

L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES PROJETS D'INVESTISSEMENTS PUBLICS : QUELS MODÈLES ÉCONOMIQUES ET QUELLES OPTIONS CONTRACTUELLES ?



SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	4
I. CONCEVOIR UN PROJET EN AMONT : ANALYSER LES OBJECTIFS	7
II. IDENTIFIER ET ALLOUER LES MISSIONS ET LES RISQUES	7
1. Choisir entre maîtrise d’ouvrage publique et maîtrise d’ouvrage privée.....	10
2. Le transfert éventuel (de manière groupée ou séparée) des risques industriels (conception, réalisation, exploitation des équipements).....	12
3. La gestion de l’infrastructure dans la durée.....	15
4. Le cas particulier du risque commercial	16
III. LA CONSTITUTION ÉVENTUELLE D’UNE SOCIÉTÉ PROJET.....	19
1. L’absence de société « ad hoc »	19
2. La mise en place d’un établissement public ou d’une société par action au capital entièrement detenu par l’état ou par une ou plusieurs collectivités locales	20
3. La mise en place d’une « société projet » au capital entièrement detenu par des acteurs privés.....	20
4. La mise en place d’une société de droit privé mixant des capitaux publics et des capitaux privés	21
IV. ANALYSE ET ALLOCATION DU « RISQUE DU PRETEUR » : LE CHOIX ENTRE UN FINANCEMENT PUBLIC ET UN MONTAGE EN FINANCEMENT DE PROJET.....	23
Annexe 1.....	26
L’accélération énergétique de la commune agricole de Cros	
Annexe 2.....	28
Un partenariat public-privé pour la déviation de Troissereux (Oise)	
Annexe 3.....	30
1 ^{ère} semop à mission dans le domaine de l’eau potable : Bas Languedoc	
Annexe 4.....	32
La ligne à grande vitesse Sud-Europe Atlantique (SEA) Tours-Bordeaux	
Annexe 5.....	34
Grand Paris Express, un nouveau métro en Île-de-France	

ÉDITO

Face à une demande sociale croissante en faveur de plus de service public et dans un contexte de fortes tensions macro-économiques et financières, il est particulièrement important de mener une politique exigeante et efficace en matière d'investissement public, ce qui veut dire choisir les meilleurs projets et déterminer pour chacun d'entre eux la meilleure manière de les réaliser, les gérer et les financer.

Définir et mettre en œuvre cette politique en matière d'investissements publics est donc un objectif essentiel mais qui est également très difficile à atteindre pour plusieurs raisons :

- La définition des performances attendues de ces investissements se complique sans cesse. Au-delà des besoins sociaux « élémentaires » (mobilité, propreté, sécurité, énergie, etc.), viennent s'ajouter d'autres objectifs, particulièrement ceux synthétisés dans le document « 17 objectifs du développement durable » de l'ONU, comme la croissance inclusive, la préservation des ressources naturelles et de la biodiversité ou encore la lutte contre le réchauffement climatique.
- Nous sommes entrés dans une phase dite « disruptive », c'est-à-dire dans laquelle des choix en matière économique et plus encore technologique peuvent, à chaque instant ou presque, être modifiés voire remis en cause du tout au tout.
- La gamme des possibilités contractuelles offertes par le Code de la commande publique s'est enrichie au cours des dernières années. Il faut bien sûr s'en féliciter mais ces nouvelles possibilités génèrent inévitablement une complexité accrue au moment de choisir le modèle économique et le cadre juridique à adopter pour un projet donné.

Sans vouloir nier ou réduire à l'excès cette relative complexité, la Commission Économique et Financière de l'IGD s'est attachée à :

- Présenter de manière aussi objective et claire que possible les diverses options économiques et juridiques qui s'offrent à une autorité publique responsable d'un projet d'investissement public ;
- Éclairer les choix qui s'offrent à elle aux divers stades de la réflexion : comment évaluer un projet ? comment choisir entre maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'ouvrage privée ? Quelles missions peuvent être externalisées et de quelle façon les contrôler ? Quels risques peuvent être transférés efficacement au partenaire privé ? Comment choisir entre les différentes structurations financières envisageables ?

Je forme le vœu que ce document soit utile à l'ensemble des acteurs publics et privés du domaine des infrastructures publiques, pour qu'ils puissent chacun dans son rôle maintenir le haut niveau de service public qui est un atout pour la France.

Je remercie les membres de la Commission Économique et Financière d'y avoir brillamment contribué.

Hubert du Mesnil
Président de l'IGD



INTRODUCTION

Concevoir, réaliser et gérer une infrastructure liée à un service public est une tâche complexe dont la responsabilité ultime incombe à l'autorité publique responsable du projet.

C'est en effet cette dernière qui assure le pilotage stratégique du projet, tout d'abord sa conception (quel projet pour quels usages et quels usagers ?) puis la décision de le réaliser ou non, le choix de la meilleure façon de le mener à bien et le suivi du projet à tous les stades de son existence (conception puis construction et/ou exploitation).

Pour tenter d'éclairer les choix de la personne publique, **cette note couvre l'ensemble des modes de réalisation et de gestion des projets publics relevant du Code de la commande publique** : les marchés publics classiques à maîtrise d'ouvrage publique, les marchés globaux¹, les marchés de partenariat et les concessions.

Cette responsabilité - dont l'autorité publique ne saurait s'exonérer - s'accompagne, quel que soit le mode de réalisation choisi *in fine* et quel que soit le secteur (énergie, mobilité, santé, éducation, eau et assainissement, déchets, services urbains, etc.), de la **nécessité de recourir à l'expertise et aux moyens d'intervenants appartenant pour la plupart au secteur privé.**

Une des clés principales de la réussite d'un projet d'investissement public (c'est-à-dire de sa capacité à rendre le meilleur service au meilleur coût) réside dans la **bonne association et la bonne répartition des rôles entre la sphère publique et le secteur privé.** En effet, c'est la bonne allocation des tâches et des risques entre ces différents acteurs qui détermine le choix du meilleur modèle économique et du cadre contractuel le plus adapté. Ceci est particulièrement vrai dans le cas de projets complexes, de grande ampleur et à cycle de vie économique long.

Dans ce domaine et quel que soit le mode de réalisation choisi, **une allocation optimale est un gage d'efficacité** - aussi bien du point de vue opérationnel ou de la performance qu'au regard de la bonne utilisation des ressources financières publiques - **tandis que des erreurs ou un manque d'anticipation en cette matière sont générateurs de surcoûts** (dans le budget initial ou en cours d'exécution) **et/ou de difficultés voire de blocages en cours d'exécution de contrat.**

Cette réflexion stratégique sur la définition d'un projet, l'opportunité de le réaliser et le choix du meilleur modèle économique et du cadre contractuel, doit être menée **en amont** car elle déterminera l'organisation générale de la conduite du projet, la stratégie contractuelle et ses modalités de réalisation et de gestion (définition des cahiers des charges, appels à la concurrence, choix du

¹ Cette appellation recouvre trois types de marchés : les marchés publics globaux de performance, les marchés publics de conception réalisation et les marchés publics sectoriels. Cf. IGD, [Kesaco sur les marchés globaux](#), 2021

ou des lauréats, construction, exploitation, etc.). Cette phase d'amont conditionnera donc très largement la réussite ou l'échec du projet, ce d'autant plus que, dans ce domaine, tout changement ou tentative de corriger une erreur d'appréciation une fois le processus lancé est en pratique très difficile et en tout état de cause extrêmement coûteux.

L'IGD a donc considéré utile d'analyser dans ce rapport la problématique de **l'allocation des tâches et des risques ainsi que les coûts associés à tous les stades d'un projet**, en tentant de dégager des règles d'application générale mais également en prenant l'exemple de certains secteurs (cf. annexes).

Conformément à l'approche générale adoptée par l'Institut, **ce document n'a pas vocation à préconiser un modèle par rapport à un autre** mais d'éclairer le choix des décideurs publics sur les avantages, inconvénients et risques inhérents aux différents modèles économiques et cadres contractuels et ce, sur l'ensemble de la vie d'un projet.

Plusieurs **remarques liminaires** nous semblent devoir s'imposer à ce stade :

- Cette réflexion stratégique « en amont » doit être conduite de manière « agnostique », sans préjugé ou parti pris « pour » ou « contre » tel ou tel modèle, avec le seul souci de l'efficacité et du rapport qualité-prix du service rendu par le projet (quel niveau de service pour quel coût pour les finances publiques et/ou les usagers) mesuré sur l'ensemble de la vie du projet. Elle doit à l'évidence être menée avec rigueur, quel que soit le mode de réalisation qui sera finalement retenu ;
- Un haut niveau d'exigence technique et intellectuelle est requis, que l'on doive aboutir à une formule ou à une autre, l'on peut à cet égard rappeler que chaque projet doit faire l'objet d'une analyse préalable de son mode de réalisation ;
- Un principe cardinal - connu et pratiqué par les spécialistes de ce domaine et conditionnant largement la réussite d'un projet - consiste à confier chaque tâche et le risque que celle-ci comporte à la partie (publique ou privée) la mieux à même de l'analyser, la « pricer » et la gérer soit par sa capacité technique soit par sa capacité financière ;
- On peut également dans certains cas organiser le partage d'un même risque afin de privilégier l'efficacité de sa gestion et ainsi favoriser le projet de façon globale, les aléas pouvant impacter le projet ;

