

**QUELLES RÉPONSES
LE DROIT PUBLIC OFFRE-T-IL
À L'INTÉGRATION DES
ENJEUX DE LA VILLE DURABLE
À TRAVERS LA MISE EN PLACE
DE SOLUTIONS
FONCTIONNELLES ?**

► Sébastien PINOT, Bignon Lebray, avocat associé

► SÉANCES DU 20 MARS 2013

QUELLES RÉPONSES LE DROIT PUBLIC OFFRE-T-IL À L'INTÉGRATION DES ENJEUX DE LA VILLE DURABLE À TRAVERS LA MISE EN PLACE DE SOLUTIONS FONCTIONNELLES ? p.3

► PREMIÈRE PARTIE : LES MODALITÉS D'ACTION DE LA PERSONNE PUBLIQUE p.3

- La contrainte par la réglementation p.3
- Les trois modes d'externalisations de projets d'initiative publique auprès d'un prestataire ; le marché, la délégation de Service Public (DSP), le contrat de partenariat p.3
- L'insertion du développement durable dans les différents schémas contractuels p.4
- Les projets d'initiative publique 100% publics ou semi - publics p.5
- Les schémas participatifs p.6

► DEUXIÈME PARTIE : RETOUR D'EXPÉRIENCE SUR UN PROJET DE BADGE SANS CONTACT MULTIMODAL DANS UN ÉCOQUARTIER p.6

- Contexte / enjeux du projet p.6
- Un mode de mise en œuvre privilégié : une société de projet dédiée au projet e-pass multimodal p.6
- Quelques exemples de contraintes rencontrées et solutions possibles p.7

ÉCHANGES AVEC LES PARTICIPANTS p.9

- Une multiplicité de formes juridiques possibles, mais des configurations restreintes au vu des orientations et des contraintes liées à la situation initiale p.9
- La difficile prise en compte par les outils juridiques de l'évolutivité des offres et des projets p.11
- Un modèle de mobilité profondément déstabilisé / transformé p.12
- Une nécessaire attention à l'égalité devant le service p.13
- Quelle place pour les usagers ? p.13

► PARTICIPANTS À LA SÉANCE

Xavier BARON (Atemis) • Franck BLANPAIN (EDF et ESC Rouen) • Fabrice CHOPINAUD • Romain DEMISSY (Atemis)
• Christian DU TERTRE (Paris 7 Ladyss et Atemis) • Eric FROMANT (Periculum minimum) • François HUBAULT (Atemis)
• Maud LE GUEVEL (institut Inspire) • Dominique LHERMITTE (APHP) • Jean-Christophe LIPOVAC (CERDD) • Benoît MOUGENOT (Université Versailles Saint-Quentin) • Stanislas NOSPERGER (EDF) • Brigitte PASQUELIN (Atemis, Paris 7 Ladyss) • Patrick PERRET (IRD2) • Sébastien PINOT (Bignon Lebray avocat associé) • Géraldine ROESSLINGER (Vinci construction) • Pierre ROLLAND (CDC) • Yoan SIDOLI (Orange Lab) • Johan VAN NIEL (UNIL, UTT) • Michel VEILLARD • Patrice VUIDEL (Atemis)

QUELLES RÉPONSES LE DROIT PUBLIC OFFRE-T-IL À L'INTÉGRATION DES ENJEUX DE LA VILLE DURABLE À TRAVERS LA MISE EN PLACE DE SOLUTIONS FONCTIONNELLES ?

Sébastien PINOT, avocat associé en charge du département droit public au sein du cabinet Bignon Lebray.

En préalable, un rappel. L'avocat est souvent associé à l'image du contentieux. Mais il apporte également une expertise juridique en amont, dans une logique gagnant-gagnant. C'est un exemple de cette expertise qui va être présenté ici.

PREMIÈRE PARTIE : LES MODALITÉS D'ACTION DE LA PERSONNE PUBLIQUE

La personne publique peut agir selon deux principales modalités d'action : la contrainte par la réglementation d'une part, les projets d'initiative publique d'autre part.

LA CONTRAINTE PAR LA RÉGLEMENTATION

Cette contrainte peut être illustrée par exemple par l'Eco Taxe poids lourds qui vise à l'internalisation de coûts externes. Lorsque l'on emprunte une autoroute, le péage est axé sur le coût de construction, du financement, de l'exploitation. On est sur un coût lié aux infrastructures. On est sur un principe « usager payeur ».

Récemment est apparu le principe du « pollueur payeur ». L'Union Européenne est intervenue pour fixer un socle sur les tarifs d'internalisation des coûts externes à travers une eurovignette. Cette réglementation définit un cadre avec des critères et seuils maximums pour fixer les coûts. En France, entrera bientôt en vigueur l'écotaxe poids lourds qui a pour objet de faire payer les externalités environnementales liées à ce mode de transport. Le produit de ce revenu servira à valoriser d'autres modes de déplacement (ferroviaire par exemple). Un projet similaire d'une écotaxe commune à l'échelle de 6 états européens transalpins est en discussion. Les limites posées à ces taxes : la liberté de circulation, la logique de concurrence (ne pas introduire de désavantage concurrentiel).

