des prestations confiées et des risques assumés par les prestataires est problématique* ». Par ailleurs, les offres des candidats, notamment leur Offre Finale qui va retenir l'accord de la Personne Publique (candidat pressenti), socle du CP, permet cette comparaison préalable.

Nous recommandons que le périmètre des services soit clairement identifié dans l'étude préalable et/ou les projections budgétaires avant de lancer la consultation pour le CP, notamment si certaines prestations de services (ex : la restauration collective) peuvent peser plus que la maintenance technique. Et si certaines prestations de services ayant un poids budgétaire important sont effectivement confiées à des sous-traitants (en rang 2) du Partenaire, la Personne Publique peut déconnecter la durée de ces services de la durée globale du CP, cette solution permettant une véritable remise en concurrence périodique desdites prestations (voir ci-dessus nos notes sur l'art. 30).

## TITRE 9 : Suivi de l'exécution du Contrat, contrôles, pénalités et sanctions

**9.2 :** L'art. 54 « **Contrôles** » indique que...

*la Personne Publique a le droit de contrôler, sur pièces et sur place, le respect des engagements contractuels du Partenaire, ainsi que les informations qui lui sont communiquées. Elle peut diligenter tous moyens à cette fin.*

*Le Partenaire fournit à la Personne Publique tous rapports, documents et informations, en sa possession, concernant l'exécution de ses obligations contractuelles, conformément aux stipulations du Contrat. En cas de non-respect par le Partenaire des stipulations du présent alinéa, la Personne Publique pourra appliquer des pénalités selon les modalités définies à l'Article 56.*

*La Personne Publique peut demander au Partenaire des informations complémentaires sur tous les comptes-rendus et documents produits en application des stipulations précitées, ou tout autre rapport utile à l'exercice de son contrôle.*

**Notes DCR :** Nous insistons sur l'intérêt des candidats de présenter, lors du dialogue compétitif, les fonctionnalités du système d'information immobilière (SIImmo) qu'ils mettront en œuvre si leur offre finale est retenue. Les compte rendus et rapports liés aux réunions mensuelles et annuelles ainsi que tous les documents qui auront trait au CP devront être archivés et classés dans une base de données accessibles aux Parties. Si la Personne Publique ne dispose pas d'une gestion électronique des documents (GED) ou qu'elle ne souhaite pas permettre l'accès de celle-ci au Partenaire, ce dernier devra développer sa propre base et conviendra, en accord avec la Personne Publique, de la hiérarchie des accès et des règles de classement et de conservation. Enfin, certaines applications seront partagées : centre d'appel, rapports d'incident, rapports d'audits, « armoire à plans » (issue du DOE), procédures de cellule de crise... et d'autres resteront seulement consultables (sans modification possible) par la Personne Publique : GMAO, programme d'Assurance-Qualité, plan GER, enquêtes satisfaction-Clients, gestion de la sous-traitance, suivi des clauses sociales...

**9.3 :** De son côté, l'art. 55 « **Tableau de bord et Rapport Annuel** » détaille...

*Un rapport annuel doit être adressé par le Partenaire à la Personne Publique en vertu de l'art. L. 1414-14 du CGCT. Le rapport annuel permet à la Personne Publique de suivre l'exécution du Contrat. Il est donc important que les pénalités exigées pour retard dans la communication du rapport ou pour informations partielles soient dissuasives. Ce rapport est présenté par l'exécutif de la collectivité, avec ses observations éventuelles, à l'assemblée délibérante. À l'occasion de cette présentation, un débat est organisé sur l'exécution du contrat de partenariat. Le contenu du rapport annuel est fixé par l'art. R. 1414-8 du CGCT.*

*Toutefois, les Parties sont libres d'ajouter dans le Contrat une énumération de données qui, en sus de celles prévues par le CGCT, devront figurer dans le rapport annuel.*

**Notes DCR :** Comme indiqué ci-dessus à l'art. 32, le clausier propose d'ajouter une information sur les évolutions techniques intervenues ou à venir issues de la veille technologique et réglementaire permanente assurée par le Partenaire. Nous pensons aussi qu'un point annuel sur les éventuels sinistres en cours et l'état du compte spécial « *dégradations* » peut être utile.

Par ailleurs, nous n'avons pas connaissance auprès de nos Clients qu'effectivement « *l'exécutif de la collectivité* » prenne soin de présenter ce rapport « *avec ses observations éventuelles, à l'assemblée délibérante* », ni qu'« *un débat (soit) organisé sur l'exécution du CP* ». Et nous le regrettons.