- Partager et donc allouer les risques est essentiel mais les réduire ne l'est pas moins, il importe donc d'éviter des allocations uniquement fondées sur des études préalables insuffisamment détaillées et donc susceptibles de générer de mauvaises surprises notamment en matière de coûts et de délais ;
- Les comparaisons de coût entre les différents modèles économiques et contractuels sont bien sûr un important critère de décision à condition d'une part, qu'elles prennent en compte la durée totale de la vie du projet (alors que les porteurs de projet optant pour des marchés publics ont parfois tendance à sous-estimer, par exemple, les coûts de maintenance, d'entretien et de grosses réparation) et d'autre part, qu'elles intègrent tous les coûts, qu'ils soient ou non externalisés (alors que trop souvent les coûts internalisés sont sous-estimés voire non comptabilisés en matière de marchés publics classiques) ;
- Aucun modèle n'est intrinsèquement supérieur aux autres, bien au contraire le choix dépendra de nombreux critères tels que le secteur, le projet, les capacités techniques « en interne » de l'autorité publique qui en est responsable, l'existence et la transférabilité d'un risque commercial, etc. On voit d'ailleurs sur un même type de projet - comme par exemple les stades - coexister des modèles économiques et des cadres juridiques très différents ;
- Les droits et obligations des partenaires publics et privés (notamment l'allocation de l'ensemble des missions et des risques) découlant du modèle économique retenu doivent en outre pouvoir être contractualisés de manière compatible avec le Code de la commande publique. En effet, notre droit public n'offre qu'un nombre limité d'options et - si la gamme des types de contrats s'est enrichie au cours des dernières années - elle n'offre encore qu'une souplesse limitée. Par exemple, les contrats globaux supposent que la maîtrise d'ouvrage soit publique, ou encore le recours à ces contrats est soumis à des conditions relativement contraignantes et qui varient d'un secteur à l'autre. Le marché de partenariat est quant à lui assorti de conditions d'accès aussi complexes que strictes et qui conduisent aujourd'hui à son quasi-abandon.
- Dans un souci pratique, le présent document se situera à droit constant. Il pourra être envisagé dans un deuxième temps de réfléchir aux améliorations permettant que de « bons » modèles économiques soient compatibles avec notre droit public au lieu que ce dernier n'empêche de les traduire dans des contrats ou ne le permette qu'au prix d'une certaine « créativité juridique » parfois génératrice de risque juridique de requalification ;
- Cette note s'inscrit dans un contexte économique et financier mouvant du fait des conséquences de la crise Covid et de la guerre en Ukraine. La hausse du prix des matières premières et de l'énergie, l'inflation ou encore l'augmentation des taux d'intérêt pourraient impacter la réalisation d'un projet, notamment si ces éléments s'installent dans la durée.

I. CONCEVOIR UN PROJET EN AMONT : ANALYSER LES OBJECTIFS

Cette première tâche est évidemment d'autant plus essentielle que le projet est de grande ampleur (et éventuellement complexe et/ou novateur) et donc que toute erreur ou imprécision aurait de graves conséquences financières et humaines.

Ce **principe cardinal** est rappelé à l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique selon lequel « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ». Au-delà de la régularité de la procédure et de la bonne exécution du marché, le respect de cette exigence conditionne l'efficacité même du processus d'achat.

Bien franchir cette première étape suppose notamment de raisonner davantage en « service à rendre » qu'en « équipements à construire » mais également **de se poser les questions suivantes** :

- Quel est le service attendu, pour quelle volumétrie (avec quelle volatilité de la demande) et pour quelle durée ? En d'autres termes, quelle prédiction raisonnable peut-elle être faite sur le risque d'obsolescence technique ou « sociologique » de l'équipement envisagé et l'échéance possible de survenance de ce risque ?
- Faut-il prévoir dès ce stade de la conception une certaine modularité quantitative (à la hausse ou à la baisse) ou qualitative (comme la possibilité d'intégrer des évolutions notamment technologiques en cours de contrat) ?
- Ce service peut-il (et doit-il) donner lieu à paiement par l'utilisateur, quel pourcentage du coût complet du projet peut-il être rentabilisé de cette façon ? Le risque commercial qui en découle peut-il être transféré au secteur privé dans de bonnes conditions économiques ?
- La technologie à mobiliser et les manières d'organiser le service à assurer sont-elles uniques ou plusieurs options sont-elles envisageables ? Des innovations sont-elles possibles ? Le décideur public en a-t-il une parfaite connaissance ? Quelle part de conception/optimisation est-il opportun de laisser au secteur privé ?

LES DIFFÉRENTS TYPES D'ÉVALUATIONS « PRÉALABLES »

Différents types d'évaluations en amont – souvent appelées « préalables » - coexistent, et peuvent présenter un risque de confusion. Il convient de distinguer :

- L'analyse de l'opportunité et de la faisabilité d'un projet que tout décideur public doit effectuer en fonction de la taille et des enjeux associés du projet et le secteur concerné, afin de faire un bon usage des deniers publics ou des montants qui devront être acquittés par les usagers ;
- Tout projet d'investissement financé par l'État (ou par l'un de ses établissements) fait l'objet d'une évaluation socio-économique préalable et d'une contre-expertise indépendante préalable¹ réalisée par le Secrétariat général pour l'investissement lorsque le financement de l'État atteint au moins 100 millions d'euros hors taxe et représente au moins 5% du montant total hors taxe du projet d'investissement² ;
- L'évaluation préalable du mode de réalisation (EPMR) pour laquelle Fin Infra³ est obligatoirement saisie, pour avis, par le porteur de projet, pour recourir à un marché de partenariat. Dans ce cas, le porteur de projet procède à :
 - Une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet (art. L. 2212-1, CCP). Il s'agit d'établir pour chaque mode de réalisation un bilan coûts-avantages tenant compte des caractéristiques du projet et des objectifs poursuivis. Le coût complet s'apprécie sur la durée du projet en tenant compte des coûts de financement et des risques transférés au partenaire privé. L'analyse avantages - inconvénients tient compte du transfert de la maîtrise d'ouvrage, par exemple avec la mobilisation de moyens ou de compétences du partenaire privé ainsi que du périmètre des missions qui lui sont confiées.
 - Une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits (art. L. 2212-3, CCP).
- Dans le cadre du recours à une délégation de service public (DSP), l'élaboration par les services de la collectivité d'un « *rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* »⁴. Ce rapport présente les différents modes de réalisation du projet possibles et expose les raisons pour lesquelles la collectivité entend recourir à une DSP. Avant la délibération de principe de l'assemblée délibérante sur le choix de la DSP, la commission consultative des services publics locaux (CCSPL) doit systématiquement être consultée pour avis par l'assemblée délibérante⁵.

1 Art. 17, Loi du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques

2 Art. 3, Décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017

3 Fin Infra est un service à compétence nationale rattaché au directeur général du Trésor qui conseille les entités publiques dans la conduite de leurs projets d'investissement

4 Art. L. 1411-1, Code Général des Collectivités Territoriales

5 Art. L. 1413-1, Code Général des Collectivités Territoriales

Étudier ces différents sujets est d'autant plus important et complexe que tous les experts s'accordent à penser que nous entrons dans une ère « disruptive » et donc incertaine.

Que penser par exemple de l'équilibre à terme entre la filière de la recharge électrique et celle de l'hydrogène pour les transports publics et privés ? Ou encore entre le travail sur site et le travail en « distanciel » ? Quels changements dans les services urbains seront rendus nécessaires par le changement climatique, dans quels domaines et à quelle échéance ? Comment évolueront les réglementations européennes et françaises en matière de développement durable et quelles en seront les conséquences sur les infrastructures d'intérêt général ?

Même si les décideurs publics auront plus que jamais à prendre des décisions engageant le long terme dans un contexte incertain, réduire cette incertitude n'en sera pas moins un enjeu essentiel et à cette fin, les opérateurs privés pourraient aider à trouver les moins mauvaises réponses aux questions listées ci-dessus dans la mesure où - étant des acteurs de premier plan, le plus souvent leaders sur le marché international dans leurs spécialités - ils ont à leur actif un très grand nombre de projets publics en France et à l'étranger, offrant autant de possibilités de « benchmarking ».

A cet égard, le Code de la commande publique⁶ prévoit la possibilité de pratiquer le « **sourcing** » (ou **sourçage**) en amont des appels d'offre et donc à un stade où le dialogue entre décideurs publics et opérateurs privés peut être relativement ouvert (moyennant un certain nombre de précautions de nature juridique) et cette faculté pourrait être utilisée nettement plus souvent qu'elle ne l'est actuellement. D'autres méthodes telles que les appels à projet ou à manifestation d'intérêt peuvent également être utilisées pour mieux connaître l'offre disponible à un moment donné.

Au total, cette phase d'évaluation en amont - essentielle quel que soit le mode de réalisation qui sera in fine retenu - doit non seulement permettre de confirmer l'opportunité et la faisabilité d'un projet, mais également fournir les éléments d'analyse permettant de choisir dans chaque cas le modèle économique le plus efficace et le cadre contractuel le plus approprié.

⁶ Article R. 2111-1 du Code de la Commande publique : « Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3. »

II. IDENTIFIER ET ALLOUER LES MISSIONS ET LES RISQUES

1. CHOISIR ENTRE MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE ET MAITRISE D'OUVRAGE PRIVÉE

Le choix entre maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'ouvrage privée est à opérer en amont par le responsable public du projet.

Il est essentiel, non seulement en lui-même, tant la responsabilité du maître d'ouvrage est importante, mais aussi parce qu'il a des conséquences sur le choix du modèle économique et contractuel.

