

# Infrastructures publiques en France : quelles perspectives ? Quels nouveaux outils contractuels et financiers ?

Jeudi 31 mars 2016

## Sommaire

- I. La rénovation du cadre contractuel des projets
- II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures

## **I. La rénovation du cadre contractuel des projets**

- A. Les marchés de partenariat
- B. Les marchés globaux
- C. Les concessions
- D. Focus : la SEMOP
- E. Focus : concession avec subdélégation de la maîtrise d'ouvrage

Par François Tenailleau, avocat associé

## Introduction (1/2)

		<b>Situation avant le 1<sup>er</sup> avril 2016</b>	
<b>Droit français</b>	<p><b>Marché public</b></p> <p>Code des marchés publics</p> <p>Ordonnance du 6 juin 2005</p>	<p><b>Partenariat public-privé</b></p> <p><i>Contrat de partenariat</i></p> <p>Ordonnance du 17 juin 2004</p> <p><i>BEA, BEH, AOT-LOA</i></p> <p>notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- loi « LOPSI » du 29 août 2002 ;</li> <li>- ordonnance « Santé » du 4 septembre 2003.</li> </ul>	<p><b>Délégation de service public</b></p> <p>Loi « Sapin » du 29 janvier 1993</p> <p><b>Concession de travaux publics</b></p> <p>Ordonnance du 15 juillet 2009</p> <p><b>Concession d'aménagement*</b></p> <p>C. urb., art. R. 300-4 et s.</p>
<b>Droit de l'UE</b>	<p><b>Marché public</b></p> <p>Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004</p>		<p><b>Concession de travaux ou de services</b></p> <p>Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004</p> <p>Traité sur le fonctionnement de l'UE</p>

**\*Si part significative du risque économique de l'opération assumée par l'aménageur**

## Introduction (2/2)

### Situation après le 1<sup>er</sup> avril 2016

	<b>Situation après le 1<sup>er</sup> avril 2016</b>	
<b>Droit de l'UE</b>	<b>Marchés publics</b>  Directives « secteurs classiques » 2014/24/UE et « secteurs spéciaux » 2014/25/UE	<b>Concessions</b>  Directive « concessions » 2014/23/UE
<b>Droit français</b>	<b>Marchés publics</b> (dont marchés globaux et marchés de partenariat)  Ordonnance marchés publics du 23 juillet 2015 et décrets d'application du 25 mars 2016	<b>Concessions</b> (dont délégations de service public pour les collectivités locales)*  Ordonnance concessions du 29 janvier 2016 et décret d'application du 1 <sup>er</sup> février 2016

\*Ainsi que concessions d'aménagement transférant un risque d'exploitation

## I. A. Les marchés de partenariat (1/2)

- **Marché de partenariat = « un marché public » (art. 67-I) :**
  - nouvelles facultés offertes (accords-cadres, ...).
- **Mission du titulaire :**
  - obligatoire (art. 67-I) : réalisation + financement ;
  - en option (art. 67-II) : le reste (conception/exploitation-maintenance + gestion du service public).
- **Personnes concernées (art. 71) :**
  - tous les acheteurs, sauf les « ODAC », établissements publics de santé agissant seuls et structures publiques de coopération sanitaire, qui doivent passer par l'Etat.
- **Absorption des montages domaniaux « aller-retour » :**
  - BEA, BEH, AOT-LOA, BEA valorisation, BEA logements sociaux.

## I. A. Les marchés de partenariat (2/2)

- **Évaluation et étude imposées à tous les acheteurs (art. 74) :**
  - évaluation du mode de réalisation du projet :
    - ✓ « organisme expert ».
  - étude sur la soutenabilité budgétaire :
    - ✓ ministre du budget.
  
- **Conditions de recours (art. 75) :**
  - « bilan favorable », critère unique (art. 75-I) ;
  - valeur du marché : supérieure à un seuil/objet du marché (art. 75-II).
  
- **Procédure de passation :**
  - procédure concurrentielle avec négociation : nouvelle procédure de prédilection ?

## I. B. Les marchés globaux

- **Conception-réalisation (art. 33 ord. + art. 91 décr.) :**
  - si soumission à la loi MOP : uniquement si amélioration de la performance énergétique ou « motifs techniques » (notion stricte) ;
  - dérogation HLM.
  
- **Dérogations sectorielles (art. 35 ord.) :**
  - immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie, à la brigade des sapeurs pompiers de Paris, à des établissements pénitentiaires, santé, etc.
  
- **Marchés publics globaux de performance (art. 34 ord. + art. 92 décr.) :**
  - anciens « CREM/REM » ;
  - si objectifs de performance en termes de « *niveaux d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique* ».
  
