

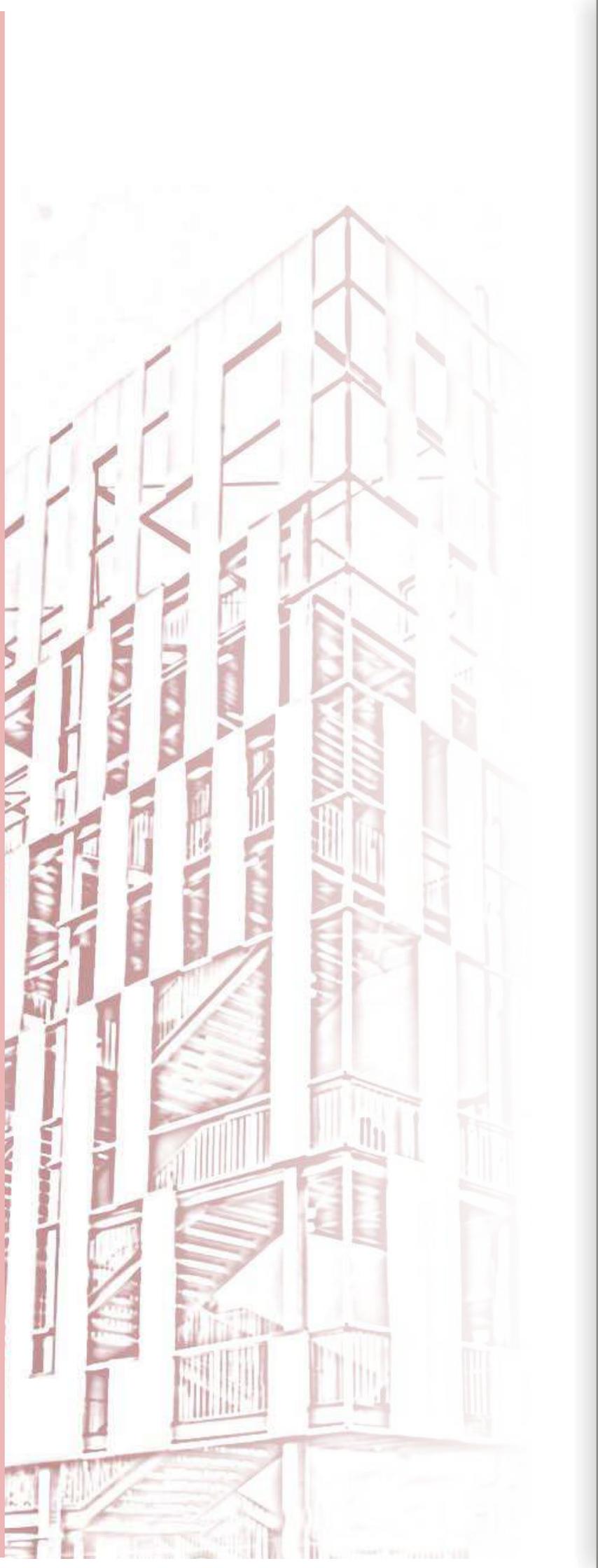


**Guide méthodologique destiné
à assister les porteurs de projets du Plan
Campus du Ministère de l'enseignement
supérieur et de la recherche dans
la rédaction des clauses juridiques de
leurs contrats de partenariat**



Ceguide a été élaboré à la demande du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, pour aider les structures universitaires dans la mise en œuvre des opérations du Plan Campus.

Sa rédaction a été pilotée par le MESR / SGPI et réalisée par le cabinet Hogan Lovells.



**Guide méthodologique destiné
à assister les porteurs de projets du Plan
Campus du Ministère de l'enseignement
supérieur et de la recherche dans
la rédaction des clauses juridiques de
leurs contrats de partenariat**

Février 2012



MINISTÈRE
DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR
ET DE LA RECHERCHE

1	PARTIE I : INTRODUCTION	10
1	LIMINAIRES	12
1.1	Le Plan Campus	12
1.2	Les avantages attendus du contrat de partenariat dans le cadre du Plan Campus	12
2	OBJECTIFS ET POSITIONNEMENT DU GUIDE	13
2.1	Le positionnement du Guide dans la mise en oeuvre du Plan Campus	14
2.2	Ce que le Guide n'est pas	14
2.3	La structure et le contenu du Guide (ses différentes parties et les objectifs de chacune)	15

3	QUELQUES NOTIONS CLES	15
3.1	Précisions sémantiques	15
3.2	Structure globale d'un projet réalisé sur la base d'un contrat de partenariat	22
3.3	Partage des risques et principes directeurs de l'allocation des risques	27

2 PARTIE 2 : EXEMPLES DE CLAUSES **34**

I	CLAUSES INTRODUCTIVES	37
1.	Définitions et interprétation	37
2.	Objet	37
3.	Entrée en vigueur et durée	38
4.	Recours contre le contrat de partenariat	39

2	LES BIENS	41
5.	Biens mis à disposition	41
6.	Régime des biens	43
3	REALISATION DES TRAVAUX	45
7.	Obligations générales au titre de la réalisation des Ouvrages	45
8.	Calendrier	46
9.	Autorisations administratives nécessaires à la réalisation des travaux	49
10.	Risques liés aux terrains d'assiette	54
11.	Conception	56
12.	Déroulement des travaux	60
13.	Contrôle de la réalisation des travaux	60
14.	Mise à disposition des ouvrages	61
15.	Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux	64