En effet, opter pour la maîtrise d'ouvrage publique conduit à exclure les marchés de partenariat et les concessions - qui supposent une maîtrise d'ouvrage privée - et impose de recourir à un marché public « classique » ou aux « marchés globaux » (ces derniers impliquent en effet une maîtrise d'ouvrage publique, à quelques nuances près).

La fonction de maître d'ouvrage comporte un grand nombre d'obligations - et donc de responsabilités - du stade de la programmation et de la conception à celui de la construction puis de la gestion de l'infrastructure concernée.

Certaines prérogatives peuvent être déléguées alors que d'autres doivent obligatoirement être exercées par le décideurs public :

Prérogatives d'un maître d'ouvrage (MOA)	Prérogatives non déléguables	Prérogatives déléguables au partenaire privé
Définition du besoin, du choix de la localisation du projet, de la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle et du financement de l'opération	Prérogative de l'autorité publique, sauf pour le financement	Le financement peut être confié au partenaire
Choix des modalités de réalisation et de la définition de la place de chacun des acteurs ¹	Prérogative de l'autorité publique	
Mise en œuvre des procédures et autorisations préalables au projet et des procédures associées (concertation, enquête publique, environnement, etc.) ;	Prérogative de l'autorité publique s'agissant des évaluations préalables	Certaines autorisations et concertation peuvent être confiées au partenaire
Lancement des appels d'offres puis de la signature de l'ensemble des marchés nécessaires au bon achèvement du projet	Le contrat avec le partenaire privé relève de l'autorité publique	Les sous-contrats sont passés par le partenaire privé
Pilotage du processus de construction, notamment de la gestion de l'interface entre tous les acteurs du projet, en construction et en exploitation ²	Conservé par l'autorité publique en MOP	Peut être transféré au partenaire
Réception de l'ouvrage et de la détermination des modalités de mise en œuvre de l'exploitation-maintenance et des conditions d'utilisation de l'ouvrage ³	Conservé par l'autorité publique en MOP	Peut être transféré au partenaire
Au-delà de cette liste, le MOA assume également tout un ensemble de responsabilités telles que celles afférentes à l'existence de l'ouvrage ou de l'équipement (éventuelles nuisances à l'égard des usagers ou des tiers) ainsi que les modifications à apporter à l'ouvrage ou à l'équipement tout au long de sa durée de vie (modernisation, adaptation aux nouveaux standards ou usages, renouvellement, etc.).	Conservé par l'autorité publique s'il est propriétaire de l'infrastructure	Peut être transféré au partenaire

Au total, le maître d'ouvrage, même s'il peut se faire assister par des tiers, n'en conserve pas moins une « **responsabilité d'ensemble sur le projet** » et il est donc essentiel que tout porteur de projet vérifie, avant d'assumer cette responsabilité, qu'il dispose dans ses services d'une équipe ayant suffisamment de compétence et d'expérience pour l'assumer efficacement.

¹ Maître d'ouvrage, maître d'ouvrage délégué le cas échéant, maître d'œuvre, architecte le cas échéant, AMO, conseils et prestataires techniques divers, entreprises, etc.

² Sauf en ce qui concerne les marchés globaux de performance

³ Sauf en ce qui concerne les marchés globaux de performance

2. LE TRANSFERT ÉVENTUEL (DE MANIÈRE GROUPÉE OU SÉPARÉE) DES RISQUES INDUSTRIELS (CONCEPTION, RÉALISATION, EXPLOITATION DES ÉQUIPEMENTS)

Les autorités publiques porteuses et donc responsables de projets visant à créer ou développer un service d'intérêt général ont à leur disposition un **large choix en ce qui concerne le degré d'agrégation et d'externalisation de l'ensemble des tâches permettant de générer ce service.**

Si elles ont opté pour une maîtrise d'ouvrage publique, elles peuvent adopter une logique totalement « in house », c'est-à-dire passer des marchés publics classiques séparés et allotés pour la conception et la construction, puis faire gérer l'infrastructure « en régie » par des équipes appartenant à la collectivité publique concernée.

Les risques et coûts liés à cette approche, et par conséquent, les questions à se poser pour la comparer à d'autres options, sont les suivants :

- Les **risques liés au sol et au sous-sol**, tel que les risques de pollution, les risques archéologiques et les risques pyrotechniques ainsi que plus largement les risques liés au terrain, par exemple en cas de présence d'une zone d'aménagement différé (ZAD), ou d'éventuelles constructions existantes ;
- Les risques **liés aux études et à l'obtention des autorisations administratives** tels qu'une mauvaise identification des procédés constructifs permettant d'atteindre les objectifs ou l'obtention du permis et ses délais d'instruction ;
- Les **risques liés à l'évolution des coûts de construction** en particulier dans le contexte actuel, caractérisé par une très forte hausse des indices de révision (en particulier du BT01), rendant difficile la prévision des prix voire l'approvisionnement des chantiers ;
- Les risques **liés à la défaillance** éventuelle des opérateurs industriels ;
- **Les risques inhérents aux relations entre les entreprises sélectionnées et le maître d'ouvrage**, et en particulier, le fait que ce dernier porte la responsabilité jusqu'à la fin du projet le rend vulnérable à des demandes reconventionnelles en cours d'exécution des contrats (les « claims » ou « réclamations ») ;
- **Les risques d'interface**, c'est-à-dire de mauvaise intégration des diverses prestations réalisées par des entreprises différentes (et qui auront tendance en cas de difficulté à se rejeter mutuellement la responsabilité). Ce risque, qui peut générer d'importants retards et/ou surcoûts, est évidemment proportionnel à la taille et à la complexité de l'infrastructure à réaliser et au nombre des appels d'offres lancés qui peut atteindre plusieurs milliers dans certains cas pour des projets de grande ampleur d'où un coût de traitement important et un risque élevé de contentieux ;
- **La vulnérabilité du maître d'ouvrage à l'égard de demandes reconventionnelles des contractants** génère un risque significatif de retards et de surcoûts dont la survenance a pu être observée au cours des dernières années (il est d'ailleurs regrettable qu'aucun recensement *ex post* de ce type de risque n'ait été entrepris) ;

- La dimension budgétaire de cette approche « in house » peut également générer des **risques si la réalisation de l'infrastructure s'étend sur plusieurs années**. Dans ce cas, le principe d'annualité budgétaire peut entraîner des arbitrages générateurs de retards voire d'arrêt du chantier du projet ;
- Au niveau de la maintenance, du gros entretien réparation (GER) et de l'exploitation post construction, **les principaux risques sont liés à la tentation de « faire des économies » sur la maintenance et le GER** (bénéfique financièrement à court terme mais souvent coûteuse à moyen ou long terme). Par ailleurs, une gestion publique post construction peut s'avérer plus coûteuse qu'une gestion déléguée ;
- De manière générale, des appels d'offre séparés et allotés doivent comporter des **spécifications techniques très précises** (sauf à générer un risque d'interface ingérable) d'où un **risque de perte d'opportunité** par rapport à des innovations qu'une mission plus large confiée à des opérateurs privés permettrait de mettre en œuvre ;
- Enfin, **la personne publique doit se demander si elle dispose dans ses équipes des cadres aptes à gérer ce type d'opération ou si des recrutements sont nécessaires**. Elle doit également, dans la comparaison à faire entre les divers modes de réalisation, tenir compte du coût de fonctionnement de cette équipe de spécialistes.

À l'inverse, le fait de recourir à des contrats englobant la conception, la construction et l'exploitation transfère (alloue) à un opérateur privé (unique ou constitué en groupement) la responsabilité de réaliser une infrastructure correspondant aux objectifs spécifiés dans la procédure de passation et de la gérer dans la durée.

Cette façon de procéder emporte **plusieurs conséquences** s'agissant des risques listés ci-dessus et des coûts associés :

- Dans le cas des contrats globaux, le maître d'ouvrage public n'est plus en contact avec un grand nombre d'entreprises chargées d'une fraction de la prestation mais avec un opérateur unique auquel incombe une obligation de résultat en matière de service attendu, d'où un dialogue simplifié ;
- De ce fait, le risque d'interface est transféré à l'opérateur privé qui a pu en outre s'organiser au stade de l'appel d'offres pour être en mesure de le gérer efficacement, une fois sélectionné ;
- S'agissant des risques de sol et de sous-sol, la mise en œuvre d'un contrat global, que ce soit un marché global de performance, un marché de partenariat ou une concession, donne usuellement la possibilité à l'autorité publique de transférer tout ou partie de ces risques soit de façon générale soit dans le cadre d'un plafond de prise en charge. Afin qu'un tel transfert soit fait dans de bonnes conditions économiques il est essentiel que l'autorité publique réalise ou fasse réaliser les études préalables nécessaires à la limitation du risque transféré au titulaire permettant à ce dernier de correctement estimer les coûts du projet ;
- Si le risque d'évolution des indices sous-jacents aux coûts était usuellement transféré au titulaire dans le cadre d'un contrat global, la situation actuelle, remet néanmoins en question ce partage de risque, certains acteurs privés refusant de porter ce risque et demandant la réintégration dans les contrats de clauses de révision des prix ;

- En matière de coûts également, le fait pour un porteur de projet de suivre un appel d'offre (et non une multitude) est générateur d'économies mais - surtout - la capacité donnée à un groupement de réfléchir au stade de la passation du contrat⁴ à la meilleure façon de rendre la chaîne conception/construction/maintenance la plus efficace possible (condition essentielle pour remporter l'appel d'offre) doit permettre que « le tout soit inférieur à la somme des parties », c'est-à-dire que le coût complet du projet mesuré sur la totalité de son cycle de vie soit le plus modéré possible ;
- L'infrastructure ayant dans la plupart des cas une durée de vie supérieure à la durée du contrat, l'obligation de maintenance et de restitution en parfait état de celle-ci évite d'avoir à faire face à un « mur d'investissements » au moment de sa repossesion par la puissance publique ;
- Enfin (et ce point est particulièrement important) le risque de performance - notamment la qualité, le bon fonctionnement et le taux de disponibilité de l'infrastructure - est transféré à l'opérateur privé car ce dernier est le plus souvent pénalisé en cas de non atteinte des objectifs figurant dans son contrat.

