



PÔLE TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET ÉNERGÉTIQUE  
ET RESSOURCES ENVIRONNEMENTALES  
Direction Transformation Énergétique  
Réseaux de chaleur

Accusé de réception - Ministère de l'Intérieur

068-200066009-20250324-2621C-2025-DE

Accusé certifié exécutoire

Réception par le préfet : 01/04/2025

Publication : 02/04/2025

CERTIFIÉ CONFORME Acte exécutoire le 2 avril 2025 Le Président



**COMMUNAUTÉ D'AGGLOMÉRATION  
MULHOUSE ALSACE AGGLOMÉRATION**  
Sous la présidence de Fabian JORDAN  
Président

**EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS  
DU CONSEIL D'AGGLOMÉRATION**  
Séance du 24 mars 2025

**64 élus présents (104 en exercice, 21 procurations)**

**M. Jean-Luc SCHILDKNECHT est désigné secrétaire de séance.**

**RÉSEAU DE CHALEUR DÉCARBONÉ « MULHOUSE CENTRE  
AGGLOMÉRATION » : CHOIX DU MODE DE GESTION ET LANCEMENT DE LA  
DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC (1.2.1/2621C)**

**VU** le Code général des collectivités territoriales,

**VU** les articles L. 1411-1 et suivants et les articles L.1541-1 à L1541-3 du Code général des collectivités territoriales,

**VU** le Code de la commande publique et en particulier, ses articles L 3100-1 et suivants relatifs aux concessions,

**VU** l'avis favorable émis par le Comité social territorial réuni le 13 mars 2025,

**VU** l'avis favorable émis par la Commission Consultative des Services Publics Locaux réunie le 6 mars 2025,

**VU** le rapport de présentation annexé, rédigé conformément aux dispositions de l'article L. 1411-4 du Code susvisé portant sur le principe d'une délégation de service public pour la conception, la réalisation et l'exploitation du réseau de chaleur urbain situé sur les territoires des Communes du Centre de l'Agglomération de Mulhouse et le recours à une SEMOP,

**VU** l'exposé des motifs relatif aux modes de gestion, aux caractéristiques de la future convention de concession et de la future SEMOP,

\*\*\*

Mulhouse Alsace Agglomération (m2A) bénéficie aujourd'hui d'un patrimoine de plusieurs réseaux de chaleur sur son territoire, principalement :

- le réseau historique principal de l'Illberg exploité dans le cadre d'une régie communautaire ;
- les réseaux desservant la ville de Mulhouse, ainsi que les villes de Rixheim, Illzach, et Riedisheim, gérés via une délégation de service public commune, conclue en 2018 (DSP Valorim).

La décarbonation massive du territoire par distribution de la chaleur fatale industrielle constitue l'action majeure de la stratégie développée au sein du Projet de Territoire et du Plan Climat Air Energie Territoriale. Pour cela, un Schéma Directeur a été arrêté en 2022, confirmant la faisabilité d'un nouveau réseau urbain de chaleur alimenté par la chaleur fatale industrielle de la bande rhénane. Les études menées depuis ont permis d'en confirmer son périmètre :

- Illzach
- Kingersheim
- Lutterbach
- Mulhouse
- Ottmarsheim
- Pfastatt
- Wittenheim

Ce réseau urbain, dénommé « Mulhouse Centre Agglomération », sera alimenté par le nouveau réseau de transport acheminant sur plus de 20 km la chaleur fatale industrielle depuis la bande rhénane, porté par la SEM m2A Energies, et qui permettra par ailleurs le verdissement du réseau de chaleur de l'Illberg et l'alimentation du site de Stellantis.

Il mobilisera une chaleur décarbonée à hauteur de 140GWh/an et desservira à terme 20 000 équivalents logements, soit environ 50 000 équivalents habitants. Il s'agit d'un projet majeur pour l'Agglomération.

Pour concrétiser sa réalisation, il convient de décider de son mode de gestion et d'autoriser le lancement de la procédure de consultation des entreprises.

### **Mode de gestion : concession de service public**

Une réflexion exhaustive sur l'ensemble des modes de gestion a été menée, afin d'analyser les conditions contractuelles les plus favorables pour l'exploitation réseau de chaleur urbain.

Dans ce contexte, et en faisant référence au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, le choix d'un mode de gestion, par l'assemblée délibérante de m2A, constitue donc un véritable enjeu pour éviter un transfert du portage de ces risques vers les usagers du service public.

Au regard du rapport d'analyse des modes de gestion figurant en annexe de la délibération, il apparaît que le mode de gestion le plus adapté aux besoins et objectifs de m2A consiste dans la gestion déléguée dans le cadre d'un contrat de concession régi par les articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales et L. 3000-1 et suivants du Code de la commande publique, confié à une Société d'Economie Mixte à OPération unique (SEMOP).

Conformément à l'article L. 1411-4 du Code général des collectivités territoriales, les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

Plusieurs motifs appuient le choix du recours à la concession pour m2A :

- La concession permet de confier au concessionnaire le risque d'exploitation.
- La concession permet de recourir à l'expertise et aux moyens humains de partenaires privés.
- La concession permet de confier au concessionnaire une mission globale portant sur le financement, la conception et la réalisation de travaux et l'exploitation des ouvrages, adaptée aux contraintes techniques du projet.
- Cette mission globale permet de renforcer la contractualisation des objectifs de performance.
- Le contrat de concession permet d'externaliser le financement des travaux.

Plus encore, la constitution d'une SEMOP entre m2A et un opérateur privé permettra d'une part au projet de bénéficier du dynamisme, de la souplesse, des compétences, de la capacité d'innovation et du savoir-faire d'entreprises privées spécialisées, et d'autre part, un pouvoir d'information et de contrôle renforcé pour m2A et sa participation à la gestion du contrat.

De plus, à travers sa participation capitalistique, m2A serait intéressée aux bénéfices de la SEMOP. En revanche, m2A supportera une partie du risque en tant qu'actionnaire. Ce dernier sera précisément délimité dans le pacte d'actionnaires.

Enfin, ce mécanisme n'est que peu source de complexité et de délais supplémentaires dès lors qu'il permet de recourir à une mise en concurrence unique pour sélectionner les co-actionnaires de la SEMOP et attribuer le contrat de concession.

### **Objectifs du contrat**

Le futur contrat imposera au concessionnaire, entre autres, les obligations et l'exécution des missions suivantes :

- Conception, financement et construction d'installations :
  - o 60 km de réseaux de distribution
  - o Près de 250 sous-stations
  - o 1 chaufferie d'appoint secours
  - o Pour un investissement > 60M€ HT
- Commercialisation du service
- Fourniture et facturation de la chaleur aux usagers (relation usagers)
- Exploitation du réseau avec garantie de continuité du service

- Entretien, maintenance et travaux de Gros Entretien et Renouvellement
- Gestion aux risques et périls, contractualisation des aides ADEME et avec les différents interlocuteurs fonciers (VNF, SNCF, etc.)
- Suivi du patrimoine de la concession.

Le montant prévisionnel des investissements devrait être au total de 60 millions d'euros HT.

Compte tenu des investissements à amortir, il a été arrêté une durée de 25 ans pour la SEMOP. Le chiffre d'affaires du contrat est estimé à 360 millions d'euros TTC sur cette durée.

m2A envisage de détenir 49% du capital de la SEMOP.

Une prime d'un montant de 100 000 euros sera versée aux candidats ayant remis une offre conforme au cahier des charges, mais non retenus.

\*\*\*

Après en avoir délibéré, le Conseil d'Agglomération,

- approuve le principe de la délégation de service public et le recours à la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) tels que présentés dans le rapport ci-annexé,
- approuve les caractéristiques des prestations que devra assurer le futur concessionnaire donc la SEMOP, décrites dans le rapport ci annexé,
- autorise le Président à lancer la procédure de consultation conformément aux articles L.1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales,
- autorise le Président à prendre toutes décisions et à signer tous documents nécessaires à l'application de la présente,
- approuve le versement d'une prime de 100 000 euros aux candidats ayant remis une offre conforme au cahier des charges, mais non retenus.

PJ : (3)

- avis de la Commission Consultative des Services Publics Locaux réunie le 6 mars 2025,
- avis du Comité social territorial réuni le 13 mars 2025,
- rapport sur les modes de gestion.

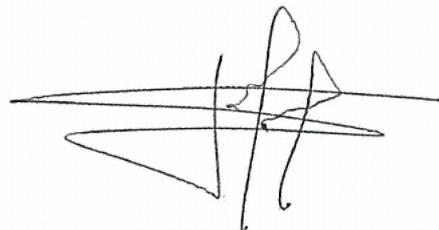
La délibération est votée à l'unanimité des suffrages exprimés.

Le secrétaire de séance



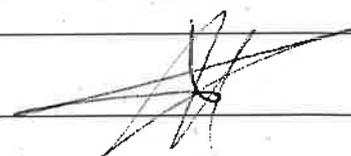
Jean-Luc SCHILDKNECHT

Le Président



Fabian JORDAN

**COMMISSION CONSULTATIVE DES SERVICES PUBLICS LOCAUX**  
**Mulhouse Alsace Agglomération**  
**Jeudi 06 mars 2025 à 14 H 00**  
**Lancement de la délégation de service public**  
**Réseau de chaleur centre agglo**  
*Liste de présence*

NOM - Prénom	Qualité / Organisme représenté	Signature
Rémy NEUMANN	Président CCSP	
Yves GOEPFERT	Membres titulaires	
Pierre LOGEL		
Francis DUSSOURD		
Francis HILLMEYER		
Nathalie BOESCH		
Isabelle GODBILLON		
Corinne LOISEL		
Vincent HAGENBACH		
Pierrette KEMPF		
Joseph WEISBECK		
Cécile SORNIN		
Antoine EHRET		
Bertrand PAUVERT		
Joseph SIMEONI		

	Chambre de Consommation d'Alsace	
	Organisation Générale des Consommateurs du Haut-Rhin	
	Association Générale des Familles	
Jean-Louis OLIVIER	Union Départementale Consommation Logement et Cadre de Vie du Haut-Rhin	
Béatrice ADAM	UFC que Choisir	
	Union Européenne d'Action Sociale des Usagers et Consommateurs	
	Fédération Nationale des Associations d'Usagers du Transport	
Julien CHAZERAND	Directeur Transformation Energétique	
Maxime BUJADOUX	Resp. commande publique m2A	

Au vu des éléments présentés lors de la commission et des rapports, un avis favorable au lancement du projet est donné

**COMMISSION CONSULTATIVE  
DES SERVICES PUBLICS LOCAUX**

**JEUDI 6 MARS 2025 A 14H00**

**Rapport de présentation à la CCSPS sur les caractéristiques et le choix du mode de gestion  
du service public  
du futur réseau de chaleur urbain situé sur les territoires des Communes du Centre de  
l'Agglomération de Mulhouse**

Ce rapport est soumis pour avis.

1 PJ en Annexe



# Sommaire

<b>I.</b>	<b>CONTEXTE ET DESCRIPTIF DU PROJET .....</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>PROBLEMATIQUES ET ENJEUX DU FUTUR MODE DE GESTION .....</b>	<b>4</b>
A.	Palette des modes de gestion envisageables .....	5
1.	La gestion en régie .....	10
2.	Les marchés publics .....	13
3.	La concession.....	17
4.	La SEMOP .....	19
B.	Synthèse : Sélection du mode de gestion.....	24
C.	Comparaison par critères : .....	27
<b>III.</b>	<b>CARACTERISTIQUES DU FUTUR CONTRAT .....</b>	<b>32</b>
A.	Objet .....	32
B.	Durée .....	32
C.	Missions dévolues.....	33
D.	Périmètre.....	33
E.	Conditions financières.....	34
1.	Rémunération du concessionnaire et redevances .....	34
2.	Investissements et charges.....	34
F.	Caractéristiques de la SEMOP.....	35
G.	Régime du personnel.....	35
H.	Modalités de suivi et de contrôle par m2A .....	36
1.	Suivi et contrôle de l'exécution du service .....	36
2.	Mécanisme de pénalités.....	36
<b>IV.</b>	<b>CALENDRIER PREVISIONNEL DE LA PROCEDURE DE CONCESSION ET DE LA SEMOP .....</b>	<b>37</b>

## **I. CONTEXTE ET DESCRIPTIF DU PROJET**

Mulhouse Alsace Agglomération (m2A) gère et exploite plusieurs réseaux de chaleur sur son territoire tels que :

- Le réseau historique principal de l'Illberg, établi dans les années 60 et exploité dans le cadre d'une régie communautaire ;
- Les réseaux desservant la ville de Mulhouse, ainsi que les villes de Rixheim, Illzach, et Riedisheim, gérés via une délégation de service public commune, conclue en 2018 (DSP Valorim).

Afin de développer la valorisation de ses ressources locales telles que la chaleur fatale industrielle et la biomasse, m2A envisage la création d'un réseau de chaleur urbain visant à desservir la Commune de Mulhouse, ainsi que les territoires des Communes limitrophes au centre de l'agglomération.

Dès lors, m2A a lancé plusieurs études, dont son Schéma Directeur réalisé en 2022, devant permettre de faire émerger différents projets, notamment la réalisation d'un réseau de chaleur urbain couvrant le périmètre suivant :

- Mulhouse
  - Centre-Ville
  - Quartier Wolf
  - Quartier de la Fonderie
- Bourtzwiller et Illzach
- Illzach
- Riedisheim
- Rixheim
- Pfastatt
- Lutterbach
- Kingersheim
- Ottmarsheim

Afin de permettre ce développement, un projet de délibération modifiant l'intérêt communautaire en matière de réseaux de chaleur sera soumis au Conseil d'Agglomération du 23 mars 2025.

## **II. PROBLEMATIQUES ET ENJEUX DU FUTUR MODE DE GESTION**

L'article L. 1411-4 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales.

Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

**La commission consultative des services publics locaux doit également être consultée avant la décision arrêtant le principe de la délégation de service public.**

Tel est l'objet du présent rapport.

## **A. PALETTE DES MODES DE GESTION ENVISAGEABLES**

Pour le service public de fourniture de chaleur que, m2A souhaite créer, cette dernière peut :

- **internaliser la gestion par la création d'une régie (1) ;**

Dans ce premier cas il peut s'agir soit d'une régie dotée de la seule autonomie financière, soit d'une régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale. M2A supporte intégralement les risques techniques, d'exploitation et commerciaux.

- **Recourir à une SPL (2) ;**

La Société publique locale (SPL), est une société anonyme, composée d'au moins 2 actionnaires.

Cette société est « *compétente pour réaliser des opérations d'aménagement des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* » (article L1531-1 du CGCT).

La réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires.

Elle est quasi systématiquement en situation de quasi-régie vis-à-vis de ses membres donc les collectivités peuvent lui confier la gestion du service sans mise en concurrence.

La collectivité est associée aux gains et aux risques du service, à hauteur de sa participation au capital.

**Dans la mesure où la SPL constitue un outil de coopération entre personnes publiques, le recours à cet outil n'aura d'intérêt qu'à la seule condition que m2A souhaite s'associer avec *a minima* une autre personne publique compétente en vue de gérer conjointement le service.**

**Un minimum de deux associés étant nécessaire**, il conviendrait donc d'identifier au moins une autre personne publique qui (i) disposerait des compétences nécessaires pour participer au projet et (ii) serait intéressée par celui-ci.

Par ailleurs, **la SPL ne constitue pas en soit, un mode de gestion**. Ce faisant, la SPL devra par la suite passer différents contrats pour permettre la réalisation des investissements et l'exploitation du service ou se doter des moyens propres nécessaires à l'exécution de ce service.

**Le recours à une SPL ne répond donc pas au besoin m2A.**

**Cette solution ne sera donc pas étudiée plus avant.**

- **recourir à une Société dédiée à la production d'énergies renouvelables (3) ;**

L'article L. 2253.1 du Code général des collectivités territoriales fixe, en son premier alinéa, un principe d'interdiction générale pour les personnes publiques de participer au capital d'une société commerciale, et plus généralement à tout organisme à but lucratif.

Ce principe connaît cependant certaines dérogations et notamment celle issue de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (dite « LTECV »).

En effet, un second alinéa a été introduit permettant la prise de participation au capital de sociétés de production d'énergie renouvelable.

Désormais, aux termes de l'article L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales :

*« Par dérogation au premier alinéa, les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du code de l'énergie par des installations situées sur leur territoire ou, pour une commune, sur le territoire d'une commune limitrophe ou, pour un groupement, sur le territoire d'un groupement limitrophe. L'acquisition de ces actions peut être réalisée au travers de la prise de participations au capital de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions au capital des sociétés mentionnées à la première phrase du présent alinéa. Les communes et leurs groupements peuvent consentir aux sociétés de production d'énergie renouvelable auxquelles ils participent directement des avances en compte courant aux prix du marché et dans les conditions prévues à l'article L. 1522-5 du présent code. Par dérogation aux conditions prévues au même article L. 1522-5, la durée des avances en compte courant peut être portée par les communes ou leurs groupements à sept ans, renouvelable une fois, lorsque l'énergie produite par les installations de production bénéficie du soutien prévu aux articles L. 311-12, L. 314-1, L. 314-18, L. 446-2, L. 446-5, L. 446-14 ou L. 446-15 du code de l'énergie ».*

Aux termes de ces dispositions, il est donc possible pour une commune ou un groupement de communes de créer une société commerciale dont l'objet social sera dédié à la production d'énergies renouvelables en vue d'alimenter le territoire de la collectivité actionnaire.

Ce mécanisme se caractérise donc par :

- Une prise de participation par une collectivité au sein d'une société commerciale : la collectivité peut donc prendre des actions au sein d'une société commerciale dont le quantum n'est pas encadré ;
- La création d'une société commerciale, laquelle peut prendre la forme d'une société anonyme ou d'une société par action simplifiée ;

- La société ainsi créée aura un objet unique dédié à la production d'énergie renouvelable.

Ces énergies renouvelables sont limitativement précisées par l'article L. 211-2 du Code de l'énergie, qui définit les énergies renouvelables comme « *une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir l'énergie éolienne, l'énergie solaire thermique ou photovoltaïque, l'énergie géothermique, l'énergie ambiante, l'énergie marémotrice, houlomotrice et les autres énergies marines, l'énergie hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz* ».

Ce type de société pourra particulièrement être mise en place pour :

- Des projets de production d'hydrogène à partir de l'énergie issue d'une UVE ;
- Des projets de production d'énergie géothermique en vue d'alimenter des réseaux de chaleur.

**Aux termes des dispositions du Code général des collectivités territoriales et du Code de l'énergie, il n'est pas possible de recourir à ce type de société en l'absence de production d'énergie. En effet, le projet de création du réseau de chaleur prévoit principalement un approvisionnement sous forme de chaleur fatale, soit en énergie de récupération. Dans ce cas de figure, le projet sort du cadre de la production d'énergie renouvelable.**

**De plus, l'objet recherché porte sur la distribution d'énergie (réseau) et non pas uniquement sur la production d'énergie, ce qui rend impossible la création de ce type de société.**

**Cette solution ne sera donc pas étudiée plus avant.**

- **Solliciter des tiers** pour une gestion sous la forme d'une prestation de services **dans le cadre d'un marché public** (ou plusieurs marchés) (4) ;

L'article L.1111-1 du CCP définit les marchés publics de la manière suivante :

*« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».*

On distingue marché de travaux et marché de services.

Dans ce cadre, les marchés publics peuvent être caractérisés par quatre éléments :

- Ce sont des contrats.
- Ils sont conclus avec un opérateur économique : qu'il s'agisse d'une personne publique ou privée, cette personne morale doit exercer une activité économique.
- Ils comprennent le versement d'une contrepartie onéreuse (au sens juridique du terme) ou tout autre équivalent : le caractère onéreux de la prestation réalisée visant à satisfaire le besoin du pouvoir adjudicateur se réfère à la contre-prestation à laquelle procède l'autorité publique pour obtenir la prestation commandée à l'opérateur

économique. Le plus souvent, il s'agit du versement d'une somme d'argent correspondant au paiement d'un prix à l'opérateur économique co-contractant.