L'autre forme d'action complémentaire à la réglementation est l'initiative publique. Les projets d'initiative publique peuvent prendre différentes formes. Ils peuvent s'inscrire dans une démarche contractuelle associant compétences publiques et privées à travers l'externalisation de la réalisation auprès d'un prestataire. Ils peuvent être portés entièrement par l'acteur public ou être dans un schéma mixte. De nouveaux schémas d'action participatifs émergent en complément.

LES TROIS MODE D'EXTERNALISATIONS DE PROJETS D'INITIATIVE PUBLIQUE AUPRÈS D'UN PRESTATAIRE ; LE MARCHÉ, LA DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC (DSP), LE CONTRAT DE PARTENARIAT

1/ Le premier mode d'externalisation au privé d'une initiative publique est **le marché public**.

Le marché public est contrat conclu à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du code des marchés publics (CMP) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre aux besoins des premiers en matière de travaux, de fournitures ou de services. Le paiement de la prestation provient à 100% de la personne publique, l'entreprise n'a pas de risque d'exploitation. Il est cependant possible d'introduire un « risque de performance » c'est à dire une pénalité si la performance n'est pas au niveau.

2/ Le second mode est **la délégation de service public (DSP)**.

Il s'agit d'un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le paiement provient pour une part substantielle des usagers, ce qui induit un risque d'exploitation. Il est par ailleurs toujours possible de pénaliser l'entreprise si elle ne respecte pas ses obligations (risque de performance).

3/ En complément est apparu **le contrat de partenariat**.

Les contrats de marché public classiques rendaient difficile la possibilité de confier à la fois la construction et l'exploitation d'un équipement ou d'ouvrage pendant une durée de 20 à 30 ans. D'où la création du contrat de partenariat, qui est un contrat global de type marché public, par lequel la personne publique confie à un prestataire la mission de construire, financer, exploiter un ouvrage en contrepartie d'un prix payé par la personne publique. Ce contrat ouvre la possibilité de paiement différé (redevance trimestrielle par exemple) et permet une meilleure prise en compte des risques de performance.

Une autre forme de contrat est **la concession d'aménagement**. C'est l'outil de prédilection de la rénovation urbaine. La concession d'aménagement est un contrat par lequel la personne publique ayant pris l'initiative de l'opération en délègue l'étude et la réalisation à un aménageur public ou privé. Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Une partie des équipements est rétrocédée à la puissance publique. La rémunération de l'aménageur se fait sur la vente des terrains. La performance est prise en compte par la contrainte réglementaire.

L'INSERTION DU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES DIFFÉRENTS SCHÉMAS CONTRACTUELS

C'est une question encore balbutiante. Elle est néanmoins de plus en plus prise en compte.

Dans les marchés publics

Elle se fait dans le cadre de critères intégrés dans l'appel d'offres. A travers pas exemple la sélection des candidats sur la base de critères sociaux et environnementaux. La difficulté principale réside en l'égalité de traitement entre les candidats. Un exemple pour illustrer cette difficulté : une collectivité demande de produire un bilan carbone de l'offre mais aucun indicateur n'est donné pour préciser ce que devait couvrir ce bilan. Attaqué par un candidat, l'appel d'offres a été cassé au nom de l'atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Une autre possibilité pour distinguer les offres est de demander une labélisation. Mais là également des discussions existent : doit-on sélectionner uniquement ceux ayant un type de label spécifique alors même qu'il existe une multiplicité de labels orientés vers l'éco conditionnalité ?

Dans les DSP et contrats de partenariat (ou assimilés)

Dans ces délégations, les enjeux de développement durable peuvent être posés à travers les engagements de performance. On connaît l'exemple des contrats de performance énergétique dans les DSP de réseaux de chaleur et dans les contrats de partenariat de gestion des fluides de bâtiments. Les entreprises sont mises en concurrence pour garantir une performance énergétique par exemple dans des lycées. Elles doivent prendre en charge la rénovation thermique, développer des énergies propres, s'engager sur une performance. Si on aboutit à une surconsommation, le délégataire paye une pénalité. A l'inverse, si la performance est supérieure à l'engagement, le prestataire a un bonus. La difficulté tient au fait que la collectivité passe un contrat global intégrant la construction ou la rénovation puis l'exploitation. Or ce ne sont pas les mêmes entreprises qui sont sur les différents domaines, d'où pour elles un

risque d'interface. On sait par exemple faire une construction selon la norme BBC mais on ne sait pas garantir la performance au regard des futurs usages des occupants. L'exploitant lui récupère le bâtiment et les risques liés à la construction. La solution consiste du côté des répondants à construire une société de projet qui associe entreprises constructeur et exploitant et du côté de la collectivité de permettre une période d'étalonnage avant de figer les critères de performance imposés à l'exploitant. Mais demeure une difficulté pour l'exploitant à se positionner en amont. De plus, ces contrats sont lourds à négocier, ils prennent plusieurs mois, d'où un coût d'investissement en phase d'appel d'offres élevé pour les entreprises ; la collectivité territoriale ayant elle besoin d'appui pour concevoir le cahier des charges et pour négocier les offres.

Dans les concessions d'aménagement

La prise en charge des enjeux de développement durable se fait au travers du cahier des charges de la concession. On peut par exemple limiter l'usage de la voiture, exiger des bâtiments BBC, ou la production d'énergies renouvelables.

LES PROJETS D'INITIATIVE PUBLIQUE 100% PUBLICS OU SEMI - PUBLICS

La régie est la première solution.