Entre le « in house » total et l'agrégation et l'externalisation de la totalité des fonctions de conception, construction et d'exploitation, **plusieurs modèles « hybrides » peuvent être pratiqués :**

- Dans le domaine bâtimentaire, l'autorité publique peut souhaiter **sélectionner d'abord un projet architectural et lancer ensuite une procédure de passation pour sélectionner le groupement chargé de le réaliser et l'exploiter**, permettant ainsi de donner une plus grande liberté de conception de l'ouvrage aux architectes mais imposant aux pouvoirs publics de prendre une décision sur le projet retenu sans disposer d'un engagement sur les coûts de construction et de maintenance. Alternativement, il peut être envisagé de demander aux groupements de présenter dans leurs offres plusieurs offres architecturales⁵ ;
- On peut également citer dans cette catégorie « hybride » les **contrats d'affermage** qui consistent à déléguer à un opérateur privé la gestion d'un équipement public déjà réalisé ;
- Il est également possible - et cela a été pratiqué avec succès pour des marchés de partenariat portant sur des prisons - de **moduler la durée des contrats en fonction des tâches**. Il s'agit par exemple de conclure un contrat à 30 ans pour la construction et l'entretien inhérent à l'infrastructure et un contrat à 10 ans pour les « services associés » tels que les services à la personne (la cantine, la buanderie, etc.), ce qui permet de les adapter à l'évolution technique (ou économique et sociale) et/ou les remettre en concurrence.

Même s'il opère un très large transfert de risque au secteur privé, le fait d'intégrer et externaliser tout ou partie des fonctions de conception, de réalisation et de gestion d'une infrastructure publique **n'élimine pas l'ensemble des risques**, qui doivent faire l'objet d'un suivi attentif. En particulier :

- Le **risque d'une mauvaise performance technique** - ou de difficultés financières en cours d'exécution - du groupement sélectionné est d'autant plus sensible que la prestation dont il a été chargé est globale, s'étend sur la longue période (et que le projet est de grande taille et/

4 Il s'agit de l'ensemble du processus conduisant à l'attribution du contrat

5 Une telle demande nécessite néanmoins d'ajuster en conséquence le montant des indemnités pour permettre la rémunération de l'ensemble des études réalisées.

ou de forte complexité). Il importe donc de vérifier les capacités techniques et financières du groupement avant de lui attribuer le contrat ;

- Le suivi par la personne publique de ce type de contrat durant tout son cycle de vie - y compris la préparation de la reprise de possession de l'ouvrage au terme de la période de validité du contrat - demande de **disposer d'une équipe compétente et stable**. Le recours à des conseillers techniques et juridiques peut en outre s'avérer utile dans de nombreux cas.

3. LA GESTION DE L'INFRASTRUCTURE DANS LA DURÉE

Les événements récents ont confirmé - s'il en était besoin - qu'un contrat s'étalant sur de nombreuses années pouvait être amené à devoir évoluer sous l'effet de divers facteurs tels que :

- La volonté de l'acheteur public ou du concédant de modifier ou résilier unilatéralement un contrat au titre de l'intérêt général ;
- La nécessité de modifier un contrat devenu inadapté pour des motifs techniques ou tenant à l'évolution du service public (besoins en évolution ou normes nouvelles comme par exemple celles ayant trait à la lutte contre le réchauffement climatique) ;
- Le souhait des parties de préciser (si le contrat initial est imprécis) les conditions d'exécution du contrat ;
- La survenance de circonstances extérieures aux parties et qu'une autorité concédante diligente⁶ ou un acheteur diligent⁷ ne pouvait pas prévoir conduisant à bouleverser temporairement l'équilibre d'un contrat ;
- A l'inverse, la survenance de circonstances augmentant la rentabilité d'un contrat très au-delà des prévisions établies lors de la passation du marché.

Or, ne pas pouvoir tenir compte de ces facteurs d'évolution à cause de contrats trop rigides pourrait avoir pour conséquence notamment de :

- Maintenir en vigueur des contrats portant sur un service public ne correspondant plus aux besoins de la population ;
- « S'accrocher » à une technologie frappée d'obsolescence et donc se priver de gains de productivité importants ;
- Ne pas pouvoir tenir compte de normes ou d'objectifs (comme la taxonomie européenne ou les Objectifs de Développement Durable) apparus ou mis à jour après la signature du contrat ;
- Placer un opérateur privé en situation financière précaire sous l'effet d'évènements graves et imprévisibles.

6 Art. R. 3135-5, Code de la commande publique

7 Art. R. 2194-5, Code de la commande publique

Conscients de ces risques et de leurs conséquences dommageables tant pour les finances publiques, la qualité du service rendu que pour les opérateurs privés, le législateur européen (dans ses directives de 2014) et le législateur français (à l'occasion de leur transposition) ont fait **évoluer les textes en faveur d'une plus grande respiration des contrats publics de long terme.**

Il est impossible de rendre compte de manière détaillée - dans ce document - de la portée de ces nouvelles règles et il est vivement conseillé aux lecteurs souhaitant approfondir le sujet de se reporter au précis rédigé par la Commission Juridique de l'IGD⁸.

Il est toutefois possible de dégager un certain nombre de principes en matière de gestion des risques associés à la modification des contrats dans le temps :

- On peut tout d'abord rappeler une règle de bon sens consistant à adapter la durée d'un contrat à l'horizon raisonnablement prévisible de pertinence/obsolescence de la technologie utilisée (c'est pour cette raison que les contrats faisant appel aux technologies de l'information ont souvent une durée inférieure par exemple à ceux concernant les grandes infrastructures de transport) ;
- Les textes permettent d'insérer dans les contrats des « clauses de réexamen » permettant aux parties de discuter d'éventuelles modifications de contrats, à condition que ces clauses soient « *claires, précises et sans équivoque* »⁹, notamment pour permettre des variations de prix ou « d'options »¹⁰ ;
- Il est possible dans certaines limites de modifier les contrats sans réouverture à la concurrence pour y introduire des prestations supplémentaires (dans la limite de 50% du contrat initial) ;
- Des circonstances imprévues peuvent conduire à modifier des contrats (à hauteur au maximum de 50 % du contrat initial afin de restaurer l'équilibre économique du contrat). Ces modifications, si elles donnent lieu à des compensations financières doivent néanmoins être finement négociées afin d'éviter que la proposition du titulaire ne génère une sur rémunération pour ce dernier. En particulier, les coûts associés à ces modifications ainsi que la rémunération demandée par le titulaire doivent être très précisément contre-expertisés.

Dans toutes ces circonstances, c'est le contractant public, garant de l'intérêt général, qui demeure responsable du service public, il doit toutefois - sous le contrôle du juge - faire preuve d'équité, ne pas consentir de libéralité et ne pas déroger aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

8 Les Précis de l'IGD, n°3, « Modification des contrats de concession et des marchés de partenariat en cours d'exécution », mars 2022

9 Article R. 2194-1, Code de la Commande Publique

10 Selon la DAJ et la directive 2014/24/UE, cette notion peut recouvrir des tranches optionnelles, des reconductions, des tranches optionnelles ou encore répondre à une évolution technologique ou une sujétion technique imprévue.

4. LE CAS PARTICULIER DU RISQUE COMMERCIAL

La question du transfert éventuel du risque commercial (qui suppose de recourir à un contrat de type concessif) **ne se pose que dans le cas où l'utilisation de l'équipement public en cause donne lieu à une rémunération**, soit selon un modèle « BtoB » c'est-à-dire acquittée par un opérateur professionnel (comme les LGV ou les réseaux de fibre) ou selon un modèle « BtoC » c'est-à-dire acquittée par un usager final (comme les autoroutes ou les piscines), ce qui exclut de fait un grand nombre d'infrastructures publiques (notamment tous les bâtiments administratifs).

Entrent également dans cette catégorie des montages dans lesquels un opérateur privé se voit concéder (à titre gratuit ou parfois onéreux) une **autorisation d'occupation temporaire** de l'espace public lui permettant de déployer un équipement - par exemple des panneaux photovoltaïques¹¹ - et l'exploiter en assumant les risques inhérents à cette activité.

Lorsque ce risque est transférable, la question essentielle est de savoir si les partenaires privés potentiels sont disposés à prendre ce risque, c'est-à-dire accepter qu'il leur soit cédé par le pouvoir adjudicateur ou l'autorité concédante, à des conditions raisonnables et fondées sur une prédiction de revenu commercial (le nombre d'usagers multiplié par le tarif) proche de celle que l'opérateur économique a effectuée au moment de l'évaluation du projet. Cette évaluation peut aboutir à la nécessité de prévoir le versement de subventions d'investissement ou d'exploitation ou, à l'inverse, donne lieu à versement d'une soulte en fonction du rapport entre le coût des travaux à engager et la rentabilité intrinsèque escomptée. La possibilité pour le concessionnaire de proposer des conditions économiques raisonnables peut résulter de caractéristiques intrinsèques du projet mais également de sa capacité à mitiger le risque sur plusieurs opérations présentant des profils de risque différents.

