

# **Journée technique**

## **Paris, 19 novembre 2009**

### **Equipements aqualudiques: marché, enjeux et perspectives**

**Partager les risques  
pour optimiser l'investissement et l'exploitation**

**Adrien FOURMON**  
**SELARL HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL**



# HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL

## **SELARL HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL PRESENTATION**

**www.huglo-lepage.fr**  
**www.huglo-lepage.com**

**Bureau principal**  
40, rue de Monceau  
75 008 Paris

France

Tél. : + 33 (0) 1.56.59.29.59

Fax : + 33 (0) 1.56.59.29.39

[paris@huglo-lepage.com](mailto:paris@huglo-lepage.com)

## **bureaux secondaires**

### **bureau de Bordeaux**

6/8, Allée de Tourny

33000 Bordeaux

Tél : 05 56 81 86 07

Fax : 05 56 81 73 67

[bordeaux@huglo-lepage.com](mailto:bordeaux@huglo-lepage.com)

### **bureau de Lille**

Centre d'affaires du MOLINEL

Bat .E Avenue de la Marne

59 290 Wasquehal

Tél : 03 20 12 10 60

Fax : 03 20 82 29 84

[lille@huglo-lepage.com](mailto:lille@huglo-lepage.com)

### **Bureau de Rennes**

17, rue Hoche

35000 Rennes

### **Bureau de Lyon – Rhône-Alpes**

54, Cours Lafayette

69003 Lyon

Tel : 33 (0) 4 37 48 84 24

Fax : 33 (0) 4 78 94 69 84

Cell : 33 (0) 6 03 83 75 60

[laurent.fourmon@huglo-lepage.com](mailto:laurent.fourmon@huglo-lepage.com)

### **Bureau européen de Bruxelles**

15, rue d'Egmont

B.1000 Bruxelles

Belgique

Tél. : 00 32 2 502 20 60

Fax : 00 32 2 502 04 15

[bruxelles@huglo-lepage.com](mailto:bruxelles@huglo-lepage.com)



# HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL

## HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL

### 23 avocats à votre service

Novateur dans sa doctrine, le cabinet Huglo Lepage & Associés Conseil assure à ses clients, par sa pratique du droit, une sécurité juridique et éthique, basée sur des valeurs d'humanisme et de qualité.

Plus de vingt avocats, dont trois associés gérants composent aujourd'hui le cabinet Huglo Lepage & Associés Conseil. Créé il y a plus de 30 ans par Christian Huglo, rejoint par Corinne Lepage en 1978, il est devenu la référence dans ses spécialités, à titre de conseil ou d'expert :

**le droit public ;  
le droit de l'environnement.**

Sa notoriété, acquise lors de grands procès environnementaux internationaux, s'étend aujourd'hui à tous ses domaines de compétence privilégiés :

droit administratif ;  
droit des collectivités locales ;  
droit des nouvelles technologies ;  
droit public économique ;  
droit de l'énergie et des énergies renouvelables ;  
droit des contrats administratifs ;  
droit des contrats privé et montages contractuels ;  
droit de la santé et de la consommation ;  
droit communautaire ;  
droit de l'urbanisme, de la construction et de l'expropriation ;  
droit pénal.

Sa **certification ISO**, obtenue dès 1999, aujourd'hui ISO 9001 version 2000, et renouvelée en décembre 2007, garantit et renforce l'efficacité de toutes les équipes du Cabinet. Sa certification de Management de la qualité se traduit par une maîtrise totale de la qualité au sein du Cabinet, mais également par la recherche systématique de l'amélioration du processus de réalisation des prestations aux clients.

HUGLO  
LEPAGE  
ASSOCIÉS  
CONSEIL



# HUGLO LEPAGE & ASSOCIES CONSEIL

Le Cabinet Huglo Lepage & Associés Conseil compte trois associés gérants, chacun traitant de domaines de compétence privilégiés, entourés d'une vingtaine de collaborateurs, trois juristes, deux consultants spécialisés. Toutes les équipes sont relayées par un service de documentation, enrichissant un fonds actualisé au quotidien, et un service de communication. Tous nos avocats et juristes sont titulaires de diplômes d'études approfondies ou spécialisées, au minimum.