Le projet est alors directement géré par un service de l'administration, avec le budget de cette dernière. La régie est soumise aux règles de la comptabilité publique. Les freins à cette solution : les collectivités ne sont pas forcément outillées pour porter directement les projets, il existe des lourdeurs opérationnelles, un manque de flexibilité. Par ailleurs il n'y a pas d'allocation de risques.

La société publique locale (SPL ou SPLA (Aménagement))

Elle a été créée récemment pour pallier à la mise en concurrence des sociétés d'économie mixte. C'est une entité distincte, autonome ayant la forme de société anonyme mais soumise au contrôle des collectivités - actionnaires. La SPL fonctionne comme une société classique (au niveau de la comptabilité, de la gestion de personnel, etc.) mais son capital est 100% public. La limite est qu'elle ne doit intervenir que sur le territoire de la collectivité actionnaire et pour son actionnaire. Cette forme juridique connaît une croissance et un succès important ces derniers temps, mais elle connaît encore des zones grises. Par exemple, jusqu'où la SPL est réellement intégrée à la collectivité, notamment si elle crée des filiales ? Les freins à cette solution sont donc les contraintes territoriales et les contraintes en termes d'actionariat.

La société d'économie mixte (SEM)

C'est une société anonyme dont le l'organisation et le fonctionnement obéissent à un régime juridique mixte relevant à la fois du code de commerce et du code général des collectivités territoriales. Son actionariat est également mixte, public et privé. La SEM a souvent en charge des projets de logement, d'aménagement, mais elle peut se positionner sur une diversité de domaines d'intervention possible. La puissance publique doit détenir entre 50 et 85% du capital. C'est donc une alliance au sein d'une structure de compétences publiques et privées. Jusqu'à récemment il n'y avait pas de mise en concurrence lorsque la collectivité territoriale confiait à une société dont elle avait la maîtrise des demandes. Mais la cour de justice de l'union européenne a invalidé cette logique, à cause de l'existence d'un actionariat privé. Le recours à une SEM entraîne donc pour la collectivité les contraintes liées à la mise en concurrence.

LES SCHÉMAS PARTICIPATIFS

Ces schémas sont apparus récemment, notamment dans le champ des énergies renouvelables, parfois pour limiter des oppositions. Par exemple, les projets d'éoliennes peuvent soulever des oppositions dues au bruit, à l'impact sur le paysage. Or, si on fait participer les citoyens aux projets, on a une meilleure acceptabilité et on évite des recours contentieux. Les structures qui portent ces projets sont souvent des SCIC (sociétés coopératives d'intérêt collectif), qui permettent aux collectivités publiques d'intervenir sous deux formes : en étant actionnaires (prise de participation dans une structure à forte dimension citoyenne) ou en accordant un soutien financier à celle-ci.

DEUXIÈME PARTIE : RETOUR D'EXPÉRIENCE SUR UN PROJET DE BADGE SANS CONTACT MULTIMODAL DANS UN ÉCOQUARTIER

NB : il n'est pas possible dans le cadre de la présentation de communiquer le Nom de la collectivité concernée.

CONTEXTE / ENJEUX DU PROJET

La collectivité à travers son projet d'écoquartier souhaite créer un quartier presque piéton, avec un usage restreint de la voiture. Aussi, plutôt que de fonctionner sur le principe habituel de construction de 2 places de parking par logement, elle limite le nombre à 0,5 place par logement. En conséquence, il faut se passer de voiture ou partager l'usage des places. Avec pour objectif une rationalisation de l'usage de la voiture.

En contrepartie de ces contraintes, la collectivité a l'idée de concevoir un badge multimodal offrant un accès au bus, au tram, au métro, au vélo partagé, à la voiture partagée, ainsi qu'accès aux parkings restreints. Cette offre basée sur la multi modalité doit permettre de répondre à tous les besoins de déplacement.

Pour concrétiser cette ambition, il est nécessaire de réussir à concilier de nombreuses parties prenantes. C'est une des difficultés du projet.

Ainsi, l'écoquartier est développé dans le cadre d'une ZAC qui a fait l'objet d'une concession d'aménagement. Nous avons donc en présence un aménageur, et du côté de l'offre transports, une SEM qui gère le bus et le tram, une filiale de la SEM pour le vélo en partage, une SEM ainsi que des opérateurs privés qui gèrent en DSP les parkings, ainsi qu'une SCIC pour l'offre d'auto partage. Cette dernière offre se trouve hors du champ de la délégation publique.

Des questions se posent donc sur la gouvernance de l'offre associée au badge multimodal, sur la façon pour chaque partie de limiter les risques, ainsi que sur les coûts pour la collectivité de la mise en œuvre de l'offre.