- Ils ont pour objet la satisfaction d'un besoin de l'acheteur en matière de travaux ou de services.

Il existe également les marchés publics globaux. **Dans ce troisième cas, m2A conserve la responsabilité et une part prépondérante des risques, à l'exception du risque inhérent à la maîtrise des charges. La rémunération du titulaire peut être assurée soit par des prix unitaires, soit par des prix forfaitaires.**

- **Décider d'associer plus étroitement un opérateur économique** aux résultats de la gestion du service en lui transférant, en tout ou partie, la responsabilité de gestionnaire et la performance commerciale, **dans le cadre d'une concession (5).**

Ce mode de gestion déléguée peut porter uniquement sur l'exploitation d'équipements (affermage) ou comporter également la réalisation de travaux (concession avec travaux). Dans ce dernier cas, le concessionnaire conçoit, réalise et exploite les installations pour son propre compte et, à ce titre, il est le maître d'ouvrage des installations.

Le critère essentiel de reconnaissance d'une concession repose sur le critère du risque : qu'il y ait ou non des travaux, la concession n'est envisageable que dans le cas où une part de risque transférée au concessionnaire est réelle et non négligeable (L. 1121-1 du Code de la commande publique). Il s'agit du « *risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation ou d'investissement* » (CJUE).

**Le recours à ce type de contrat semble être approprié car il permet d'externaliser le financement du réseau de chaleur. De plus, le risque technique et commercial sera supporté par le concessionnaire.**

- **Solliciter/associer des tiers tout en internalisant en partie la gestion, par la création d'une SEMOP (6)**

La SEMOP (article L1541 -1 à 3 du CGCT) est une forme d'entreprise publique locale permettant à une collectivité ou son groupement de lancer un appel d'offre en amont de la constitution de la société, pour désigner l'actionnaire opérateur qui s'associera avec elle pour l'exécution du contrat qui lui sera attribué. Une collectivité territoriale ou un groupement peut créer avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionnée après une mise en concurrence, une société d'économie mixte à opération unique.

La société est constituée pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion d'un contrat avec la collectivité ou le groupement.

La SEMOP a pour objet :

- Soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ;
- Soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaire au service ;
- Soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou le groupement.

S'agissant de l'actionnariat de la SEMOP, la collectivité doit détenir entre 34 et 85 % du capital de la société ». Ainsi, l'actionnariat minoritaire peut suffire à donner à la collectivité publique un pouvoir de contrôle interne de la société et, à travers elle, de son partenaire privé.

La procédure de publicité et de mise en concurrence a un double objet : attribuer un contrat de la commande publique et choisir l'actionnaire de la société chargée d'exécuter ce projet.

La SEMOP cumule les avantages suivants : maîtrise de l'activité au travers de la représentation de la collectivité au sein de la Société, bénéficie de l'expertise d'un ou plusieurs opérateurs privés, et bénéficie d'éventuels investisseurs privés.

Cependant, il n'en demeure pas moins que :

- elle est sujette à une prise de risque important
- elle peut décourager ou dissuader un opérateur privé de répondre
- elle est coûteuse
- elle doit être appréciée à l'aune des règles de la commande publique.

En effet, il faut considérer d'un point de vue opérationnel, que la SEMOP passera, soit de manière accessoire, de petits sous-contrats de fournitures et de services en cours du contrat (informatique, bureautique, prestations d'ingénierie spécifiques par exemple), soit de manière principale, d'importants sous-contrats de travaux, de services et de fournitures qui n'ont pas été prévus initialement ou pour lesquels l'actionnaire de la SEMOP n'a pas fait d'offre (grosse intervention sur réseau ou grosse réparation, renouvellement d'un matériel).

Or, la présence d'un représentant de la collectivité à la présidence de la SEMOP (imposé) fait pencher la balance vers la qualification de pouvoir adjudicateur de cette dernière.

Si la collectivité est au surplus actionnaire majoritaire, la SEMOP sera indubitablement qualifiée de pouvoir adjudicateur.

Le recours à la SEMOP permet de constituer cette dernière en même temps que l'attribution du contrat choisi, la procédure de publicité et de mise en concurrence étant commune (création de la société et attribution du contrat). Le risque de création d'une SEML qui ne sera finalement pas titulaire du contrat est donc écarté.

Néanmoins, la SEMOP ne peut être créée que pour la durée du contrat ce qui tend à la conseiller pour des contrats de longue durée. Elle doit être dissoute à l'issue du contrat. La procédure de dissolution peut être potentiellement longue. En effet, la SEMOP pourra survivre après le terme du contrat pour les besoins de sa liquidation.

Du fait de l'organisation qu'elle impose de mettre en place (constitution de la société, personnel, apports...) et des gains qu'elle doit procurer à la Collectivité (qui sont le principal avantage de la SEMOP), elle est préconisée dans les contrats de longue durée (plus de 10 ans).

Elle peut être constituée à la suite d'une procédure de marché public ou de concession, et aura ainsi en grande partie les avantages et inconvénients de chacun de ces modes de gestion, avec la particularité que la Collectivité est actionnaire de la SEMOP donc en partie le titulaire ou le concessionnaire.

La SEMOP devra donc être constituée par une seule collectivité territoriale ou un seul groupement de collectivités territoriales (EPCI, syndicat mixte) auprès d'un ou de plusieurs opérateurs.

La rédaction de ses statuts et de son pacte d'actionnaire doit être fait en amont d'une procédure de marché public ou de concession. Ces éléments doivent être fixés et transmis dans le cadre du dossier de consultation des entreprises.

La SEMOP aura en grande partie les avantages et inconvénients de chacun de ces modes de gestion (marché public ou concession), avec la particularité que la Collectivité est actionnaire de la SEMOP.

La SEMOP ne peut être créée que pour la durée du contrat ce qui tend à la conseiller pour des contrats de longue durée. Elle doit être dissoute à l'issue du contrat.

**La création d'une SEMOP entre m2A et un actionnaire privé semble être approprié car cela permet au projet de bénéficier du dynamisme, de la souplesse, des compétences, de la capacité d'innovation et du savoir-faire d'entreprises privées spécialisées.**

**Par rapport à un montage en concession sans société dédiée, m2A aura un pouvoir d'information et de contrôle renforcé et pourra participer à la gestion du contrat. De plus, à travers sa participation capitalistique, la collectivité serait intéressée aux bénéfices de la SEMOP.**

## **1. La gestion en régie**

Deux types de régie sont possibles (la régie directe est prohibée pour les SPIC) :

- La **régie avec autonomie financière**, où la gestion est assurée directement par les services de la Collectivité (fonctionnaires et assimilés) bien que dans le cadre d'un budget distinct (budget annexe).

- La **régie dotée de la personnalité morale**, où la Collectivité transfère statutairement la gestion du service public à une entité juridique publique distincte.

La gestion en régie dotée de la personnalité morale se concrétise classiquement par la création d'un établissement public industriel et commercial (EPIC) local.

Le tableau suivant reprend les principales caractéristiques de ces deux modes de gestion directe :

	Régie autonome	Régie personnalisée
<b>Structure et gouvernance</b>	Régie simplement placée sous l'autorité de m2A.  Administrée par un <b>conseil d'exploitation</b> , un <b>directeur</b> et un <b>agent comptable</b> .	Création d'un EPIC distinct de la collectivité de rattachement.  Administrée par <b>un conseil d'administration</b> et son <b>président</b> ainsi qu'un <b>directeur</b> .
<b>Maîtrise et contrôle</b>	Maîtrise des décisions par la Collectivité (Le conseil d'exploitation ne délibère que sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'assemblée délibérante ne s'est pas réservé le pouvoir de décision.)	Régie <b>indirectement</b> placée sous l'autorité de m2A.  Moyen de gestion autonome de la régie en raison de la personnalité morale et de l'existence de deux structures.  Moindre contrôle du service
<b>Organe délibérant</b>	<b>Conseil communautaire de m2A</b> (Ex. : fixation du prix de la chaleur)	<b>Conseil d'administration de la régie</b> (Ex. : fixation du prix de la chaleur)
<b>Processus de décision</b>	Sous l'autorité du Président de m2A et du Conseil communautaire.  Les fonctions exécutives sont assurées par l'exécutif de la collectivité de rattachement qui est le représentant légal de la régie et qui en est l'ordonnateur.	Administrée par le directeur et le conseil d'administration de la régie.  Les élus de m2A interviennent par leurs représentants au sein du CA
<b>Resp. civile et pénale</b>	La responsabilité pèse sur les <b>élus et agents de m2A</b> (y compris le personnel de la régie).	La responsabilité pèse sur le <b>CA et le directeur de la régie</b> .
<b>Budget</b>	Budget propre, annexé au budget de m2A, et voté par le Conseil communautaire	Budget voté par le CA

<b>Personnel</b>	<p><b>Statut de droit privé</b> car SPIC. En conséquence, l'emploi de fonctionnaires en position normale d'activité pose par conséquent une difficulté au regard des dispositions de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 (même si cette situation est rencontrée et « tolérée » en pratique sur une base juridique relativement fragile).</p> <p><b>Sauf directeur et agent comptable :</b> statut de droit public</p>	<p><b>Statut de droit privé</b> car SPIC.  <b>Sauf directeur et agent comptable :</b> statut de droit public</p>
<b>Fiscalité</b>	M2A est exploitant fiscal	Régie exploitant fiscal

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours à la régie peut être apprécié selon les critères suivants (communs aux deux types de régies mentionnés, sauf indication spécifique) :

- **Recherche de performance / Transfert du risque :** Contrairement aux autres modes de gestion qui seront appréciés ci-après, la régie ne formalise pas d'engagements de performance sanctionnés par des pénalités ou d'autres outils financiers incitatifs. Par ailleurs, la gestion en régie internalise le risque d'exploitation qu'il soit industriel ou commercial.
- **Réduction du coût pour la Collectivité :** Sur le plan financier, la gestion en régie permet d'éviter de supporter les charges de structure et la marge d'un opérateur externe (même si, in fine, une régie personnalisée peut également générer des frais de structure). En revanche, la régie ne bénéficie pas des effets d'échelle qu'un opérateur spécialisé peut rechercher grâce à la mutualisation de certains investissements, procédés et savoirs au-delà du périmètre du service en question.
- **Évolutivité / Réversibilité :** Contrairement à un contrat externalisant le service dont les caractéristiques ne pourraient être modifiées qu'au prisme du cadre relativement strict des avenants, la régie peut faire évoluer le service comme elle l'entend, en particulier pour ce qui concerne la régie autonome placée directement sous l'autorité de la Collectivité. S'agissant de la réversibilité du mode de gestion, le passage de la régie à un autre mode de gestion est plus difficilement acceptable que l'inverse.
- **Effectivité de la mise en concurrence :** Le recours à la régie a comme conséquence une absence de mise en concurrence qui permettrait de rechercher en théorie la meilleure offre au meilleur prix.
- **Gestion des ressources humaines :** le personnel serait de droit privé et sous la convention collective nationale applicable au secteur, sauf le directeur et l'agent comptable qui auraient un statut de droit public. M2A serait exposée plus directement aux conséquences du dialogue social au sein du nouvel établissement (conflits éventuels).

- **Optimisation de la procédure** : La création d'une régie ne constitue pas une procédure comme peut l'être la passation d'un marché ou d'une concession, néanmoins elle suppose des délais similaires voire supérieurs compte tenu de l'organisation à mettre en place (en particulier pour ce qui concerne la création d'un EPIC).

- **Prise en charge des investissements** : L'intégralité des coûts et des investissements seront à la charge de m2A.

- **Innovations proposées** : Elles dépendront uniquement de m2A, avec une possibilité limitée de retours d'expérience extérieurs (contrat d'assistance technique possible avec un opérateur spécialisé).

- **Maîtrise du service** : La maîtrise du service peut être considérée comme plus étroite que dans le cadre d'une gestion externalisée, en particulier pour ce qui concerne la régie autonome placée directement sous l'autorité de la Collectivité.

**Compte tenu de ces critères, il apparaît qu'une exploitation du service par la voie d'une régie autonome ou personnalisée ne répond pas suffisamment aux attentes de m2A.**

## 2. Les marchés publics

Si le principe est celui de la passation d'un marché par prestation, il existe également les marchés publics globaux :

- o **Marché de conception-réalisation**, sous réserve de dimensions exceptionnelles, de difficultés techniques particulières ou d'un engagement contractuel d'amélioration de l'efficacité énergétique ;
- o **Marché global de performance (MPGP)** (anciennement REM et CREM) permettant de réunir la conception, la réalisation, l'exploitation et/ou<sup>1</sup> la maintenance dans un même marché sous réserve d'objectifs chiffrés de performance (notamment – mais pas que - niveau d'activité, qualité de service, efficacité énergétique).

Plusieurs éléments sont à noter concernant ces derniers :

- La procédure de passation impose **l'avis d'un jury** (comme un concours de maîtrise d'œuvre) sauf :

---

<sup>1</sup> La jurisprudence a clairement tranché la question en faveur du caractère inclusif, en considérant qu'il était « loisible à l'acheteur d'inclure dans un tel marché des prestations d'exploitation technique **et** de maintenance de ces équipements » (CE, 8 avril 2019, n° 426096 et 426914, Société Orange, Région Réunion). Le rapporteur public ayant conclu sous cette décision observe d'ailleurs que le texte « n'impose ni ce que ces marchés ne comportent que des prestations relevant de ces différentes missions, ni qu'ils les comportent totalement ».

- Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses suivantes :  
réhabilitation d'ouvrages existants ou réalisation d'un projet urbain ou paysager/  
ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation/ ouvrages  
d'infrastructures ;
- Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les entités adjudicatrices selon la procédure de dialogue compétitif ou selon la procédure avec négociation<sup>2</sup>.

Dans la passation d'un tel contrat et conformément à la jurisprudence, m2A serait plutôt **pouvoir adjudicateur** qu'entité adjudicatrice. L'avis du jury n'est pas obligatoire puisque m2A relève d'une des 3 dérogations citées ci-dessus : ouvrages d'infrastructures.

- Pour que son recours y soit régulier, le MPPG doit comporter **des engagements de performance mesurables**.

**S'agissant du type d'objectif de performance** qui peut être prévu, ils peuvent – la liste n'est pas restrictive – porter sur le niveau d'activité, la qualité du service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique. **L'insertion de telles exigences ne doit pas être factice**, car le recours aux marchés globaux est dérogatoire.

La performance n'est donc **pas qu'énergétique** : elle peut concerner tout objectif de performance en lien avec les missions du titulaire et qui n'est pas artificiel.

Dans le cas d'un réseau de chaleur, il peut s'agir :

- Du rendement du réseau,
- Du taux de couverture en énergies renouvelables,
- Des besoins en énergie primaire
- Des délais d'intervention en cas de panne, fuite...
- etc.

Ces engagements de performances n'ont d'ailleurs **pas à être exclusivement liés aux missions qui sont confiées dans leur totalité au titulaire**. Ils peuvent également résulter **en partie de l'action de tiers**, dès lors que les performances dépendent en partie des prestations fournies dans le cadre du marché<sup>3</sup>.

Les engagements de performances peuvent être établis sur la base de données théoriques qui, dès lors qu'elles sont contractualisées, ne sauraient en principe être remises en cause quand bien même les données réelles constatées en cours d'exécution s'en écarteraient (CAA Nantes, 23 novembre 2018, *Société Efficentre*, n° 17NT02503).

---

<sup>2</sup> Article R2171-16 du Code de la commande publique.

<sup>3</sup> CE, 8 avril 2019, n° 426096 et 426914, *Société Orange, Région Réunion* : en l'espèce le résultat de l'exploitation de lignes haut débit, susceptible de dépendre des prestations d'assistance à l'exploitation commerciale du réseau fournie par le titulaire.

**La rémunération de l'opérateur économique sera modulée en cas de sous-performance ou de surperformance.** L'article R. 2171-2 du Code de la commande publique précise que c'est plus particulièrement la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance qui est modulée.

Cela signifie que les engagements de performances sont nécessairement à prévoir dans les phases d'exploitation et/ou de maintenance. Mais ils seront anticipés dès la conception/réalisation.

- **La frontière entre MPGP et concession peut être tenue**, car les titulaires de marchés globaux peuvent se voir confier la gestion d'un ouvrage ou d'un service. Or, la modulation de la rémunération du titulaire en cas de surperformance ou de sous-performance liée au résultat de l'exploitation du service ou de l'ouvrage se rapproche beaucoup de la rémunération assurée par les résultats du service, critère de la qualification de concession.

Toutefois, les procédures de marchés publics étant plus strictes que celles applicables en matière de concessions, l'effet d'une telle requalification devrait vraisemblablement être limité.

- Contrairement à l'ancien article 73 du Code des marchés publics, qui prévoyait que « *la durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet* », le Code de la commande publique **ne précise pas les éléments à prendre en compte pour apprécier la durée du marché public global.**

Cependant, prévoir, pour un tel marché, une durée excédant dans une trop large mesure les délais nécessaires à la réalisation des objectifs et engagements de performance risquerait de contrevenir à l'article L.3 du Code de la commande publique et aux principes généraux du droit des marchés publics, en particulier à ceux de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Dans la mesure où, en principe, le paiement des investissements est public compte tenu de l'application de l'interdiction des paiements différés, la durée de ces marchés ne saurait dépendre de la durée d'amortissement des investissements, le titulaire ne (pré-)finançant pas les investissements.

Mais comme énoncé plus avant, les objectifs de performances se mesurent sur cette phase, et la rémunération du titulaire dans cette phase est modulée en fonction de la performance attendue.

A l'inverse, prévoir **une durée trop courte** ne permettrait pas de constater l'atteinte des objectifs de performance et la modulation de la rémunération du titulaire ne porterait alors que sur une infime part du prix, ce qui pourrait rendre « factice » cette phase d'exploitation/maintenance. Or, c'est la réalisation d'objectifs de performance et la modulation financière associée qui permet de déroger au principe de l'allotissement applicable aux marchés publics.

- **S'agissant de la facturation de l'énergie aux abonnés**, la personne publique peut la confier au titulaire du contrat dans les conditions suivantes : une régie de recettes devra être créée, et le titulaire devra reverser à la personne publique à l'euro l'euro les recettes perçues. Rien ne s'oppose à ce qu'un système de compensation de créances puisse

toutefois être mis en place, du moment que la rémunération du titulaire n'est pas assurée par les résultats de l'exploitation du réseau.

- **Le contenu du contrat d'exploitation/maintenance** n'est pas contraint hormis par le recours obligatoire à des objectifs de performances mesurables et une rémunération modulée.

**L'interdiction du paiement différé s'oppose uniquement à ce que soient imputées sur la phase exploitation/maintenance des coûts supportés par le titulaire durant la phase conception/réalisation<sup>4</sup>.**

- La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée.

L'économie générale de ce type de marché est assez usuelle : le titulaire est rémunéré en phase conception/réalisation, et en phase exploitation/maintenance sur la base d'un prix prévu au marché. La personne publique perçoit les recettes (ou confie cela au titulaire à travers une régie de recettes dans les conditions évoquées plus avant) du service, et bénéficie des subventions auxquelles elle peut prétendre.

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours au(x) marché(s) public(s) peut être apprécié selon les critères suivants :

- **Recherche de performance / Transfert du risque** : La performance industrielle pourra être incitée par l'insertion d'engagement de performance sanctionnés par des pénalités. Le recours aux marchés publics de service implique que les risques techniques, d'exploitation et commercial soient intégralement supportés par m2A.

- **Réduction du coût pour la Collectivité** : Sur le plan financier, le recours au marché public fait assumer le coût des charges de structure ainsi que la marge d'un opérateur. Néanmoins, la Collectivité pourra bénéficier d'effet d'échelle contrairement à la régie. De plus, la Collectivité devrait nommer un régisseur pour l'encaissement des recettes (augmentation des charges de structure).