Nos associés gérants :

**Christian Huglo   Corinne Lepage   Alexandre Moustardier**

**Une notoriété acquise au niveau national, communautaire et international en droit public**

**Les grands procès environnementaux internationaux** tels que les pollutions de la Méditerranée et du Rhin, de la baie de la Seine et de l'Etang de Berre, les affaires de l'Amoco Cadiz, du Tanio, du Haven, de l'Erika, du levoli Sun ou du Prestige ont forgé la réputation du Cabinet comme spécialiste du droit public et environnemental. Et plus récemment encore avec l'Erika.

Dans le cadre d'opérations d'infrastructures complexes, les avocats collaborent régulièrement à des **missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage** pour le compte de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics.

Ils assurent également le montage d'opérations complexes, notamment la rédaction de **contrats de marchés publics et de délégations de services publics** et interviennent en matière de **partenariats public-privé et assistent leurs clients dans le cadre des contentieux administratifs liés à la passation et à l'exécution des contrats de droit publics.**

Les équipes du cabinet Huglo Lepage sont susceptibles d'accompagner les collectivités locales et les entreprises pour les aider à se mettre en conformité et à anticiper la réglementation en proposant des montages contractuels et financements adéquats et en assurant la sécurité juridique de leurs projets dans les domaines de l'environnement afin de prendre en compte les exigences en matières de développement durable dans l'ensemble des secteurs économiques :

- prévention et réduction des pollutions,
- valorisation des déchets,
- économie d'énergie,
- recours aux énergies renouvelables,
- économie d'eau,
- transports,
- éco-construction,
- biodiversité...



# PLAN

## I - La place du contrat de partenariat dans la commande publique:

A) Qu'est ce que le contrat de partenariat (CP)?

B) Quelles conditions remplir pour recourir à un CP?

C) Contexte et problématique

D) Enjeux



# PLAN

## II. Les atouts de contrat de partenariat

- La globalité du contrat
- Etalement du paiement
- Gestion plus performante du privé
- Bénéfices socio-économiques
- Délai d'exécution
- Recentrage sur métier en base
- Evaluation préalable/MAPPP



# PLAN

## III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

- Traitement du risque
- Catégories de risques
- Partage des risques
- L'évaluation et le suivi des risques



# Le nouveau régime des PPP: Une longue mise au point

- A partir de 2002, des lois sectorielles (LOPSI, LOPJ, Ordonnance Hôpitaux...) ont ouvert la voie à des dispositifs spécifiques : BEA, BEH, AOT/LOA...déjà testés sur le terrain
- 2 années de concertation et de consultations approfondies avec l'ensemble des acteurs (Etat, collectivité locales, entreprises de BTP, architectes, avocats....)
- Adoption de l'ordonnance instituant le « contrat de partenariat » (CP) en juin 2004, validée par les Conseils d'Etat & constitutionnel
- Création de la Mission d'appui aux PPP (mai 2005)

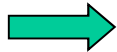
**=> une procédure qu'on peut considérer comme sécurisée**



# Principes de bonne gestion et d'efficience de l'investissement public

- Principes de bonne gestion et d'efficience de l'investissement public:

« *Best value for money* » et partage optimal des risques



Le CP se caractérise par sa dimension économique et financière  
raisonnement en « coût global » sur le cycle de vie des équipements et  
infrastructures

Cf. Avis de la commission des Finances du Sénat du 26 mars 2008  
Renchérissment des CP en raison d'un transfert excessif des risques

- Rapport de la Cour des comptes de 2008



# Le cadre juridique français et le droit communautaire

		«PPP contractuel »	
		Livre vert de la Commission sur les PPP	
Droit français	<b>Marché public</b>	<b>Contrat de partenariat</b>	<b>Délégation de service public</b>
	Code des marchés publics Décret du 7 janvier 2004	Ordonnance du 17 juin 2004 <i>Décrets d'application 2004-1119 et 2004-1145 des 19 et 27 octobre 2004</i> Initiatives sectorielles : - Loi 'LOPSI' du 29 août 2002 - Loi 'LOPJ' du 9 septembre 2002 - Ordonnance 'Santé' du 4 septembre 2003 modifiée - Loi de programmation militaire 2003-2008 du 27 janvier 2003	(concession, affermage, régie intéressée...) - Loi du 3 janvier 1991  <i>Décret d'application 92-311 du 31 mars 92</i> - Loi 'Sapin' du 29 janvier 1993  <i>Décret d'application 93-584 du 26 mars 93</i> - Loi 'MURCEF' du 11 décembre 2001
Droit communautaire	<b>Marché public</b>	<b>Concession</b>	
	Directives 2004-17 et -18 du 31 mars 2004	Sur le droit des concessions du 29 avril 2000 Communication interprétative de la Commission Directives 2004-17 et -18 du 31 mars 2004	