En calcul économique théorique, transférer ou non au privé le risque commercial est un pari sur l'avenir qui s'avérera gagnant (ou au minimum neutre) *ex post* pour la personne publique si les anticipations des opérateurs privés et publics se vérifient (à l'intérieur d'une marge d'erreur raisonnable).

Deux autres considérations doivent être prises en compte pour passer de la théorie à la pratique :

- Sauf si le « prix de cession » du risque commercial est manifestement excessif¹², la personne publique va souvent préférer transférer ce risque, quitte à subir une perte d'opportunité se matérialisant à long terme. Ce transfert permet en effet de sécuriser les coûts associés à la réalisation de projet. Il agit comme une « assurance » permettant à la personne publique, comme à l'usager de ne pas se voir facturer les risques liés à la fréquentation ;
- Le fait pour un opérateur privé concessionnaire d'être directement associé au risque de fréquentation de l'équipement constitue la meilleure garantie de sa motivation à assurer le parfait état et l'attractivité de ce dernier.

Si la théorie veut que le concessionnaire assure la construction et l'exploitation technique et commerciale de l'ouvrage « à ses risques et périls », ce qui supposerait un transfert total du risque commercial, la réalité est plus nuancée.

11 Cf. Annexe 1 – L'accélération énergétique de la commune agricole de Cros, GREEN YELLOW

12 Dans le cas où les partenaires privés potentiels ont une vision extrêmement négative du risque de trafic

En effet, l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession indique que ce transfert de risque « *implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte (...) ne doit pas être purement nominale ou négligeable* », cette formulation laissant donc la porte ouverte à une possibilité d'atténuation du transfert du risque commercial. Ainsi, des mécanismes de limitation du transfert de risque peuvent être introduits sans pour autant remettre en cause le schéma concessif.

À l'inverse, de nombreux contrats de concession prévoient des clauses de partage voire de reversement total (souvent sous forme de raccourcissement de la durée du contrat) de la rentabilité au-delà d'un certain seuil ou selon un pourcentage défini au stade du contrat.

Si le modèle concessif est celui qui permet le plus traditionnellement de transférer un risque commercial au partenaire privé, le régime des marchés de partenariat permet également de le faire pour une partie du coût de la construction. En effet, l'article L. 2213-9 du Code de la commande publique prévoit la possibilité que le loyer payé par la personne publique soit diminué en fonction des « *revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine par le titulaire* » (ce dernier réalisant ces revenus ou recettes « à ses risques et périls »).

III. LA CONSTITUTION ÉVENTUELLE D'UNE SOCIÉTÉ PROJET

Schématiquement, quatre grandes familles de solutions de portage de projets peuvent être choisies :

- 1 - L'absence de société « ad hoc » ;
- 2 - La mise en place d'un établissement public ou d'une société par action au capital entièrement détenu par l'État ou par une ou plusieurs collectivités locales ;
- 3 - La mise en place d'une « société projet » au capital entièrement détenu par des acteurs privés ;
- 4 - La mise en place d'une société de droit privé mixant des capitaux publics et des capitaux privés.

Tout montage faisant appel à du capital – qu'il soit public ou privé – génère un « **risque actionnaire** » dans la mesure où toute perte d'exploitation survenant au cours de la vie du projet concerné vient en diminution du capital mis en place. À l'inverse, des gains générés par l'exploitation du projet permettent de distribuer des dividendes et/ou augmentant le capital initialement investi.

1. L'ABSENCE DE SOCIÉTÉ « AD HOC »

La question de la **création d'une société « ad hoc »** ne se pose normalement pas dans le cas d'une approche totalement « in house » (en régie) et donc de la passation de marchés publics fractionnés et allotis, sauf à ce que le porteur du projet ne décide de créer une Société Publique Locale (cf. infra).

En principe, elle ne se pose pas non plus en cas de recours à des contrats globaux de performance, sauf création d'une Société Publique Locale (SPL), dans la mesure où le partenaire privé n'est lié à la personne publique que par un contrat de prestation. La personne publique demeure, pour sa part, maître d'ouvrage et les prestations dues au titre du contrat sont payées au comptant, au fur et à mesure de leur exécution par la personne publique.

À l'inverse, des délégations de service public peuvent aussi ne pas donner lieu à création de sociétés ad hoc si la passation de marché ne l'exige pas et si le partenaire privé choisit de gérer le projet à partir de son bilan général (qui peut être impacté par les pénalités prévues au sein des contrats respectifs).

2. LA MISE EN PLACE D'UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC OU D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTION AU CAPITAL ENTIÈREMENT DETENU PAR L'ÉTAT OU PAR UNE OU PLUSIEURS COLLECTIVITES LOCALES

Des « **Établissements Publics** » peuvent être créés (si nécessaire par voie législative) pour faciliter la réalisation de grandes infrastructures nationales, régionales ou locales, ce quel que soit le mode contractuel choisi.

On peut citer à titre d'exemples la Société du Grand Paris (SGP)¹, les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) locaux créés par les ordonnances de mars 2022 dans le cadre du développement des LGV², ou encore, le cas particulier de la LGV Lyon-Turin.

Ces EPIC, gérés sous le régime du droit public, sont généralement dotés des moyens financiers (dotations budgétaires et/ou affectations de taxes) leur permettant d'assumer leurs obligations et ont dans un certain nombre de cas été autorisés à s'endetter, ce qui leur permet :

- D'échapper aux risques des arbitrages budgétaires annuels ;
- D'opérer dans certaines cas un niveau significatif de transfert de risque au secteur privé en recourant au régime des contrats globaux ;
- De bénéficier des conditions actuellement avantageuses de l'endettement public (par exemple, ayant obtenu la même notation que celle de l'État, la SGP s'endette à des conditions proches de celles des obligations souveraines).

Ce type de structure ne fait pas appel à des capitaux privés, la dotation initiale de l'établissement public provenant des fonds publics et ayant vocation à rester publique.

Une autre solution peut consister (même dans l'hypothèse de marchés publics classiques ou de contrats globaux de performance) à créer une **société de droit privé mais dont le capital est entièrement public**. L'exemple le plus fréquent est celui de la **société publique locale**. Sa création peut notamment répondre à des objectifs d'identification économique ou comptable et/ou de gestion dans le cadre du droit privé, mais dans ce cas, l'actionnaire public conserve intégralement le risque lié à son investissement.

3. LA MISE EN PLACE D'UNE « SOCIÉTÉ PROJET » AU CAPITAL ENTIÈREMENT DETENU PAR DES ACTEURS PRIVÉS

La création de « **sociétés projet** » ad hoc, c'est-à-dire dédiées à la réalisation d'un projet, régies par le droit privé et dotées d'un montant **significatif de capital entièrement détenu par des acteurs privés** (pour un montant généralement compris entre 10 et 20% du coût total de réalisation selon le niveau de risque du projet) est la règle dans le cas des **marchés de partenariat et des contrats de concession recourant à la technique du financement de projet**.

¹ Créée par la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris (il s'agit d'un établissement public industriel et commercial régi par le décret n° 2010-756 du 7 juillet 2010). Cf. Annexe 5 - Grand Paris Express, un nouveau métro en Île-de-France, SGP

² Le 2 mars 2022, le Gouvernement a adopté les ordonnances suivantes créant 3 établissements publics locaux :

- Ordonnance n° 2022-306 du 2 mars 2022 relative à la Société de la Ligne Nouvelle Provence Côte d'Azur ;

- Ordonnance n° 2022-307 du 2 mars 2022 relative à la Société du Grand Projet du Sud-Ouest ;

- Ordonnance n° 2022-308 du 2 mars 2022 relative à la Société de la Ligne Nouvelle Montpellier-Perpignan.

Le capital de ces sociétés est en général réparti entre le ou les opérateurs économiques du projet (constructeur et/ou exploitant) et des actionnaires financiers qui sont généralement des fonds spécialisés. Ce type de montage qui place les partenaires privés en situation d'actionnaire suppose un coût - l'actionnaire voudra une rémunération du capital immobilisé et du risque qui en résulte - mais il conduit ces derniers à être très vigilants quant à la pertinence du projet et de sa structuration. Il permet également d'aligner les intérêts de ces acteurs avec ceux de la personne publique dans la mesure où le capital ne se rentabilise que progressivement, tout au long de la vie du projet.

La présence d'actionnaires privés, notamment financiers, permet usuellement **d'exercer un contrôle sur le projet** améliorant ainsi le respect des coûts et des délais ainsi que la performance du projet. C'est en particulier le cas dans les concessions où les actionnaires sont fortement exposés au risque trafic.

4. LA MISE EN PLACE D'UNE SOCIÉTÉ DE DROIT PRIVÉ MIXANT DES CAPITAUX PUBLICS ET DES CAPITAUX PRIVÉS

Plusieurs cadres juridiques et contractuels permettent – lorsque la personne publique le souhaite – de « mixer » du capital privé et du capital public sur un même projet il s'agit essentiellement :

- Du **marché de partenariat**³ qui ouvre à l'acheteur la possibilité de prendre une participation minoritaire au capital de la société dédiée à la réalisation du projet⁴ ;
- De la **société d'économie mixte locale (SEML)**⁵, société anonyme dont le capital social est partagé entre un actionnariat public – représentant a minima plus de la moitié du capital de la SEML et ne pouvant dépasser 85% de l'actionnariat – et un actionnariat privé⁶ ;
- De la **société d'économie mixte à opération unique (SEMOP)**⁷, société de droit privé constituée pour une durée limitée et à titre exclusif en vue de la conclusion et l'exécution d'un contrat. Le partenaire privé sélectionné est à la fois l'opérateur économique du projet et l'actionnaire (à hauteur d'un montant spécifié dans la procédure de passation mais devant être compris entre 34 % et 85%) de la société (la SEMOP) qui sera créée à cet effet.

