A 2 0 1 3 1 5

CHAMBRE REGIONALE
DES COMPTES
21 DEC. 2020
ARRIVÉE

M. Gérard Collomb

Ancien Président de la Métropole de Lyon

Lyon, le 18 décembre 2020

Madame la Présidente,

Par lettre du 25 novembre 2020, vous me communiquiez le rapport d'observations définitives que la Chambre Régionale des Comptes a adopté dans le cadre d'une enquête commune de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes sur l'entretien et l'exploitation du réseau routier non concédé.

Ce rapport traite spécifiquement du boulevard périphérique nord de Lyon (BPNL) et tout particulièrement du contrat de partenariat passé en 2014, pour en assurer la mise aux normes puis l'exploitation jusqu'en 2034. Il évoque aussi assez longuement le projet d'Anneau des sciences, qui doit permettre le bouclage du périphérique par l'ouest de l'agglomération.

La juridiction relève ainsi de nombreux point positifs, tant sur la passation du contrat que sur sa bonne exécution, le suivi étroit assuré par la collectivité, son contrôle et l'atteinte globale des objectifs, notamment en termes de coûts et délais des travaux.

Elle souligne que la passation du contrat de partenariat n'appelle pas de remarque substantielle ; que les travaux de sécurité ont été réalisés conformément au contrat, dans les délais et sans surcoût, tout comme les prestations d'exploitation maintenance de l'ouvrage ; qu'enfin la Métropole de Lyon s'est organisée de manière efficace pour assurer un suivi régulier de l'exécution du contrat de partenariat.

Il convient de souligner qu'il est peu commun que des travaux d'une telle ampleur et d'une telle complexité soient menés à bien sans aucun surcoût ni retard. L'efficacité du contrat de partenariat en matière de couverture de tels risques est dont avérée en l'espèce.

.../...

Madame Marie-Christine Dokhélar
Présidente
Chambre Régionale des Comptes Auvergne-Rhône-Alpes
124, Boulevard Vivier Merle
69503 Lyon cedex 03

Pourtant, le rapport se montre plus critique sur la motivation du choix de cette formule contractuelle ; sur la répartition des risques qu'opère le contrat ; sur sa durée ; enfin sur les conditions de rémunération du cocontractant de l'administration.

Je ne partage évidemment pas les réserves formulées au rapport sur ces points.

- *Sur la motivation du recours au contrat de partenariat*

La critique principale que développe le rapport serait que l'évaluation préalable, dont l'objet est de comparer les différentes solutions contractuelles que le maître d'ouvrage peut mobiliser pour réaliser son projet, aurait été biaisée par l'exclusion du marché global de performance.

En réalité, le marché global de performance n'a succédé qu'en 2015 aux CREM (marchés de conception, de réalisation, d'exploitation ou maintenance) et aux REM (marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance) prévus par l'ancien article 73 du code des marchés publics. En 2012, la notion juridique de marché global de performance n'existe donc pas.

Le décret instaurant ces nouvelles formules contractuelles en août 2011 précisait explicitement que ce type de marché devait « *... remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ils comportent des engagements de performance mesurables.* »

Or comme l'évoque explicitement l'avis rendu le 16 mai 2012 par la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), organisme créé par l'Etat et totalement indépendant de la collectivité : « *Ces deux formes (CREM et REM) sont limitées aux cas où le projet comporte des objectifs chiffrés de performance par rapport à une situation de départ ce qui n'est pas le cas ici, les investissements n'ayant pas pour objet principal d'améliorer la performance de l'exploitation, mais de modifier un ouvrage existant pour qu'il réponde à des normes de sécurité. En outre de tels contrats n'intègrent pas le volet de perception de recettes de péage, et le paiement différé étant interdit, ne permettent pas un financement des investissements* ».

L'objet même de l'opération à conduire sur le BPNL ne s'inscrivait donc pas dans la logique du CREM, telle qu'envisagée par la nouvelle réglementation : pas d'impact prévisible, voire mesurable, sur aucun des quatre critères cités explicitement par le texte réglementaire.

Cette non-conformité à la réglementation a été immédiatement identifiée comme un risque juridique insurmontable, susceptible de générer de nombreux contentieux, notamment précontractuels, que les juridictions administratives auraient à trancher sans aucun référentiel jurisprudentiel antérieur.