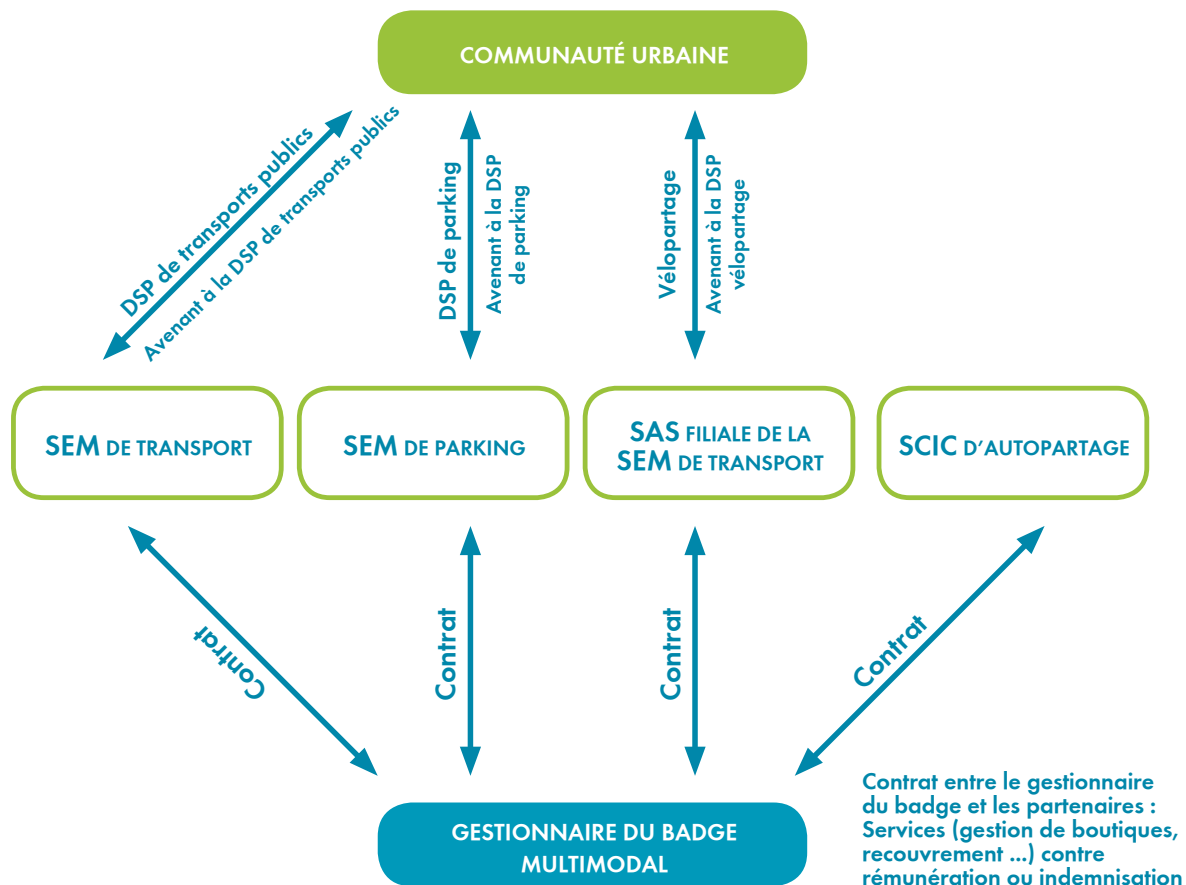
UN MODE DE MISE EN ŒUVRE PRIVILÉGIÉ : UNE SOCIÉTÉ DE PROJET DÉDIÉE AU PROJET E-PASS MULTIMODAL

Cette société aurait pour objectif de piloter la mise en compatibilité technique de l'offre, à travers le déploiement de bornes partagées, la remontée des données, l'exploitation commune, la gestion d'une boutique vendant les badges. Cette solution semblant offrir des garanties en termes de cohérence opérationnelle, de mutualisation des moyens et de gouvernance adaptée.

La collectivité souhaite dans un premier temps réserver l'offre à l'échelle de l'écoquartier puis la diffuser à l'ensemble des habitants de l'agglomération une fois celle-ci éprouvée.

Des relations existent déjà entre les opérateurs et la communauté urbaine, notamment à travers des DSP. Le schéma contractuel imaginé est le suivant.

Etudes juridique : présentation générale du schéma contractuel



QUELQUES EXEMPLES DE CONTRAINTES RENCONTRÉES ET SOLUTIONS POSSIBLES

L'étude a identifié quatre niveaux de contraintes.

1/ Tout d'abord, des **contraintes liées à la rationalisation des places de parking.**

En amont du projet, est-ce réaliste de faire 0,5 places par logement ? On est dans un paradoxe. La collectivité a des souhaits en terme de développement durable mais dans le plan local d'urbanisme (PLU) les normes actuelles sont incompatibles avec la notion d'usage, la solution d'auto en partage ! Par exemple, si un centre commercial s'implante sur le quartier, il est obligé de créer ou de financer des places de parking !

2/ Ensuite des **contraintes amont.**

Quelle compatibilité avec les DSP existantes ? Il y a déjà eu une mise en concurrence et un choix ; un contrat sur un prix, une offre. Peut-on ajouter aux contrats et contraintes existantes une nouvelle demande ?

La création de ce badge est-elle compatible avec les DSP existantes ? L'éventuel avenant à la DSP devant être conforme aux principes dégagés par le Conseil d'Etat (avis n° 371234 du 19 avril 2005) c'est à dire ne pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la DSP (par exemple, pas d'investissements supérieurs à 10 ou 15% du montant initial). Sinon, on se heurte au problème de devoir repasser un marché en indemnisant le délégataire. Se pose également la question de la clef de répartition des investissements entre les délégataires au sein de la structure commune.

Les charges induites par le Badge peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la DSP.

Au regard de ces éléments, les préconisations faites sont premièrement de s'assurer, pour chaque DSP, que le niveau d'investissements requis pour le Badge n'est pas « substantiel » par rapport aux investissements initiaux. Egalement de s'assurer, pour chaque DSP, que les investissements sont proportionnés pour chacun des délégataires de façon à ce qu'ils ne servent pas à financer des ouvrages/services étrangers à l'objet de la DSP.