4	EXPLOITATION, MAINTENANCE ET SERVICES	67
16.	Prestations d'exploitation, d'entretien et de renouvellement	67
17.	Objectifs de performance / pénalités en période d'exploitation	72
18.	Activités de valorisation	74
19.	Autorisations administratives nécessaires à l'exécution des prestations	75
20.	Contrôle de l'exécution des prestations	76
21.	Mesures coercitives au titre de la réalisation des prestations	76
5	REGIME FINANCIER DU CONTRAT DE PARTENARIAT	76
22.	Coûts supportés par le Titulaire	76
23.	Financement	77
24.	Rémunération	78
25.	Garanties	78
26.	Cession de créance	79
27.	Fiscalité	80

6	CONTROLES ET RESPONSABILITES	81
28.	Suivi de l'exécution du contrat de partenariat	81
29.	Responsabilités	81
30.	Assurances	82
31.	Contrôle de la stabilité de l'actionnariat du titulaire	85
32.	Passation des contrats par le titulaire	86
33.	Cession du Contrat	86
7	EVOLUTIONS - FIN DU CONTRAT DE PARTENARIAT	86
34.	Mises en conformité	86
35.	Modifications	87
36.	Changements de lois	89
37.	Force majeure	91
38.	Imprévision	94
39.	Déchéance	95
40.	Résiliation pour motif d'intérêt général	101
41.	Conséquences de la fin du Contrat	102

8 CLAUSES TRANSVERSALES ET FINALES 103

- 42. Droit applicable et
résolution des litiges 103**
- 43. Propriété intellectuelle 104**
- 44. Confidentialité 105**
- 45. Notifications 106**

3

PARTIE 3 : ANNEXES 108

- 1. Fiches de la MAPPP 110**
- 2. Article 11 de l'ordonnance
n° 2004-559 du 17 juin 2004
sur les contrats de partenariat 111**
- 3. Exemple de programme
d'assurances 113**

T



I. PARTIE I : INTRODUCTION

PROPOS LIMINAIRES

**OBJECTIFS ET POSITIONNEMENT
DU GUIDE**

QUELQUES NOTIONS CLES

I. PROPOS LIMINAIRES

I.1 Le Plan Campus

L'opération Campus est un plan d'investissement en faveur de l'immobilier universitaire. D'un montant évalué à environ 5 milliards d'euros, son objectif est, in fine, de faire émerger des campus à forte visibilité internationale.

Plus précisément, il s'agit de requalifier et de dynamiser des campus existants pour créer et fédérer les futurs campus et leur donner une forte visibilité internationale.

Le contrat de partenariat, régi par l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat (ci-après l'«Ordonnance»), a vocation à être l'instrument contractuel privilégié de la mise en œuvre des projets du plan Campus.

I.2 Les avantages attendus du contrat de partenariat dans le cadre du Plan Campus

Chacune des opérations du Plan Campus comprend trois volets principaux : un volet travaux / immobilier, un volet prestation de services, et un volet valorisation des propriétés publiques. Seul le contrat de partenariat permet l'articulation de ces trois registres d'attentes.

De plus, les modes de paiement propres à ce type de contrat sont adaptés au système budgétaire de dotation assortie d'un revenu annuel régulier et offre une visibilité budgétaire de long terme.

Les caractéristiques propres aux contrats de partenariat (l'achat, par la personne publique, d'une prestation de disponibilité d'un ensemble immobilier, et non seulement un bien immobilier, la possibilité que le contrat porte sur la construction, la rénovation et la maintenance de bâtiments, dans le cadre d'obligations de résultat assorties de sanctions financières) en font également un outil contractuel adapté aux projets du plan Campus.

Les contrats de partenariat doivent également permettre une optimisation des coûts des projets, en mutualisant les opérations de conception / construction et de maintenance / renouvellement, ainsi qu'en rapprochant la durée des contrats de celle du cycle de vie des bâtiments objets de ces contrats.

Signalons également que les contrats de partenariat, s'ils présentent des avantages certains, constituent également un outil juridique et financier complexe et, partant, exigeant pour les personnes publiques, et ce en termes d'organisation / de planification, mais également de montée en compétence, tant il est vrai qu'un contrat de partenariat mêle une multitude de problématiques complexes (juridique, financière,

technique, architecturale, ...).

Le MESR dans le cadre de l'opération Campus a mis en place le service des grands projets immobiliers destiné à piloter l'opération au niveau central et à constituer un pôle de doctrine opérationnel pour les contrats de partenariat universitaires.

Dans ce cadre le SGPI :

- impulse et suit l'ensemble de la politique conventionnelle nécessaire à la mise en place et à la programmation des crédits,
- instruit les dossiers de chaque site Campus et effectue la synthèse auprès des autres services du Ministère (adéquation aux programmes quadriennaux, compatibilité avec la politique de financement classique de l'immobilier universitaire, lien avec la Direction générale de la recherche et de l'innovation).
- Anime le réseau des porteurs de projets au travers d'un cycle de formation sur les différentes problématiques liées aux PPP.

Dans ce cadre le Ministère finance des actions mutualisées permettant de dégager une doctrine opérationnelle à l'attention des sites sur différents sujets (organisation, exploitation maintenance, aspects juridiques...). Le présent guide est l'une de ces opérations financées sur les crédits du plan de relance.

2. OBJECTIFS ET POSITIONNEMENT DU GUIDE

Le présent guide a pour objectif de présenter l'économie générale d'un contrat de partenariat en insistant sur les articles classiques qui y figurent. Pour chaque article, une explication du contenu et de ce qu'il recouvre expose les enjeux et les facteurs de vigilance à porter pour la personne publique dans le cadre de la négociation avec les groupements qui candidateront aux différents projets.

Il ne saurait constituer un contrat type mais plutôt un outil pédagogique pour l'ensemble des équipes en charge en insistant davantage sur les points qui doivent faire l'objet d'une attention particulière et de négociations spécifiques. Les aspects mineurs ou bien étayés par les contrats déjà passés étant objectivement signalés de façon à éviter aux porteurs de projets de perdre un temps précieux en suggérant des solutions possibles qui constituent dans ces cas précis ce qui se fait le plus communément.