Dans ce contexte, il paraissait effectivement déraisonnable de « tester » pour la première fois ce nouveau type de contrat, sur une opération qui constituait pour le Grand Lyon un enjeu majeur - non seulement financier, avec un périmètre de plus d'un demi-milliard d'euros, mais aussi fonctionnel au regard du trafic supporté au quotidien par l'infrastructure et son importance vitale pour le fonctionnement de l'agglomération.

.../...

En effet, alors même que le décret proposant cette nouvelle forme contractuelle venait d'être publié en août 2011, la Communauté urbaine ne pouvait s'appuyer, au niveau national, sur aucune expérience antérieure d'une autre collectivité territoriale, ni bien entendu sur aucune jurisprudence, pour se prémunir des risques contentieux.

Comme rappelé ci-dessus, cette analyse est retranscrite dans l'évaluation préalable produite par la collectivité et la MAPPP n'a émis aucune objection sur cette analyse.

En affirmant que le marché global de performance a été exclu pour des motifs discutables, le rapport formule une appréciation qui n'est étayée d'aucune argumentation convaincante au regard du risque juridique manifestement avéré, des enjeux portés par l'opération, de l'écart manifeste entre le cœur de cible de la nouvelle formule contractuelle en cause et les besoins concrets exprimés par la personne publique, enfin de l'avis strictement conforme sur ce point formulé par un organisme expert de l'Etat, chargé d'accompagner l'établissement public dans sa démarche d'analyse.

Si ces motifs sont peut-être « *discutables* », personne ne souhaitant empêcher le débat, le rapport peine à dire pourquoi.

Lorsque la juridiction relève par exemple que le Conseil de la communauté urbaine s'est prononcé en septembre 2012 « *soit plus d'un an après* » la publication du décret créant le CREM, elle ne peut ignorer d'une part que les travaux d'évaluation préalable ont été produits au premier semestre 2012 et surtout, d'autre part, que dans un tel délai de quelques mois, aucune juridiction administrative ne se prononce au fond. Le vide jurisprudentiel est donc bien patent.

De plus, lorsque le rapport affirme que l'évaluation préalable « *aurait dû intégrer la marché global de performance* », tel a bien été le cas pour le CREM, explicitement visé par l'évaluation, mais immédiatement rejeté compte tenu des motifs susvisés. Le marché global CREM n'a nullement été omis par l'analyse produite par le Grand Lyon et soumise à l'appréciation de la MAPPP : il a été objectivement considéré, pour être immédiatement rejeté au regard de la nature des risques qu'il faisait porter au maître d'ouvrage.

Si le rapport relève ensuite que cette exclusion « *a eu pour effet de favoriser le contrat de partenariat* » dans l'évaluation préalable, il s'agit là non seulement d'une affirmation gratuite, mais surtout d'une mention erronée : au regard des besoins de la personne publique, le contrat de partenariat était plus adapté qu'un CREM, en offrant une solution plus intégrée et juridiquement plus sûre. Dès lors que le partenariat s'avère manifestement plus satisfaisant que le CREM, qui souffre lui d'obstacles dirimants, la prise en compte du CREM ne change rien au reste de l'analyse comparative produite, entre le partenariat et les autres formules contractuelles envisageables.

Le rapport laisse enfin entendre que si le CREM avait été analysé en détail, l'évaluation préalable aurait peut-être montré qu'il était le montage présentant le meilleur bilan économique. On ne peut ni confirmer, ni infirmer cette éventualité, puisqu'il faudrait proposer une étude complète, ce que ne fait pas le rapport, comme cela a été fait dans le cadre de l'évaluation préalable pour les 3 montages retenus.

Mais, en tout état de cause, comme évoqué précédemment, le CREM n'a pas été exclu sur un motif économique, mais bien compte tenu des risques qu'il recelait et de son incapacité à couvrir les besoins exprimés par la Communauté urbaine.

.../...

Ainsi, le CREM a fait l'objet d'une première analyse, qui a convaincu le maître d'ouvrage de ne pas vouloir assumer le risque de lancer une opération majeure du mandat en employant une nouvelle formule contractuelle, alors même qu'il ne disposait d'aucun retour d'expérience, ni d'aucun précédent jurisprudentiel. Le simple principe de prudence commandait d'écarter cette solution, dès lors que le risque en cause n'était ni couvert, ni transférable.