- **Évolutivité / Réversibilité** : Celle-ci devra nécessairement s'inscrire dans le cadre rigide des avenants aux marchés publics. Potentiellement, les évolutions peuvent s'avérer coûteuses, même si le nouveau code de la commande publique prévoit des mécanismes de modification du contrat permettant la conclusion d'avenant, si ceux-ci sont anticipés et sont contractuellement prévus. S'agissant de la réversibilité, en fin de contrat, un autre mode de gestion pourra facilement lui être substitué le cas échéant.

- **Effectivité de la mise en concurrence** : Le fait que les marchés publics soient soumis à l'obligation d'allotir les prestations pourrait permettre à m2A de disposer d'une concurrence accrue par la passation de petits contrats favorisant le nombre de réponses.

---

<sup>4</sup> L'article R2171-2 du Code de la commande publique prévoit que les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché.

Néanmoins, l'absence vraisemblable de négociation pourrait limiter l'effectivité de la mise en concurrence et la recherche de la meilleure offre au meilleur prix.

- **Gestion des ressources humaines** : Elle est assurée par le titulaire, dans le cadre de la convention collective nationale applicable.

- **Prise en charge des investissements** : Les investissements sont pris en charge par la m2A.

- **Innovations proposées** : Celles-ci devront être portées par les titulaires, mais le cadre relativement rigide d'un marché public rend leur mise en œuvre complexe.

- **Maîtrise du service** : Bonne maîtrise par la Collectivité, sous réserve d'une rédaction adéquate des clauses du cahier des charges et de ressources dédiées au contrôle-pilotage du marché.

**Le recours au marché public ne répond donc que partiellement aux attentes de m2A.**

### 3. La concession

La concession ayant pour objet l'exécution de travaux et/ou la gestion d'un service, classiquement « délégation de service public » (appellation maintenue dans le Code général des collectivités territoriales) est un mode de gestion par lequel une personne morale de droit public (m2A) confie par contrat à un opérateur économique (le plus souvent privé), la réalisation de travaux et/ou la gestion d'un service public à ses risques et périls.

Ainsi, aux termes de l'article L.1121-1 du Code de la commande publique, le contrat de concession est défini comme :

*« Un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ».*

Les contrats de concession permettent donc à une personne publique de confier (i) la réalisation d'ouvrages ou (ii) la gestion d'un service, notamment public, à un tiers qui en assurera la gestion et l'exploitation et qui supportera un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La délégation de service public se caractérise donc par trois éléments :

- le lien unissant le concédant au concessionnaire est nécessairement contractuel ;
- le concessionnaire doit être chargé de la gestion et de l'exploitation d'un service public et, le cas échéant, de la réalisation d'ouvrages nécessaires à son exploitation ;
- le concessionnaire doit nécessairement supporter un risque substantiel d'exploitation.

Ce dernier critère est principalement utilisé pour caractériser la délégation de service public, par opposition aux marchés publics.

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours à la concession peut être apprécié selon les mêmes critères que pour les options « régie » et « marché public » précédemment analysées :

- **Recherche de performance / Transfert du risque** : En termes de performance, la concession de service public a pour effet d'inciter le concessionnaire à exploiter efficacement le service, dans la mesure où le fait de ne pas exploiter convenablement le service pourrait avoir pour effet de limiter les recettes perçues auprès des usagers du service et donc ne pas lui permettre de rentabiliser les investissements réalisés ou de dégager une marge bénéficiaire. Le concessionnaire supporte donc le risque technique, d'exploitation et le risque commercial.

- **Réduction du coût pour la Collectivité** : L'autonomie qui caractérise une concession implique en théorie que le concessionnaire prenne à sa charge la totalité des investissements (aidé de subventions ADEME) et les rentabilise grâce aux recettes du service. Si les investissements sont très importants, il est possible de recourir à une subvention de la part de la collectivité (dans les limites du droit applicable aux concessions et du droit européen en matière de subvention) et/ou à une valeur résiduelle en fin de contrat, notamment dans le cas de travaux non amortis en fin de contrat. Dans ce cas, la phase de négociation dans le cadre de la procédure de mise en concurrence vise à diminuer le coût du service pour la collectivité.

- **Évolutivité / Réversibilité** : L'évolutivité du service devra nécessairement s'inscrire dans le cadre formalisé des avenants au contrat de concession. Le code de la commande publique prévoit des mécanismes de modification du contrat permettant la conclusion d'avenants de forte ampleur, si ceux-ci sont anticipés et sont contractuellement prévus. S'agissant de la réversibilité, un autre mode de gestion peut relativement facilement se substituer à la concession, en anticipant bien la phase de transition en fin de contrat.

- **Effectivité de la mise en concurrence** : La possibilité de pouvoir négocier avec les candidats permet de renforcer l'effectivité de la mise en concurrence et d'optimiser l'offre la plus performante.

- **Gestion des ressources humaines** : Elle est assurée par le concessionnaire, en l'occurrence dans le cadre de la convention collective applicable.

- **Prise en charge des investissements** : Ceux-ci seront pris en charge par le concessionnaire.

- **Innovations proposées** : Les candidats pourront proposer des innovations dans leurs offres, dont la pertinence et les modalités d'exécution pourront être négociées puis formalisées dans les termes du contrat.

- **Maîtrise du service** : Traditionnellement, il est considéré que le recours à la concession entraîne une perte de maîtrise sur le service. Par exemple, la collectivité ne fixe pas les tarifs en amont de la procédure, mais le concessionnaire propose un prix dans le cadre de son offre. Ce prix fera l'objet de discussion durant les négociations entre la collectivité et le

candidat afin que ce dernier l'améliore et le rende non seulement commercialisable mais également attractif. A compter de la remise de son offre finale, le candidat s'engage dans son offre à un tarif fixe (sauf clauses de révision strictement encadrées). Cette dernière peut être combattue par des clauses contractuelles adéquates et des ressources dédiées au contrôle-pilotage de la concession. En pratique, la maîtrise s'obtient par un rappel exhaustif et régulier des obligations d'information du concessionnaire et l'activation des clauses de contrôle au profit de la Collectivité.

## **Le recours à la concession répond aux attentes de m2A.**

### **4. La SEMOP**

La loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permet désormais la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. Une collectivité locale peut désormais lancer un appel d'offres pour l'entrée au capital de la société d'économie mixte qu'elle souhaite créer afin de remplir une mission de service public ou d'y participer. Cette mise en concurrence initiale dispensera la collectivité de lancer par la suite un appel d'offres pour pouvoir attribuer à la SEM la mission pour laquelle elle a été créée.

Il est ainsi évité le recours à une double procédure avec, d'abord, la mise en concurrence de l'attribution du contrat et, ensuite, la sélection du prestataire de la société.

Une telle société permet à la collectivité d'être mieux informée, de mieux contrôler son cocontractant et d'avoir une plus grande implication dans les décisions de gestion.

#### **a) Objet**

L'article L. 1541-1 du CGCT permet aux collectivités de se grouper avec des opérateurs économiques dans le cadre d'une SEMOP. Il dispose :

*« Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-2, une société d'économie mixte à opération unique ».*

L'article L. 1541-1 du CGCT précise par la suite que la SEMOP doit avoir, à titre exclusif, pour objet :

- Soit la réalisation d'une opération de construction, d'une opération de logement ou d'une opération d'aménagement ;
- Soit la gestion d'un service public ;
- Soit enfin toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

Le champ d'application de la future SEMOP recouvre donc, notamment, les contrats de concessions régis par les articles L.1411-1 et suivants du CGCT et par le Code de la commande publique.

## **b) Fonctionnement**

La SEMOP ne peut être constituée que d'une seule collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales, en l'espèce, m2A.

Concernant le capital de la SEMOP, l'article L. 1541-1 du CGCT précise que la collectivité territoriale doit détenir entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants.

En outre, la part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %.

La personne publique dispose de la présidence de la société, au travers du représentant permanent désigné par délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire. Le nombre de sièges au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est en outre attribué en proportion du capital détenu.

Il convient de noter également qu'il est possible de prévoir dès le lancement de la procédure qu'un tiers investisseur sera membre de la SEMOP, dès lors qu'il ne réalise aucune prestation pour la SEMOP (en dehors d'investir au capital et en quasi fonds propres le cas échéant).

Quatre cas de figure influent sur la gouvernance de la SEMOP :

- **Avoir le capital minimum prévu par les textes de 34 %.** Ce minimum n'a pas été fixé par hasard puisqu'il permet d'avoir ce que l'on appelle **une minorité de blocage pour les décisions prises en assemblée générale extraordinaire** où les décisions ne peuvent être prises qu'à une majorité de plus de 66 % (majorité qualifiée),
- **Avoir un capital entre 34 % et 49 %.** En termes de « pouvoir », la situation est assez similaire à la précédente mais la Collectivité peut espérer des **distributions de dividendes plus importantes**. En revanche, en restant **en deçà de 50 %**, la Collectivité ne peut **pas bloquer les décisions prises en assemblée générale ordinaire**,
- **Avoir un capital supérieur à 50 % mais inférieur à 66 %.** Cette situation permet d'avoir un véritable pouvoir de décision puisque la Collectivité sera maître des décisions à prendre en assemblée générale ordinaire, décisions prises à la majorité « simple »,
- **Avoir un capital social supérieur à 66 % jusqu'à la limite imposée par la loi.** La Collectivité a alors un « pouvoir quasi absolu » puisqu'elle peut décider seule des décisions prises en assemblée générale ordinaire mais aussi en assemblée générale extraordinaire ;

Néanmoins si le fait de **disposer d'une intensité capitaliste est intéressante, il n'en demeure pas moins** que :

- Elle est **sujette à une prise de risque important**
- Elle **peut décourager ou dissuader un opérateur privé de répondre**
- Elle est **coûteuse**
- Elle doit être **appréciée à l'aune des règles de la commande publique**.

La SEMOP cumule les mêmes avantages qu'une SEM : maîtrise de l'activité au travers de la représentation de la collectivité au sein de la Société, bénéficie de l'expertise d'un ou plusieurs opérateurs privés, et bénéficie d'éventuels investisseurs privés.

### **c) Procédure**

Dans le cadre de la SEMOP, la mise en concurrence des opérateurs est donc réalisée au stade du choix de l'actionnaire privé.

A l'inverse d'une société d'économie mixte classique où la mise en concurrence n'intervient qu'après la constitution de la société pour l'attribution du contrat, il est prévu une mise en concurrence préalablement à la constitution de la société.

En conséquence, il existe une unique mise en concurrence des opérateurs visant à :

- La sélection des opérateurs pour constituer la société ;
- La sélection des opérateurs pour l'attribution du contrat relatif à l'exploitation des services publics d'eau potable et d'assainissement.

La sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont ainsi effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant la procédure applicable aux contrats de concessions.

En complément des informations obligatoires selon la nature du contrat destiné à être conclu, l'avis d'appel public à la concurrence comporte un document de préfiguration, précisant la volonté de la collectivité territoriale de confier l'opération projetée à une société d'économie mixte à opération unique à constituer avec le candidat sélectionné.

Ce document de préfiguration de la société d'économie mixte à opération unique comporte notamment :

- Les principales caractéristiques de la société d'économie mixte à opération unique : notamment la part de capital que la collectivité territoriale souhaite détenir ;
- les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité souhaite disposer sur l'activité de la société définies, le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires ;
- les règles de dévolution des actif et passif de la société lors de sa dissolution ;
- Le coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité territoriale et sa décomposition.

La SEMOP peut être constituée à la suite d'une procédure de marché public ou de concession, et aura ainsi en grande partie les avantages et inconvénients de chacun de ces modes de gestion, avec la particularité que la Collectivité est actionnaire de la SEMOP donc en partie le titulaire ou le concessionnaire.

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours à la SEMOP peut être apprécié selon les mêmes critères que pour les options « régie », « marché public » et « concession » précédemment analysées :

#### **- Recherche de performance / Transfert du risque :**

- **SEMOP Marché public** : m2A supportera les risques de maître d'ouvrage et pouvoir adjudicateur (pas de risque transféré à la SEMOP)
- **SEMOP Concession** : m2A supportera le risque commercial et le risque d'exploitation à hauteur de sa participation au capital de la SEMOP.

**- Réduction du coût pour la Collectivité :**

- **SEMOP Marché public** : m2A supportera l'ensemble des coûts en tant que pouvoir adjudicateur (pas de financement porté par la SEMOP). Inchangé par rapport à la gestion en marché public, à l'exception éventuelle que m2A pourra mieux contrôler les frais de structure et l'éventuelle marge.
- **SEMOP Concession** : le coût restera normalement réduit comme on l'a précédemment exposé pour les concessions, mais m2A financera le service à hauteur de sa participation au capital de la SEMOP.

**- Évolutivité / Réversibilité** : L'évolutivité du service devra nécessairement s'inscrire dans le cadre formalisé des avenants aux contrats de DSP. Le code de la commande publique prévoit des mécanismes de modification du contrat permettant la conclusion d'avenants de forte ampleur, si ceux-ci sont anticipés et sont contractuellement prévus.

- **SEMOP Marché public et concession** : le fait d'être associé au sein de la SEMOP permet à la Collectivité et à l'opérateur d'anticiper les modifications nécessaires et d'avoir un intérêt commun à mettre en œuvre, mais la SEMOP ajoute une strate de négociation et de validation des décisions de modification du contrat. S'agissant de la réversibilité, un autre mode de gestion peut relativement facilement se substituer à la SEMOP.

**- Effectivité de la mise en concurrence :**

- **SEMOP Marché public** : pas de négociation possible avec les candidats sauf pour les marchés publics globaux.
- **SEMOP Concession** : La possibilité de pouvoir négocier avec les candidats permet de renforcer l'effectivité de la mise en concurrence et d'optimiser l'offre la plus performante.

**- Gestion des ressources humaines** : Elle est assurée par le concessionnaire, en l'occurrence dans le cadre de la convention collective applicable.

**- Prise en charge des investissements :**

- **SEMOP Marché public** : m2A supportera l'ensemble des investissements en tant que pouvoir adjudicateur (pas de financement porté par la SEMOP). Inchangé par rapport à la gestion en marché public.
- **SEMOP Concession** : le coût restera normalement réduit comme on l'a précédemment exposé pour les concessions, mais m2A financera les investissements à hauteur de sa participation au capital de la SEMOP.

**- Innovations proposées :**

- **SEMOP Marché public** : elles seront proposées par la SEMOP mais le cadre relativement rigide du marché public (qu'il soit exécuté par une SEMOP ou non) les rend complexe à mettre en œuvre, sauf pour les marchés publics globaux pour lesquels la pertinence et les modalités d'exécution pourront être négociées puis formalisées dans les termes du contrat.

- **SEMOP Concession** : Les candidats pourront proposer des innovations dans leurs offres, dont la pertinence et les modalités d'exécution pourront être négociées puis formalisées dans les termes du contrat.

**- Maîtrise du service :**

- **SEMOP Marché public** : qu'il soit exécuté par une SEMOP ou non, m2A restera maîtresse des décisions et choix présents et à venir pour la gestion et l'organisation du service.
- **SEMOP Concession** : Traditionnellement, il est considéré que le recours à la DSP entraîne une perte de maîtrise sur le service. En associant la Collectivité à l'exécution du service par une SEMOP, elle recouvre en partie la maîtrise de ce dernier. Mais cela dépendra beaucoup de la part de capital qu'elle choisit de détenir dans la SEMOP.

**Le recours à la SEMOP (concession) répond donc aux attentes de la m2A.**

## B. SYNTHÈSE : SÉLECTION DU MODE DE GESTION

Au total, les principales caractéristiques des différents modes de gestion peuvent être résumées comme suit :

Modes de gestion	Avantages	Inconvénients
<p><b>Régie autonome</b></p>	<p>Le contrôle de la Collectivité sur le service est total, l'accès à l'information est donc plus direct.</p> <p>La Collectivité peut gérer l'équilibre entre les objectifs commerciaux et les objectifs de service public.</p>	<p>Le risque d'exploitation et la responsabilité envers les usagers du service et les tiers est assumé directement par la Collectivité.</p> <p>Le passage à un mode de gestion internalisé implique que la Collectivité supporte des coûts financiers de transition.</p> <p>Elle ne bénéficiera pas des économies d'échelle que permet le recours à un opérateur.</p> <p>Les investissements et les charges d'exploitation et de personnels pèseront sur la Collectivité.</p> <p>Les personnels seront au statut privé sauf le directeur et l'agent comptable, donc deux statuts différents à gérer. Pas de totale maîtrise de l'équilibre social.</p> <p>La compétence doit être maîtrisée en interne. Nécessité de conclure des contrats publics spécifiques pour toutes les prestations que la régie ne permet pas d'assurer (ex : marchés publics pour la conception, construction, entretien-maintenance, le GER,</p>

		approvisionnement en combustible, commercialisation...).
<b>Régie personnalisée</b>	<p>Le service est géré par une entité à personnalité morale distincte de la Collectivité mais qui est sous sa tutelle (généralement un EPIC).</p> <p>Un contrat d'objectifs est conclu entre la Collectivité et l'EPIC.</p> <p>L'EPIC est dirigé par un conseil d'administration et un directeur responsable du fonctionnement des services.</p> <p>Les ressources humaines sont gérées en interne par l'EPIC.</p>	<p>Elle implique des formalités de création.</p> <p>Le risque technique, d'exploitation et la responsabilité envers les usagers du service et les tiers est assumé par la Collectivité si l'EPIC n'atteint pas les objectifs fixés.</p> <p>Le passage à un mode de gestion internalisé implique que la Collectivité supporte des coûts financiers de transition.</p> <p>Elle ne bénéficiera pas des économies d'échelle que permet le recours à un opérateur.</p> <p>La compétence doit être maîtrisée en interne. Nécessité de conclure des contrats publics spécifiques pour toutes les prestations que la régie ne permet pas d'assurer.</p>
<b>Marché public</b>	<p>Les ressources humaines sont gérées par le cocontractant de la Collectivité.</p> <p>La Collectivité conserve la maîtrise des décisions et choix présents et futur pour le service et son organisation.</p>	<p>Il est enserré dans le cadre juridique strict de la commande publique, imposant notamment une définition précise du besoin.</p> <p>L'allotissement étant la règle, plusieurs lots ou marchés seront nécessaires si le contrat concerne différents services.</p> <p>Le coût du service est entièrement à la charge de la Collectivité (frais de structure et de marge de l'opérateur compris).</p>

	<p><i>Marché public conclu avec une SEMOP :</i> La Collectivité peut mieux maîtriser les frais de structure et de marge de l'opérateur, et est associée aux gains aux gains à hauteur de sa participation au capital.</p>	<p>Le cocontractant n'est pas exposé à un risque d'exploitation ; c'est la Collectivité qui supporte les risques du service.</p> <p><i>Marché public conclu avec une SEMOP :</i> Mêmes inconvénients que le marché public classique.</p>
<p><b>Concession</b></p>	<p>Le concessionnaire supporte les risques technique, d'exploitation et commercial.</p> <p>La Collectivité peut bénéficier de l'expérience et du savoir-faire des opérateurs du secteur, avec les économies d'échelle qui vont avec.</p> <p>Le contrat organise et veille aux bonnes relations contractuelles et à une information satisfaisante de la Collectivité pour conserver la maîtrise du suivi du service.</p>	<p>La maîtrise du service par la Collectivité est moindre car le concessionnaire doit être relativement autonome.</p> <p>La collectivité ne fixe pas les tarifs, mais le concessionnaire s'engage dans son offre à un tarif fixe (sauf clauses de révision strictement encadrées).</p> <p>Le cadre rigide du Code de la commande publique limite les évolutions du contrat (avenant).</p>

	<p>Les relations sociales sont gérées par le concessionnaire.</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u> La Collectivité est associée aux gains à hauteur de sa participation au capital, et recouvre en partie la maîtrise du service.</p>	<p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u> La Collectivité est associée aux risques à hauteur de sa participation au capital.</p>
--	--	--