2.1 Le positionnement du Guide dans la mise en œuvre du Plan Campus

Un tel guide doit permettre de réduire l'asymétrie d'information et d'aider les porteurs de projets tant dans leurs relations avec leurs assistants à la personne publique qu'avec les groupements candidats.

2.2 Ce que le Guide n'est pas

Le Guide ne constitue pas un recueil de clauses type ayant vocation à s'imposer aux acteurs opérationnels des projets du Plan Campus. Il ne doit pas être considéré comme un modèle de contrat ni comme un projet de contrat complet et abouti.

Il relève davantage du «guide des bonnes pratiques», destiné à alerter les acteurs sur les thématiques et problématiques usuelles, quoique singulières, des contrats de partenariat. Il a vocation à s'inscrire dans le processus de préparation du lancement des projets.

A cet égard, le Guide s'attachera à proposer, pour certaines des clauses, des exemples de clauses «éprouvées» et à identifier les points de vigilance qui devront faire l'objet d'une attention particulière au cours des dialogues compétitifs qui seront organisés par la mise en œuvre du Plan Campus¹.

Pour certaines clauses, plus sensibles que d'autres (et sur lesquelles les discussions se focalisent souvent au cours des dialogues compétitifs, en raison de leur impact en termes de coûts et / ou de bancabilité), le Guide pourra présenter les voies permettant aux porteurs de projets de faire évoluer, au cours du dialogue et en vue de la remise des offres finales, les clauses initialement proposées aux candidats en vue de la remise des «premières offres»².

Enfin, il est important de signaler que, en raison de sa nature-même, le Guide ne peut et n'a pas vocation à être exhaustif, de même qu'il ne peut couvrir toutes les particularités propres à tel ou tel projet du Plan Campus. De la même manière, certaines problématiques se poseront différemment selon qu'un projet comporte un volet construction neuve et / ou réhabilitation, et en fonction du périmètre des prestations qu'il est prévu de confier au partenaire privé en phase d'exploitation.

Il appartient donc à chacun des porteurs de projet d'arrêter le contenu exact du projet de contrat adapté à son projet, avec l'assistance de ses conseils, en particulier juridique.

1. D'une certaine manière, le Guide se situe entre le guide méthodologique établi par la MAPP et un «clausier type».

2. Il peut également être utile de consulter les fiches établies par la MAPP, dont la liste des principales figure en annexe du Guide ; ces fiches, ainsi que le guide de la MAPP, sont accessibles sur le site internet : www.ppp.minefi.fr

2.3 La structure et le contenu du Guide

Afin de tenir compte de la diversité des destinataires et utilisateurs du Guide (dans leur formation d'origine, dans leur degré de familiarité avec les contrats de partenariat ainsi que dans les rôles qu'ils sont amenés à jouer dans la mise en œuvre du Plan Campus), il a semblé important, dans un premier temps, de revenir sur les notions clés des contrats de partenariat.

Ceci permet, avant de rentrer, dans la suite du Guide, dans le détail de la rédaction des mécanismes contractuels, de définir les contrats de partenariat, de les distinguer de plusieurs notions voisines, et de mettre en lumière les mécanismes juridiques et financiers propres à ce type de contrats.

Dans un second temps, chacune des clauses principales d'un contrat de partenariat usuel fera l'objet d'une présentation des enjeux propres à chaque clause, d'un exemple de rédaction, ainsi que, pour les clauses les plus essentielles, de la formulation de pistes d'évolution de la clause au cours du dialogue compétitif.

3. QUELQUES NOTIONS CLES

3.1 Précisions sémantiques

Qui s'intéresse au financement et à la réalisation de projets publics recourant à un préfinancement privé est conduit à utiliser plusieurs notions, qui sont proches mais qui ont une portée juridique propre, correspondent parfois à une équation économique et financière singulière, la qualification juridique étant parfois calquée sur un équilibre économique spécifique.

(a) Qu'est-ce qu'un PPP ?

Le terme de partenariat public - privé, couramment utilisé, recouvre :

- un montage juridique et financier ;
- se singularisant par le mode d'association du secteur public et du secteur privé ;
- de type institutionnel ou contractuel ;

- en vue de la réalisation de services et / ou d'infrastructures ou d'ouvrages d'utilité publique. Cette notion a surtout une portée opérationnelle ; elle est vaste et ne correspond pas à une seule figure contractuelle, ni à un seul type de financement ou à un équilibre économique déterminé : les différents types de délégations de service public, les contrats de partenariat, les baux emphytéotiques hospitaliers sont autant d'instruments contractuels spécifiques mais permettant tous la mise en œuvre de PPP.

Parallèlement, des outils juridiques plus généraux permettent également la mise en œuvre de PPP : les actes et conventions permettant l'occupation du domaine des personnes publiques et la réalisation d'investissements immobiliers, ou les sociétés d'économie mixte en sont des exemples.

Les points communs à tous les PPP sont les suivants :

- le caractère **global** du contrat ;
- le transfert de **risques** vers le secteur privé (construction et exploitation) ;
- **la maîtrise d'ouvrage** est confiée au secteur privé ;
- l'imposition d'**obligations de résultat** au partenaire privé, en particulier dans le cas de PPP sans risque de demande ;
- un **financement privé** lié exclusivement à un projet déterminé, et isolé des autres activités (et actifs) des acteurs du projet : un financement de projet - voir ci-après.

(b) Plusieurs types de PPP

La notion de PPP recouvre deux catégories distinctes de projets, aux équilibres économiques bien distincts et auxquels correspondent des figures contractuelles différentes : les PPP sans risque de demande (type contrats de partenariat) et les PPP avec risque de demande (ou de fréquentation), c'est-à-dire les délégations de service public.