## Analyse comparative : le CP, les marchés publics et les concessions

<b>Marchés publics</b>	<b>Contrats de partenariat</b>	<b>Délégations de service public</b>
<p>Objet mono-fonctionnel Courte durée (généralement)</p>	<p>Objet multifonctionnel Longue durée</p>	<p>Objet multifonctionnel Longue durée Délégation</p>
<p>Pas de préfinancement Marchés successifs Service rendu à l'administration Paiement public</p>	<p><b>Préfinancement</b> Conception-construction Maintenance et gestion et/ou exploitation de l'ouvrage Service rendu à l'administration <b>Paiement public principal (+revenus tiers)</b></p>	<p><b>Financement</b> Conception-construction Maintenance et gestion + exploitation du service Relation directe à l'utilisateur <b>Paiement par l'utilisateur</b></p>
<p>Risque de construction</p>	<p><b>Risque de construction</b> <b>Risque de performance</b></p>	<p>Risque de construction Risque de performance Risque de demande/trafic Déconsolidant pour le public</p>

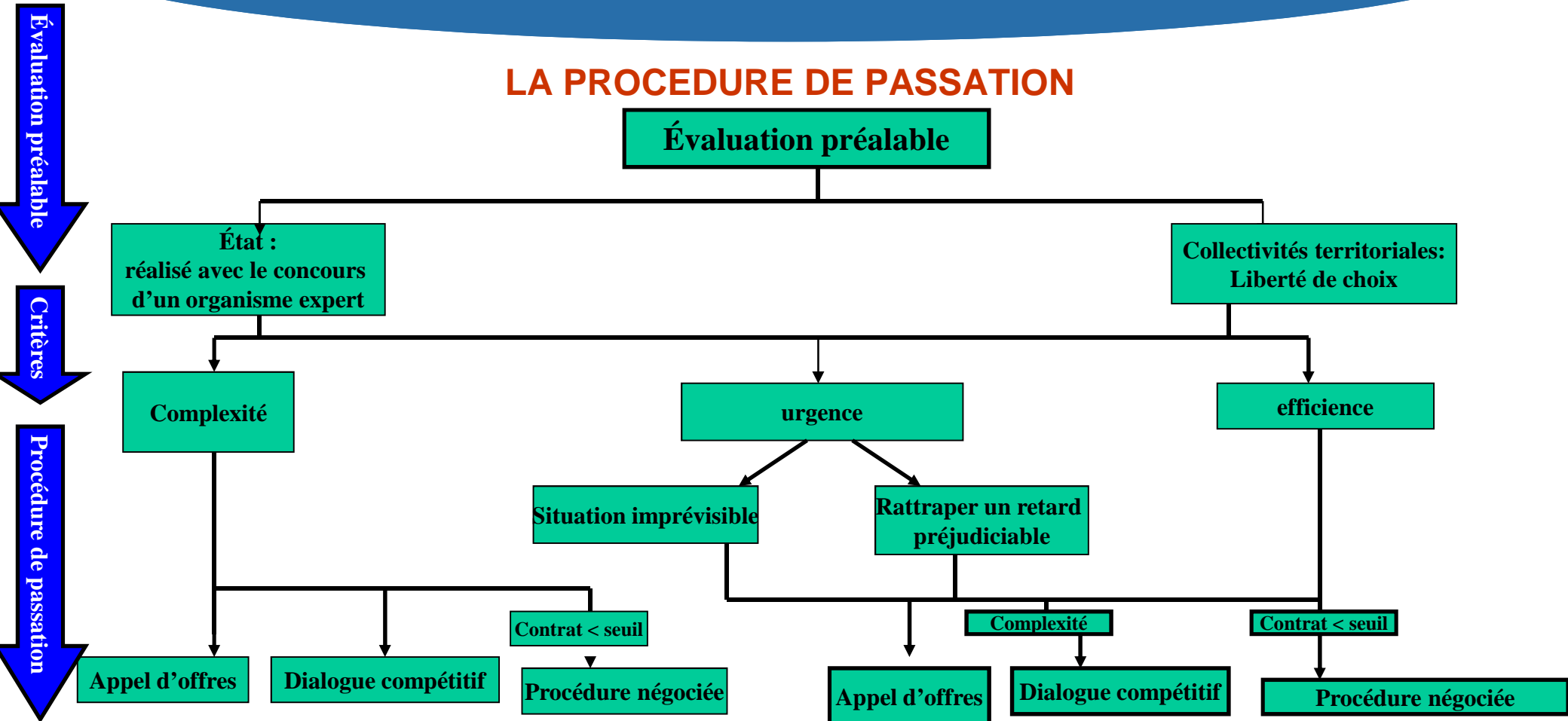
# L'Évaluation des CP

Rapport Besson du 27 mai 2008 : Mieux acheter pour un meilleur service du public: des marchés publics complexes aux partenariats public-privé (tableau de classification)

		DSP	BEA		BEH	AOT - LOA	CP		MP	
			BEA droit commun	LOPSV LOPJ			CP avec risque commercial	CP droit commun		
<b>Objet</b>		Déléguer la gestion d'un service public	Bien immobilier mis à disposition à un délégataire dans le cadre mission de SP			Bien immobilier mis à disposition est à construire	Mission globale et longue confiée à un tiers par un contrat flexible		Prestation répondant à un besoin de l'administration	
<b>Personnes publiques concernées</b>	<b>Etat</b>	Compétent	Non compétent			Compétent	Compétent			
	<b>Collectivité territoriale</b>		Compétent							
	<b>Etablissement public</b>		Non compétent							
	<b>EPC</b>		Compétent			Non compétent				
<b>Le champ fonctionnel du contrat</b>		Large : tout type d'investissement avec financement	Restreint : répondre aux besoins principalement immobiliers			Large : tout équipement concourant à l'accomplissement d'un service public		Restreint : prestation de fournitures, services, travaux dont a besoin la collectivité		
<b>La durée du contrat</b>		En fonction de la durée d'amortissement	De 18 à 99 ans			70 ans maximum	En fonction de la durée d'amortissement		4 ans maximum	