3/ Existence également **de contraintes aval.**

Quelle compatibilité avec les principes de mise en concurrence ? La société de projet doit-elle être mise en concurrence ou pas ?

L'entité gestionnaire du Badge jouera le rôle de coordinateur entre chacun des opérateurs. Elle aura la gestion de la boutique, le portage des prestations de services, la vente des abonnements, etc. En contrepartie de ces prestations, l'entité gestionnaire du Badge devra être indemnisée/rémunérée par chacun des opérateurs, d'où un contrat à établir entre l'entité gestionnaire du Pass Mobilité et les opérateurs. Ces contrats devant être compatibles avec les principes de la commande publique. Or, les délégataires de services publics de transport doivent normalement mettre en concurrence leurs propres prestataires. Ce principe est opposé à l'idée que l'on crée une structure commune. Et fausser la concurrence peut amener à délit de favoritisme.

4/ Enfin, des **contraintes liées à la détermination de la forme de la société de projet.**

Quelle forme juridique est la plus adaptée : Société Anonyme, Groupement d'Intérêt Economique, Société Coopérative d'Intérêt Collectif ?

Les SEM de transport et de gestion de parkings sont détenues majoritairement par la collectivité territoriale. L'activité de vélo en partage est portée par une filiale d'une SEM. L'idée est de demander à la filiale qui porte le vélo en partage de porter la mise en place du badge.

Réutiliser cette structure existante comporte des avantages, tout d'abord financiers. En effet, l'utilisation des capacités d'une de structure existantes permet de réaliser des économies par rapport à la création d'une nouvelle structure. La solution comporte également un avantage en termes de rapidité de mise en œuvre.

A l'inverse, elle porte quelques inconvénients. Au plan financier/comptable, elle oblige les autres opérateurs impliqués dans le Badge à supporter les risques liés à l'activité de vélo en partage gérée par la filiale. Pour maîtriser dans une certaine mesure ce risque, il faut dans ce cas mettre en place une séparation opérationnelle et comptable des activités de vélo en partage et de gestion du Badge pour isoler les flux financiers.

Au regard des principes de la commande publique la solution comporte un risque majeur : la filiale gère une activité de vélo soumise au champ concurrentiel. D'où un risque de critique de

la relation contractuelle entre d'une part les opérateurs soumis au code des marchés publics au regard de l'ordonnance de 2005, d'autre part la filiale de la SEM, sous l'angle des principes de mise en concurrence. Pour tenter de minimiser ce risque (sans pour autant l'éliminer), il faut veiller à ce que les opérateurs ne fassent qu'indemniser la filiale de ses coûts sans lui procurer de marge bénéficiaire.

L'autre solution consiste à **créer une société nouvelle**. Cette solution est plus sécurisée : il est possible d'argumenter que la structure dédiée agit exclusivement pour ses membres, quelle n'intervient pas dans un champ concurrentiel et ne constitue donc pas un « opérateur économique » devant être soumis à mise en concurrence. Elle élimine également le risque de mise en difficulté du Badge par la mauvaise santé financière d'une autre activité. Mais la création d'une nouvelle structure implique des coûts de structure, des moyens. Il est cependant possible de mobiliser des moyens entre actionnaires (mise à disposition de locaux, de personnels, apport en nature). Cette solution a en outre un effet en termes de délai pour être opérationnelle. Par exemple, dans l'hypothèse de création d'un groupement d'intérêt public (GIP), il est nécessaire d'obtenir un accord de l'Etat.

Enfin, concernant les questions liées à la gouvernance : que ce passe-t-il si des problèmes surviennent ? Quelle part d'actionariat proposer pour chacun des actionnaires ? Qui décide par exemple de fixer les grilles tarifaires ? Comment résoudre un problème de performance moindre d'un opérateur qui crée du désabonnement : quelles formes de récompense ou de pénalité ?

Un projet de transport public est par définition déficitaire, il fonctionne souvent avec une subvention d'équilibre. Si l'on crée une structure pour inciter les personnes à changer de comportement avec par exemple des tarifs sociaux, les opérateurs vont avoir un manque à gagner sur leurs recettes prévisionnelles. Quelle compensation dans ce cas ?

La structure adaptée pour minimiser les risques et maximiser les avantages est le groupement d'intérêt économique (GIE). Mais dans ce cadre chacun des actionnaires est indéfiniment responsable sur les risques de l'activité.

En conclusion de ces réflexions sur le choix de la forme juridique, on arrive au fait qu'il est beaucoup plus difficile de partir d'une structure existante.

ÉCHANGES AVEC LES PARTICIPANTS

Les échanges ont été réorganisés pour faciliter la compréhension

UNE MULTIPLICITÉ DE FORMES JURIDIQUES POSSIBLES, MAIS DES CONFIGURATIONS RESTREINTES AU VU DES ORIENTATIONS ET DES CONTRAINTES LIÉES À LA SITUATION INITIALE

Jean-Christophe Lipovac : Quelle solution a finalement été proposée ? L'option choisie est celle d'une nouvelle structure, ou pas ?