Notons que les contrats de partenariat sont venus compléter les outils traditionnels de la commande publique que sont les marchés publics (qui ne relèvent pas de la catégorie des PPP) et les délégations de service public, figures anciennes permettant le transfert d'un risque de demande au secteur privé, dans le cadre d'un PPP.

(i) Les contrats de partenariat, outil contractuel des PPP sans risque de demande pour le partenaire privé

1. par ce type de contrats, les autorités publiques «achètent» la disponibilité d'une prestation nécessaire à l'exercice de leurs missions ; il peut s'agir de la disponibilité d'un ouvrage (ex : un hôpital, un immeuble de bureau, un réseau de télécommunications, une voie ferrée, ...) ou d'une ressource (de l'eau potable, des repas, de la chaleur, ...)

2. ces contrats permettent à la personne publique d'imposer au partenaire privé des obligations de résultat en fonction de critères objectifs, tant en quantité qu'en qualité ;
3. le partenaire privé n'a qu'un client (la personne publique) et, en principe, une source de revenus unique - sauf recettes tirées de la valorisation domaniale (voir ci-après) ;
4. les candidats à ce type de contrats sont des industriels, qui réalisent le projet et qui, pour les besoins du financement, créent une structure de maîtrise d'ouvrage *ad hoc* ;
5. ces contrats reposent sur des contrats clés en main à prix forfaitaire, l'économie envisageable pour la personne publique se situant, une fois le contrat signé, dans les gains résultant d'un éventuel refinancement de l'opération à des conditions plus avantageuses ainsi que dans les baisses des coûts supportés par le titulaire (et dont la personne publique peut chercher à bénéficier en imposant des mécanismes de type tests de marché, et en imposant un partage des économies réalisées). On peut également relever que les recettes tirées de la valorisation du domaine viennent, *in fine*, diminuer la charge financière globale pour la personne publique. Cela étant, le recours à un contrat de partenariat constitue en soi, pour la personne publique, un outil d'optimisation économique et financière ;
6. ce type de PPP est adapté au système de financement du Plan Campus.

(ii) Les PPP par lesquels le partenaire privé assume un risque de demande : les délégations de service public

1. le partenaire privé est exposé, en plus (comme dans tout PPP) des risques de construction et d'exploitation, à un risque de demande, ses revenus n'étant pas garantis ; il a plusieurs clients, dont la personne publique, mais pas seulement.
2. Précisons, si besoin est, que les délégations de service public ne constituent pas un instrument adapté dans le cadre du Plan Campus. Il ne s'agit pas en effet de confier la gestion du service public de l'enseignement supérieur à un partenaire privé, démarche qui en tout état de cause serait difficilement envisageable ;
3. un exemple classique est celui des concessions d'autoroutes : le concessionnaire assure la conception, la construction, le financement et l'exploitation d'un ouvrage à ses risques et périls et supporte en particulier le risque de fréquentation de l'ouvrage qu'il a réalisé et financé ;
4. ce type de PPP repose généralement sur des contrats d'une durée plus longue que les PPP dans lesquels le partenaire privé n'assume pas de risque de demande / de fréquentation ;
5. sur le plan financier, en raison des risques plus importants supportés par le partenaire privé (risque de demande), l'apport en fonds propres (ou quasi fonds propres) est plus important que dans les contrats de partenariat, de manière à pouvoir absorber le risque de fréquentation, qui n'est pas transféré aux sous-contractants «industriels» (constructeur et exploitant).

(c) Qu'est-ce qu'un financement de projet ?

Le financement de projet est un mode de financement, utilisé pour les contrats de partenariat et les conventions de délégation de service public nécessitant des investissements (et donc des préfinancements importants).

Un financement de projet repose sur une structure juridique et financière spécifique, dans laquelle la responsabilité du financement incombe au partenaire privé et est assis sur les ressources propres d'un projet. Les ressources du projet sont isolées au sein d'une structure de portage dédiée (la société de projet, ou SPV - special purpose vehicle), qui est également emprunteur et, dans le cadre de PPP, titulaire du contrat de tête avec la personne publique (contrat de partenariat ou convention de délégation de service public).

Les PPP contractuels sont réalisés en financement de projet (pour autant qu'ils impliquent la mise en place d'un financement, sachant que les financements de projets ne se limitent pas aux PPP et sont par exemple utilisés pour des équipements ou usines «purements» privés – cimenteries, usines diverses).

(d) Qu'est-ce qu'un contrat de partenariat ?

Au vu des catégories qui viennent d'être présentées, le contrat de partenariat se définit comme l'outil contractuel permettant la mise en œuvre d'un PPP sans risque de demande, souvent réalisé en financement de projet.

L'Ordonnance donne la définition suivante (article 1^{er}) : *«Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.*

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.»³

3. Le Code général des collectivités territoriales reprend le dispositif pour le rendre applicable aux collectivités territoriales et autres entités soumises à ce code (article L. 1414-1).

(e) Quelques sujets spécifiques dans le cadre d'un contrat de partenariat

(i) Domanialité

Les contrats de partenariat nécessitent souvent l'octroi à leur titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine de leur cocontractant public. Dans ce cas, le contrat de partenariat vaut autorisation, et le titulaire dispose, sauf si le contrat en dispose autrement, de droits réels sur les ouvrages et équipement qu'il réalise.

Quelques particularités propres au secteur universitaire méritent toutefois d'être signalées :

- le mécanisme des «conventions d'utilisation», prévu par le Code du domaine de l'Etat, ces conventions étant conclues par France Domaine (représentant de l'Etat, propriétaire) avec chacun des établissements (affectataire),
- le mécanisme de la dévolution, étant entendu que le recours à un contrat de partenariat n'a nullement pour effet de remettre en cause les évolutions patrimoniales évoquées ci-dessus. Il devra toutefois prendre en compte ces mécanismes, afin que les droits d'occupation du titulaire, et par conséquent sa capacité à exécuter les prestations qui lui incombent, aient des fondements juridiques clairs et pérennes.