<b>Evaluation préalable du contrat obligatoire</b>		Non			Oui	Non	Oui			
<b>Manière de savoir quand les besoins de la personne publique sont satisfaits</b>		Document détaillé définissant en amont les besoins de la collectivité	A la demande de l'Etat		Programme fonctionnel établi par le service concerné					
<b>Transfert de la maîtrise d'ouvrage public</b>	<b>Détaillé</b>	Oui	Non		Oui	Non	Oui			
	<b>Implicite</b>		Oui		Non	Oui	Non			
<b>Procédure de sélection du cocontractant</b>		Invention d'une commission ad hoc, mise en concurrence après délibération favorable, puis négociation avec l'exécutif	Procédure libre mais traditionnellement de type performantiel			En fonction de la consultation « offre jugée la meilleure »	L'offre économiquement la plus avantageuse en prenant les critères de la consultation, ceux de l'évaluation éventuellement précisés en fin de dialogue compétitif s'agissant du contrat de partenariat, ou bien d'une procédure d'appel d'offre s'agissant du marché public			
<b>Partie qui assume Principalement les risques</b>		Opérateur		Personne publique	Opérateur	Personne publique		Opérateur		

# Rappel des conditions et procédures

## LA PROCEDURE DE PASSATION



# Le PPP

## Outil d'optimisation et rationalisation des choix d'investissement public

- Optimiser la répartition des tâches entre Public et Privé en fonction des coûts, délais, performances et risques
- Sortir de l'alternative « Appropriation publique /Privatisation », sans remettre en cause la mission de service public portée par la personne publique



# I - La place du contrat de partenariat dans la commande publique

A) Qu'est ce que le contrat de partenariat (CP)?

- C'est un contrat à long terme (10 à 35 ans ou +) par lequel une personne publique attribue à une entreprise une mission globale relative :
  - *au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public;*
  - *à la construction et à la transformation des ouvrages ou équipements ;*
  - *à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion ;*
  - *le cas échéant, à d'autres prestations de service concourant à l'exercice par la personne publique de la mission de service public dont elle est chargée*



# I - La place du contrat de partenariat dans la commande publique

B) Quelles conditions remplir pour recourir à un CP?