Le principal avantage du partenariat réside dans la globalité de l'approche des besoins de la personne publique et la meilleure maîtrise des risques qu'il autorise.

Même la MAPPP souligne dans son avis que « *le projet constitue un cas d'école pour le contrat de partenariat qui apparaît a priori comme le montage le plus simple et sûr au plan juridique, le plus susceptible de se plier à toutes les exigences du Grand Lyon, et compte tenu des enjeux du projet, le plus à même de satisfaire aux besoins de synergie entre conception, réalisation et exploitation* ».

Telles ont été les raisons déterminantes du choix.

- *Sur la répartition des risques qu'opère le contrat*

Le rapport relève que *« les risques non imputables au partenaire sont les plus nombreux (...) le risque lié au trafic, les risques géologiques, hydrogéologiques et géotechniques, les causes légitimes (...) l'imprévision et la force majeure, les risques non assurables » et « En pratique, la société Leonord ne conserve pratiquement aucun risque puisque l'ensemble des risques... ont été transférés via des sous-contrats... »*

Ces mentions ne donnent pas une image totalement fidèle de la réalité, en ne contextualisant pas les observations.

Concernant le risque trafic, celui-ci est extrêmement limité sur un périphérique urbain dont on redoute plus le risque de congestion que d'insuffisance des flux.

S'agissant des risques géologiques, hydrogéologiques et géotechniques, ils ne sont imputables à la collectivité que si l'état du sous-sol diffère significativement de celui décrit en annexe du contrat. Et même dans ce cas, le partenaire assume le risque jusqu'à 400 k€.

Concernant les risques relevant de « causes légitimes », le contrat prévoit que le partenaire les assume à hauteur de 400 k€.

Les risques d'imprévision et de force majeure ne sont certes pas mis à la charge du partenaire. Mais c'est là une simple application de la jurisprudence, qui met à la charge des personnes publiques les conséquences d'un événement relevant de ces qualifications.

Quant à la mention qui évoque le transfert des risques de la société Leonord vers des entreprises du groupement via des sous-contrats, elle ne fait qu'évoquer la logique même d'une société de projet (Leonord) qui fait assumer au meilleur prix – et donc au moindre coût pour la personne publique - , via des contrats dit « *back to back* » passés avec des sociétés spécialisées les mieux à même de les couvrir, les risques transférés du donneur d'ordre public : c'est le principe même du contrat de partenariat et une condition essentielle de sa « bancabilité ».

.../...

Faire un tel constat, sans l'expliquer au lecteur, c'est formuler une critique là où réside le principal avantage du contrat de partenariat, et qui constitue la meilleure assurance pour la personne publique d'une livraison des travaux dans les délais prévus et dans le respect des coûts initialement contractualisés, comme ce fût le cas en l'espèce.

Les lecteurs pourront utilement se référer sur ce point à l'ouvrage de M. Michel Lyonnet du Moutier « *Financement sur projet et partenariat public-privé* », notamment à son chapitre 2 relatif à l'analyse, la répartition et la couverture des risques entre les différents intervenants d'un tel contrat.

- *Sur la durée du contrat*

La juridiction rappelle que « *le fait de retenir une durée plus courte aurait permis, in fine de diminuer les coûts de financement de 30 %* ». Après avoir évoqué la réponse apportée aux observations provisoires, qui rappelait que la durée traduit un arbitrage, toutes choses égales par ailleurs, entre la minimisation des coûts de financement et l'éviction d'autres investissements, elle ajoute cependant qu'à l'époque, le Grand Lyon ne rencontrait pas de difficulté pour financer ses investissements.

Chacun pourra comprendre que les coûts de financement sont d'autant plus faibles que la durée d'emprunt est courte. Mais si l'on raccourci cette durée, le montant en capital des annuités s'en trouve alors nécessairement plus élevé. A volume annuel global d'investissement inchangé, la réduction de la durée du contrat aurait donc conduit à exclure chaque année d'autres investissements. Au demeurant, pour des travaux qui sont en l'espèce réalisés sur un équipement à longue durée de vie, une telle réduction de la durée du contrat n'apparaît pas très logique.