(ii) Recettes de valorisation

L'Ordonnance reconnaît expressément la possibilité pour le titulaire d'un contrat de partenariat de percevoir, en sus de la rémunération versée par la personne publique, des recettes de valorisation (article I I, d). Ces recettes complémentaires font l'objet d'un partage avec la personne publique, venant ainsi diminuer pour elle le coût global du projet.

Ces recettes peuvent être définies, de façon générale, comme les recettes issues d'activités accessoires au contrat de partenariat, prenant essentiellement la forme de l'exploitation commerciale d'un ouvrage ou équipement réalisé ou utilisé par le titulaire, aux fins de répondre aux besoins, non pas de la personne publique, mais de tiers. La mise en œuvre de telles activités par le titulaire d'un contrat de partenariat conduit donc à l'instauration d'un «îlot concessif» au sein du contrat de partenariat, le titulaire supportant un risque de demande pour cette fraction, accessoire, de son activité⁴.

4. Il peut s'agir, par exemple, de l'exploitation commerciale, par le titulaire, d'une partie d'une résidence hôtelière, l'autre partie étant affectée à la satisfaction des besoins de la personne publique (classiquement pour recevoir des enseignants chercheurs de passage).

La loi du 28 juillet 2008 *relative aux contrats de partenariat* a précisé la définition et le régime des recettes de valorisation, en modifiant l'Article 11 d) de l'Ordonnance. Cet article dispose à présent que le contrat de partenariat comporte une clause relative à la rémunération du cocontractant tenant compte, le cas échéant, des *«recettes que le cocontractant est autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice»*.

Ces dispositions autorisent désormais explicitement les ressources complémentaires issues non seulement de l'exploitation des biens ou équipements, mais également de l'exploitation du domaine et des biens immatériels. Par ailleurs, elles rappellent explicitement que l'exploitation d'activités annexes doit respecter les missions de service public de la personne publique.

Ces nouvelles possibilités doivent être lues en combinaison avec d'autres dispositions de la loi du 28 juillet 2008, de nature à favoriser l'exploitation du domaine, notamment privé. Ainsi, l'Article 13 de l'Ordonnance modifiée précise que *«la personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. [...] Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat»*⁵.

En pratique, les contrats de partenariat autorisent fréquemment le titulaire du contrat à se procurer des recettes de valorisation, en utilisant, le cas échéant, les nouvelles possibilités offertes par la réforme issue de la loi du 28 juillet 2008⁶.

(iii) Capacité des PRES à conclure des contrats de partenariat

La conclusion de contrats de partenariat par un pôle de recherche et d'enseignement supérieur (PRES) mérite la vérification préalable de la capacité juridique d'une telle entité pour ce faire.

Deux points méritent une attention particulière :

- en premier lieu, il convient de s'assurer que la conclusion d'un contrat de partenariat par un PRES entre bien dans l'objet d'une telle entité ; à cet égard, l'Article L. 344-I du Code de la recherche prévoit que : *«Plusieurs établissements ou organismes de recherche ou d'enseignement supérieur et de recherche, publics ou privés, y compris les centres hospitaliers universitaires ainsi que les centres de lutte contre le cancer, et*

5. Ce dispositif a été validé par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 24 juillet 2008, qui a apporté une précision importante en indiquant que les baux et droits réels dont la durée excède celle du partenariat devront être, à l'issue du contrat de partenariat, transférés à la personne publique.

6. On peut citer, notamment, le contrat de partenariat relatif au Grand Stade de la Communauté Urbaine de Lille ainsi que, plus récemment et dans une mesure plus importante encore, le projet de contrat de partenariat relatif au Pentagone à la française (projet Balard).