L'ordonnance autorise le recours au CDP pour tout types d'infrastructures. Il faut seulement respecter l'une des conditions suivantes:

- **la complexité du projet**
- **l'urgence**
- **la performance économique ou l'intérêt économique du projet**



# I - La place du contrat de partenariat dans la commande publique

## C) Contexte et problématique

- La réforme de l'État
- Un vent de libéralisme en droit public des affaires
- Rappel des dispositions légales et réglementaires et textes d'application
- Élargissement du panel de mécanismes contractuels de la commande publique
  
- Le réchauffement climatique
- L'envol des cours des hydrocarbures sur les marchés mondiaux
- La dépendance économique en matière énergétique de l'Europe
  
- La financiarisation du marché immobilier
- La crise économique et financière

Au cours des dernières années, le discours européen officiel s'est focalisé sur le développement des énergies renouvelables et sur les économies d'énergie.

Dans le même temps, en réalité l'Union européenne a subi la croissance de la consommation énergétique et la suprématie des énergies fossiles.



# I - La place du contrat de partenariat dans la commande publique

## D) Les enjeux

- La nécessité d'assurer l'indépendance énergétique et la sécurité en matière d'approvisionnement énergétique de l'Europe et de la France
- Exemplarité dans le domaine de la lutte contre le changement climatique
- Promotion, au niveau mondial, du protocole de Kyoto pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre
- Présidence française du conseil de l'Union européenne (à partir du 1er juillet 2008)
- L'énergie et l'environnement sont les deux des quatre domaines prioritaires que la France souhaite voir pris en compte
- L'objectif est de développer une Europe du développement durable et de l'innovation
- L'accent sera mis sur la réduction des gaz à effet de serre, sur la fiscalité écologique, sur le développement de produits propres et sur la constitution d'un espace européen de la recherche.



## II. Les atouts de contrat de partenariat

### Le contrat de partenariat, un atout pour les projets publics

Il doit être considéré comme un outil remarquable pour les collectivités publiques mais aussi pour les opérateurs candidats.

Sa souplesse constitue l'un de ses atouts majeurs et devrait être mis en avant lors de la comparaison avec les autres montages juridiques dans le cadre de l'évaluation préalable.

Les grands avantages de ce type de contrat sont la possibilité de confier un ensemble de missions à un même prestataire et son caractère adaptable qui permet de faire évoluer les besoins de la personne publique tout au long de l'exécution du contrat.

La flexibilité des contrats de partenariat est à la fois matérielle (possibilité de faire évoluer les activités de service public concernées par les ouvrages réalisés, d'établir de nouvelles exigences en termes de qualité des prestations **et d'environnement**) et organique (des mutations peuvent affecter la personne même du cocontractant de la personne publique).



## II. Les atouts de contrat de partenariat

Les avantages de cette forme relativement nouvelle de contrats sont multiples

- l'accélération par le préfinancement de la réalisation des projets ;
- une innovation qui bénéficie à la collectivité par le dynamisme et la créativité du privé ;
- une approche en coût global ;
- une garantie de performance dans le temps ;
- une répartition du risque optimale entre secteur public et privé, chacun supportant les risques qu'il maîtrise le mieux.

À ce titre, le contrat de partenariat vient compléter et enrichir la panoplie des outils de la commande publique en France.

Les contrats de partenariat attribués concernent des **secteurs divers** : fourniture d'énergie de centres hospitaliers, éclairage public de communes, eau, déchets,...

En pratique, on constate 2 types de PPP:

- Les gros projets de plusieurs dizaines de millions d'euros, ayant des coûts de préparation élevée et un financement spécifique
- Les projets plus modestes (jusqu'à quelques millions d'euros) assez facilement reproductibles par la mutualisation des bonnes pratiques, tels l'éclairage public



# III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

## Risques et freins de CP

- La complexité juridique du CP et les difficultés entraînées par un engagement long
- Le coût supérieur de ce type de contrat
- La peur du privé ou la peur d'une perte de compétences par la collectivité
- Les questions comptables ne sont pas claires pour toutes les collectivités – questions relatives à la TVA ou subventions essentiellement



# III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

## Traitement du risque

Un risque est un événement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les coûts ou la qualité des prestations réalisées. En maîtrise d'ouvrage publique, ces coûts sont cachés; ils doivent néanmoins faire l'objet d'une évaluation.