- **Elargissement des cas de recours, car dérogation à la loi MOP « nonobstant les dispositions de l'article 33 » (art. 34 et 35 ord.)**

## I. C. Les concessions (1/2)

- Les concessions confient au cocontractant l'exécution de travaux ou la gestion d'un service (art. 5 ord. concessions)
- **Critère principal de qualification** : transfert au concessionnaire d'un droit d'exploitation et d'un risque d'exploitation
  - Réelle exposition aux aléas du marché/risque de perte
- Indifférence de l'origine de la rémunération (usager ou concédant)
  - Quel choix entre marché de partenariat et concession ?

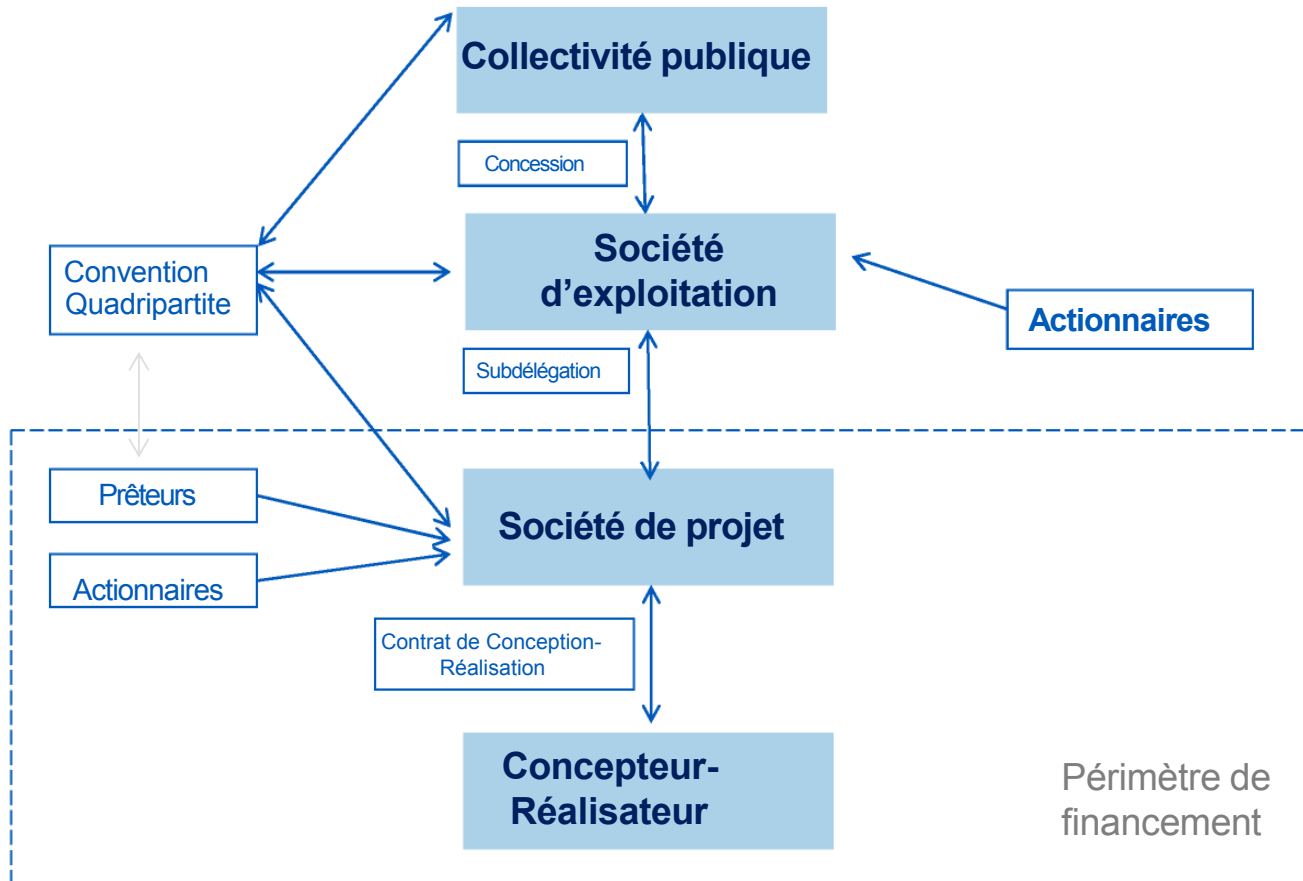
## I. C. Les concessions (2/2)

- **Pour les collectivités locales :**
  - concessions de travaux et de services, sans service public ;
  - délégation de service public :
    - ✓ mais les procédures de passation sont les mêmes.
  