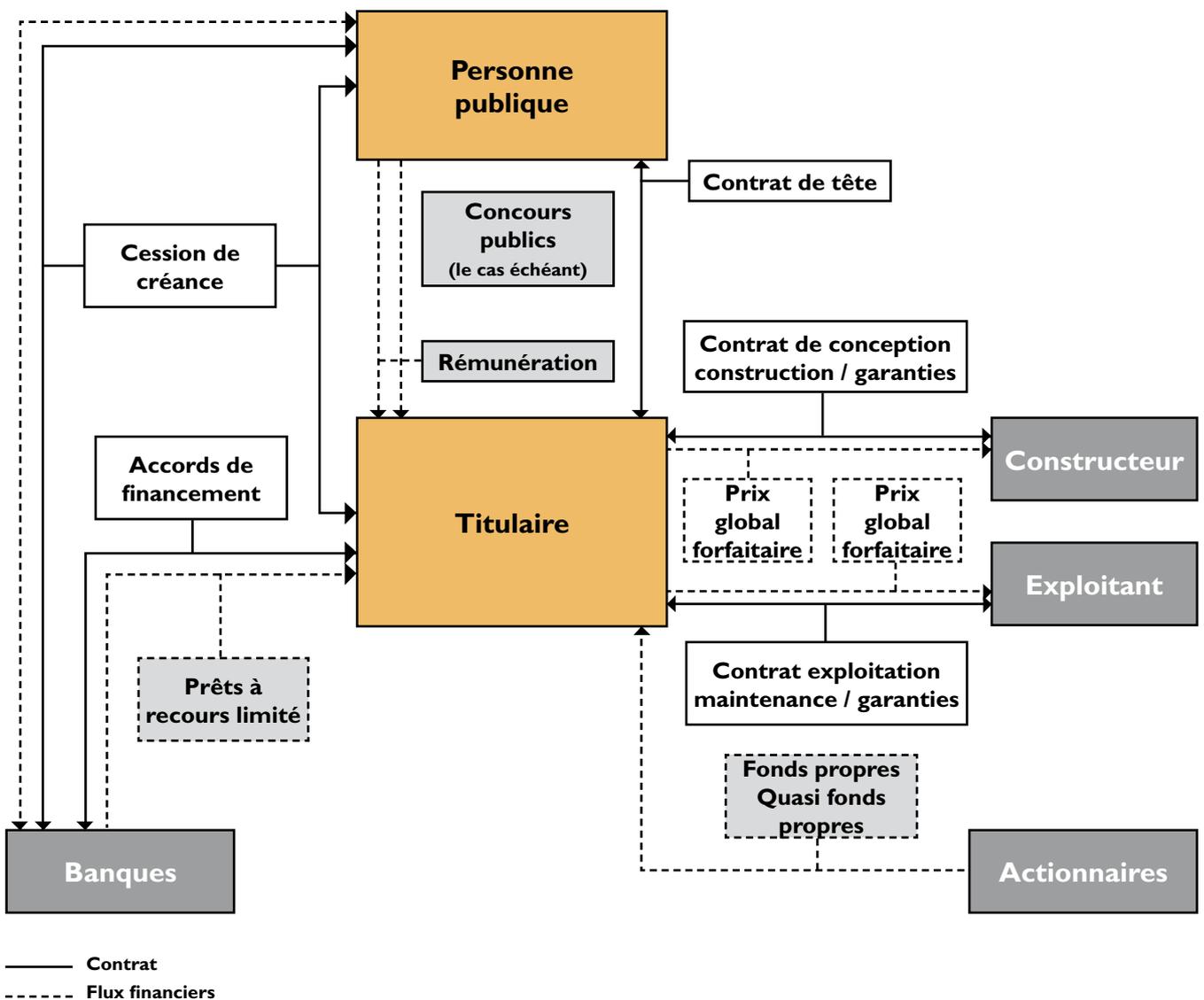
dont au moins un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, peuvent décider de regrouper tout ou partie de leurs activités et de leurs moyens, notamment en matière de recherche, dans un pôle de recherche et d'enseignement supérieur afin de conduire ensemble des projets d'intérêt commun (...)».

La rédaction de cet article peut permettre de considérer qu'un contrat de partenariat peut être conclu par un PRES, dans la mesure où le contrat de partenariat peut être l'outil d'un regroupement d'une partie des activités et moyens de plusieurs établissements. La vérification, et le cas échéant la modification, des statuts du PRES afin de conforter ce point constituent un préalable indispensable au lancement d'un projet de contrat de partenariat.

- en second lieu, les PRES peuvent être dotés de la personnalité morale et revêtir plusieurs formes juridiques (notamment GIP, établissement public ou fondation). Or, l^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat définit ces contrats comme étant conclus par l'Etat ou ses établissements publics. De sorte qu'il paraît indispensable qu'un PRES revête la forme d'un établissement public afin de pouvoir conclure un contrat de partenariat.

3.2 Structure globale d'un projet réalisé sur la base d'un contrat de partenariat

(a) Les acteurs privés d'un PPP : actionnaires, société de projet, prêteurs (et assureurs) - schéma d'ensemble



Nota Bene : la flèche pointillée joignant les banques à la personne publique symbolise la cession de créance : la créance en cause est constituée d'une fraction de la rémunération due au Titulaire par la personne publique, le Titulaire étant le cédant et les banques les cessionnaires. Par ce mécanisme, la créance cédée est payée directement par la personne publique aux banques, et non plus au Titulaire. Dans la mesure où cette cession est, une fois les investissements réalisés, irrévocable, le risque que cette créance ne soit pas versée aux banques est très faible, d'autant qu'il s'agit d'une créance détenue sur une personne publique, et non plus sur une société de projet, de sorte que les conditions du financement adossé à cette cession de créance sont plus avantageuses que pour une dette «projet».

(b) L'architecture juridique et contractuelle d'un projet réalisé sur la base d'un contrat de partenariat

(i) Principes directeurs du montage juridico-financier d'un PPP

1. Le partenaire privé se voit confier une mission globale

Le partenaire privé est chargé d'une mission globale, son engagement consistant à déterminer et à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et solutions lui permettant d'atteindre les résultats et objectifs de performance que lui impose la personne publique.

Concrètement, le partenaire privé, maître d'ouvrage, est responsable vis-à-vis de la personne publique de la conception⁷, de la réalisation, de l'exploitation – maintenance (renouvellements inclus) ainsi que du financement (dettes et fonds propres et quasi fonds-propres).

2. Le mécanisme de pénalités

Le plus souvent, le contrat de partenariat confie au partenaire privé la réalisation d'un ouvrage ou équipement, à charge pour le partenaire privé d'en assurer l'exploitation et l'entretien. On distingue donc usuellement, dans un contrat de partenariat, une phase de réalisation (ou de construction), puis une phase d'exploitation, la mise à disposition des ouvrages constituant une étape clé dans la mise en œuvre du contrat de partenariat.

Les pénalités appliquées par la personne publique au titulaire du contrat permettent de sanctionner la méconnaissance de ses obligations ; leur structure varie selon les tâches confiées au partenaire privé :

- en phase de réalisation : les pénalités sont des pénalités de retard, applicables lorsque le bien n'est pas réalisé dans les délais convenus contractuellement (hors les cas où le calendrier a été modifié en application des stipulations du contrat) ;
- en phase d'exploitation : les pénalités viennent sanctionner le respect des objectifs de performance imposés au titulaire du contrat de partenariat ; ces objectifs de performance, qui matérialisent la « disponibilité » d'un ouvrage ou d'un service, varient naturellement en fonction de la nature du projet (taux de disponibilité d'un réseau de télécommunications, respect du cadencement et du délai de réalisation des tâches de maintenance préventive et curative dans le cadre de la mise à disposition d'un bâtiment, ...).