L'option consistant à mixer du capital public et du capital privé dans une société projet peut présenter des **avantages** :

- En étant actionnaire, la personne publique accède aux informations disponibles en conseil d'administration (CA), et dans le cas de la SEMOP, c'est le partenaire public qui préside le CA. Elle participe aux votes et à la distribution des dividendes (de ce fait elle en connaît les montants, ce qui peut éviter des incompréhensions) ;
- D'une manière plus générale, être en tant que personne publique coactionnaire d'un projet peut contribuer à créer un véritable partenariat mobilisé autour du projet et permettre d'éviter les situations d'incompréhension mutuelle voire d'antagonisme et de blocage que peuvent parfois générer l'exécution des contrats et les difficultés qui peuvent survenir, notamment en cas de circonstances imprévues.

3 Cf. Annexe 2 – Un partenariat public-privé pour la déviation de Troissereux (Oise), COLAS

4 Art. L. 2213-6, Code de la commande publique

5 Art. L. 1521-1 à L. 1525-3, Code général des collectivités territoriales

6 Par ailleurs, toute participation d'une collectivité territoriale dans le capital d'une société commerciale est également possible dans un certain nombre de cas prévus par le CGCT (SAS, SA ENR, etc.)

7 Cf. Annexe 3 – 1^{ère} SemOp à mission dans le domaine de l'eau potable : Bas Languedoc, SUEZ

Mais sous un certain nombre de **réserves** :

La première réserve concerne **le niveau de la participation publique** :

- Un pourcentage faible aura une valeur surtout symbolique et n'opérera qu'un partage très limité des gains revenant *in fine* aux actionnaires ;
- Conserver la « minorité de blocage » (ce qui correspond aux 34% minimum des SEMOP) permet en outre d'avoir le contrôle sur les principales décisions affectant la vie du projet ;
- Un pourcentage de détention par la personne publique égal à 49% peut permettre un bon accès à l'information et un partage quasi égal des gains de l'actionnaire tout en « laissant la main » au partenaire économique du projet ;
- Être actionnaire au-delà de 49% (même si le régime de la SEMOP permet une participation publique allant jusqu'à 84%) ne semble pas, sauf cas particulier, opportun dans la mesure où cela revient pour la personne publique à se transférer des risques à elle-même.

La deuxième réserve concerne **le comportement de l'actionnaire public au sein du conseil d'administration de la société** :

- Le représentant de l'actionnaire public au sein du conseil d'administration n'est pas libre d'utiliser comme il l'entend les informations qui y sont diffusées, le principal canal de communication entre partenaire privé et partenaire public restant donc celui du « reporting » prévu par le contrat ;
- Le fait d'être administrateur de la société - et donc défenseur de ses intérêts patrimoniaux - peut mettre la personne publique en situation de conflit d'intérêt en cas de difficulté affectant le projet (d'où l'importance d'éviter de se retrouver en situation d'actionnaire majoritaire).

Enfin, s'il existe une certaine indépendance des choix concernant d'une part le type de marché et d'autre part l'entité qui le porte, cette dernière n'est pas totale. **Le tableau ci-dessous décrit les combinaisons possibles en l'état du droit et de la pratique** :

	Établissement Public	SPL	SEML	SEMOP	SPV 100% privé	SPV à capital mixte
Régie	Oui	Non	Non	Non	Non	Non
MOP Classique	Oui	Oui	Oui	Oui (rare en pratique)	Non (en pratique)	Non
Marché global	Oui	Oui	Oui	Oui (rare en pratique)	Oui (rare en pratique)	Non
Marché de partenariat	Oui	Oui	Oui	Oui (discuté)	Oui	Oui (public minoritaire)
Concession	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui (discuté)

IV. ANALYSE ET ALLOCATION DU « RISQUE DU PRETEUR » : LE CHOIX ENTRE UN FINANCEMENT PUBLIC ET UN MONTAGE EN FINANCEMENT DE PROJET

Tout projet de réalisation d'une infrastructure d'intérêt général comportant un budget d'investissement important et ne pouvant se rentabiliser qu'à long terme **doit être financé en grande partie par de la dette**.

Plusieurs modes de structuration de cette dette pourront être retenus selon que le régime juridique adopté autorise le paiement différé de l'investissement par la personne publique (ce qui est le cas pour les marchés de partenariat et les concessions) ou l'interdit (ce qui est aujourd'hui le cas de tous les autres régimes juridiques y compris celui des contrats globaux).

Dans le cas du paiement différé, c'est au partenaire privé qu'il revient de lever de la dette à des conditions (de montant, de taux, de durée et de profil de remboursement) compatibles avec les flux qu'il doit recevoir :

- Soit, pour un marché de partenariat, de la part du partenaire public privé sous forme de « loyer financier » ;
- Soit dans le cas d'une concession, de la part des usagers (payants) de l'infrastructure dont il a la responsabilité (flux complété dans certains cas par des subventions publiques).

On parle alors de « financement privé »¹ ou encore de « financement de projet » dans la mesure où ce sont les revenus du projet qui permettent (normalement) le remboursement de la dette mise en place pour le projet.

À l'inverse, si le paiement différé est interdit, ce qui est le droit commun des marchés publics, c'est le partenaire public (l'entité publique responsable du projet, l'établissement public ou la société ad hoc qu'elle a créée) qui doit lever (en complément des fonds propres qu'il peut allouer au projet) un montant de dette permettant de financer le budget d'investissement du projet. On parle alors d'un financement public.

Les avantages et inconvénients respectifs des financements publics et des financements privés peuvent être résumés comme suit :

- En France, si la signature de l'emprunteur est appréciée favorablement par les éventuels prêteurs (ce qui est le cas notamment de l'État, des principales collectivités locales et des éta-

¹ La notion de financement privé renvoie ici au caractère privé de l'emprunteur (la société projet) et non du prêteur : par exemple les OAT sont des financements publics même si une bonne part des détenteurs de ces obligations sont privés, et à l'inverse on parle de financement privé lorsque la Banque européenne d'investissement ou le Caisse des Dépôts prête à une société projet.

blissements publics en émanant), le financement public sera assorti de conditions favorables et plus compétitives que celles s'appliquant à un financement privé (ce qui est logique dans la mesure où la société projet qui est l'emprunteur est le point de réception du transfert de risque) ;

- Le financement privé, pour sa part, aura l'avantage d'être exactement dimensionné en fonction des besoins du projet, de faire intervenir un acteur qui aura sa propre analyse de « risque projet » et ses propres exigences en matière de schémas de sûreté. Le fait qu'un projet soit jugé « bancable » par un prêteur sera donc un signe de pertinence et de robustesse. La « non bancabilité » d'un projet étant à l'inverse un signal d'alarme utile. Le remboursement du prêteur étant conditionné à la réception du projet par la personne publique ou, dans le cas des concessions à la mise en service des ouvrages, ce dernier sera très attentif au respect par les acteurs privés des délais de réalisation ainsi qu'à la conformité de l'ouvrage avec les attendus de la personne publique. À cette fin, les prêteurs s'entourent généralement de conseils, en particulier techniques, qui valident l'avancement du projet et autorisent les tirages sur la dette permettant ainsi un suivi mensuel de l'avancement du projet. Par ailleurs, la mise en œuvre d'un financement privé permet, dans certains cas, de ne pas consolider la dette associée au projet dans la dette publique.

En marché de partenariat, en l'absence de risque trafic, la contribution du prêteur à la conception du projet est probablement plus déterminante en période de conception/construction qu'en période d'exploitation compte tenu notamment des garanties apportées par la personne publique sur le remboursement de la dette à compter de la date de mise à disposition. Néanmoins, sous réserve que les prêteurs soient en partie exposés au risque de performance, ces derniers resteront impliqués jusqu'au total remboursement de la dette.

En concession, les prêteurs sont directement exposés au risque trafic, les actionnaires n'étant exposés qu'à hauteur de leurs fonds propres et n'apportant généralement pas de garanties supplémentaires. Ils contraignent notamment les actionnaires à adopter une approche conservatrice s'agissant des hypothèses de trafic retenues en cours de procédure et ainsi contribuent à limiter le risque de défaillance du titulaire du contrat.

Enfin, il existe des **moyens de diminuer les « surcoûts financiers »** (découlant du recours à un financement privé) qui sont :

- Soit des garanties publiques partielles (comme cela a été fait par exemple pour la concession de LGV Tours-Bordeaux²) ;
- Soit, dans le cas de marchés de partenariat, des loyers financiers accélérant le remboursement du prêt et donc diminuant son coût total ;
- Soit le recours à la « cession Dailly acceptée » qui permet au prêteur d'avoir post construction un plein recours sur le partenaire public à hauteur de 80% au maximum de la composante financière du loyer et donc diminue la marge pour cette part garantie du prêt.

Ces différents mécanismes ont néanmoins pour effet de modifier le partage de risque et de rebasculer une part significative du risque sur la personne publique réduisant ainsi les effets attendus de la participation de ces acteurs.