- **Pour les autres concédants :**
  - concession de service/de service public ;
  - concession de travaux ou de travaux et de service public.

## I. D. Focus : la SEMOP

- « PPPI » (choix d'un opérateur économique et actionnaire), pour les collectivités territoriales (loi du 1<sup>er</sup> juillet 2014, L. 1541-1 et s. CGCT)
- **Avant la réforme** : ne concerne que certains contrats de la commande publique et pas les contrats de partenariat
  - Articulation à examiner après la réforme s'agissant du marché de partenariat (désormais inclus dans la notion de marché public), compte tenu de la possible participation, minoritaire, de la personne publique au capital de la société de projet
- Problématique des contrats conclus par la SEMOP (potentiel pouvoir adjudicateur)
  - Solution avancée par la pratique : inclusion des sous-contrats à conclure par la SEMOP dans l'offre des candidats

# I. E. Focus : concession avec subdélégation de la maîtrise d'ouvrage



## **II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures**

Par Laurent Mion et Jérôme Sutour, avocats associés

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (1/13)

### ➤ Introduction

- Même si le rôle des banques demeure prépondérant, développement de l'intervention **d'acteurs non-bancaires** dans le financement de projets d'infrastructures (assureurs, fonds d'investissement, etc.) sous la forme, notamment :
  - de souscription à des **émissions obligataires** ;
  - d'acquisition de **créances de prêt** (*fronting* bancaire ou cessions de participations) ;
  - de **prêts directs** (plus marginalement, si l'on en exclut les avances d'actionnaires des investisseurs en fonds propres).
- Depuis décembre 2015, possibilité pour certains types de fonds d'investissement français de consentir directement des **prêts** sans nécessairement intervenir comme actionnaires de la société de projet

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (2/13)

### ➤ **Avant décembre 2015**

- **Dérogation de principe** : depuis la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière (article L. 511-6 du Code monétaire et financier), les organismes de placement collectif en valeurs mobilières bénéficient d'une dérogation de principe au monopole bancaire
- **Application pratique aux FIA** : depuis l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs, possibilité pour les FIA d'acquérir des créances non échues (opérations de crédit)

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (3/13)

### ➤ Rappels

- Un FIA est un organisme de placement collectif qui :
  - lève des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir conformément à une politique d'investissement que ces FIA ou leurs sociétés de gestion définissent ;
  - n'est pas un OPCVM.
- Les FIA regroupent notamment :
  - les fonds d'investissement à vocation générale (FIVG) ;
  - les fonds de capital investissement ;
  - les organismes de titrisation.
- Les FIA sont régis par les dispositions des articles L. 214-24 et suivants du Code monétaire et financier

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (4/13)

### ➤ **Décembre 2015 : entrée en vigueur du Règlement « ELTIF » (1/2)**

- **Règlement (UE) 2015/760** du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 (le Règlement) relatif aux fonds européens d'investissement à long terme (*European Long-Term Investment Funds* ou « ELTIF », ou encore « FEILT » en français)
- L'ELTIF est un FIA investissant une partie de son capital dans des instruments de capital ou de dette et/ou des actifs de long terme (limitativement énumérés dans le Règlement)
- **Objectifs** : lever des capitaux et les acheminer vers les investissements européens à long terme dans l'économie réelle, conformément à l'objectif de l'Union d'une croissance intelligente, durable et inclusive (article 1<sup>er</sup> du Règlement)

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (5/13)

### ➤ **Décembre 2015 : entrée en vigueur du Règlement « ELTIF » (2/2)**

- **Application directe** : le Règlement est d'application directe depuis le 9 décembre 2015 (article 38 du Règlement)
  
- **Un amendement du Gouvernement** au projet de loi de finances rectificative pour 2015 (article 27) a autorisé l'octroi de prêts par certains FIA réservés à des investisseurs professionnels :
  - les fonds professionnels spécialisés (FPS) ;
  - les fonds professionnels de capital investissement (FPCI) ;
  - les organismes de titrisation (OT).

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (6/13)

### ➤ Actif d'un ELTIF (1/3)

- Instruments de capitaux propres (actions), de quasi-capitaux propres ou de dettes qui sont émis (directement ou indirectement) par, ou des prêts accordés à, une « *entreprise de portefeuille éligible* » c'est-à-dire :
  - une entreprise non financière :
    - ✓ non admise à la négociation sur un marché réglementé ou MTF ; ou
    - ✓ admise à la négociation sur un marché réglementé ou MTF avec une capitalisation boursière ne dépassant pas 500 millions d'euros ;
    - ✓ établie au sein de l'UE ; ou
    - ✓ établie dans un pays tiers si Etat coopératif au sens du GAFI et conclusion d'une convention de coopération fiscale avec l'Etat membre du GFIA.
  - une entreprise financière qui investit exclusivement dans les actifs visés ci-dessus ou dans des « *actifs physiques particuliers* ».