9.4 : L'art. 56 « Pénalités » est aussi une clause obligatoire qui dit que ...

*Le Contrat doit obligatoirement comporter, en vertu du paragraphe g de l'art. 11 de l'Ordonnance n° 2004-559/art. L. 1414-12 paragraphe g du CGCT, des clauses relatives aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement du Partenaire à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance. Les pénalités doivent être proportionnées au préjudice subi. La MaPPP rappelle que le juge administratif peut modérer ou augmenter les pénalités résultant du Contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du projet (Conseil d'État, 29/12/2008, arrêt n° 296930, OPHLM de Puteaux dans le cas d'un marché public).*

**Notes DCR :** Nous avons souvent observé que les Personnes Publiques, et/ou leurs conseils, qui rédigent le Programme d'entretien maintenance et services (PEMS), ses formules, fixent les seuils et délais de tolérance admissibles, les différents niveaux de sous-performance suivant la criticité de l'installation ou du service concerné et les seuils de sous-performance en limite d'usage (SPLU) associés modélisent rarement toutes les pénalités listées. Ainsi, il est assez commun pour nous, lors de nos simulations de cas de sous-performance ou de projection du « cas du pire » (*worst case scenario*) de noter que les pénalités projetées sont mal dimensionnées. Elles sont souvent sur ou sous-évaluées aboutissant ainsi à être trop dissuasives ou... pas assez. En regard de l'arrêt du Conseil d'Etat cité, nous préconisons que, chacun de leur côté, la Personne Publique et les candidats modélisent, ou fassent modéliser par leurs conseils, ces pénalités et n'hésitent pas à échanger ensemble durant le dialogue compétitif. Nous préconisons aussi, qu'au vu des résultats, la Personne Publique finalise leurs conditions d'application et leurs formules de calcul pour la rédaction du Dossier de Demande des Offres Finales (DDOF), sachant que l'offre du candidat pressenti, si la Personne Publique la retient, servira de socle économique et technique au CP et à ses annexes (lire ci-dessus notre note sur l'art. 29). Par ailleurs, nous pensons utile que ces pénalités soient calculées mensuellement et présentées par le Partenaire dans son rapport annuel à la Personne Publique qui, suivant les contractuellement définies, choisira de les appliquer in-extenso, de les amplifier (en cas de répétition sur un espace de temps donné) ou d'arbitrer sur leur application partielle ou totale (clauses exonératoires contractuelles).

#### 9.5 : Plafonnement des pénalités

*Le Contrat pourra prévoir un plafonnement global des pénalités. Il conviendra de rester cohérent avec la part d'acceptation de la cession de créances, et avec le seuil de pénalités à partir duquel peut être prononcée la résiliation pour faute du Partenaire.*

**Notes DCR :** Comme pour les pénalités, nous avons souvent observé que les Personnes Publiques, et/ou leurs conseils, qui fixent ces seuils de plafonnement en période de conception-construction puis en période d'exploitation ne modélisent pas tous les cas de figures listés dans le CP et ses contrats associés. Ainsi, le Contrat d'Entretien Maintenance (CEM) stipule rarement le seuil d'alerte permettant au Partenaire de mettre en demeure le Mainteneur de respecter ses obligations contractuelles dans un espace de temps suffisant pour la mise en œuvre d'un « plan de remise à niveau » (ex : 30 jours calendaires) sachant que le seuil de résiliation du CEM devra être positionné en-dessous de celui auquel le Partenaire risque la résiliation du CP pour faute. Par exemple : si le seuil de résiliation du CP pour faute sur pénalisation est positionné à 100, le seuil de résiliation du CEM pourrait l'être à 80 et le seuil d'alerte pour la mise en œuvre d'un plan de remise à niveau inscrit dans ce même CEM à 60.

*Si cette note d'information succincte éveille des attentes ou des questions au sein de votre entreprise ou de votre organisation, DCR Consultants se tient à votre disposition pour accompagner votre réflexion vers ce que le marché attend et ce qui pourrait vous être profitable.*

Cordiales salutations.

**Denis CHAMBRIER**  
Gérant & Consultant Senior  
[denis.chambrier@dcr-consultants.fr](mailto:denis.chambrier@dcr-consultants.fr)

Note N°1 : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/ppp/clauser\\_type.doc](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/clauser_type.doc)

Note N°2 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633&idArticle=LEGIARTI000006389272&dateTexte=&categorieLien=cid>