7. Il n'est pas systématique que le partenaire privé soit chargé de l'intégralité des tâches de conception : une partie du travail de conception peut en effet avoir été réalisée préalablement par la personne publique, le résultat de ce travail étant alors « mis à la disposition » des candidats à l'attribution du contrat de partenariat. En droit, on peut également envisager que la conception ne soit pas confiée au partenaire privé.

Le montant des pénalités susceptibles d'être appliquées par la personne publique doit : (i) être adapté à la gravité des manquements constatés, être suffisamment dissuasif, et (ii) être plafonné, sans quoi le titulaire se verrait exposer à un risque de surcoûts illimités, ce qui peut constituer un point de blocage dès le dialogue compétitif.

3. La mise en place d'une société de projet (ou «SPV»⁸)

Le SPV a pour fonction de :

- prendre les engagements et supporter l'ensemble des obligations et risques vis-à-vis de la personne publique ;
- mettre en place les moyens juridiques et financiers lui permettant d'exécuter ses obligations envers la personne publique : signer les contrats de financement pour lever les fonds et signer les contrats de construction (portant également, le cas échéant, sur la conception) et d'exploitation – maintenance pour réaliser le projet, transférer les risques et ainsi «isoler» le véhicule de financement.

La création d'une société de projet n'est pas systématiquement nécessaire pour la mise en œuvre d'un contrat de partenariat - elle ne résulte pas d'une exigence légale ou réglementaire.

Il reste que la création d'une SPV :

- (i) matérialise le caractère global d'un contrat de partenariat, l'ensemble des missions étant confié par la personne publique à une entité juridique unique ;
- (ii) permet, du point de vue de la personne publique, de traiter de manière simple et efficace la problématique des interfaces entre les différents acteurs impliqués dans l'exécution du contrat de partenariat.

Dans les PPP reposant sur un contrat de partenariat (c'est-à-dire sans risque de demande supporté par le titulaire), la société de projet se résume à une «coquille» juridique, généralement peu capitalisée (environ 5 à 10 % des besoins de financement privé) ; elle est la structure de portage que les industriels, acteurs clés du projet, mettent en place pour les besoins du financement, et pour isoler le projet et ses risques de leurs autres actifs.

En revanche, dans les PPP de type délégation de service public, la société de projet est souvent plus capitalisée, car ses actionnaires supportent le risque de demande, qui n'est pas transféré aux acteurs industriels (constructeur et exploitant).

8. SPV est l'acronyme de : *Special Purpose Vehicle*, dont une traduction pourrait être : véhicule juridique à objet particulier, ou plus simplement : société de projet.

4. Le transfert des obligations et risques de la société de projet vers ses sous-contractants (principe de transparence - ou «back to back»).

Les sous-contrats sont les éléments clés des PPP. Ils permettent d'assurer la robustesse de la société de projet, et donc du montage tout entier. Signés en même temps que le contrat de tête et que les contrats de financement, ils doivent être analysés par la personne publique au cours de la mise en concurrence.

(ii) Les points clés des principaux contrats

1. Le «contrat de tête», qui :

- fixe la mission et les objectifs de performance que doit respecter le partenaire ;
- organise le contrôle du partenaire privé par la personne publique (financier, technique, juridique) ;
- détaille les modalités de rémunération du partenaire, laquelle repose sur un engagement de prix forfaitaire de ce dernier ;
- organise la répartition des risques (voir ci-après) ;
- détaille les hypothèses de fin anticipée du contrat ;
- organise le contrôle de la stabilité de l'actionnariat de la SPV.

2. Les principaux contrats d'exécution (conception-construction et exploitation-maintenance), qui :

- en application du principe de transparence, transfèrent à leur titulaire les droits et obligations de la société de projet à l'égard de la personne publique en tant qu'ils concernent leur mission respective («back to back» et «if and when») ;
- comprennent un plafond de responsabilité ;
- sont complétés par un accord d'interfaces (conclu entre constructeur, exploitant et SPV), permettant d'isoler la société de projet des difficultés de coordination entre le constructeur et l'exploitant, lesquels s'engagent à permettre à la SPV d'honorer ses obligations au titre du contrat de tête.

3. Les contrats de financement

Ils sont conclus par la société de projet au moment du bouclage juridique et financier de l'opération, sur la base de term sheets (principaux termes et conditions) établis au cours du processus de mise en concurrence, et revus par la personne publique dans le cadre de l'analyse des offres. Ils contiennent divers ratios permettant aux banques de s'assurer de la capacité de la société de projet à assurer le service de la dette : gearing, DSCR (*Debt Service Cover Ratio*) – ratio entre le service de la dette et les ressources de l'emprunteur.

Les contrats de financement font référence aux engagements du constructeur, de l'exploitant et des actionnaires (concernant notamment le versement de dividendes), autant d'éléments qui permettent de s'assurer de la capacité de la SPV à rembourser la dette. Ces contrats organisent notamment :

- les conditions de tirage sur la dette (obtention des autorisations administratives, mise en place des assurances, absence de recours contre le contrat de tête, émission de garanties) ;
- la rémunération de la banque (marge de crédit, commission) ;
- les cas d'exigibilité anticipée ;
- les déclarations et engagements de l'emprunteur (concernant notamment la justification de la bonne exécution de sa mission envers la personne publique).