- Le contrat de partenariat doit fixer les conditions dans lesquelles le partage des risques est établi entre les contractants. L'optimisation du partage des risques est une condition déterminante de la réussite du contrat.
- Il n'est pas question de transférer à tout prix le plus grand nombre de risques mais d'optimiser ce transfert en vue d'obtenir le meilleur rendement financier du contrat pour la personne publique



# III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

## Catégories de risques

- les risques normalement supportés à 100% par l'une ou l'autre des parties dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage privée ou publique
- les risques transférables au secteur privé (risques de construction et de disponibilité de l'ouvrage ou du service, ainsi que le risque de gestion par exemple)
- les risques partagés entre le public et le privé
- les dépassements de délais et de coûts.



# III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

## Les trois risques majeurs

- **Le risque opérationnel** - le coût d'un contrat de partenariat peut être augmenté inutilement si l'administration impose à son prestataire des obligations de résultat excédant ses propres besoins. Des coûts, dont on aurait dû faire l'économie, seraient alors subis par le cocontractant privé qui les répercutera dans la redevance versée par la puissance publique.
- **Le risque volume** - peut être lié à un risque de fréquentation ou un risque de prix ou à une combinaison des deux. Il peut avoir une incidence sur la rémunération payée par la personne publique ou sur la rémunération complémentaire obtenue par la personne privée.
- **Le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire** - résulte de dispositions prises par la puissance publique dans le cadre de son activité souveraine (en particulier en cas d'évolution de réglementations techniques, environnementales, fiscales, etc. applicables au projet ou à son secteur et ayant pour effet de mettre en péril la viabilité du titulaire du contrat)



# III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation.

## Partage des risques

### *Méthodologie proposée pour l'analyse des risques et de leur répartition*

- *Le recensement détaillé des risques se fait au travers d'une matrice des risques qui est un des outils essentiels de l'analyse financière du projet.*
- *La répartition des risques sera largement fonction de la nature spécifique de l'investissement réalisé sous forme de contrat de partenariat. Il dépendra notamment de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent en affecter la construction ou l'exploitation.*
- *Une des meilleures bases pour identifier les risques liés à un projet est de se référer, pour la personne publique concernée, aux risques habituellement rencontrés sous maîtrise d'ouvrage publique. Les dépassements de délais et de coûts doivent être inclus.*