Mais l'observation supplémentaire selon laquelle à l'époque le Grand Lyon, « *ne rencontrait pas de difficulté pour financer ses investissements* » interpelle.

Cette mention suggère-t-elle que le Grand Lyon aurait très bien pu réduire la durée contrat, tout en évitant cet effet d'éviction, *mais en augmentant son volume d'investissement annuel puisqu'il ne rencontrait pas de difficulté de financement* ?

Si tel est bien le sens de cette mention, le rapport semble très proche de formuler une critique en opportunité de l'objectif que s'est fixé le Conseil communautaire en déterminant le volume annuel de sa politique d'investissement.

Une telle critique est pourtant proscrite par l'article L.211-3 du code des juridiction financière qui s'impose à la Chambre et selon lequel : « *L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations.* »

.../...

- *sur les conditions de rémunération du cocontractant de l'administration*

Le rapport évoque à plusieurs reprises le taux de rentabilité interne (TRI) du contrat, qui mesure la rentabilité globale des fonds propres apportés par le partenaire privé à l'opération. Celui prévu au contrat s'élevait à 11,5%. Le rapport souligne que cette valeur « *correspond aux standards de rentabilité attendus à l'époque par des investisseurs* » pour ce type d'opération.

Si je ne peux que souscrire à cette mention, il est très étonnant que le rapport opère le rapprochement de ce taux à celui de « *l'OAT 30 ans en 2014* ».

En effet, alors que le TRI vient rémunérer la prise de risque du partenaire privé, invité à procéder à des travaux d'ampleur en tunnels et sous circulation dense, ce qui n'est tout de même pas la moindre des difficultés, le rapport le compare à l'un des placements les plus sûrs au monde.

Par ailleurs, le TRI ne s'applique qu'aux fonds propres, dont le niveau est en l'espèce faible, ce qui relativise l'enjeu financier de cette part de rémunération.

Mais la juridiction semble tirer une conclusion erronée de la faiblesse de ces fonds propres, qui selon elle « *confirme d'une certaine manière la faible prise de risque du partenaire* ».

D'un point de vue purement financier, seul le taux de rentabilité est une échelle adéquate de la mesure du risque. Plus ce dernier est élevé, plus le taux attendu sera important.

Le partage entre fonds propres et financement bancaire relève d'un autre arbitrage, d'ailleurs pour partie évoqué par la juridiction lorsqu'elle mentionne que « *le niveau très bas des taux d'intérêt incite à utiliser au maximum l'endettement* ». Il s'agit de l'effet levier bien connu de tout investisseur.

Mais au nombre des investisseurs, il n'y a pas que le partenaire privé, il y a aussi la personne publique.

Si le faible niveau des taux d'intérêt incite effectivement à utiliser au maximum le levier d'endettement, d'où un apport en fonds propres relativement faible, pour maximiser le gain retiré du contrat, c'est aussi au bénéfice de la collectivité. En effet, la rémunération attendue de fonds propres (11,5%) est nécessairement bien plus élevée que celle de l'emprunt bancaire. On ne peut donc pas simplement affirmer que l'endettement est maximisé « *pour accroître la rentabilité du capital investi par les actionnaires* », sans omettre les intérêts convergents de la personne publique dans un tel cas, puisqu'en définitive, c'est elle qui assume la rémunération de l'actionnaire comme celle du banquier.

Autant minimiser cette rémunération à la charge de la personne publique, en mobilisant au maximum le moyen de financement le moins cher, et en minorant le plus possible celui le plus cher.

.../...

- *Sur les mentions portant sur l'Anneau des sciences*

Le rapport consacre un chapitre à l'analyse d'un projet, dont la faisabilité était encore en cours d'examen lors de l'instruction. Pour l'essentiel, les conclusions ou appréciations formulées par la juridiction reposent donc sur des éléments incomplets, exploratoires, provisoires ou préparatoires, non expressément validés par exemple par délibérations de la collectivité ou décision de l'exécutif. Les observations ne procèdent donc pas d'un examen a posteriori de la gestion de la collectivité.