**C. COMPARAISON PAR CRITERES :**

<b>Critère</b>	<b>Régie</b> <i>(éléments communs à toutes les régies sauf indication contraire)</i>	<b>Marché public</b> <i>(éléments communs avec le marché public conclu avec une SEMOP sauf indication contraire)</i>	<b>Concession</b> <i>(éléments communs avec la Concession conclue avec une SEMOP sauf indication contraire)</i>
<b>Performance / Transfert du risque d'exploitation</b>	Risque supporté par la Collectivité	<p>La performance pourra être incitée par l'insertion d'engagements de performance sanctionnés par de pénalités</p> <p>Le titulaire ne supporte pas les risques techniques, d'exploitation et commercial</p>	<p>La concession incite le concessionnaire à exploiter efficacement le service, le fait de ne pas exploiter convenablement le service pourrait avoir pour effet de limiter les recettes perçues auprès des usagers du service et donc ne pas lui permettre d'amortir ses investissements et/ou de dégager une marge bénéficiaire</p>

			<p>Le contrat de concession devra comprendre des indicateurs de performance sur lesquels les concessionnaires seront suivis</p> <p>Risque technique et commercial supporté par le concessionnaire</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>La Collectivité est associée au risque d'exploitation à hauteur de sa participation au capital.</p>
<p><b>Réduction du coût pour la Collectivité</b></p>	<p>Pas de charges de structure d'un opérateur, mais pas ou peu d'économies d'échelle</p>	<p>Charges de structure d'un opérateur</p> <p>Mais économies d'échelle, et résultat de la mise en concurrence favorisé par les négociations prévues par les textes pour ce qui concerne les marchés globaux</p>	<p>Le concessionnaire prend à sa charge les investissements et les rentabilise grâce aux recettes du service. Si les investissements sont très importants, il est possible de recourir à une subvention de la part de la collectivité (dans les limites du droit applicable aux concessions et du droit européen en matière de subvention), et/ou à une valeur résiduelle en fin de contrat dans le cas d'une durée de travaux non amortis en fin de contrat.</p>

			<p>L'économie général du contrat intègre des charges de structure d'un opérateur</p> <p>Mais économies d'échelle, et résultat de la mise en concurrence, favorisé par les négociations prévues par les textes</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>La Collectivité participe au financement à hauteur de sa participation au capital</p>
<b>Évolutivité / Réversibilité</b>	<p>Evolution du service : facile</p> <p>Changement de mode de gestion : En pratique la réversibilité est difficile à mettre en œuvre, notamment au regard du personnel employé par la régie</p>	<p>Cadre des avenants régis par le Code de la commande publique</p> <p>Barème d'unités d'œuvre</p> <p>Changement de mode de gestion : aisé.</p> <p><u>MP conclu avec une SEMOP :</u></p> <p>Le fait d'être associé au sein de la SEMOP permet à la Collectivité et à l'opérateur d'anticiper les modifications nécessaires et d'avoir un intérêt commun à mettre en œuvre, mais la SEMOP ajoute une</p>	<p>Cadre des avenants régis par le Code de la commande publique</p> <p>Barème d'unités d'œuvre</p> <p>Changement de mode de gestion : aisé</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>Le fait d'être associé au sein de la SEMOP permet à la Collectivité et à l'opérateur d'anticiper les modifications nécessaires et d'avoir un intérêt commun à mettre en</p>

		strate de négociation et de validation des décisions de modification du contrat.	œuvre, mais la SEMOP ajoute une strate de négociation et de validation des décisions de modification du contrat.
<b>Effectivité de la mise en concurrence</b>	Pas de confrontation à d'autres offres	Obligation d'allotissement sauf recours aux marchés globaux : concurrence inhérente à la procédure, y compris avec des lots de taille réduite  Mais possibilités restreintes de négociation sauf recours aux marchés globaux	Mise en concurrence et négociation inhérentes à la procédure.  Les opérateurs sont par ailleurs coutumiers de cette forme de contrat ce qui augmente, en principe, le degré de concurrence.
<b>Gestion des ressources humaines</b>	Personnel au statut de droit privé sous la convention collective applicable, sauf le directeur et l'agent comptable qui sont de droit public	Assurée par le titulaire, dans le cadre de la convention collective applicable	Assurée par le concessionnaire, dans le cadre de la convention collective applicable.  <u>Concession conclue avec une SEMOP :</u>  La Collectivité participe à la gestion des ressources humaines en tant qu'actionnaire de la SEMOP.
<b>Procédure de passation</b>	Attribution directe. Marchés de la régie : Code de la commande publique	m2A agit en tant que pouvoir adjudicateur pour les marchés confiant l'exploitation du service : possibilités restreintes de négociation sauf recours aux marchés globaux	Large possibilité de négociation

<p><b>Prise en charge des investissements</b></p>	<p>m2A</p>	<p>m2A</p>	<p>Le concessionnaire, avec subvention de m2A, et/ou valeur résiduelle en fin de contrat envisageable le cas de travaux non amortis en fin de contrat.</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>M2A participe au financement à hauteur de sa participation au capital.</p>
<p><b>Innovations</b></p>	<p>Dépendent essentiellement de m2A</p>	<p>Portées par le titulaire, à l'aune de son expérience et savoir-faire dans le secteur des réseaux de chaleur, mise en œuvre dans le cadre d'un marché public</p>	<p>Proposées par les candidats puis par le concessionnaire, à l'aune de leur savoir-faire dans le secteur des réseaux de chaleur</p>
<p><b>Maîtrise du service</b></p>	<p>En principe très complète, en particulier pour la régie autonome.</p>	<p>Bonne, sous réserve d'une rédaction adaptée des clauses du marché et de ressources adéquates pour le pilotage</p>	<p>Relativement bonne, sous réserve d'une rédaction adaptée des clauses du contrat et de ressources adéquates pour le pilotage.</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>M2A augmente sa maîtrise du service par sa participation à la gouvernance de la SEMOP (cela dépend du capital détenu).</p>

Pour se déterminer à l'aune de cette synthèse, m2A donne la priorité à la recherche :

- d'une externalisation des risques techniques, d'exploitation et commerciaux liés à la réalisation des travaux et l'exploitation du service ;
- de solutions lui évitant d'avoir à assurer la gestion et la charge directe des investissements ;
- de procédures assurant la mise en concurrence la plus efficace possible, le meilleur apport en savoir-faire des exploitants, ainsi qu'une marge de négociation la plus large possible.

**Compte tenu de ces critères d'appréciation et des objectifs de m2A, le mode de gestion en SEMOP a qui sera confiée une concession apparaît le mieux adapté.**

Ainsi, au regard des éléments explicités ci-avant, le mode de gestion proposé est le suivant :

- **une concession portant délégation de service public pour la réalisation et l'exploitation du réseau de chaleur urbain, ainsi que la création d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) pour exécuter ladite concession.**

### III. CARACTERISTIQUES DU FUTUR CONTRAT

#### A. OBJET

En conséquence du choix du mode de gestion, le futur contrat aura pour objet :

La conception, la réalisation des travaux et l'exploitation du service public de chaleur sur un périmètre défini et un ensemble de prestations associées vis-à-vis des abonnés, usagers et de m2A.

#### B. DUREE

Conformément à l'article R3114-2 du Code de la commande publique, la durée des contrats de concession est encadrée.

La durée théorique est de 5 ans, mais elle peut être augmentée en fonction de l'importance des investissements à la charge du concessionnaire. Elle ne doit alors pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

Dans l'arrêt Société Comba, le Conseil d'Etat indiquait que la durée normale des investissements n'est pas nécessairement la durée de l'amortissement comptable des investissements mais **« peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées**

**à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers »<sup>5</sup>.**

Dans ses conclusions sous cet arrêt, le rapporteur public Da Costa faisait également valoir que la durée à retenir devait « *permettre au délégataire d'équilibrer ses charges et de **réaliser une marge normale, compte tenu du secteur économique concerné, mais aussi des exigences de la collectivité délégante en matière de tarifs*** ».

Une durée de **25 ans** est jugée adéquate compte tenu de l'économie du service et des dépenses pesant sur l'opérateur.

### **C. MISSIONS DEVOLUES**

Le futur contrat imposera au concessionnaire (SEMOP), entre autres, les obligations et l'exécution des missions suivantes :

- Conception, financement et construction d'installations (unités de productions, réseaux et sous-stations) ;
- Gestion aux risques et périls ;
- Fourniture de chaleur aux usagers ;
- Développement et commercialisation du service (signature des polices d'abonnement) ;
- Exploitation, entretien, maintenance et travaux de Gros Entretien et Renouvellement (GER) ;
- Suivi du patrimoine de la concession ;
- Gestion transparente : devoir d'information ; redevance de contrôle ; gestion de fin de contrat.
- Respect d'objectifs de qualité et de service.

Le détail des prestations et l'ensemble des obligations du concessionnaire feront l'objet d'une description lors de l'établissement du dossier de consultation des entreprises.

M2A, en tant qu'autorité concédante, conservera le contrôle du service et devra obtenir du concessionnaire tous les renseignements nécessaires à l'exercice de ses droits et obligations, et ce, dans tous les domaines : technique, comptable, financier, environnemental, qualité du service rendu à l'utilisateur, etc. Le concessionnaire sera ainsi soumis à des mesures de contrôle relevant à la fois des obligations contractuelles et des obligations réglementaires.

### **D. PERIMETRE**

Le périmètre du futur contrat est :

- Mulhouse
- Illzach
- Riedisheim
- Rixheim

---

<sup>5</sup> CE, 11 août 2009, n° 303517.

- Pfastatt
- Lutterbach
- Kingersheim
- Ottmarsheim

## E. CONDITIONS FINANCIERES

### 1. Rémunération du concessionnaire et redevances

S'agissant de la rémunération, le concessionnaire sera rémunéré par les ressources tirées de l'exploitation du service public rendu aux usagers, dans les conditions à définir dans le contrat de concession.

Le concessionnaire sera amené, selon les choix de m2A, à verser :

- Une **redevance pour frais de contrôle**, que ce contrôle soit assuré par les services de la collectivité ou par des prestataires de m2A. Elle n'est pas obligatoire ;
- Une **redevance d'occupation du domaine public** pour les unités de production situées sur des emprises m2A et des collectivités concernées et pour les réseaux situés sous la voirie publique<sup>6</sup>.

### 2. Investissements et charges

Le Concessionnaire supportera l'ensemble des investissements relatifs à la conception et la réalisation du réseau de chaleur. Il sollicitera à ce titre les subventions ADEME afférentes.

Les charges assumées par le concessionnaire seront décomposées de la manière suivante :

- **Charges d'exploitation** : charges de personnel, charges de combustibles, fluides (gaz, eau, électricité etc.), coût de l'entretien et de la maintenance des systèmes et biens du service etc.
- **Charges d'investissements** : frais d'amortissement, dotations aux opérations de gros entretien et renouvellement, etc.
- **Charges de structure** : frais administratifs, frais d'information, frais de communication / marketing, frais de télécommunication, frais d'assurances, impôts et taxes, frais de structure et de direction, redevance d'occupation du domaine public, autres provisions, etc.

---

<sup>6</sup> Son montant n'a pas obligatoirement à être fixé à l'avance par m2A et les collectivités concernées, il peut être laissé à la proposition des candidats (et sera jugé au titre des critères d'attribution de la concession) et peut, au regard de l'économie générale du contrat et donc des avantages de toute nature procurés au concessionnaire, revêtir un montant modéré voire symbolique.

## **F. CARACTERISTIQUES DE LA SEMOP**

La part de capital que m2A souhaiterait détenir est de 49 %.

Les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont m2A souhaite disposer sur l'activité de la SEMOP seront précisées dans un pacte d'actionnaires. Celui-ci déterminera notamment les règles de gouvernance, les modalités de contrôle par m2A, les conditions de cessibilité des parts (le cas échéant, encadrement et/ou agrément). En tout état de cause :

- La SEMOP sera organisée sous forme d'une société anonyme à Conseil d'administration ;
- Le président du Conseil d'administration sera un représentant de m2A ;
- Le directeur général (dont le pacte d'actionnaires prévoira que la fonction sera distincte de celle de Président) sera désigné sur proposition de l'ensemble des actionnaires
- Le nombre de siège d'administrateurs sera défini au cours de la procédure de passation dans le respect des dispositions du Code de commerce. Les sièges seront attribués en fonction du capital détenu.

Les règles de dévolution des actifs et passifs de la société lors de sa dissolution qui seront fixées dans le document de préfiguration sont prévisionnellement les suivantes :

- L'ensemble des biens, meubles ou immeubles nécessaires au fonctionnement du service public (dits " biens de retour ") feront nécessairement retour gratuitement à m2A ;
- Le régime des biens de reprise sera défini dans la convention de concession ;
- Les biens non transférés à m2A en vertu des stipulations de la convention de concession seront répartis conformément aux dispositions du Code de commerce et du pacte d'actionnaires ;
- Après remboursement des apports aux associés, en cas de boni de liquidation, celui-ci sera réparti entre les actionnaires en proportion du capital social détenu par chacun d'eux.

Le Coût prévisionnel global de l'opération pour m2A et sa décomposition sont les suivants :

- Le montant prévisionnel des investissements devrait être au total d'environ 60 millions d'euros HT ;
- Il est précisé que lors de l'exécution et en fin de contrat, le coût global de l'opération pour m2A pourra évoluer en fonction des variables suivantes :
  - Diminution du coût global pour m2A liée à son statut d'autorité concédante, via le versement de la redevance dont il bénéficiera ;
  - Diminution du coût global pour m2A liée aux ressources qu'il retirera de son statut d'actionnaire et d'autorité concédante (partage de bénéfice, dividendes, etc.) ;
  - Augmentation éventuelle du coût que m2A pourrait supporter en tant qu'actionnaire de la société, liée à des pertes d'exploitation ;
  - Diminution du coût global à l'issue de contrat résultant du retour des biens et, le cas échéant, d'une part du boni de liquidation.

## **G. REGIME DU PERSONNEL**

Les personnels seront ceux du Déléataire (soit recrutés par la SEMOP, soit mis à disposition de la SEMOP par l'opérateur économique)

Le réseau étant à créer et sauf projet de rachat de réseaux existants, il n'existe pas de personnels à reprendre.

En outre, aucun des agents de m2A qui la composent ne serait appelé à être détaché ou mis à disposition du futur gestionnaire.

Le projet tel qu'il est envisagé n'a donc pas d'incidence sur l'organisation et le fonctionnement actuels des services de m2A.

## **H. MODALITES DE SUIVI ET DE CONTROLE PAR M2A**

### **1.Suivi et contrôle de l'exécution du service**

Le contrat de concession détaillera les procédures de contrôle et de suivi du service par m2A, à savoir notamment :

- la production régulière, en cours d'exercice, de tableaux de bord de l'exploitation, permettant une réaction rapide en cas d'écart constaté par rapport à la prévision ;
- la production annuelle du rapport du concessionnaire, dans les conditions définies aux articles L. 3131-5 et R. 3131-2 à R. 3131-4 du Code de la commande publique, complétées par une description détaillée des formats demandés par m2A ;
- les procédures d'alerte spécifique de m2A en cas d'urgence ;
- le droit permanent d'audit, de contrôle, de communication et de vérification de documents (notamment comptables et fiscaux) ouvert à m2A ;
- la possibilité pour m2A de réaliser ou faire réaliser des enquêtes et démarches visant au contrôle externe de la qualité du service et d'une manière générale de sa conformité aux engagements contractuels.

Un comité de suivi périodique pourra être mis en place entre m2A et le concessionnaire.

### **2. Mécanisme de pénalités**

Le contrat comportera un dispositif de pénalités. De manière non limitative, il portera sur :

- la non-réalisation, sans justification suffisante, de prestations prévues au contrat : service non assuré, retard ou absence d'investissements dus par le délégataire, défaut de transmission d'informations à m2A ;
- le non-respect d'obligations légales ou réglementaires à la charge du délégataire ;
- la non-atteinte d'objectifs assignés en matière de qualité du service.

Il pourra être prévu dans le pacte d'actionnaires que les pénalités sont prises en charge par l'opérateur économique (et donc remboursées à la SEMOP par ce dernier), comme c'est usuellement le cas.

#### IV. CALENDRIER PREVISIONNEL DE LA PROCEDURE DE CONCESSION ET DE LA SEMOP

PHASES	PERIODES
<b>Consultation de la CCSPL</b>	<b>6 mars 2025</b>
<b>Consultation du Comité social territorial</b>	<b>13 mars 2025</b>
<b>Délibération du Conseil communautaire sur le principe de la concession et de la SEMOP + lancement de la procédure</b>	<b>24 mars 2025</b>
Publication de l'avis de concession devant comporter un document de préfiguration	Avril 2025
Transmission du DCE	Avril 2025
<b>Date limite de remise des dossiers des candidatures et offres initiales</b>	<b>mi-mai 2025</b>
<b>Commission DSP 1 : Admission des candidatures</b>	<b>début juin 2025</b>
Envoi DCE Offres aux candidats retenus	mi-juin 2025
<b>Date limite de remise des offres initiales</b>	<b>fin octobre 2025</b>
<b>Analyse des offres initiales</b>	<b>Décembre 2025</b>
<b>Négociations</b>	<b>Janvier 2026 à septembre 2026</b>
<b>Commission DSP 2 : Validation rapport final</b>	<b>Fin septembre 2026</b>
<b>Choix du concessionnaire et du coactionnaire pressenti par l'Exécutif</b>	<b>fin septembre 2026</b>
Mise au point du contrat	fin octobre 2026
Rapport du Président sur le choix de l'attributaire et du coactionnaire de la SEMOP	novembre 2026
<b>Délibération du Conseil communautaire sur le choix de l'attributaire et coactionnaire de la SEMOP au vu des documents communiqués et du choix de l'exécutif</b>	<b>fin novembre/début décembre 2026</b>
<b>Signature des statuts et du pacte d'actionnaires</b>	<b>Décembre 2026/Janvier 2027</b>
<b>Immatriculation de la SEMOP au RCS</b>	<b>Janvier/Février 2027</b>
<b>Signature du contrat de concession</b>	<b>Février 2027</b>
Notification et début d'exécution du contrat	<b>Fin Février 2027</b>