Sébastien Pinot : Notre préconisation est la création d'une nouvelle structure, ce qui minimise considérablement les risques. Néanmoins, il y a une confrontation entre les contraintes juridiques et les orientations politiques. Pour l'instant, nous sommes dans une solution d'attente, presque sans structure : un accord tarifaire a été conclu entre les délégataires. Cette solution peut fonctionner à court et à moyen terme entre deux structures, mais elle tiendra difficilement avec plus de deux acteurs.

Jean-Christophe Lipovac : Et l'option de créer une «super DSP», qui permette d'inclure et de redéfinir les DSP existantes ?

Sébastien Pinot : Si l'on allait vers une DSP multi partite, on aurait un problème en termes de gouvernance et de mise en concurrence.

Léon-Christophe Etilé : Est-ce possible de créer la société de projet sous forme de régie ?

Sébastien Pinot : Ce n'est pas envisagé par les acteurs. Dans cette hypothèse, la régie municipale devient opérateur économique. Il est nécessaire qu'elle soit outillée. La DSP impliquant plusieurs collectivités (des villes, une agglomération), se poserait l'enjeu de pouvoir incorporer de nouveaux actionnaires plus tard, lorsque l'offre sera étendue à tous les habitants.

Léon-Christophe Etilé : Et un syndicat mixte de transport ?

Sébastien Pinot : Le syndicat mixte de transport est exclu pour des questions de forme d'actionariat. Elle n'est pas compatible avec la réflexion économique et juridique. En effet, certaines structures existantes ne pourraient pas être intégrées dans le projet.

Christian du Tertre : J'ai l'impression qu'une structure sous forme de SCIC (Société Coopérative d'Intérêt Collectif) paraît appropriée pour gérer l'offre : des partenaires publics et privés peuvent s'engager dans la SCIC, à travers ses différents collèges. Cela permettrait de prendre en compte l'intérêt de chaque partenaire et prestataire au développement du badge et serait un moyen de mutualiser les ressources.

Sébastien Pinot : La SCIC est la forme juridique que l'on retrouve le plus dans les projets dits participatifs. Dans la situation exposée, il y a des contraintes : une collectivité, pour investir sans être accusée d'avantages indus, doit s'inscrire dans le schéma de l'investisseur avisé. Or, ici le projet n'est pas rentable. Les recettes sont inférieures aux coûts liés à l'ouverture d'une boutique et aux investissements dans le développement du badge. Par ailleurs, dans une SCIC il y a nécessairement un collège d'actionnaires salariés de la structure. Ici, ce n'est pas compatible avec les contraintes ni avec la volonté des parties prenantes.

La forme la plus adaptée serait le GIE (Groupement d'Intérêt Économique). Juridiquement, le GIE a un fonctionnement «en vase clos» - c'est une mutualisation de moyens entre ses membres-, ce qui ôte les problèmes de mise en concurrence. De plus, c'est une structure souple. Mais il y a un inconvénient : la solidarité entre les membres, ainsi que le risque patrimonial supporté par les actionnaires. Dans le cas exposé, cette solution -avec les risques qu'elle comporte- ne choquait pas les acteurs.

Christian du Tertre : Et si l'on se dégage du cas précis, quelles structures juridiques vous paraissent adaptées pour accompagner l'évolution de tels systèmes d'acteurs ?

Sébastien Pinot : La SCIC, le GIE, la Société par Action Simplifiée peuvent être des formes adaptées. Le GIE, on l'a dit, a pour objectif de mutualiser des moyens pour un projet commun, au bénéfice de ses actionnaires. C'est une structure souple qui requière peu de moyens, qui est rapide à constituer (sans capital). Un GIE associe avant tout des entreprises à forme commerciale, même si le capital de celles-ci est public. Il est possible pour la collectivité publique d'y participer mais cela dépend de la logique concurrentielle que va porter le GIE. Par principe, une collectivité publique ne peut être actionnaire d'une société concurrentielle, sauf si la loi le lui permet (ce qui est le cas pour les GIP -Groupement d'Intérêt Public-, les SCIC, les SPL). L'implication d'une collectivité dans un GIE est plus sécurisée si la collectivité intervient plus en soutien qu'en actionariat.

Le GIP lui a parfois la contrainte de devoir être validé par l'État pour être créé. La majorité de l'actionnariat doit être publique. La contrainte principale du GIP est la lourdeur de la constitution.

Une autre possibilité : la Société par Actions Simplifiée (SAS). Elle s'apparente à une société anonyme mais avec plus de souplesse que celle-ci. L'inconvénient est que la collectivité publique ne peut pas en être actionnaire. Une SEM, oui.

La SPL : ce n'est pas possible ici parce que les parties prenantes sont privées.

Patrick Perret : Ce projet ne pourrait-il pas se faire sans créer une structure juridique ?

Sébastien Pinot : Non, un système simple d'échange tarifaire entre opérateurs (s'apparentant à un apport d'affaires) peut fonctionner pour deux opérateurs, mais de façon plus compliquée entre quatre ou cinq opérateurs. De plus, nous avons ici également la nécessité de porter des investissements, d'assurer la gestion d'actifs (la boutique), ainsi qu'une responsabilité vis-à-vis des opérateurs. Donc la solution est que le projet soit porté ou par un opérateur existant, ou par une structure nouvelle. Elle ne peut pas être que chacun gère « un petit bout ».