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (7/13)

### ➤ Actif d'un ELTIF (2/3)

- « *Actifs physiques particuliers* » détenus directement ou indirectement par des entreprises de portefeuille éligibles, d'une valeur d'au moins 10 millions d'euros (ou équivalent en devise) :
  - un actif qui possède une valeur liée à sa substance et à ses propriétés et qui peut avoir un rendement, y compris les infrastructures et d'autres actifs qui produisent des avantages économiques ou sociaux (éducation, conseil, recherche) ;
  - comprenant **l'immobilier à usage commercial** ou résidentiel, s'il fait partie intégrante ou est un élément accessoire d'un projet d'investissement à long terme qui contribue à l'objectif de l'Union d'une croissance intelligente, durable et inclusive.

Initialement pas envisagé de faire référence à l'immobilier

Compromis dès lors que l'immobilier est un élément issu du projet d'intérêt général

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (8/13)

### ➤ Actif d'un ELTIF (3/3)

- Maximum de 10 % (possible 20 %) de son capital dans des instruments émis par une seule et même « *entreprise éligible au portefeuille* » ou en prêts consentis à une seule et même entreprise
- Maximum 10 % (possible 20 %) dans un même « *actif physique particulier* »
- Au plus tard à la date visée dans le prospectus/les statuts :
  - possibilité de repousser la contrainte relative à la composition du patrimoine de 5 ans (ou moitié de vie du FEILT) à compter de la date d'agrément du FEILT ;
  - possibilité de conserver pendant 3 ans une « *entreprise de portefeuille éligible* » qui n'est plus éligible à l'actif du FEILT.

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (9/13)

### ➤ Conditions à l'octroi de prêts par un FPS, un FPCI ou un OT (1/2)

#### – Propositions de l'AMF :

- au niveau de la société de gestion : imposer le respect des mêmes types de contraintes que pour les entreprises d'assurances et les fonds de prêt à l'économie ;
- pas de contraintes sur la documentation du prêt ou la qualité du risque de crédit.

#### – Position de l'ACPR :

- question du « *sourcing* ».

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (10/13)

### ➤ **Conditions à l'octroi de prêts par un FPS, un FPCI ou un OT (2/2)**

- **Conditions posées par l'art. 27 de la loi de finances rectificative :**
  - avoir effectivement le label ELTIF en application du Règlement ; ou
  - satisfaire des conditions devant être posées par décret (non encore publié).
  
- **Conditions posées par le Règlement :**
  - emprunteurs éligibles ;
  - maturité inférieure à la durée de vie du fonds.

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (11/13)

### ➤ Structuration d'un prêt long terme « projet » non-bancaire (1/3)

- Aucun obstacle à reproduire la structure d'un crédit projet bancaire classique (conditions préalables, *covenants*, ratios financiers, déclarations, cas de défaut, etc.)
  
- Question spécifique des sûretés pouvant être mises en place sur les créances du projet :
  - impossibilité pour les prêteurs non-bancaires d'utiliser la cession de créances « Dailly » ;
  - impossibilité de mettre en place des cessions de créances à titre de garantie en dehors de la loi « Dailly » (jurisprudence non remise en cause par la réforme du droit des obligations).

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (12/13)

### ➤ Structuration d'un prêt long terme « projet » non-bancaire (2/3)

- Substitut à la cession de créances à titre de garantie :  
le nantissement de créances de droit commun (art. 2356 et s. C. civ.)
  - depuis la réforme du 23 mars 2006, aussi simple et efficace que la cession « Dailly » :
    - ✓ opposabilité (disparition de l'obligation de signification) ;
    - ✓ créances futures ;
    - ✓ effets de la notification ;
    - ✓ possibilité d'attribution (judiciaire ou conventionnelle).

## II. Financements non-bancaires de projets d'infrastructures (13/13)

### ➤ Structuration d'un prêt long terme « projet » non-bancaire (3/3)

- Substituts à la cession « Dailly » acceptée :
  - la cession de dette :
    - ✓ consécration par la réforme du droit des obligations ;
    - ✓ description du mécanisme.
  - la délégation :
    - ✓ clarification du régime par la réforme du droit des obligations ;
    - ✓ description du mécanisme.
  - utilisation de ces mécanismes en présence d'un débiteur personne publique.

# Questions