# Création des réseaux de chaleur Centre Agglomération

## Lancement de la SEMOP

### CCSPL du 6 mars 2025

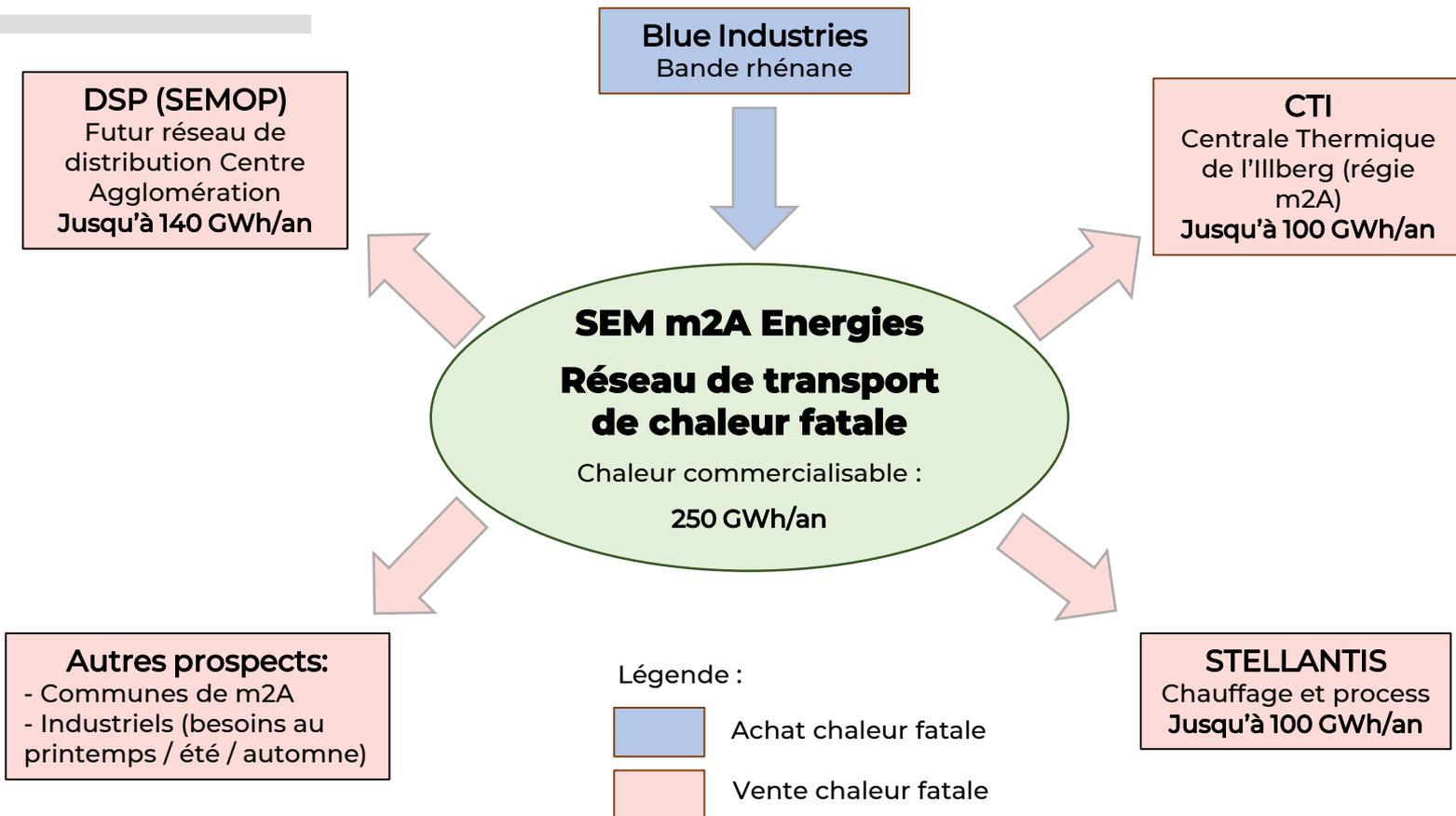
---

Direction Transformation Energétique

---



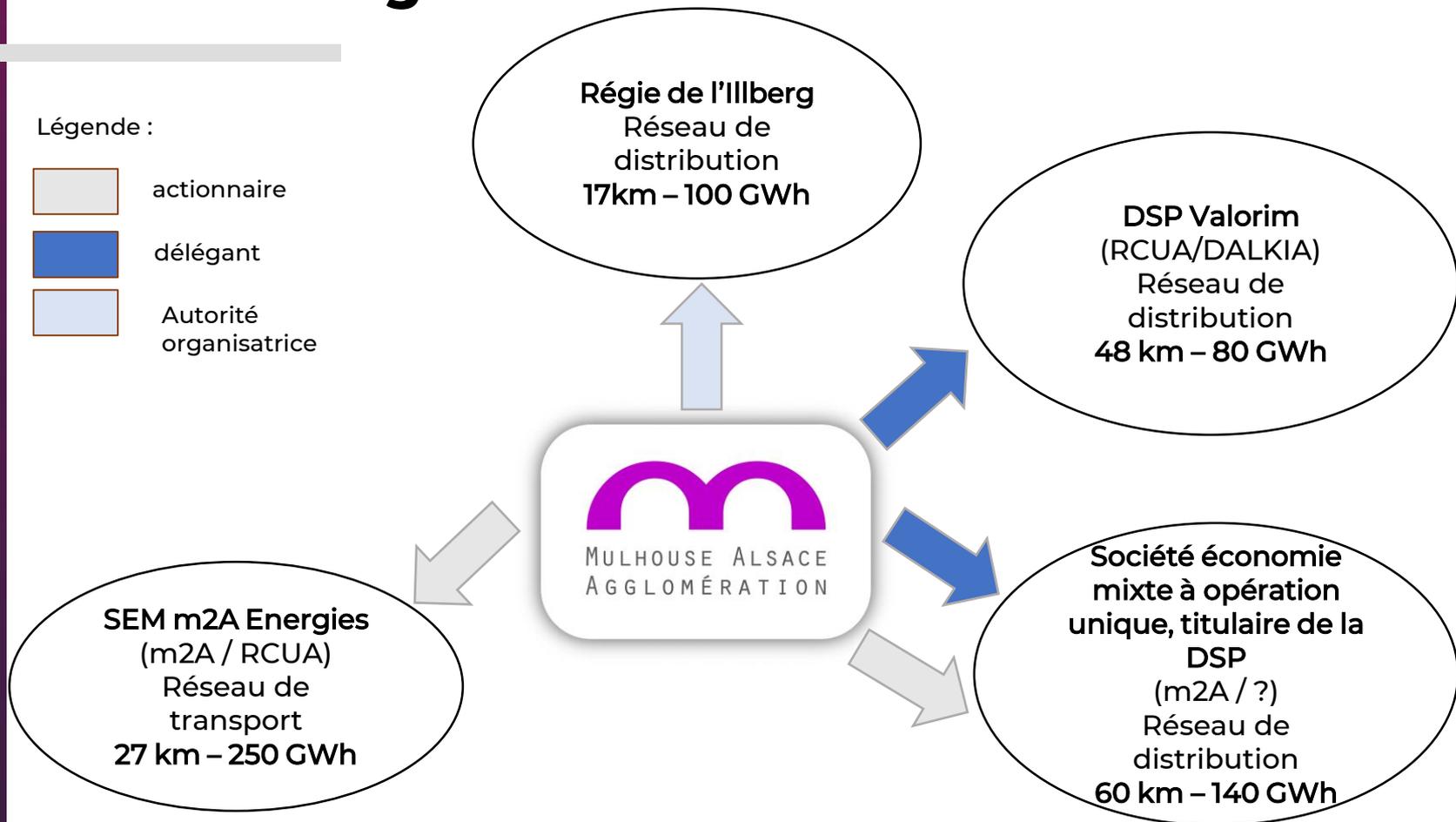
# Synoptique des flux de chaleur



# Schéma de gouvernance

Légende :

-  actionnaire
-  délégant
-  Autorité organisatrice



# DSP Centre Agglomération / SEMOP

## Périmètre de la DSP (Délégation de Service Public)

- Communes identifiées sur des critères de densité énergétique et du potentiel de chaleur vendue : Illzach / Kingersheim / Lutterbach / Mulhouse / Ottmarsheim / Pfastatt / Riedisheim / Wittenheim
- COTECH avec les services de ces communes le 19/12/24
- Rencontres bilatérales / avis des communes en décembre, janvier, février

## DSP confiée à une Société d'Economie Mixte à OPération unique (SEMOP)

- Permet une meilleure implication qu'une simple DSP dans le déroulé du projet
- Maintien d'un régime concessif type DSP
- Durée de la DSP : 25 ans
- Forme juridique des candidats lors de la réponse à la DSP : actionnaire d'une SEMOP, avec m2A en co-actionnaire
- A l'issue de la procédure de consultation DSP : choix du candidat (futur actionnaire) + négo
- La SEMOP sera titulaire du contrat de DSP
- La SEMOP disparaîtra à l'échéance du contrat de DSP

## SEMOP

- m2A actionnaire à 49%. Candidat (énergéticien, entreprise privée) à 51%
- Capital de la société en cours de définition. Ordre de grandeur de 1 à 4M€
- Investissement à porter par la SEMOP. Environ 60M€ (réseaux + chaufferie appoint/secours + sous stations chez les futurs abonnés)

# Planning

- 3/03. Bureau m2A
- 6/03. CCSPL. Présentation et avis sur le rapport des modes de gestion
- 13/03. CST. Présentation et avis sur le rapport des modes de gestion
- 24/03. Conseil d'Agglomération
  - Modification Intérêt Communautaire
  - Lancement DSP / SEMOP, y compris mode de gestion
- Avril 2025. Publication DSP
- Fin 2025. Analyse offres initiales
- 2026. Négociations et remise offres finales
- Décembre 2026. Conseil d'Agglomération
  - Choix de l'attributaire et coactionnaire de la SEMOP
- Début 2027. Création, inscription au registre du commerce de la société
  
- 2027. Commercialisation, études de maîtrise d'œuvre, autorisations voirie, etc...
- Fin 2027 et 2028. Travaux de réalisation du réseau
- 2028. Mise en service 1ère tranche
  - Synchronisation avec mise en service réseau de transport de chaleur SEM m2A Energies
  - Attente forte de prospects
- 2028 – 2032. Déploiement



# MERCI

**DE VOTRE ATTENTION**

**EXTRAIT COMPTE RENDU**  
**Comité Social Territorial du 13 mars 2025**  
**sous la présidence de M. SCHILDKNECHT, 1<sup>er</sup> Vice - Président de**  
**m2A**

**POINT N° 3 – ORGANISATION DES SERVICES ET DES ACTIVITES**

**3.3. Réseaux de chaleur : Délégation de Service Public**

M. le 1<sup>er</sup> Vice-Président informe l'assemblée que m2A envisage la création d'un réseau de chaleur urbain visant à valoriser la chaleur fatale des industries localisées sur la bande rhénane de l'agglomération mulhousienne.

A cet effet, il est proposé de déléguer la gestion de ce nouveau réseau urbain à une Société d'Economie Mixte à OPération unique (SEMOP) à laquelle m2A sera co-actionnaire aux côtés d'un actionnaire privé.

Une présentation détaillée a été faite en réunion de Dialogue Social et jointe à l'invitation de ce Comité Social Territorial.

Le syndicat FO souligne la qualité de la présentation qui a été faite en réunion de Dialogue Social par M. MARMET, Chef de service Réseau de Chaleur à m2A, présentation faite avec passion.

Le syndicat CGT insiste sur l'ampleur de ce projet, à la fois technique et financière. Il demande qu'une vigilance soit apportée aux moyens humains alloués au suivi de la délégation de service public. M. VENUSTRI répond que l'atout est d'avoir une partie du réseau de chaleur gérée en régie, avec du personnel qualifié et expérimenté pour suivre la délégation. Le syndicat FAFPT abonde dans ce sens en rappelant également la technicité et les compétences des agents du service.

M. SCHILDKNECHT conclut en précisant que ce point fera l'objet d'une délibération au Conseil d'Agglomération du 24 mars 2025 et est soumis ce jour au vote du CST.

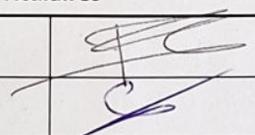
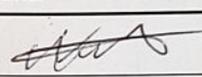
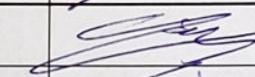
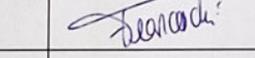
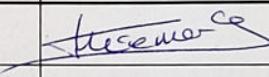
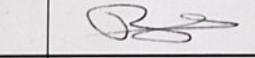
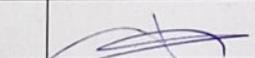
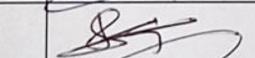
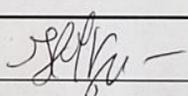
Le point est approuvé à l'unanimité.

## Liste de présence CST – 13.03.2025

### Représentants de l'administration :

Titulaires		Suppléants	
F. JORDAN	Excusé	G. GREILSAMMER	Présent
JL. SCHILDKNECHT	Présent	C. BITSCHENE	
F. AGUDO PEREZ		M. GUTH	
P. LOGEL		J. MEHLEN	
A. CLEMENS	Excusé	S. DIERSTEIN	Excusée
JF. WOLLBRETT	Présent	E. SCHOOR	
A. SCHWEITZER	Excusé	JP VENUSTRI	Présent
F. FUCHS-JESSLEN		V. VERGER	Excusée

### Représentants du personnel :

	Titulaires		Suppléants	
CGT	J-F. PERRUT		N. MULOT	
	B. PFEIFFER		E. FROEHLI	Excusé
FAFPT	C. BIZON		S THIEMARD	
	R. FRANCESCHI		A. KIEN	Excusé
	A. BERKAT		J. LOPES DE SOUSA	Excusé
FO	O. BOZ		V. HOLTZER	
	S. DUMAIN		J.- M. HEITZ	Excusé
	F. EHRHARD		J. RIBEIRO NOGUEIRA	Excusé.

### Autres participants :

S. JORDAN



Pôle Transition Ecologique et Energétique et Ressources Environnementales

Direction Transformation Energétique

Service Réseaux de chaleur

Mars 2025

**Rapport de présentation sur le choix du mode de gestion du service public  
du réseau de chaleur urbain situé sur les territoires des Communes du Centre de  
l'Agglomération de Mulhouse**

# Sommaire

<b>I.</b>	<b>CONTEXTE ET DESCRIPTIF DU PROJET .....</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>PROBLEMATIQUES ET ENJEUX DU FUTUR MODE DE GESTION .....</b>	<b>3</b>
A.	Palette des modes de gestion envisageables .....	4
1.	La gestion en régie .....	9
2.	Les marchés publics.....	12
3.	La concession .....	16
4.	La SEMOP .....	18
B.	Synthèse : Sélection du mode de gestion.....	23
C.	Comparaison par critères : .....	26
<b>III.</b>	<b>CARACTERISTIQUES DU FUTUR CONTRAT .....</b>	<b>31</b>
A.	Objet .....	31
B.	Durée .....	31
C.	Missions dévolues.....	32
D.	Périmètre.....	32
E.	Conditions financières.....	33
1.	Rémunération du concessionnaire et redevances.....	33
2.	Investissements et charges.....	33
F.	Caractéristiques de la SEMOP.....	33
<b>IV.</b>	<b>CALENDRIER PREVISIONNEL DE LA PROCEDURE DE CONCESSION ET DE LA SEMOP .....</b>	<b>36</b>

## **I. CONTEXTE ET DESCRIPTIF DU PROJET**

Mulhouse Alsace Agglomération (m2A) gère et exploite plusieurs réseaux de chaleur sur son territoire tels que :

- Le réseau historique principal de l'Illberg, établi dans les années 60 et exploité dans le cadre d'une régie communautaire ;
- Les réseaux desservant la ville de Mulhouse, ainsi que les villes de Rixheim, Illzach, et Riedisheim, gérés via une délégation de service public commune, conclue en 2018 (DSP Valorim).

Afin de développer la valorisation de ses ressources locales telles que la chaleur fatale industrielle et la biomasse, m2A envisage la création d'un réseau de chaleur urbain visant à desservir la Commune de Mulhouse, ainsi que les territoires des Communes limitrophes au centre de l'agglomération.

Dès lors, m2A a lancé plusieurs études, dont son Schéma Directeur réalisé en 2022, devant permettre de faire émerger différents projets, notamment la réalisation d'un réseau de chaleur urbain couvrant le périmètre suivant :

- Illzach
- Kingersheim
- Lutterbach
- Mulhouse
- Pfastatt
- Ottmarsheim
- Wittenheim

## **II. PROBLEMATIQUES ET ENJEUX DU FUTUR MODE DE GESTION**

L'article L. 1411-4 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 du Code général des collectivités territoriales.

Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

Le comité social territorial doit également être consulté avant la décision arrêtant le principe de la délégation de service public.

Tel est l'objet du présent rapport.

## A. PALETTE DES MODES DE GESTION ENVISAGEABLES

Pour le service public de fourniture de chaleur que, m2A souhaite créer, cette dernière peut :

- **internaliser la gestion par la création d'une régie (1) ;**

Dans ce premier cas il peut s'agir soit d'une régie dotée de la seule autonomie financière, soit d'une régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale. M2A supporte intégralement les risques techniques, d'exploitation et commerciaux.

- **Recourir à une SPL (2) ;**

La Société publique locale (SPL), est une société anonyme, composée d'au moins 2 actionnaires.

Cette société est « *compétente pour réaliser des opérations d'aménagement des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* » (article L1531-1 du CGCT).

La réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires.

Elle est quasi systématiquement en situation de quasi-régie vis-à-vis de ses membres donc les collectivités peuvent lui confier la gestion du service sans mise en concurrence.

La collectivité est associée aux gains et aux risques du service, à hauteur de sa participation au capital.

**Dans la mesure où la SPL constitue un outil de coopération entre personnes publiques, le recours à cet outil n'aura d'intérêt qu'à la seule condition que m2A souhaite s'associer avec a minima une autre personne publique compétente en vue de gérer conjointement le service.**

**Un minimum de deux associés étant nécessaire**, il conviendrait donc d'identifier au moins une autre personne publique qui (i) disposerait des compétences nécessaires pour participer au projet et (ii) serait intéressée par celui-ci.

Par ailleurs, **la SPL ne constitue pas en soit, un mode de gestion**. Ce faisant, la SPL devra par la suite passer différents contrats pour permettre la réalisation des investissements et l'exploitation du service ou se doter des moyens propres nécessaires à l'exécution de ce service.

**Le recours à une SPL ne répond donc pas au besoin m2A.**

**Cette solution ne sera donc pas étudiée plus avant.**

- **recourir à une Société dédiée à la production d'énergies renouvelables (3) ;**

L'article L. 2253.1 du Code général des collectivités territoriales fixe, en son premier alinéa, un principe d'interdiction générale pour les personnes publiques de participer au capital d'une société commerciale, et plus généralement à tout organisme à but lucratif.

Ce principe connaît cependant certaines dérogations et notamment celle issue de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (dite « LTECV »).

En effet, un second alinéa a été introduit permettant la prise de participation au capital de sociétés de production d'énergie renouvelable.

Désormais, aux termes de l'article L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales :

*« Par dérogation au premier alinéa, les communes et leurs groupements peuvent, par délibération de leurs organes délibérants, participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables ou d'hydrogène renouvelable ou bas-carbone définis à l'article L. 811-1 du code de l'énergie par des installations situées sur leur territoire ou, pour une commune, sur le territoire d'une commune limitrophe ou, pour un groupement, sur le territoire d'un groupement limitrophe. L'acquisition de ces actions peut être réalisée au travers de la prise de participations au capital de sociétés commerciales ayant pour seul objet de détenir les actions au capital des sociétés mentionnées à la première phrase du présent alinéa. Les communes et leurs groupements peuvent consentir aux sociétés de production d'énergie renouvelable auxquelles ils participent directement des avances en compte courant aux prix du marché et dans les conditions prévues à l'article L. 1522-5 du présent code. Par dérogation aux conditions prévues au même article L. 1522-5, la durée des avances en compte courant peut être portée par les communes ou leurs groupements à sept ans, renouvelable une fois, lorsque l'énergie produite par les installations de production bénéficie du soutien prévu aux articles L. 311-12, L. 314-1, L. 314-18, L. 446-2, L. 446-5, L. 446-14 ou L. 446-15 du code de l'énergie ».*

Aux termes de ces dispositions, il est donc possible pour une commune ou un groupement de communes de créer une société commerciale dont l'objet social sera dédié à la production d'énergies renouvelables en vue d'alimenter le territoire de la collectivité actionnaire.

Ce mécanisme se caractérise donc par :

- Une prise de participation par une collectivité au sein d'une société commerciale : la collectivité peut donc prendre des actions au sein d'une société commerciale dont le quantum n'est pas encadré ;
- La création d'une société commerciale, laquelle peut prendre la forme d'une société anonyme ou d'une société par action simplifiée ;
- La société ainsi créée aura un objet unique dédié à la production d'énergie renouvelable.

Ces énergies renouvelables sont limitativement précisées par l'article L. 211-2 du Code de l'énergie, qui définit les énergies renouvelables comme « *une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir l'énergie éolienne, l'énergie solaire thermique ou photovoltaïque, l'énergie géothermique, l'énergie ambiante, l'énergie marémotrice, houlomotrice et les autres*

*énergies marines, l'énergie hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz ».*

Ce type de société pourra particulièrement être mise en place pour :

- Des projets de production d'hydrogène à partir de l'énergie issue d'une UVE ;
- Des projets de production d'énergie géothermique en vue d'alimenter des réseaux de chaleur.