2 Cf. Annexe 4 – La ligne à grande vitesse Sud-Europe Atlantique (SEA) Tours-Bordeaux, SNCF RÉSEAU

LA GESTION DU RISQUE DE TAUX : L'UTILISATION DES SWAPS

Tout emprunteur (privé ou public) a le choix entre s'endetter à taux fixe ou à taux variable (c'est-à-dire un taux indexé sur un indice variant quotidiennement en fonction du marché, par exemple l'Euribor 6 mois). En période de faible inflation, les taux variables sont inférieurs aux taux fixes mais leur évolution à long terme peut poser des difficultés financières ou budgétaires est inconnue et peut donc réserver de mauvaises surprises, en conséquence la plupart des entités publiques préfèrent que leurs emprunts à long terme soient assortis d'un taux fixe ce qui les prémunit du risque de flambée des taux variables et leur permet en outre de faire des prévisions budgétaires fiables.

En matière de marchés de partenariat ou de contrats de concession, la situation est plus complexe dans la mesure où :

- L'autorité adjudicatrice a besoin de pouvoir comparer les offres financières des différents candidats et celles-ci (qui doivent avoir une validité de plusieurs mois) ne peuvent être exprimées en taux fixe car (le marché évoluant chaque jour) cela reviendrait à donner des options de taux gratuites ce qui est impossible ;
- Les propositions financières accompagnant les offres des candidats sont donc exprimées en « Euribor + marge » ce qui permet de les comparer ;
- Mais une fois le lauréat choisi, la personne publique (dans le cas d'un marché de partenariat) souhaite dans la quasi-totalité des cas fixer le montant du loyer financier à l'euro près, ce qui suppose que le crédit consenti soit à taux fixe. Pour cela, les banques accompagnant l'offre commerciale vont mettre en place un « swap de taux » qui est un contrat par lequel l'emprunteur va échanger le flux de paiements lié au taux variable que perçoivent les banques avec un flux de paiement correspondant à un crédit à taux fixe.
Pour un emprunteur : crédit à taux variable + swap de taux = crédit à taux fixe.

Cette pratique (souvent appelée « cristallisation du taux ») protège l'emprunteur - et donc le payeur du loyer financier - contre une hausse des taux mais les prive du bénéfice éventuel découlant d'une baisse des taux. En effet, les swaps sont des contrats fermes, dont la résiliation, par exemple en cas de refinancement, impose le versement ou la perception d'une soulte. Seules les personnes physiques en France ont la faculté de renégocier leurs crédits en cas de baisse des taux sans avoir à verser une soulte, d'où parfois des incompréhensions quant à l'impossibilité pour les personnes publiques de bénéficier d'une baisse des taux.

Il est à noter que les concessionnaires peuvent « à leurs risques et périls » avoir une gestion du risque de taux plus sophistiquée, par exemple en ayant recours à des options.

ANNEXE 1

L'ACCÉLÉRATION ÉNERGÉTIQUE DE LA COMMUNE AGRICOLE DE CROS



1 M€



31 août 2021



5 ans



Collaboration avec l'équipe municipale,
GreenYellow et le conseil Arborescence capital

LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE AVEC ET POUR LA RURALITÉ

GreenYellow accompagne la Mairie de Cros dans ce projet inédit d'accélération énergétique.

La Mairie de Cros a noué un partenariat inédit avec GreenYellow visant à accélérer la transition énergétique du territoire, au profit d'une commune agricole de 171 habitants. Une centrale au sol d'1 Méga Watt de puissance a alors été réalisée et mise en service sur un terrain en friche de la commune, et permettra de produire par an l'équivalent de la consommation de 150 foyers de type maison individuelle

Cette ferme solaire renforce le rôle des territoires ruraux dans la transition énergétique en concourant à la création d'emplois durables et à la décarbonation.

Cette réalisation va au-delà du village de Cros puisqu'elle s'inscrit dans un mécanisme de transition énergétique avec et pour la ruralité.

« Elle renforce le rôle des territoires ruraux dans la transition énergétique en concourant à la création d'emplois durables et à la décarbonation. La ferme solaire apporte aussi aux ressources financières de la communauté de communes et à Cros des compléments de recettes à leur budget respectif. Pour Cros, ces recettes encouragent une orientation budgétaire fléchée vers de nouveaux projets de transition énergétique d'intérêts collectifs. »

CARACTÉRISTIQUES TECHNIQUES

Ce projet d'envergure est une centrale au sol d'1 Méga Watt de puissance qui produira par an l'équivalent de la consommation de 150 foyers et la consommation de 125 000 ampoules (LED de 8w). Nous appelons « centrale au sol », des panneaux posés directement sur le sol naturel, sur des structures orientés sud.

La parcelle sur laquelle est implantée la centrale est un ancien terrain agricole progressivement réinvesti par de la végétation. Ce type de projet fait l'objet d'une étude d'impact sur l'environnement pour être certain qu'il ne viendra pas dégrader la faune et la flore existante.

Grâce à cette initiative, cette installation évitera de rejeter dans l'atmosphère 55 tonnes de CO₂ par an (soit autant que 22 Aller-retour Paris/NYC en avion).

La ferme solaire apporte également aux ressources financières de la communauté de communes et à Cros des compléments de recettes à leur budget respectif.



ANNEXE 2

UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ POUR LA DÉVIATION DE TROISSEREUX (OISE)



© COLAS - Francis Bécquet



62 millions d'euros



13 janvier 2014



25 ans

FINANCEMENT, CONCEPTION, CONSTRUCTION, ENTRETIEN, EXPLOITATION ET MAINTENANCE DU CONTOURNEMENT DE TROISSEREUX

D3, la société de la déviation de Troissereux, constituée de Colas Nord-Est (filiale de Colas), Bouygues TP Régions France (filiale de Bouygues Construction) et LIRI (filiale indirecte à 100% de HICL Infrastructure Company Limited, société d'investissement cotée à la Bourse de Londres), a signé le 13 janvier 2014 avec le Conseil départemental de l'Oise un contrat de partenariat public-privé (PPP) d'une durée de 25 ans portant sur le financement, la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance de la déviation de Troissereux.

Colas Nord-Est a réalisé en groupement une route à deux fois deux voies d'une longueur de 7,2 km qui permet, depuis fin 2016, aux usagers de la D 901 de rejoindre Beauvais en toute sécurité et plus rapidement.

Le projet incluait également la construction de 4 ouvrages d'art courants et d'une tranchée couverte de 275 mètres. Les travaux ont duré 35 mois pour un montant d'investissement initial de 62 millions d'euros. Au total, 100 000 tonnes d'enrobés ont été mises en œuvre sur la déviation de Troissereux.

L'entretien, l'exploitation, la maintenance et le GER (gros entretien et renouvellement) ont été confiés, à compter de la mise en service et pour une durée de 22 ans, à Aximum, filiale sécurité signalisation routière du groupe Colas.

CONTRAINTES TECHNIQUES

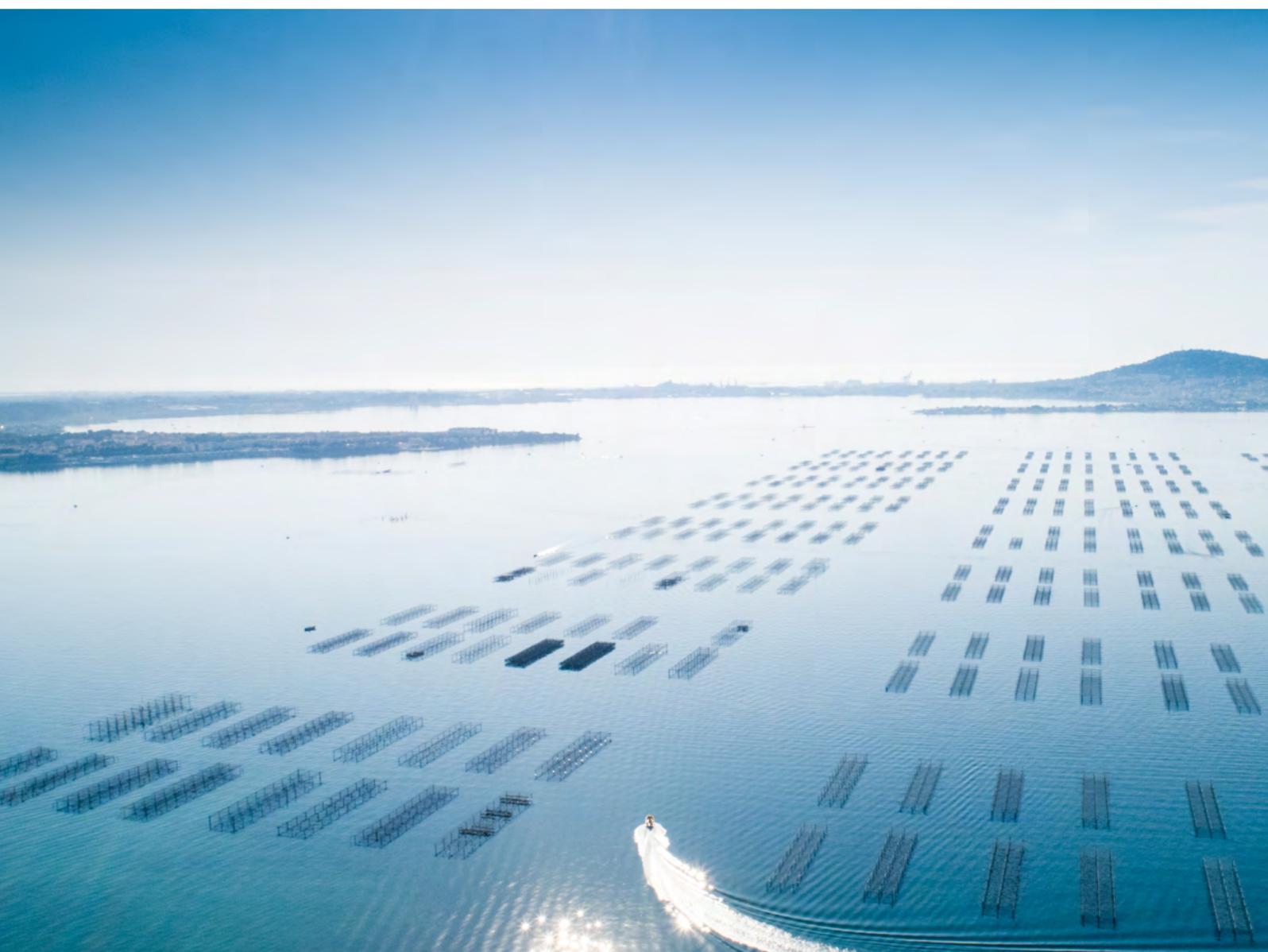
L'un des facteurs de complexité du projet était lié au foncier, le tracé de l'infrastructure traversant une zone d'exploitations agricoles. Avoir une bonne connaissance du tissu local était donc un atout indispensable.