# III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

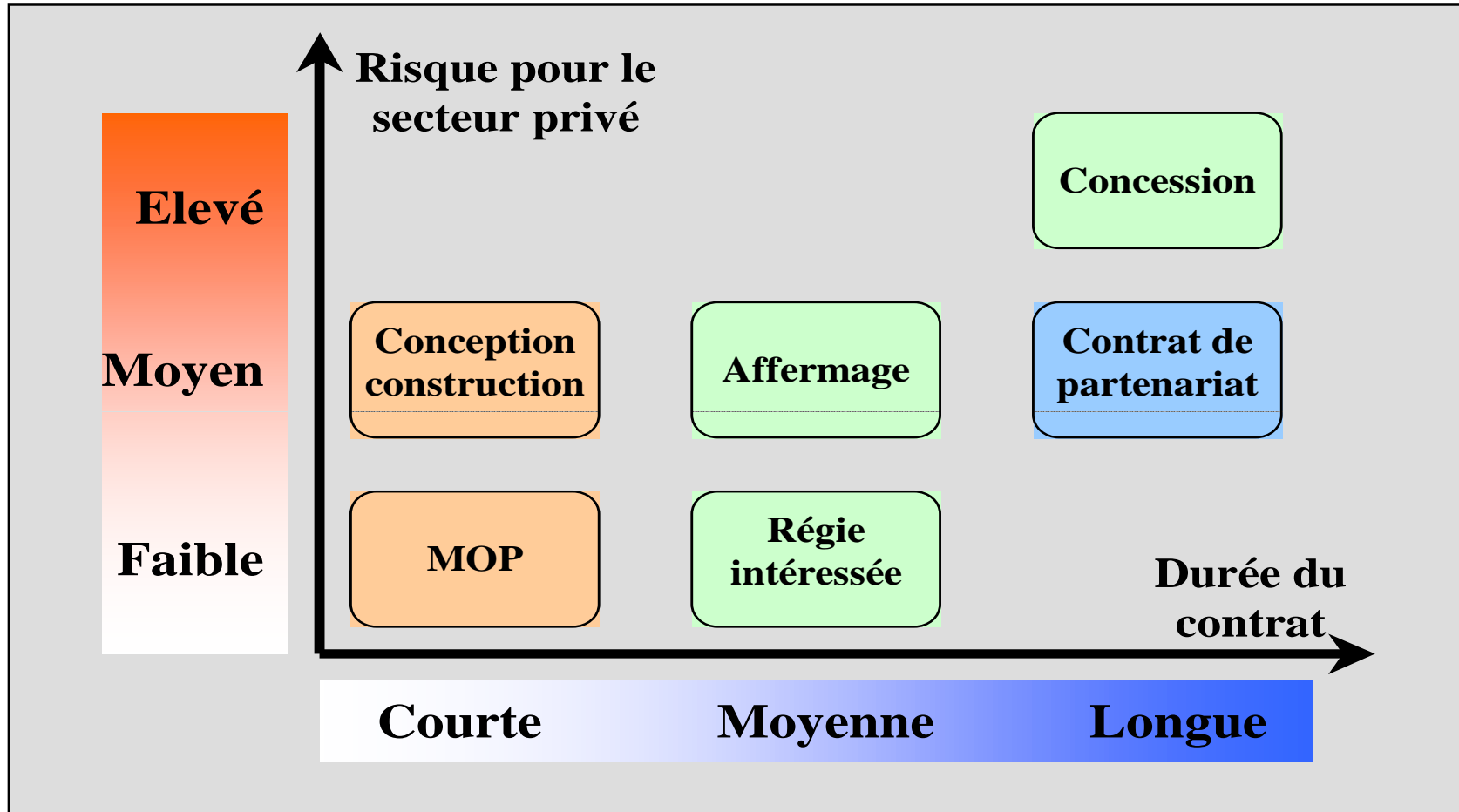
## L'évaluation et le suivi des risques

Possibilités:

- Une matrice des risques avec des tableaux d'analyse qui dressent la liste la plus exhaustive possible des risques du projet et qui les répartissent entre les partenaires.
- Ces matrices permettent de visualiser l'ensemble des risques et de voir immédiatement la partie qui l'assume.
- Chaque matrice des risques est différente en fonction du projet : la répartition des risques sera largement fonction de la nature spécifique de l'investissement réalisé sous forme de contrat de partenariat. Celui-ci dépendra notamment de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent en affecter la construction ou l'exploitation



### III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation



### III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

- Il n'est jamais aisé de quantifier avec exactitude le risque pris et d'en mesurer les conséquences
  
- La limitation des risques pour un projet suit un processus en quatre étapes :
  - identification des risques
  - évaluation de l'impact potentiel de la matérialisation de ces risques
  - limitation de chaque risque
  - allocation des risques résiduels



### III. Partager les risques pour optimiser l'investissement et l'exploitation

- **Evaluer la sévérité des risques** - Il s'agit du montant d'engagement potentiel auquel le maître d'ouvrage peut être appelé en termes de couverture pour chacun des risques identifiés. Cette analyse doit se fonder sur des statistiques relatives à des projets comparables et récents. Il est à noter que ce montant peut être atténué, dans certains cas, grâce à une police d'assurance
- **Déterminer la probabilité d'occurrence de chacun des risques** - Cette analyse doit s'appuyer sur des hypothèses raisonnables et documentées (statistiques récentes, autres méthodes de calcul des probabilités)



# Questions & Réponses



## Pour nous contacter

Adrien FOURMON

Avocat à la Cour

SELARL HUGLO LEPAGE & ASSOCIÉS CONSEIL

40, rue de Monceau

75008 PARIS

Tél. : 0033(0)1.56.59.29.59

Fax. : 0033(0)1.56.59.29.39

[adrien.fourmon@huglo-lepage.com](mailto:adrien.fourmon@huglo-lepage.com)

**MERCI DE VOTRE**  
**ATTENTION**

HUGLO  
LEPAGE  
ASSOCIÉS  
CONSEIL