**Aux termes des dispositions du Code général des collectivités territoriales et du Code de l'énergie, il n'est pas possible de recourir à ce type de société en l'absence de production d'énergie. En effet, le projet de création du réseau de chaleur prévoit principalement un approvisionnement sous forme de chaleur fatale, soit en énergie de récupération. Dans ce cas de figure, le projet sort du cadre de la production d'énergie renouvelable.**

**De plus, l'objet recherché porte sur la distribution d'énergie (réseau) et non pas uniquement sur la production d'énergie, ce qui rend impossible la création de ce type de société.**

**Cette solution ne sera donc pas étudiée plus avant.**

- **Solliciter des tiers** pour une gestion sous la forme d'une prestation de services **dans le cadre d'un marché public** (ou plusieurs marchés) (4) ;

L'article L.1111-1 du CCP définit les marchés publics de la manière suivante :

*« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».*

On distingue marché de travaux et marché de services.

Dans ce cadre, les marchés publics peuvent être caractérisés par quatre éléments :

- Ce sont des contrats.
- Ils sont conclus avec un opérateur économique : qu'il s'agisse d'une personne publique ou privée, cette personne morale doit exercer une activité économique.
- Ils comprennent le versement d'une contrepartie onéreuse (au sens juridique du terme) ou tout autre équivalent : le caractère onéreux de la prestation réalisée visant à satisfaire le besoin du pouvoir adjudicateur se réfère à la contre-prestation à laquelle procède l'autorité publique pour obtenir la prestation commandée à l'opérateur économique. Le plus souvent, il s'agit du versement d'une somme d'argent correspondant au paiement d'un prix à l'opérateur économique co-contractant.
- Ils ont pour objet la satisfaction d'un besoin de l'acheteur en matière de travaux ou de services.

Il existe également les marchés publics globaux. **Dans ce troisième cas, m2A conserve la responsabilité et une part prépondérante des risques, à l'exception du risque inhérent à la maîtrise des charges. La rémunération du titulaire peut être assurée soit par des prix unitaires, soit par des prix forfaitaires.**

- **Décider d'associer plus étroitement un opérateur économique** aux résultats de la gestion du service en lui transférant, en tout ou partie, la responsabilité de gestionnaire et la performance commerciale, **dans le cadre d'une concession (5).**

Ce mode de gestion déléguée peut porter uniquement sur l'exploitation d'équipements (affermage) ou comporter également la réalisation de travaux (concession avec travaux). Dans ce dernier cas, le concessionnaire conçoit, réalise et exploite les installations pour son propre compte et, à ce titre, il est le maître d'ouvrage des installations.

Le critère essentiel de reconnaissance d'une concession repose sur le critère du risque : qu'il y ait ou non des travaux, la concession n'est envisageable que dans le cas où une part de risque transférée au concessionnaire est réelle et non négligeable (L. 1121-1 du Code de la commande publique). Il s'agit du « *risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation ou d'investissement* » (CJUE).

**Le recours à ce type de contrat semble être approprié car il permet d'externaliser le financement du réseau de chaleur. De plus, le risque technique et commercial sera supporté par le concessionnaire.**

- **Solliciter/associer des tiers tout en internalisant en partie la gestion, par la création d'une SEMOP (6)**

La SEMOP (article L1541 -1 à 3 du CGCT) est une forme d'entreprise publique locale permettant à une collectivité ou son groupement de lancer un appel d'offre en amont de la constitution de la société, pour désigner l'actionnaire opérateur qui s'associera avec elle pour l'exécution du contrat qui lui sera attribué. Une collectivité territoriale ou un groupement peut créer avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionnée après une mise en concurrence, une société d'économie mixte à opération unique.

La société est constituée pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion d'un contrat avec la collectivité ou le groupement.

La SEMOP a pour objet :

- Soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ;
- Soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaire au service ;

- Soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou le groupement.

S'agissant de l'actionnariat de la SEMOP, la collectivité doit détenir entre 34 et 85 % du capital de la société ». Ainsi, l'actionnariat minoritaire peut suffire à donner à la collectivité publique un pouvoir de contrôle interne de la société et, à travers elle, de son partenaire privé.

La procédure de publicité et de mise en concurrence a un double objet : attribuer un contrat de la commande publique et choisir l'actionnaire de la société chargée d'exécuter ce projet.

La SEMOP cumule les avantages suivants : maîtrise de l'activité au travers de la représentation de la collectivité au sein de la Société, bénéficie de l'expertise d'un ou plusieurs opérateurs privés, et bénéficie d'éventuels investisseurs privés.

Cependant, il n'en demeure pas moins que :

- elle est sujette à une prise de risque important
- elle peut décourager ou dissuader un opérateur privé de répondre
- elle est coûteuse
- elle doit être appréciée à l'aune des règles de la commande publique.

En effet, il faut considérer d'un point de vue opérationnel, que la SEMOP passera, soit de manière accessoire, de petits sous-contrats de fournitures et de services en cours du contrat (informatique, bureautique, prestations d'ingénierie spécifiques par exemple), soit de manière principale, d'importants sous-contrats de travaux, de services et de fournitures qui n'ont pas été prévus initialement ou pour lesquels l'actionnaire de la SEMOP n'a pas fait d'offre (grosse intervention sur réseau ou grosse réparation, renouvellement d'un matériel).

Or, la présence d'un représentant de la collectivité à la présidence de la SEMOP (imposé) fait pencher la balance vers la qualification de pouvoir adjudicateur de cette dernière.

Si la collectivité est au surplus actionnaire majoritaire, la SEMOP sera indubitablement qualifiée de pouvoir adjudicateur.

Le recours à la SEMOP permet de constituer cette dernière en même temps que l'attribution du contrat choisi, la procédure de publicité et de mise en concurrence étant commune (création de la société et attribution du contrat). Le risque de création d'une SEML qui ne sera finalement pas titulaire du contrat est donc écarté.

Néanmoins, la SEMOP ne peut être créée que pour la durée du contrat ce qui tend à la conseiller pour des contrats de longue durée. Elle doit être dissoute à l'issue du contrat. La procédure de dissolution peut être potentiellement longue. En effet, la SEMOP pourra survivre après le terme du contrat pour les besoins de sa liquidation.

Du fait de l'organisation qu'elle impose de mettre en place (constitution de la société, personnel, apports...) et des gains qu'elle doit procurer à la Collectivité (qui sont le principal avantage de la SEMOP), elle est préconisée dans les contrats de longue durée (plus de 10 ans).

Elle peut être constituée à la suite d'une procédure de marché public ou de concession, et aura ainsi en grande partie les avantages et inconvénients de chacun de ces modes de gestion, avec la particularité que la Collectivité est actionnaire de la SEMOP donc en partie le titulaire ou le concessionnaire.

La SEMOP devra donc être constituée par une seule collectivité territoriale ou un seul groupement de collectivités territoriales (EPCI, syndicat mixte) auprès d'un ou de plusieurs opérateurs.

La rédaction de ses statuts et de son pacte d'actionnaire doit être fait en amont d'une procédure de marché public ou de concession. Ces éléments doivent être fixés et transmis dans le cadre du dossier de consultation des entreprises.

La SEMOP aura en grande partie les avantages et inconvénients de chacun de ces modes de gestion (marché public ou concession), avec la particularité que la Collectivité est actionnaire de la SEMOP.

La SEMOP ne peut être créée que pour la durée du contrat ce qui tend à la conseiller pour des contrats de longue durée. Elle doit être dissoute à l'issue du contrat.

**La création d'une SEMOP entre m2A et un actionnaire privé semble être approprié car cela permet au projet de bénéficier du dynamisme, de la souplesse, des compétences, de la capacité d'innovation et du savoir-faire d'entreprises privées spécialisées.**

**Par rapport à un montage en concession sans société dédiée, m2A aura un pouvoir d'information et de contrôle renforcé et pourra participer à la gestion du contrat. De plus, à travers sa participation capitalistique, la collectivité serait intéressée aux bénéfices de la SEMOP.**

## **1. La gestion en régie**

Deux types de régie sont possibles (la régie directe est prohibée pour les SPIC) :

- La **régie avec autonomie financière**, où la gestion est assurée directement par les services de la Collectivité (fonctionnaires et assimilés) bien que dans le cadre d'un budget distinct (budget annexe).
- La **régie dotée de la personnalité morale**, où la Collectivité transfère statutairement la gestion du service public à une entité juridique publique distincte.

La gestion en régie dotée de la personnalité morale se concrétise classiquement par la création d'un établissement public industriel et commercial (EPIC) local.

Le tableau suivant reprend les principales caractéristiques de ces deux modes de gestion directe :

	Régie autonome	Régie personnalisée
<b>Structure et gouvernance</b>	Régie simplement placée sous l'autorité de m2A.  Administrée par un <b>conseil d'exploitation</b> , un <b>directeur</b> et un <b>agent comptable</b> .	Création d'un EPIC distinct de la collectivité de rattachement.  Administrée par un <b>conseil d'administration</b> et son <b>président</b> ainsi qu'un <b>directeur</b> .
<b>Maîtrise et contrôle</b>	Maîtrise des décisions par la Collectivité (Le conseil d'exploitation ne délibère que sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'assemblée délibérante ne s'est pas réservé le pouvoir de décision.)	Régie <b>indirectement</b> placée sous l'autorité de m2A.  Moyen de gestion autonome de la régie en raison de la personnalité morale et de l'existence de deux structures.  Moindre contrôle du service
<b>Organe délibérant</b>	<b>Conseil communautaire de m2A</b> (Ex. : fixation du prix de la chaleur)	<b>Conseil d'administration de la régie</b> (Ex. : fixation du prix de la chaleur)
<b>Processus de décision</b>	Sous l'autorité du Président de m2A et du Conseil communautaire.  Les fonctions exécutives sont assurées par l'exécutif de la collectivité de rattachement qui est le représentant légal de la régie et qui en est l'ordonnateur.	Administrée par le directeur et le conseil d'administration de la régie.  Les élus de m2A interviennent par leurs représentants au sein du CA
<b>Resp. civile et pénale</b>	La responsabilité pèse sur les <b>élus et agents de m2A</b> (y compris le personnel de la régie).	La responsabilité pèse sur le <b>CA et le directeur de la régie</b> .
<b>Budget</b>	Budget propre, annexé au budget de m2A, et voté par le Conseil communautaire	Budget voté par le CA

<b>Personnel</b>	<p><b>Statut de droit privé</b> car SPIC. En conséquence, l'emploi de fonctionnaires en position normale d'activité pose par conséquent une difficulté au regard des dispositions de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 (même si cette situation est rencontrée et « tolérée » en pratique sur une base juridique relativement fragile).</p> <p><b>Sauf directeur et agent comptable :</b> statut de droit public</p>	<p><b>Statut de droit privé</b> car SPIC.  <b>Sauf directeur et agent comptable :</b> statut de droit public</p>
<b>Fiscalité</b>	M2A est exploitant fiscal	Régie exploitant fiscal

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours à la régie peut être apprécié selon les critères suivants (communs aux deux types de régies mentionnés, sauf indication spécifique) :

- **Recherche de performance / Transfert du risque :** Contrairement aux autres modes de gestion qui seront appréciés ci-après, la régie ne formalise pas d'engagements de performance sanctionnés par des pénalités ou d'autres outils financiers incitatifs. Par ailleurs, la gestion en régie internalise le risque d'exploitation qu'il soit industriel ou commercial.
- **Réduction du coût pour la Collectivité :** Sur le plan financier, la gestion en régie permet d'éviter de supporter les charges de structure et la marge d'un opérateur externe (même si, in fine, une régie personnalisée peut également générer des frais de structure). En revanche, la régie ne bénéficie pas des effets d'échelle qu'un opérateur spécialisé peut rechercher grâce à la mutualisation de certains investissements, procédés et savoirs au-delà du périmètre du service en question.
- **Évolutivité / Réversibilité :** Contrairement à un contrat externalisant le service dont les caractéristiques ne pourraient être modifiées qu'au prisme du cadre relativement strict des avenants, la régie peut faire évoluer le service comme elle l'entend, en particulier pour ce qui concerne la régie autonome placée directement sous l'autorité de la Collectivité. S'agissant de la réversibilité du mode de gestion, le passage de la régie à un autre mode de gestion est plus difficilement acceptable que l'inverse.
- **Effectivité de la mise en concurrence :** Le recours à la régie a comme conséquence une absence de mise en concurrence qui permettrait de rechercher en théorie la meilleure offre au meilleur prix.
- **Gestion des ressources humaines :** le personnel serait de droit privé et sous la convention collective nationale applicable au secteur, sauf le directeur et l'agent comptable qui auraient un statut de droit public. M2A serait exposée plus directement aux conséquences du dialogue social au sein du nouvel établissement (conflits éventuels).

- **Optimisation de la procédure** : La création d'une régie ne constitue pas une procédure comme peut l'être la passation d'un marché ou d'une concession, néanmoins elle suppose des délais similaires voire supérieurs compte tenu de l'organisation à mettre en place (en particulier pour ce qui concerne la création d'un EPIC).

- **Prise en charge des investissements** : L'intégralité des coûts et des investissements seront à la charge de m2A.

- **Innovations proposées** : Elles dépendront uniquement de m2A, avec une possibilité limitée de retours d'expérience extérieurs (contrat d'assistance technique possible avec un opérateur spécialisé).

- **Maîtrise du service** : La maîtrise du service peut être considérée comme plus étroite que dans le cadre d'une gestion externalisée, en particulier pour ce qui concerne la régie autonome placée directement sous l'autorité de la Collectivité.

**Compte tenu de ces critères, il apparaît qu'une exploitation du service par la voie d'une régie autonome ou personnalisée ne répond pas suffisamment aux attentes de m2A.**

## 2. Les marchés publics

Si le principe est celui de la passation d'un marché par prestation, il existe également les marchés publics globaux :

- o **Marché de conception-réalisation**, sous réserve de dimensions exceptionnelles, de difficultés techniques particulières ou d'un engagement contractuel d'amélioration de l'efficacité énergétique ;
- o **Marché global de performance (MPGP)** (anciennement REM et CREM) permettant de réunir la conception, la réalisation, l'exploitation et/ou<sup>1</sup> la maintenance dans un même marché sous réserve d'objectifs chiffrés de performance (notamment – mais pas que - niveau d'activité, qualité de service, efficacité énergétique).

Plusieurs éléments sont à noter concernant ces derniers :

- La procédure de passation impose **l'avis d'un jury** (comme un concours de maîtrise d'œuvre) sauf :

---

<sup>1</sup> La jurisprudence a clairement tranché la question en faveur du caractère inclusif, en considérant qu'il était « loisible à l'acheteur d'inclure dans un tel marché des prestations d'exploitation technique **et** de maintenance de ces équipements » (CE, 8 avril 2019, n° 426096 et 426914, Société Orange, Région Réunion). Le rapporteur public ayant conclu sous cette décision observe d'ailleurs que le texte « n'impose ni ce que ces marchés ne comportent que des prestations relevant de ces différentes missions, ni qu'ils les comportent totalement ».

- o Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses suivantes :  
réhabilitation d'ouvrages existants ou réalisation d'un projet urbain ou paysager/  
ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation/ ouvrages  
d'infrastructures ;
- o Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les entités adjudicatrices selon la procédure de dialogue compétitif ou selon la procédure avec négociation<sup>2</sup>.

Dans la passation d'un tel contrat et conformément à la jurisprudence, m2A serait plutôt **pouvoir adjudicateur** qu'entité adjudicatrice. L'avis du jury n'est pas obligatoire puisque m2A relève d'une des 3 dérogations citées ci-dessus : ouvrages d'infrastructures.

- Pour que son recours y soit régulier, le MPPG doit comporter **des engagements de performance mesurables**.

**S'agissant du type d'objectif de performance** qui peut être prévu, ils peuvent – la liste n'est pas restrictive – porter sur le niveau d'activité, la qualité du service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique. **L'insertion de telles exigences ne doit pas être factice**, car le recours aux marchés globaux est dérogatoire.

La performance n'est donc **pas qu'énergétique** : elle peut concerner tout objectif de performance en lien avec les missions du titulaire et qui n'est pas artificiel.

Dans le cas d'un réseau de chaleur, il peut s'agir :

- Du rendement du réseau,
- Du taux de couverture en énergies renouvelables,
- Des besoins en énergie primaire
- Des délais d'intervention en cas de panne, fuite...
- etc.

Ces engagements de performances n'ont d'ailleurs **pas à être exclusivement liés aux missions qui sont confiées dans leur totalité au titulaire**. Ils peuvent également résulter **en partie de l'action de tiers**, dès lors que les performances dépendent en partie des prestations fournies dans le cadre du marché<sup>3</sup>.

Les engagements de performances peuvent être établis sur la base de données théoriques qui, dès lors qu'elles sont contractualisées, ne sauraient en principe être remises en cause quand bien même les données réelles constatées en cours d'exécution s'en écarteraient (CAA Nantes, 23 novembre 2018, *Société Efficentre*, n° 17NT02503).

---

<sup>2</sup> Article R2171-16 du Code de la commande publique.

<sup>3</sup> CE, 8 avril 2019, n° 426096 et 426914, *Société Orange, Région Réunion* : en l'espèce le résultat de l'exploitation de lignes haut débit, susceptible de dépendre des prestations d'assistance à l'exploitation commerciale du réseau fournie par le titulaire.

**La rémunération de l'opérateur économique sera modulée en cas de sous-performance ou de surperformance.** L'article R. 2171-2 du Code de la commande publique précise que c'est plus particulièrement la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance qui est modulée.

Cela signifie que les engagements de performances sont nécessairement à prévoir dans les phases d'exploitation et/ou de maintenance. Mais ils seront anticipés dès la conception/réalisation.

- **La frontière entre MPGP et concession peut être tenue**, car les titulaires de marchés globaux peuvent se voir confier la gestion d'un ouvrage ou d'un service. Or, la modulation de la rémunération du titulaire en cas de surperformance ou de sous-performance liée au résultat de l'exploitation du service ou de l'ouvrage se rapproche beaucoup de la rémunération assurée par les résultats du service, critère de la qualification de concession.

Toutefois, les procédures de marchés publics étant plus strictes que celles applicables en matière de concessions, l'effet d'une telle requalification devrait vraisemblablement être limité.

- Contrairement à l'ancien article 73 du Code des marchés publics, qui prévoyait que « *la durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet* », le Code de la commande publique **ne précise pas les éléments à prendre en compte pour apprécier la durée du marché public global.**

Cependant, prévoir, pour un tel marché, une durée excédant dans une trop large mesure les délais nécessaires à la réalisation des objectifs et engagements de performance risquerait de contrevenir à l'article L.3 du Code de la commande publique et aux principes généraux du droit des marchés publics, en particulier à ceux de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Dans la mesure où, en principe, le paiement des investissements est public compte tenu de l'application de l'interdiction des paiements différés, la durée de ces marchés ne saurait dépendre de la durée d'amortissement des investissements, le titulaire ne (pré-)finançant pas les investissements.

Mais comme énoncé plus avant, les objectifs de performances se mesurent sur cette phase, et la rémunération du titulaire dans cette phase est modulée en fonction de la performance attendue.

A l'inverse, prévoir **une durée trop courte** ne permettrait pas de constater l'atteinte des objectifs de performance et la modulation de la rémunération du titulaire ne porterait alors que sur une infime part du prix, ce qui pourrait rendre « factice » cette phase d'exploitation/maintenance. Or, c'est la réalisation d'objectifs de performance et la modulation financière associée qui permet de déroger au principe de l'allotissement applicable aux marchés publics.

- **S'agissant de la facturation de l'énergie aux abonnés**, la personne publique peut la confier au titulaire du contrat dans les conditions suivantes : une régie de recettes devra être créée, et le titulaire devra reverser à la personne publique à l'euro l'euro les recettes perçues. Rien ne s'oppose à ce qu'un système de compensation de créances puisse

toutefois être mis en place, du moment que la rémunération du titulaire n'est pas assurée par les résultats de l'exploitation du réseau.