Patrick Perret : Le STIF (Syndicat des Transports d'Ile-de-France) regroupe des opérateurs, il a une politique globale sur une région, quels que soient les modes de contractualisation au niveau des communes. Cette solution fonctionne en termes de gouvernance. Cela a permis de mettre en place un pass, puis de répartir les coûts de façon différenciée suivant les usagers, et de contractualiser avec les opérateurs.

Sébastien Pinot : Oui, mais le STIF est à la fois une autorité organisatrice de transport et une personne morale.

LA DIFFICILE PRISE EN COMPTE PAR LES OUTILS JURIDIQUES DE L'ÉVOLUTIVITÉ DES OFFRES ET DES PROJETS

Michel Veillard : On a l'impression que dans la situation que vous décrivez il n'y a pas d'approche en termes de projet. On cherche juste à faire accepter à des concessionnaires l'introduction d'un nouvel élément.

Sébastien Pinot : Les DSP en cause ont été passées pour des durées allant de 10 à 30 ans. Elles n'ont pas été passées au même moment. Il est difficile de les casser. On assiste ici à l'émergence de nouvelles problématiques qu'il faut insérer dans des contrats existants (autopartage etc.).

Par ailleurs, le mode « projet » n'exclut pas la gestion des risques juridiques y compris les risques extérieurs au périmètre du projet, mais il est plus simple.

Michel Veillard : Dans le monde des affaires, on sait négocier l'arrêt ou la reprise d'une activité par un tiers.

Sébastien Pinot : De ce point de vue le secteur public est moins souple. Si la collectivité territoriale cherche à reprendre la maîtrise du projet, elle peut arrêter une DSP. Dans ce cas, elle prend des dispositions exorbitantes du droit commun, mais en contrepartie elle a le devoir d'indemniser de façon intégrale le manque à gagner. C'est un coût potentiellement colossal pour la collectivité, alors que l'on connaît leurs contraintes financières. C'est un débat qui existe autour des PPP (Partenariats Public Privé) : lorsqu'un contrat a été conclu, il ne peut pas être remis en cause, sinon l'acteur public doit une indemnisation intégrale au partenaire privé ; Y compris si le projet n'a pas été construit.

Léon-Christophe Etilé : Quelle sécurité peut-on apporter à la nouvelle société porteuse du projet, si elle est composée de sociétés qui ont des DSP avec des échéances différentes ? Peut-on inscrire cette sécurité juridique ?

Sébastien Pinot : Il est possible de conclure un accord d'actionnaires. Par exemple, si X ne gère plus les transports en commun, le repreneur Y sera de droit substitué à la société X, avec droit de veto des autres actionnaires en cas de manque de capacité.

Michel Veillard : Pour se défaire de l'attachement au précédent marché, ne peut-on pas isoler ce que ces délégataires perdent (leur préjudice) ? On chiffre le préjudice, on désintéresse les délégataires, et on est libre.

Sébastien Pinot : Oui, si on restait sur le périmètre de l'écoquartier. Mais l'idée est d'étendre la nouvelle offre à l'ensemble de l'agglomération, ce signifie casser la DSP.

Patrick Perret : Comment est prise en compte l'évolution souhaitée du périmètre de la solution ?

Sébastien Pinot : La collectivité territoriale a réfléchi aux contraintes liées à la solution dans le cadre de son projet d'écoquartier. Elle a ensuite sollicité un cabinet d'avocats ainsi que des ingénieurs pour étudier les dimensions économique et juridique. La commande est « Pensez à l'échelle de l'écoquartier mais en intégrant une future ouverture au territoire donc à d'autres acteurs / opérateurs ». D'un côté on peut penser qu'il aurait été plus fonctionnel de réfléchir sur un fonctionnement à l'échelle de l'agglomération et de l'appliquer à l'écoquartier. D'un autre côté, c'est peut être plus facile pour réfléchir de prendre en compte une situation d'écoquartier.

Christian du Tertre : Sur un plan pragmatique, opérationnel, il est plus simple de partir d'une situation plus cernée (un écoquartier) et d'envisager l'extension à l'échelle de l'agglomération. Avec une attention particulière : lorsqu'on est dans une situation de transition, il faut d'emblée envisager les évolutions. Ce qui signifie ici un intérêt à trouver une solution dynamique, qui s'appuie sur l'expérience de l'écoquartier, dans une perspective de développer ensuite la proposition à plus large échelle.

UN MODÈLE DE MOBILITÉ PROFONDÉMENT DÉSTABILISÉ / TRANSFORMÉ

Christian du Tertre : A travers l'écoquartier, une autre logique de mobilité s'enclenche, qui va déstabiliser et recomposer la mobilité. On est sur une nouvelle posture qui peut remettre en cause assez profondément l'activité des partenaires.

Patrice Vuidel : Penser un badge pour permettre un accès à une multiplicité d'offres va impacter fortement les différents opérateurs. On est alors sur un enjeu de performance globale, et non plus dans une juxtaposition d'offres. Or, la performance dépend de chacun des acteurs, qui deviennent liés. Les opérateurs en ont-ils conscience ?

Une autre difficulté apparaît concernant l'usage des parkings : si je laisse ma voiture au parking pour prendre les transports en commun, je paye le parking plus les transports ! Il y a là une contradiction.