Un autre point complexe lié à l'environnement a été pris en compte lors de la construction de la tranchée couverte. Creusé à travers une forêt, l'ouvrage sépare deux espaces naturels protégés et a été conçu de manière à conserver le corridor écologique d'une espèce protégée de chauves-souris qui transite à cet endroit.



ANNEXE 3

1ÈRE SEMOP À MISSION DANS LE DOMAINE DE L'EAU POTABLE : BAS LANGUEDOC



Investissement de 26 millions d'euros par la SemOp



1^{er} janvier 2022



Renouvellement pour 13 ans



30 collaborateurs dédiés à la SemOp

LA SEMOP « EAU DU BAS LANGUEDOC » : RENOUVELLEMENT ET MODERNISATION DE SES INSTALLATIONS POUR RÉPONDRE AUX OBJECTIFS ENVIRONNEMENTAUX

Le Syndicat du Bas Languedoc a confié la délégation du service public de l'eau potable des 27 communes qui le composent à la Société d'Economie Mixte à Opération unique (SemOp) « Eau du Bas Languedoc », détenue à 40% par la collectivité et à 60% par SUEZ. Elle devient la toute première Société d'Economie Mixte à Opération unique (SemOp) à mission dans le domaine de l'eau potable et prévoit le renouvellement et la modernisation des installations du Syndicat du Bas Languedoc.

Dotée d'une raison d'être : « Assurer l'accès de tous à un service public d'alimentation en eau potable, géré de façon durable », la SemOp porte des engagements en faveur du développement durable : préserver les ressources en améliorant la performance du service et en favorisant la maîtrise des consommations, réduire les émissions de CO₂ ; améliorer l'efficacité énergétique et protéger la biodiversité.

Les foyers bénéficieront d'une baisse de la facture d'eau potable de 10%. Ceci est rendu possible grâce à une diminution de l'abonnement eau potable et du tarif des premiers mètres cubes consommés (de 0 à 120 m³).

Un fonds de solidarité, alimenté chaque année par la SemOp à hauteur de 10 000 euros et le Syndicat du Bas Languedoc, sera mis en place pour aider les plus démunis.

Pour faire face au changement climatique et aux variations de population, la société « Eau du Bas Languedoc » prévoit la mise en place d'un plan d'actions ambitieux pour réduire les pertes en eau : recherche de fuites renforcée, monitoring des réseaux avec des capteurs acoustiques, renouvellement des branchements, télérelève des consommations et outils experts de surveillance des installations en temps réel sont autant d'éléments qui permettront d'améliorer la performance du réseau et ainsi, d'assurer la disponibilité de la ressource en eau et sa préservation.

CARACTÉRISTIQUES TECHNIQUES

La SemOp mettra à disposition de ses abonnés des accueils clientèle physiques traditionnels ainsi que les outils les plus modernes d'accueil en visio conférence, adaptés à tous les publics (langues étrangères, personnes en situation de handicap).

Une application permettra aux usagers qui le souhaiteront d'avoir accès à des conseils personnalisés pour réduire leur consommation et leurs factures d'eau et d'électricité.

L'application Illiwap et l'animation des réseaux sociaux assureront une communication dynamique, pour s'adresser à des publics plus connectés.



ANNEXE 4

LA LIGNE À GRANDE VITESSE SUD-EUROPE ATLANTIQUE (SEA) TOURS-BORDEAUX



7,8 Mds € dont subvention d'investissement de 4 Mds € et apport en financement privé de 3,8 Mds€ (equity et dette senior)



2 juillet 2017



73 mois

UNE CONCESSION D'INFRASTRUCTURE DE 50 ANS

La LGV Sud-Europe Atlantique (SEA) entre Tours et Bordeaux a été construite entre 2011 et 2017 et mise en service en juillet 2017. Ce projet, dans le prolongement de la LGV Atlantique entre Paris et Tours, permet désormais de :

- Proposer aux voyageurs une liaison mettant Paris et Bordeaux à deux heures l'une de l'autre ;
- Améliorer le temps de transport d'une heure, pour Paris ou au départ de Paris, pour toutes les villes au sud de Bordeaux desservies par ce même axe (Montauban, Toulouse, etc.) ;
- Libérer la ligne classique historique au profit des autres circulations sur l'axe (TER, Intercités, trains de fret, etc.).

La LGV SEA a fait l'objet d'une délégation de service public, sous la forme d'une concession d'infrastructure : le concessionnaire est gestionnaire d'infrastructure ferroviaire à part entière, et porte les risques d'exploitation et de recettes liés à ligne à grande vitesse (les recettes du concessionnaire sont constituées par les « péages » payés par les entreprises ferroviaires qui réservent les « sillons » qui passent sur la ligne).

La concession a permis l'édification de 302 kilomètres de ligne nouvelle à grande vitesse, et 40 kilomètres de raccordement au réseau ferré existant, équipée du standard européen interopérable de signalisation ERTMS, qui permet de faire circuler les trains à 320 km/h.

Cette concession d'infrastructure est donc classique dans son format, spécifique car elles sont rares dans le secteur ferroviaire, et d'une ampleur inégalée par la taille des investissements afférents.

CARACTÉRISTIQUES TECHNIQUES

Le montage du projet a été inévitablement complexe du fait :

- De l'insertion d'un segment de ligne nouvelle au sein d'un réseau global exploité par SNCF Réseau, entraînant des interfaces techniques et fonctionnelles importantes ;
- De la crise financière de 2008 qui a impacté les montages en financement de projet durant quelques années ;
- D'une gouvernance du projet donnant lieu à une approbation du contrat de concession par décret en Conseil d'État, rendu à la suite d'un avis de l'autorité de régulation ferroviaire (l'ARAF à l'époque devenu l'ART), l'activité du concessionnaire étant, en sa qualité de gestionnaire d'infrastructure, sous le contrôle d'une autorité de sécurité distincte (l'Établissement public de sécurité ferroviaire ou EPSF).



ANNEXE 5

GRAND PARIS EXPRESS



Société du Grand Paris / Olivier Brunet



36,1 milliards d'euros
(aux conditions économiques 2012)



Entre 2024 et 2030



2015 à 2030
(durée des travaux de construction)

UN NOUVEAU MÉTRO EN ÎLE-DE-FRANCE

Avec la création de quatre nouvelles lignes de métro autour de Paris (lignes 15, 16, 17 et 18) et le prolongement de la ligne 14, le Grand Paris Express desservira rapidement les villes de banlieue entre elles. Il permettra de décongestionner les principales lignes de transport en commun et offrira à plus de deux millions de voyageurs des solutions plus rapides pour se déplacer. Dans bien des cas, il représentera une alternative à la voiture pour les trajets du quotidien.

Le nouveau métro rapprochera les Franciliens de l'emploi, de l'enseignement, des équipements de santé et des lieux culturels et de loisirs. Il desservira les principaux quartiers d'affaires (La Défense, la Plaine Saint-Denis, Val de Fontenay...), des pôles scientifiques et universitaires majeurs (Institut Gustave-Roussy, Paris-Saclay, la Cité Descartes...) ainsi que les trois aéroports grands franciliens et les gares TGV de Massy - Palaiseau et Versailles Chantiers.

Au total, 130 universités et écoles supérieures, 408 établissements de santé, 270 lieux culturels se trouvent à 10 minutes à pied des futures gares (chiffres issus des données de l'Apur).

Le Grand Paris Express est aussi un projet urbain. Son arrivée impulse de nombreux aménagements qui offriront une plus grande mixité à la fois en termes de logements, de commerces et de services. Des projets immobiliers bas carbone et moins énergivores verront le jour dans les quartiers de gare (constructions biosourcées, écoconception, exigences thermiques...). Cette nouvelle offre de logements limitera l'étalement urbain et l'artificialisation des terres en Île-de-France.

CARACTÉRISTIQUES TECHNIQUES

Le métro sera 100 % automatique pour répondre au besoin de fiabilité des voyageurs. Les rames arriveront en gare toutes les 2 à 3 minutes et circuleront à une vitesse moyenne comprise entre 55 et 65 km/h (vitesse maximale de 110 km/h). Conception moderne des rames, freinage de service 100 % électrique, généralisation de l'éclairage de type LED... le Grand Paris Express sera le moins énergivore possible. A bord, une connexion haut débit et des prises USB seront disponibles.





L'IGD est une fondation d'entreprises reconnue d'utilité publique qui, **depuis 25 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.



37 rue des mathurins - 75008 Paris
Tél : +33 (0)1 44 39 27 00

contacts@fondation-igd.org / www.fondation-igd.org