- **Le contenu du contrat d'exploitation/maintenance** n'est pas contraint hormis par le recours obligatoire à des objectifs de performances mesurables et une rémunération modulée.

**L'interdiction du paiement différé s'oppose uniquement à ce que soient imputées sur la phase exploitation/maintenance des coûts supportés par le titulaire durant la phase conception/réalisation<sup>4</sup>.**

- La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée.

L'économie générale de ce type de marché est assez usuelle : le titulaire est rémunéré en phase conception/réalisation, et en phase exploitation/maintenance sur la base d'un prix prévu au marché. La personne publique perçoit les recettes (ou confie cela au titulaire à travers une régie de recettes dans les conditions évoquées plus avant) du service, et bénéficie des subventions auxquelles elle peut prétendre.

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours au(x) marché(s) public(s) peut être apprécié selon les critères suivants :

- **Recherche de performance / Transfert du risque** : La performance industrielle pourra être incitée par l'insertion d'engagement de performance sanctionnés par des pénalités. Le recours aux marchés publics de service implique que les risques techniques, d'exploitation et commercial soient intégralement supportés par m2A.

- **Réduction du coût pour la Collectivité** : Sur le plan financier, le recours au marché public fait assumer le coût des charges de structure ainsi que la marge d'un opérateur. Néanmoins, la Collectivité pourra bénéficier d'effet d'échelle contrairement à la régie. De plus, la Collectivité devrait nommer un régisseur pour l'encaissement des recettes (augmentation des charges de structure).

- **Évolutivité / Réversibilité** : Celle-ci devra nécessairement s'inscrire dans le cadre rigide des avenants aux marchés publics. Potentiellement, les évolutions peuvent s'avérer coûteuses, même si le nouveau code de la commande publique prévoit des mécanismes de modification du contrat permettant la conclusion d'avenant, si ceux-ci sont anticipés et sont contractuellement prévus. S'agissant de la réversibilité, en fin de contrat, un autre mode de gestion pourra facilement lui être substitué le cas échéant.

- **Effectivité de la mise en concurrence** : Le fait que les marchés publics soient soumis à l'obligation d'allotir les prestations pourrait permettre à m2A de disposer d'une concurrence accrue par la passation de petits contrats favorisant le nombre de réponses.

---

<sup>4</sup> L'article R2171-2 du Code de la commande publique prévoit que les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché.

Néanmoins, l'absence vraisemblable de négociation pourrait limiter l'effectivité de la mise en concurrence et la recherche de la meilleure offre au meilleur prix.

- **Gestion des ressources humaines** : Elle est assurée par le titulaire, dans le cadre de la convention collective nationale applicable.

- **Prise en charge des investissements** : Les investissements sont pris en charge par la m2A.

- **Innovations proposées** : Celles-ci devront être portées par les titulaires, mais le cadre relativement rigide d'un marché public rend leur mise en œuvre complexe.

- **Maîtrise du service** : Bonne maîtrise par la Collectivité, sous réserve d'une rédaction adéquate des clauses du cahier des charges et de ressources dédiées au contrôle-pilotage du marché.

**Le recours au marché public ne répond donc que partiellement aux attentes de m2A.**

### 3. La concession

La concession ayant pour objet l'exécution de travaux et/ou la gestion d'un service, classiquement « délégation de service public » (appellation maintenue dans le Code général des collectivités territoriales) est un mode de gestion par lequel une personne morale de droit public (m2A) confie par contrat à un opérateur économique (le plus souvent privé), la réalisation de travaux et/ou la gestion d'un service public à ses risques et périls.

Ainsi, aux termes de l'article L.1121-1 du Code de la commande publique, le contrat de concession est défini comme :

*« Un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ».*

Les contrats de concession permettent donc à une personne publique de confier (i) la réalisation d'ouvrages ou (ii) la gestion d'un service, notamment public, à un tiers qui en assurera la gestion et l'exploitation et qui supportera un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La délégation de service public se caractérise donc par trois éléments :

- le lien unissant le concédant au concessionnaire est nécessairement contractuel ;
- le concessionnaire doit être chargé de la gestion et de l'exploitation d'un service public et, le cas échéant, de la réalisation d'ouvrages nécessaires à son exploitation ;
- le concessionnaire doit nécessairement supporter un risque substantiel d'exploitation.

Ce dernier critère est principalement utilisé pour caractériser la délégation de service public, par opposition aux marchés publics.

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours à la concession peut être apprécié selon les mêmes critères que pour les options « régie » et « marché public » précédemment analysées :

- **Recherche de performance / Transfert du risque** : En termes de performance, la concession de service public a pour effet d'inciter le concessionnaire à exploiter efficacement le service, dans la mesure où le fait de ne pas exploiter convenablement le service pourrait avoir pour effet de limiter les recettes perçues auprès des usagers du service et donc ne pas lui permettre de rentabiliser les investissements réalisés ou de dégager une marge bénéficiaire. Le concessionnaire supporte donc le risque technique, d'exploitation et le risque commercial.

- **Réduction du coût pour la Collectivité** : L'autonomie qui caractérise une concession implique en théorie que le concessionnaire prenne à sa charge la totalité des investissements (aidé de subventions ADEME) et les rentabilise grâce aux recettes du service. Si les investissements sont très importants, il est possible de recourir à une subvention de la part de la collectivité (dans les limites du droit applicable aux concessions et du droit européen en matière de subvention) et/ou à une valeur résiduelle en fin de contrat, notamment dans le cas de travaux non amortis en fin de contrat. Dans ce cas, la phase de négociation dans le cadre de la procédure de mise en concurrence vise à diminuer le coût du service pour la collectivité.

- **Évolutivité / Réversibilité** : L'évolutivité du service devra nécessairement s'inscrire dans le cadre formalisé des avenants au contrat de concession. Le code de la commande publique prévoit des mécanismes de modification du contrat permettant la conclusion d'avenants de forte ampleur, si ceux-ci sont anticipés et sont contractuellement prévus. S'agissant de la réversibilité, un autre mode de gestion peut relativement facilement se substituer à la concession, en anticipant bien la phase de transition en fin de contrat.

- **Effectivité de la mise en concurrence** : La possibilité de pouvoir négocier avec les candidats permet de renforcer l'effectivité de la mise en concurrence et d'optimiser l'offre la plus performante.

- **Gestion des ressources humaines** : Elle est assurée par le concessionnaire, en l'occurrence dans le cadre de la convention collective applicable.

- **Prise en charge des investissements** : Ceux-ci seront pris en charge par le concessionnaire.

- **Innovations proposées** : Les candidats pourront proposer des innovations dans leurs offres, dont la pertinence et les modalités d'exécution pourront être négociées puis formalisées dans les termes du contrat.

- **Maîtrise du service** : Traditionnellement, il est considéré que le recours à la concession entraîne une perte de maîtrise sur le service. Par exemple, la collectivité ne fixe pas les tarifs en amont de la procédure, mais le concessionnaire propose un prix dans le cadre de son offre. Ce prix fera l'objet de discussion durant les négociations entre la collectivité et

le candidat afin que ce dernier l'améliore et le rende non seulement commercialisable mais également attractif. A compter de la remise de son offre finale, le candidat s'engage dans son offre à un tarif fixe (sauf clauses de révision strictement encadrées). Cette dernière peut être combattue par des clauses contractuelles adéquates et des ressources dédiées au contrôle-pilotage de la concession. En pratique, la maîtrise s'obtient par un rappel exhaustif et régulier des obligations d'information du concessionnaire et l'activation des clauses de contrôle au profit de la Collectivité.

## **Le recours à la concession répond aux attentes de m2A.**

### **4. La SEMOP**

La loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permet désormais la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. Une collectivité locale peut désormais lancer un appel d'offres pour l'entrée au capital de la société d'économie mixte qu'elle souhaite créer afin de remplir une mission de service public ou d'y participer. Cette mise en concurrence initiale dispensera la collectivité de lancer par la suite un appel d'offres pour pouvoir attribuer à la SEM la mission pour laquelle elle a été créée.

Il est ainsi évité le recours à une double procédure avec, d'abord, la mise en concurrence de l'attribution du contrat et, ensuite, la sélection du prestataire de la société.

Une telle société permet à la collectivité d'être mieux informée, de mieux contrôler son cocontractant et d'avoir une plus grande implication dans les décisions de gestion.

#### **a) Objet**

L'article L. 1541-1 du CGCT permet aux collectivités de se grouper avec des opérateurs économiques dans le cadre d'une SEMOP. Il dispose :

*« Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-2, une société d'économie mixte à opération unique ».*

L'article L. 1541-1 du CGCT précise par la suite que la SEMOP doit avoir, à titre exclusif, pour objet :

- Soit la réalisation d'une opération de construction, d'une opération de logement ou d'une opération d'aménagement ;
- Soit la gestion d'un service public ;
- Soit enfin toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

Le champ d'application de la future SEMOP recouvre donc, notamment, les contrats de concessions régis par les articles L.1411-1 et suivants du CGCT et par le Code de la commande publique.

## **b) Fonctionnement**

La SEMOP ne peut être constituée que d'une seule collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales, en l'espèce, m2A.

Concernant le capital de la SEMOP, l'article L. 1541-1 du CGCT précise que la collectivité territoriale doit détenir entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants.

En outre, la part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %.

La personne publique dispose de la présidence de la société, au travers du représentant permanent désigné par délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire. Le nombre de sièges au conseil d'administration ou au conseil de surveillance est en outre attribué en proportion du capital détenu.

Il convient de noter également qu'il est possible de prévoir dès le lancement de la procédure qu'un tiers investisseur sera membre de la SEMOP, dès lors qu'il ne réalise aucune prestation pour la SEMOP (en dehors d'investir au capital et en quasi fonds propres le cas échéant).

Quatre cas de figure influent sur la gouvernance de la SEMOP :

- **Avoir le capital minimum prévu par les textes de 34 %.** Ce minimum n'a pas été fixé par hasard puisqu'il permet d'avoir ce que l'on appelle **une minorité de blocage pour les décisions prises en assemblée générale extraordinaire** où les décisions ne peuvent être prises qu'à une majorité de plus de 66 % (majorité qualifiée),
- **Avoir un capital entre 34 % et 49 %.** En termes de « pouvoir », la situation est assez similaire à la précédente mais la Collectivité peut espérer des **distributions de dividendes plus importantes**. En revanche, en restant **en deçà de 50 %**, la Collectivité ne peut **pas bloquer les décisions prises en assemblée générale ordinaire**,
- **Avoir un capital supérieur à 50 % mais inférieur à 66 %.** Cette situation permet d'avoir un véritable pouvoir de décision puisque la Collectivité sera maître des décisions à prendre en assemblée générale ordinaire, décisions prises à la majorité « simple »,
- **Avoir un capital social supérieur à 66 % jusqu'à la limite imposée par la loi.** La Collectivité a alors un « pouvoir quasi absolu » puisqu'elle peut décider seule des décisions prises en assemblée générale ordinaire mais aussi en assemblée générale extraordinaire ;

Néanmoins si le fait de **disposer d'une intensité capitaliste est intéressante, il n'en demeure pas moins** que :

- Elle est **sujette à une prise de risque important**
- Elle **peut décourager ou dissuader un opérateur privé de répondre**
- Elle est **coûteuse**
- Elle doit être **appréciée à l'aune des règles de la commande publique.**

La SEMOP cumule les mêmes avantages qu'une SEM : maîtrise de l'activité au travers de la représentation de la collectivité au sein de la Société, bénéfice de l'expertise d'un ou plusieurs opérateurs privés, et bénéficie d'éventuels investisseurs privés.

### **c) Procédure**

Dans le cadre de la SEMOP, la mise en concurrence des opérateurs est donc réalisée au stade du choix de l'actionnaire privé.

A l'inverse d'une société d'économie mixte classique où la mise en concurrence n'intervient qu'après la constitution de la société pour l'attribution du contrat, il est prévu une mise en concurrence préalablement à la constitution de la société.

En conséquence, il existe une unique mise en concurrence des opérateurs visant à :

- La sélection des opérateurs pour constituer la société ;
- La sélection des opérateurs pour l'attribution du contrat relatif à l'exploitation des services publics d'eau potable et d'assainissement.

La sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont ainsi effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant la procédure applicable aux contrats de concessions.

En complément des informations obligatoires selon la nature du contrat destiné à être conclu, l'avis d'appel public à la concurrence comporte un document de préfiguration, précisant la volonté de la collectivité territoriale de confier l'opération projetée à une société d'économie mixte à opération unique à constituer avec le candidat sélectionné.

Ce document de préfiguration de la société d'économie mixte à opération unique comporte notamment :

- Les principales caractéristiques de la société d'économie mixte à opération unique : notamment la part de capital que la collectivité territoriale souhaite détenir ;
- les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité souhaite disposer sur l'activité de la société définies, le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires ;
- les règles de dévolution des actifs et passifs de la société lors de sa dissolution ;
- Le coût prévisionnel global de l'opération pour la collectivité territoriale et sa décomposition.

La SEMOP peut être constituée à la suite d'une procédure de marché public ou de concession, et aura ainsi en grande partie les avantages et inconvénients de chacun de ces modes de gestion, avec la particularité que la Collectivité est actionnaire de la SEMOP donc en partie le titulaire ou le concessionnaire.

À l'aune des objectifs préalablement énoncés, le recours à la SEMOP peut être apprécié selon les mêmes critères que pour les options « régie », « marché public » et « concession » précédemment analysées :

#### **- Recherche de performance / Transfert du risque :**

- **SEMOP Marché public** : m2A supportera les risques de maître d'ouvrage et pouvoir adjudicateur (pas de risque transféré à la SEMOP)
- **SEMOP Concession** : m2A supportera le risque commercial et le risque d'exploitation à hauteur de sa participation au capital de la SEMOP.

**- Réduction du coût pour la Collectivité :**

- **SEMOP Marché public** : m2A supportera l'ensemble des coûts en tant que pouvoir adjudicateur (pas de financement porté par la SEMOP). Inchangé par rapport à la gestion en marché public, à l'exception éventuelle que m2A pourra mieux contrôler les frais de structure et l'éventuelle marge.
- **SEMOP Concession** : le coût restera normalement réduit comme on l'a précédemment exposé pour les concessions, mais m2A financera le service à hauteur de sa participation au capital de la SEMOP.

**- Évolutivité / Réversibilité** : L'évolutivité du service devra nécessairement s'inscrire dans le cadre formalisé des avenants aux contrats de DSP. Le code de la commande publique prévoit des mécanismes de modification du contrat permettant la conclusion d'avenants de forte ampleur, si ceux-ci sont anticipés et sont contractuellement prévus.

- **SEMOP Marché public et concession** : le fait d'être associé au sein de la SEMOP permet à la Collectivité et à l'opérateur d'anticiper les modifications nécessaires et d'avoir un intérêt commun à mettre en œuvre, mais la SEMOP ajoute une strate de négociation et de validation des décisions de modification du contrat. S'agissant de la réversibilité, un autre mode de gestion peut relativement facilement se substituer à la SEMOP.

**- Effectivité de la mise en concurrence :**

- **SEMOP Marché public** : pas de négociation possible avec les candidats sauf pour les marchés publics globaux.
- **SEMOP Concession** : La possibilité de pouvoir négocier avec les candidats permet de renforcer l'effectivité de la mise en concurrence et d'optimiser l'offre la plus performante.

**- Gestion des ressources humaines** : Elle est assurée par le concessionnaire, en l'occurrence dans le cadre de la convention collective applicable.

**- Prise en charge des investissements :**

- **SEMOP Marché public** : m2A supportera l'ensemble des investissements en tant que pouvoir adjudicateur (pas de financement porté par la SEMOP). Inchangé par rapport à la gestion en marché public.
- **SEMOP Concession** : le coût restera normalement réduit comme on l'a précédemment exposé pour les concessions, mais m2A financera les investissements à hauteur de sa participation au capital de la SEMOP.

**- Innovations proposées :**

- **SEMOP Marché public** : elles seront proposées par la SEMOP mais le cadre relativement rigide du marché public (qu'il soit exécuté par une SEMOP ou non) les rend complexe à mettre en œuvre, sauf pour les marchés publics globaux pour lesquels la pertinence et les modalités d'exécution pourront être négociées puis formalisées dans les termes du contrat.

- **SEMOP Concession** : Les candidats pourront proposer des innovations dans leurs offres, dont la pertinence et les modalités d'exécution pourront être négociées puis formalisées dans les termes du contrat.

**- Maîtrise du service :**

- **SEMOP Marché public** : qu'il soit exécuté par une SEMOP ou non, m2A restera maîtresse des décisions et choix présents et à venir pour la gestion et l'organisation du service.
- **SEMOP Concession** : Traditionnellement, il est considéré que le recours à la DSP entraîne une perte de maîtrise sur le service. En associant la Collectivité à l'exécution du service par une SEMOP, elle recouvre en partie la maîtrise de ce dernier. Mais cela dépendra beaucoup de la part de capital qu'elle choisit de détenir dans la SEMOP.