Sébastien Pinot : Les parkings sont publics, avec droit d'usage accordé par logement. Cela implique le foisonnement (les personnes ont un droit de place mais pas une place privative, ce qui permet que plusieurs véhicules se garent successivement sur une même place). Mais effectivement se pose un problème : si on dissuade les personnes d'utiliser la voiture, il faut anticiper le fait que le nombre de voitures va à terme diminuer. La solution de court terme est que la collectivité reprenne à sa charge le parking et le gère en régie ou dans une concession moyennant des subventions d'équilibre.

Christian du Tertre : Il y a effectivement une contradiction consistant à vouloir changer de modèle économique tout en laissant chaque opérateur dans son schéma économique ancien. Pour le gestionnaire de parking, il faut intégrer la perspective d'un usage moindre de la voiture et compenser ce fait en imaginant une offre en services plus élevée.

UNE NÉCESSAIRE ATTENTION À L'ÉGALITÉ DEVANT LE SERVICE

Brigitte Pasquelin : Le comportement des clients / usagers est très important pour la réussite du projet : comment penser leur place dans la réflexion juridique et opérationnelle ?

Sébastien Pinot : Aujourd'hui, le bouquet de services à la mobilité est façonné par les collectivités. La réflexion est orientée vers les solutions de rechange à la voiture, tout en intégrant une dimension sociale à travers le souhait de tarifs sociaux pour les habitants des HLM. Or, dans le cas d'un service public industriel et commercial, la question de tarifs sociaux est délicate. On le voit aujourd'hui à travers les initiatives liées aux services publics de l'eau, de l'électricité. Tout le monde n'est pas d'accord au niveau doctrinal. On ne peut pas proposer un tarif social si celui-ci se met en place au détriment des autres usagers. Des possibilités de tarifs préférentiels existent sur des volumes d'achats ; En dehors de cette situation c'est très compliqué. Une autre difficulté existe : comment déterminer le niveau de revenu concerné par le tarif social ?

D'un point de vue juridique se pose une autre question fondamentale d'égalité : comment arriver à justifier des partis pris dans l'écoquartier ? Cela doit passer par la justification de contraintes particulières, justifiant les tarifs préférentiels, les investissements spécifiques. Dans ce cas, la solution se déploie à l'échelle de l'écoquartier.

Léon-Christophe Etilé : Peut-on envisager une gratuité de l'offre, financée par l'impôt et pas par l'utilisateur. Cette hypothèse aurait-elle une incidence juridique ?

Sébastien Pinot : Cette proposition rejoint la question de la tarification sociale, sauf qu'ici on ne ferait pas payer. L'idée ici est de construire un projet à une échelle réduite, avec ensuite un déploiement à l'ensemble du territoire. On pourrait mettre la gratuité, mais pour un temps court. Sinon on tombe dans le risque de discrimination entre usagers d'un même service au sein d'un périmètre.

Dans le cas précis la gratuité remet en cause le schéma contractuel des DSP. Cela signifie une indemnisation des délégataires et un financement intégral du service aux usagers. Cela renvoie à une décision politique et aux capacités financières liées à cette décision.

QUELLE PLACE POUR LES USAGERS ?

Michel Veillard : Pour faire face à la raréfaction des ressources publiques, on peut envisager l'émission d'obligations gagées sur les biens permettant à des citoyens de prêter à la structure.

Sébastien Pinot : Oui, le financement « participatif » est une réponse à la raréfaction des ressources publiques. Dans notre cas, il n'est pas incompatible en soi, mais il n'est à ce jour pas envisagé. Il faut trouver une structure qui porte la participation citoyenne et qui prenne une part de l'actionariat dans la structure d'ensemble.

Christian du Tertre : L'économie de la fonctionnalité pose trois nécessités : construire de nouvelles formes de relation entre acteurs publics et privés, mettre en place des solutions dans une logique de périmètre évolutif, intégrer les usagers dans la conception, la mise en œuvre et l'évaluation de la solution. Quels sont les dispositifs juridiques pertinents, permettant d'intégrer ces nécessités ? Pour moi, c'est la SCIC.

Sébastien Pinot : Les contextes sont à chaque fois différents. Or les structures juridiques sont adaptées –ou pas- en fonction des contraintes liées au contexte. La SCIC est avant tout un projet participatif, les autres schémas sont centrés sur des systèmes d'opérateurs. Des citoyens peuvent tout à fait se regrouper dans une SCIC qui intègre ensuite une SEM ou une autre structure. On dilue cependant la gouvernance.

- LE CLUB ÉCONOMIE DE LA FONCTIONNALITÉ & DÉVELOPPEMENT DURABLE EST ANIMÉ PAR  www.atemis-lir.com
- LE SITE DU CLUB : comptes-rendus, articles, [actualités](http://actualites) • www.club-economie-fonctionnalite.fr
 - PARTICIPEZ AUX ÉCHANGES : REJOIGNEZ LE GROUPE D'ÉCHANGE LINKED-IN • « Réseau économie de la fonctionnalité et développement durable »
 - SUIVEZ LE CLUB SUR TWITTER • #CFEDD
 - CONTACT : Christian DU TERTRE et Patrice VUIDEL • clubef@atemis-lir.com
- LE CLUB ÉCONOMIE DE LA FONCTIONNALITÉ & DÉVELOPPEMENT DURABLE EST PARTENAIRE DU COLLÈGE DES DIRECTEURS DU DÉVELOPPEMENT DURABLE • www.cddd.fr



- LE CLUB ÉCONOMIE DE LA FONCTIONNALITÉ & DÉVELOPPEMENT DURABLE EST SOUTENU PAR