Le rapport précise par exemple que « *la chambre ... n'a pas eu accès à des études suffisamment complètes pour démontrer que le projet était compatible avec le respect des objectifs de réduction du trafic automobile et de réduction de ses effets polluants prévus au PDU* ».

C'est là tout le problème de vouloir formuler une appréciation sur un projet en cours de définition, les études attendues par la juridiction étant en cours de réalisation, des volumes financiers significatifs ayant été programmés pour leur poursuite.

Si les premiers résultats évoqués au rapport conduisent à souligner la production carbone en phase travaux, encore faudrait-il tempérer cette appréciation au regard de la durée de vie de l'infrastructure et, surtout, des gains obtenus en termes de qualité de vie des habitants.

Faut-il rappeler qu'à ce jour, l'agglomération est traversée, du nord au sud et à ciel ouvert sur l'essentiel de son linéaire, par une autoroute A6/A7 qui affecte sévèrement depuis de très nombreuses années cette qualité de vie.

Que personne n'a contesté le déclassement de cette autoroute intervenu, à mon initiative, en décembre 2016.

Qu'enfin le bouclage ouest du périphérique, quelles qu'en soient les conditions de réalisation, reste une étape clé pour garantir une réaffectation optimale des flux de circulation sur l'ensemble de l'agglomération.

On se demande bien comment va pouvoir aboutir « l'apaisement » de l'axe désormais dénommé M6/M7, en l'absence de réalisation d'une solution d'ensemble. Les reports de trafic sur les axes secondaires risquent d'être autrement plus polluants et perturbants, qu'une infrastructure souterraine dotée de centrales de traitement de l'air capté en galerie.

Le rapport évoque ensuite le coût du projet, en faisant référence en fait à deux évaluations strictement identiques : le premier montant cité, de 2,7 Md€ environ en valeur 2011, correspond à celui de 3,7 Md€ en valeur 2027, si l'on tient compte d'une inflation d'un indice des prix travaux de 2% par an, entre 2011 et 2027. Le projet ne connait donc aucune dérive des coûts, contrairement à ce que suggère la mention en ne retenant pas une référence monétaire unique.

Au regard de ce coût et comme l'évoque le rapport, la Métropole de Lyon rencontre, dans l'hypothèse d'une poursuite du projet, plus une problématique de portage de la dette, que de soutenabilité ou de solvabilité budgétaire.

.../...

En effet, si l'on prend l'hypothèse d'un besoin de financement annuel de l'ordre de 100 M€, cela mobiliserait moins de 20% de la capacité d'investissement de la collectivité constatée à la fin des années 2010. En poursuivant la gestion rigoureuse menée lors du précédent mandat, avec la préservation d'un effet ciseaux positif d'au moins un demi-point entre dépenses et recettes de fonctionnement, la capacité d'autofinancement croit alors de 15 à 20 M€ par an : il faut donc de 5 à 8 ans pour effacer l'effet d'éviction qui serait constaté dans les premières années en section d'investissement. Un tel délai est tout à fait admissible au regard des enjeux que porte l'infrastructure envisagée.

En revanche, le préfinancement des 3,7 Md€ d'investissements semble impossible, car il génère un stock de dette à l'issue de la construction de l'ouvrage bien trop important au regard de la taille de la collectivité : sa dette totale étant actuellement de moins de 2 Md€, cela reviendrait à envisager de la tripler.

Au regard du volume d'investissement à porter, la garantie de l'Etat semble indispensable pour permettre la mobilisation d'un financement public ou privé de cette ampleur.

C'est bien un tel mécanisme de garantie que l'Etat a accepté de mettre en place pour le financement de la Société du Grand Paris, pour lui permettre de poursuivre son programme d'investissement Grand Paris Express.

De ce point de vue, l'article 4 de la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, qui prévoit la création d'établissements publics locaux dédiés, pourrait offrir une solution de portage du projet. Encore faudrait-il que l'Etat accepte d'en garantir la dette, au vu de la robustesse du plan de financement qui pourrait être principalement assumé par la Métropole de Lyon.

Tels sont les éléments complémentaires qu'il me semblait indispensable de porter à la connaissance des futurs lecteurs du rapport.

Je vous prie d'agréer, Madame la Présidente, l'expression de mes sentiments distingués.

Gérard Collomb