**Le recours à la SEMOP (concession) répond donc aux attentes de la m2A.**

## B. SYNTHÈSE : SÉLECTION DU MODE DE GESTION

Au total, les principales caractéristiques des différents modes de gestion peuvent être résumées comme suit :

Modes de gestion	Avantages	Inconvénients
<b>Régie autonome</b>	<p>Le contrôle de la Collectivité sur le service est total, l'accès à l'information est donc plus direct.</p> <p>La Collectivité peut gérer l'équilibre entre les objectifs commerciaux et les objectifs de service public.</p>	<p>Le risque d'exploitation et la responsabilité envers les usagers du service et les tiers est assumé directement par la Collectivité.</p> <p>Le passage à un mode de gestion internalisé implique que la Collectivité supporte des coûts financiers de transition.</p> <p>Elle ne bénéficiera pas des économies d'échelle que permet le recours à un opérateur.</p> <p>Les investissements et les charges d'exploitation et de personnels pèseront sur la Collectivité.</p> <p>Les personnels seront au statut privé sauf le directeur et l'agent comptable, donc deux statuts différents à gérer. Pas de totale maîtrise de l'équilibre social.</p> <p>La compétence doit être maîtrisée en interne. Nécessité de conclure des contrats publics spécifiques pour toutes les prestations que la régie ne permet pas d'assurer (ex : marchés publics pour la conception, construction, entretien-maintenance, le GER,</p>

		approvisionnement en combustible, commercialisation...).
<b>Régie personnalisée</b>	<p>Le service est géré par une entité à personnalité morale distincte de la Collectivité mais qui est sous sa tutelle (généralement un EPIC).</p> <p>Un contrat d'objectifs est conclu entre la Collectivité et l'EPIC.</p> <p>L'EPIC est dirigé par un conseil d'administration et un directeur responsable du fonctionnement des services.</p> <p>Les ressources humaines sont gérées en interne par l'EPIC.</p>	<p>Elle implique des formalités de création.</p> <p>Le risque technique, d'exploitation et la responsabilité envers les usagers du service et les tiers est assumé par la Collectivité si l'EPIC n'atteint pas les objectifs fixés.</p> <p>Le passage à un mode de gestion internalisé implique que la Collectivité supporte des coûts financiers de transition.</p> <p>Elle ne bénéficiera pas des économies d'échelle que permet le recours à un opérateur.</p> <p>La compétence doit être maîtrisée en interne. Nécessité de conclure des contrats publics spécifiques pour toutes les prestations que la régie ne permet pas d'assurer.</p>
<b>Marché public</b>	<p>Les ressources humaines sont gérées par le cocontractant de la Collectivité.</p> <p>La Collectivité conserve la maîtrise des décisions et choix présents et futur pour le service et son organisation.</p>	<p>Il est enserré dans le cadre juridique strict de la commande publique, imposant notamment une définition précise du besoin.</p> <p>L'allotissement étant la règle, plusieurs lots ou marchés seront nécessaires si le contrat concerne différents services.</p> <p>Le coût du service est entièrement à la charge de la Collectivité (frais de structure et de marge de l'opérateur compris).</p>

	<p><i>Marché public conclu avec une SEMOP :</i> La Collectivité peut mieux maîtriser les frais de structure et de marge de l'opérateur, et est associée aux gains aux gains à hauteur de sa participation au capital.</p>	<p>Le cocontractant n'est pas exposé à un risque d'exploitation ; c'est la Collectivité qui supporte les risques du service.</p> <p><i>Marché public conclu avec une SEMOP :</i> Mêmes inconvénients que le marché public classique.</p>
<p><b>Concession</b></p>	<p>Le concessionnaire supporte les risques technique, d'exploitation et commercial.</p> <p>La Collectivité peut bénéficier de l'expérience et du savoir-faire des opérateurs du secteur, avec les économies d'échelle qui vont avec.</p> <p>Le contrat organise et veille aux bonnes relations contractuelles et à une information satisfaisante de la Collectivité pour conserver la maîtrise du suivi du service.</p>	<p>La maîtrise du service par la Collectivité est moindre car le concessionnaire doit être relativement autonome.</p> <p>La collectivité ne fixe pas les tarifs, mais le concessionnaire s'engage dans son offre à un tarif fixe (sauf clauses de révision strictement encadrées).</p> <p>Le cadre rigide du Code de la commande publique limite les évolutions du contrat (avenant).</p>

	<p>Les relations sociales sont gérées par le concessionnaire.</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u> La Collectivité est associée aux gains à hauteur de sa participation au capital, et recouvre en partie la maîtrise du service.</p>	<p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u> La Collectivité est associée aux risques à hauteur de sa participation au capital.</p>
--	--	--

**C. COMPARAISON PAR CRITERES :**

<b>Critère</b>	<b>Régie</b> <i>(éléments communs à toutes les régies sauf indication contraire)</i>	<b>Marché public</b> <i>(éléments communs avec le marché public conclu avec une SEMOP sauf indication contraire)</i>	<b>Concession</b> <i>(éléments communs avec la Concession conclue avec une SEMOP sauf indication contraire)</i>
<b>Performance / Transfert du risque d'exploitation</b>	Risque supporté par la Collectivité	<p>La performance pourra être incitée par l'insertion d'engagements de performance sanctionnés par de pénalités</p> <p>Le titulaire ne supporte pas les risques techniques, d'exploitation et commercial</p>	<p>La concession incite le concessionnaire à exploiter efficacement le service, le fait de ne pas exploiter convenablement le service pourrait avoir pour effet de limiter les recettes perçues auprès des usagers du service et donc ne pas lui permettre d'amortir ses investissements et/ou de dégager une marge bénéficiaire</p>

			<p>Le contrat de concession devra comprendre des indicateurs de performance sur lesquels les concessionnaires seront suivis</p> <p>Risque technique et commercial supporté par le concessionnaire</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>La Collectivité est associée au risque d'exploitation à hauteur de sa participation au capital.</p>
<p><b>Réduction du coût pour la Collectivité</b></p>	<p>Pas de charges de structure d'un opérateur, mais pas ou peu d'économies d'échelle</p>	<p>Charges de structure d'un opérateur</p> <p>Mais économies d'échelle, et résultat de la mise en concurrence favorisé par les négociations prévues par les textes pour ce qui concerne les marchés globaux</p>	<p>Le concessionnaire prend à sa charge les investissements et les rentabilise grâce aux recettes du service. Si les investissements sont très importants, il est possible de recourir à une subvention de la part de la collectivité (dans les limites du droit applicable aux concessions et du droit européen en matière de subvention), et/ou à une valeur résiduelle en fin de contrat dans le cas d'une durée de travaux non amortis en fin de contrat.</p>

			<p>L'économie général du contrat intègre des charges de structure d'un opérateur</p> <p>Mais économies d'échelle, et résultat de la mise en concurrence, favorisé par les négociations prévues par les textes</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>La Collectivité participe au financement à hauteur de sa participation au capital</p>
<b>Évolutivité / Réversibilité</b>	<p>Evolution du service : facile</p> <p>Changement de mode de gestion : En pratique la réversibilité est difficile à mettre en œuvre, notamment au regard du personnel employé par la régie</p>	<p>Cadre des avenants régis par le Code de la commande publique</p> <p>Barème d'unités d'œuvre</p> <p>Changement de mode de gestion : aisé.</p> <p><u>MP conclu avec une SEMOP :</u></p> <p>Le fait d'être associé au sein de la SEMOP permet à la Collectivité et à l'opérateur d'anticiper les modifications nécessaires et d'avoir un intérêt commun à mettre en œuvre, mais la SEMOP ajoute une</p>	<p>Cadre des avenants régis par le Code de la commande publique</p> <p>Barème d'unités d'œuvre</p> <p>Changement de mode de gestion : aisé</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>Le fait d'être associé au sein de la SEMOP permet à la Collectivité et à l'opérateur d'anticiper les modifications nécessaires et d'avoir un intérêt commun à mettre en</p>

		strate de négociation et de validation des décisions de modification du contrat.	œuvre, mais la SEMOP ajoute une strate de négociation et de validation des décisions de modification du contrat.
<b>Effectivité de la mise en concurrence</b>	Pas de confrontation à d'autres offres	Obligation d'allotissement sauf recours aux marchés globaux : concurrence inhérente à la procédure, y compris avec des lots de taille réduite  Mais possibilités restreintes de négociation sauf recours aux marchés globaux	Mise en concurrence et négociation inhérentes à la procédure.  Les opérateurs sont par ailleurs coutumiers de cette forme de contrat ce qui augmente, en principe, le degré de concurrence.
<b>Gestion des ressources humaines</b>	Personnel au statut de droit privé sous la convention collective applicable, sauf le directeur et l'agent comptable qui sont de droit public	Assurée par le titulaire, dans le cadre de la convention collective applicable	Assurée par le concessionnaire, dans le cadre de la convention collective applicable.  <u>Concession conclue avec une SEMOP :</u>  La Collectivité participe à la gestion des ressources humaines en tant qu'actionnaire de la SEMOP.
<b>Procédure de passation</b>	Attribution directe.  Marchés de la régie : Code de la commande publique	m2A agit en tant que pouvoir adjudicateur pour les marchés confiant l'exploitation du service : possibilités restreintes de négociation sauf recours aux marchés globaux	Large possibilité de négociation

<p><b>Prise en charge des investissements</b></p>	<p>m2A</p>	<p>m2A</p>	<p>Le concessionnaire, avec subvention de m2A, et/ou valeur résiduelle en fin de contrat envisageable le cas de travaux non amortis en fin de contrat.</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>M2A participe au financement à hauteur de sa participation au capital.</p>
<p><b>Innovations</b></p>	<p>Dépendent essentiellement de m2A</p>	<p>Portées par le titulaire, à l'aune de son expérience et savoir-faire dans le secteur des réseaux de chaleur, mise en œuvre dans le cadre d'un marché public</p>	<p>Proposées par les candidats puis par le concessionnaire, à l'aune de leur savoir-faire dans le secteur des réseaux de chaleur</p>
<p><b>Maîtrise du service</b></p>	<p>En principe très complète, en particulier pour la régie autonome.</p>	<p>Bonne, sous réserve d'une rédaction adaptée des clauses du marché et de ressources adéquates pour le pilotage</p>	<p>Relativement bonne, sous réserve d'une rédaction adaptée des clauses du contrat et de ressources adéquates pour le pilotage.</p> <p><u>Concession conclue avec une SEMOP :</u></p> <p>M2A augmente sa maîtrise du service par sa participation à la gouvernance de la SEMOP (cela dépend du capital détenu).</p>

Pour se déterminer à l'aune de cette synthèse, m2A donne la priorité à la recherche :

- d'une externalisation des risques techniques, d'exploitation et commerciaux liés à la réalisation des travaux et l'exploitation du service ;
- de solutions lui évitant d'avoir à assurer la gestion et la charge directe des investissements ;
- de procédures assurant la mise en concurrence la plus efficace possible, le meilleur apport en savoir-faire des exploitants, ainsi qu'une marge de négociation la plus large possible.

**Compte tenu de ces critères d'appréciation et des objectifs de m2A, le mode de gestion en SEMOP a qui sera confiée une concession apparaît le mieux adapté.**

Ainsi, au regard des éléments explicités ci-avant, le mode de gestion proposé est le suivant :

- **une concession portant délégation de service public pour la réalisation et l'exploitation du réseau de chaleur urbain, ainsi que la création d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) pour exécuter ladite concession.**

### **III. CARACTERISTIQUES DU FUTUR CONTRAT**

#### **A. OBJET**

En conséquence du choix du mode de gestion, le futur contrat aura pour objet :

La conception, la réalisation des travaux et l'exploitation du service public de chaleur sur un périmètre défini et un ensemble de prestations associées vis-à-vis des abonnés, usagers et de m2A.

#### **B. DUREE**

Conformément à l'article R3114-2 du Code de la commande publique, la durée des contrats de concession est encadrée.

La durée théorique est de 5 ans, mais elle peut être augmentée en fonction de l'importance des investissements à la charge du concessionnaire. Elle ne doit alors pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

Dans l'arrêt Société Comba, le Conseil d'Etat indiquait que la durée normale des investissements n'est pas nécessairement la durée de l'amortissement comptable des investissements mais **« peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées**

**à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers »<sup>5</sup>.**

Dans ses conclusions sous cet arrêt, le rapporteur public Da Costa faisait également valoir que la durée à retenir devait « *permettre au délégataire d'équilibrer ses charges et de **réaliser une marge normale, compte tenu du secteur économique concerné, mais aussi des exigences de la collectivité délégante en matière de tarifs*** ».

Une durée de **25 ans** est jugée adéquate compte tenu de l'économie du service et des dépenses pesant sur l'opérateur.

### **C. MISSIONS DEVOLUES**

Le futur contrat imposera au concessionnaire (SEMOP), entre autres, les obligations et l'exécution des missions suivantes :

- Conception, financement et construction d'installations (unités de productions, réseaux et sous-stations) ;
- Gestion aux risques et périls ;
- Fourniture de chaleur aux usagers ;
- Développement et commercialisation du service (signature des polices d'abonnement) ;
- Exploitation, entretien, maintenance et travaux de Gros Entretien et Renouvellement (GER) ;
- Suivi du patrimoine de la concession ;
- Gestion transparente : devoir d'information ; redevance de contrôle ; gestion de fin de contrat.
- Respect d'objectifs de qualité et de service.

Le détail des prestations et l'ensemble des obligations du concessionnaire feront l'objet d'une description lors de l'établissement du dossier de consultation des entreprises.

M2A, en tant qu'autorité concédante, conservera le contrôle du service et devra obtenir du concessionnaire tous les renseignements nécessaires à l'exercice de ses droits et obligations, et ce, dans tous les domaines : technique, comptable, financier, environnemental, qualité du service rendu à l'utilisateur, etc. Le concessionnaire sera ainsi soumis à des mesures de contrôle relevant à la fois des obligations contractuelles et des obligations réglementaires.

### **D. PERIMETRE**

Le périmètre du futur contrat est :

- Illzach
- Kingersheim
- Lutterbach
- Mulhouse

---

<sup>5</sup> CE, 11 août 2009, n° 303517.

- Pfastatt
- Ottmarsheim
- Wittenheim

## **E. CONDITIONS FINANCIERES**

### **1. Rémunération du concessionnaire et redevances**

S'agissant de la rémunération, le concessionnaire sera rémunéré par les ressources tirées de l'exploitation du service public rendu aux usagers, dans les conditions à définir dans le contrat de concession.

Le concessionnaire sera amené, selon les choix de m2A, à verser :

- Une **redevance pour frais de contrôle**, que ce contrôle soit assuré par les services de la collectivité ou par des prestataires de m2A. Elle n'est pas obligatoire ;
- Une **redevance d'occupation du domaine public** pour les unités de production situées sur des emprises m2A et des collectivités concernées et pour les réseaux situés sous la voirie publique<sup>6</sup>.

### **2. Investissements et charges**

Le Concessionnaire supportera l'ensemble des investissements relatifs à la conception et la réalisation du réseau de chaleur. Il sollicitera à ce titre les subventions ADEME afférentes.

Les charges assumées par le concessionnaire seront décomposées de la manière suivante :

- **Charges d'exploitation** : charges de personnel, charges de combustibles, fluides (gaz, eau, électricité etc.), coût de l'entretien et de la maintenance des systèmes et biens du service etc.
- **Charges d'investissements** : frais d'amortissement, dotations aux opérations de gros entretien et renouvellement, etc.
- **Charges de structure** : frais administratifs, frais d'information, frais de communication / marketing, frais de télécommunication, frais d'assurances, impôts et taxes, frais de structure et de direction, redevance d'occupation du domaine public, autres provisions, etc.

## **F. CARACTERISTIQUES DE LA SEMOP**

---

<sup>6</sup> Son montant n'a pas obligatoirement à être fixé à l'avance par m2A et les collectivités concernées, il peut être laissé à la proposition des candidats (et sera jugé au titre des critères d'attribution de la concession) et peut, au regard de l'économie générale du contrat et donc des avantages de toute nature procurés au concessionnaire, revêtir un montant modéré voire symbolique.

La part de capital que m2A souhaiterait détenir est de 49 %.

A titre indicatif, il est estimé que le capital total de la SEMOP devrait être d'environ 1 à 2 millions d'euros.

Les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont m2A souhaite disposer sur l'activité de la SEMOP seront précisées dans un pacte d'actionnaires. Celui-ci déterminera notamment les règles de gouvernance, les modalités de contrôle par m2A, les conditions de cessibilité des parts (le cas échéant, encadrement et/ou agrément). En tout état de cause :

- La SEMOP sera organisée sous forme d'une société anonyme à Conseil d'administration ;
- Le président du Conseil d'administration sera un représentant de m2A ;
- Le directeur général (dont le pacte d'actionnaires prévoira que la fonction sera distincte de celle de Président) sera désigné sur proposition de l'ensemble des actionnaires
- Le nombre de siège d'administrateurs sera défini au cours de la procédure de passation dans le respect des dispositions du Code de commerce. Les sièges seront attribués en fonction du capital détenu.

Les règles de dévolution des actifs et passifs de la société lors de sa dissolution qui seront fixées dans le document de préfiguration sont prévisionnellement les suivantes :

- L'ensemble des biens, meubles ou immeubles nécessaires au fonctionnement du service public (dits " biens de retour ") feront nécessairement retour gratuitement à m2A ;
- Le régime des biens de reprise sera défini dans la convention de concession ;
- Les biens non transférés à m2A en vertu des stipulations de la convention de concession seront répartis conformément aux dispositions du Code de commerce et du pacte d'actionnaires ;
- Après remboursement des apports aux associés, en cas de boni de liquidation, celui-ci sera réparti entre les actionnaires en proportion du capital social détenu par chacun d'eux.

Le Coût prévisionnel global de l'opération pour m2A et sa décomposition sont les suivants :

- Le montant prévisionnel des investissements devrait être au total de 60 millions d'euros HT ;
- Il est précisé que lors de l'exécution et en fin de contrat, le coût global de l'opération pour m2A pourra évoluer en fonction des variables suivantes :
  - Diminution du coût global pour m2A liée à son statut d'autorité concédante, via le versement de la redevance dont il bénéficiera ;
  - Diminution du coût global pour m2A liée aux ressources qu'il retirera de son statut d'actionnaire et d'autorité concédante (partage de bénéfice, dividendes, etc.) ;
  - Augmentation éventuelle du coût que m2A pourrait supporter en tant qu'actionnaire de la société, liée à des pertes d'exploitation ;
  - Diminution du coût global à l'issue de contrat résultant du retour des biens et, le cas échéant, d'une part du boni de liquidation.

## **G. REGIME DU PERSONNEL**

Les personnels seront ceux du Déléataire (soit recrutés par la SEMOP, soit mis à disposition de la SEMOP par l'opérateur économique)

Le réseau étant à créer et sauf projet de rachat de réseaux existants, il n'existe pas de personnels à reprendre.

En outre, aucun des agents de m2A qui la composent ne serait appelé à être détaché ou mis à disposition du futur gestionnaire.

Le projet tel qu'il est envisagé n'a donc pas d'incidence sur l'organisation et le fonctionnement actuels des services de m2A.

## **H. MODALITES DE SUIVI ET DE CONTROLE PAR M2A**

### **1. Suivi et contrôle de l'exécution du service**

Le contrat de concession détaillera les procédures de contrôle et de suivi du service par m2A, à savoir notamment :

- la production régulière, en cours d'exercice, de tableaux de bord de l'exploitation, permettant une réaction rapide en cas d'écart constaté par rapport à la prévision ;
- la production annuelle du rapport du concessionnaire, dans les conditions définies aux articles L. 3131-5 et R. 3131-2 à R. 3131-4 du Code de la commande publique, complétées par une description détaillée des formats demandés par m2A ;
- les procédures d'alerte spécifique de m2A en cas d'urgence ;
- le droit permanent d'audit, de contrôle, de communication et de vérification de documents (notamment comptables et fiscaux) ouvert à m2A ;
- la possibilité pour m2A de réaliser ou faire réaliser des enquêtes et démarches visant au contrôle externe de la qualité du service et d'une manière générale de sa conformité aux engagements contractuels.

Un comité de suivi périodique pourra être mis en place entre m2A et le concessionnaire.

### **2. Mécanisme de pénalités**

Le contrat comportera un dispositif de pénalités. De manière non limitative, il portera sur :

- la non-réalisation, sans justification suffisante, de prestations prévues au contrat : service non assuré, retard ou absence d'investissements dus par le délégataire, défaut de transmission d'informations à m2A ;
- le non-respect d'obligations légales ou réglementaires à la charge du délégataire ;
- la non-atteinte d'objectifs assignés en matière de qualité du service.

Il pourra être prévu dans le pacte d'actionnaires que les pénalités sont prises en charge par l'opérateur économique (et donc remboursées à la SEMOP par ce dernier), comme c'est usuellement le cas.

#### IV. CALENDRIER PREVISIONNEL DE LA PROCEDURE DE CONCESSION ET DE LA SEMOP

PHASES	PERIODES
<b>Consultation de la CCSPL</b>	<b>6 mars 2025</b>
<b>Consultation du Comité social territorial</b>	<b>13 mars 2025</b>
<b>Délibération du Conseil communautaire sur le principe de la concession et de la SEMOP + lancement de la procédure</b>	<b>24 mars 2025</b>
Publication de l'avis de concession devant comporter un document de préfiguration	avril 2025
Transmission du DCE	avril 2025
<b>Date limite de remise des dossiers des candidatures et offres initiales</b>	<b>mi-mai 2025</b>
<b>Commission DSP 1 : Admission des candidatures</b>	<b>début juin 2025</b>
Envoi DCE Offres aux candidats retenus	mi-juin 2025
<b>Date limite de remise des offres initiales</b>	<b>fin octobre 2025</b>
<b>Analyse des offres initiales</b>	<b>décembre 2025</b>
<b>Négociations</b>	<b>janvier 2026 à septembre 2026</b>
<b>Commission DSP 2 : Validation rapport final</b>	<b>fin septembre 2026</b>
<b>Choix du concessionnaire et du coactionnaire pressenti par l'Exécutif</b>	<b>fin septembre 2026</b>
Mise au point du contrat	fin octobre 2026
Rapport du Président sur le choix de l'attributaire et du coactionnaire de la SEMOP	novembre 2026
<b>Délibération du Conseil communautaire sur le choix de l'attributaire et coactionnaire de la SEMOP au vu des documents communiqués et du choix de l'exécutif</b>	<b>fin novembre/début décembre 2026</b>
<b>Signature des statuts et du pacte d'actionnaires</b>	<b>décembre 2026/Janvier 2027</b>
<b>Immatriculation de la SEMOP au RCS</b>	<b>janvier/février 2027</b>
<b>Signature du contrat de concession</b>	<b>février 2027</b>
Notification et début d'exécution du contrat	<b>fin février 2027</b>