Signalons également que la dette bancaire n'est pas le seul instrument de financement disponible. Le titulaire d'un contrat de partenariat peut en effet recourir à un contrat de crédit-bail pour financer les actifs. Dans un tel système, la SPV se trouve crédit-preneur (locataire) des actifs, lesquels sont la propriété d'un établissement bancaire qui a lui-même mis en place le financement nécessaire pour acquérir les actifs. Dans ce cas, la SPV ne conclut pas de contrat de réalisation à proprement parler, mais un contrat de location. Au lieu de payer un contrat de travaux (grâce aux tirages sur la dette en période de réalisation), elle paie des loyers à la banque à compter de la livraison des biens.

Ce système a notamment été utilisé dans le cadre du contrat de partenariat portant sur la disponibilité d'heures de formation sur hélicoptères à Dax, lancé par le Ministère de la Défense. Il s'agissait alors de financer les hélicoptères, et le crédit-bail est apparu nécessaire car l'Etat avait refusé tout système de cession de créance. De sorte que la seule sûreté disponible pour les établissements financiers était constituée par les hélicoptères. Les banques ont donc souhaité être propriétaire des appareils afin de sécuriser le financement, ce que le contrat de crédit-bail permettait.

On peut néanmoins imaginer que des contrats de crédit-bail puissent être utilisés pour le financement de tout ou partie d'autres projets, sachant toutefois que le système de la cession de créance est reconnu comme offrant aux banques un niveau de garantie satisfaisant, et qui rend inutile l'appropriation des actifs par les établissements qui financent une opération.

4. Les schémas d'assurances et de garanties

Le plan d'assurances que le partenaire privé doit mettre en place est généralement annexé au contrat principal (contrat de partenariat par exemple). Il s'agit de couvrir principalement (i) les dommages à l'ouvrage et (ii) la responsabilité civile du partenaire privé.

La mise en place de ces assurances peut incomber au constructeur et à l'exploitant (qui peuvent par exemple bénéficier d'une police «groupe», financièrement plus intéressante).

Un des points importants au sujet des assurances est la question de l'inassurabilité économique (augmentation des primes d'assurance) ou plus technique (indisponibilité d'une police).

3.3 Partage des risques et principes directeurs de l'allocation des risques

(a) Qu'est-ce qu'un risque ?

Dans le cadre d'un PPP, l'un des objectifs de la personne publique est, traditionnellement, de transférer un certain nombre de risques vers le partenaire privé.

Afin d'identifier les modalités selon lesquelles la répartition des risques peut être opérée dans le cadre du Projet, il est utile de revenir au préalable sur la notion même de risque, sur les différents types de risques et leurs effets sur le partenaire privé, ainsi que sur les moyens dont ce dernier dispose afin de faire face à ces risques et sur les conséquences du transfert de risque sur la personne publique.

(i) Pour le partenaire privé, la réalisation d'un risque peut se traduire par une impossibilité de respecter le calendrier initialement prévu, ainsi que par des surcoûts, directs ou indirects :

- directs en ce que la réalisation du risque se traduit par des dépenses supplémentaires (liées par exemple à une modification du Projet), à la nécessité de réaliser des études complémentaires, de mobiliser des équipes et ressources non prévues initialement ... ;
- indirects en ce qu'ils sont la conséquence d'un report de calendrier (en particulier les frais de portage du financement, en période de construction, ainsi que les frais de structure de la société de projet).

(ii) Il y a également lieu de distinguer selon que la réalisation du risque est imputable au partenaire privé ou non :

- dans le premier cas, le risque est intégralement reporté sur le privé, dans la mesure où il s'agit ni plus ni moins que d'un manquement à ses obligations contractuelles : si, par exemple, le partenaire privé ne dispose pas, en temps voulu, des autorisations administratives nécessaires parce qu'il a déposé des dossiers de demandes incomplets ou tardivement, il n'y a pas de raison qu'il puisse être délié de ses obligations en termes de délai de réalisation, ni indemnisé des surcoûts qu'il pourrait subir ;
- dans le second cas, il s'agit davantage d'un véritable risque : le partenaire privé, bien qu'ayant correctement exécuté ses obligations, se trouve confronté à une situation qu'il ne maîtrise pas (ou en tous cas pas davantage que son cocontractant public), et qu'il n'avait pas réellement pu anticiper. Si par exemple une modification réglementaire impose des normes plus strictes en matière de qualité de l'eau, ou en cas de découverte de vestiges archéologiques, le partenaire privé se trouve confronté à des surcoûts potentiellement importants et qu'il n'avait pu anticiper.

(iii) Les effets de la réalisation des risques sur le partenaire privé peuvent être très importants, en particulier lorsque l'on est en présence d'un PPP sans risque de demande, dans lequel le partenaire privé dispose de revenus fixes et qui ne sont pas susceptibles d'augmenter (à la différence d'un PPP à risque de demande) - sauf recettes de valorisation, qui sont par hypothèses accessoires ; dans ce cas, la réalisation d'un risque a pour effet immédiat de dégrader l'équilibre financier du projet.

Pour ces raisons, le secteur privé cherche en général à disposer d'une évaluation précise des surcoûts attachés aux risques qui lui sont transférés (et ce, notamment, en plafonnant les risques qu'il supporte, ou, ce qui a le même effet, en ne les portant que pendant une certaine durée) ; ceci peut d'ailleurs également être de l'intérêt, tout au moins financier, de la personne publique, dans la mesure où, à défaut de montants précis, le secteur privé risque de provisionner dans ses coûts une somme potentiellement trop élevée, ce qui se retrouvera dans les sommes versées par la personne publique au partenaire privé.

(iv) Une attention particulière peut être portée aux risques de fin anticipée d'un contrat de partenariat. Le plus souvent, ce sujet fait en effet l'objet de discussions nourries entre personne publique, candidats et prêteurs.

Sont visés les différents cas dans lesquels il est mis fin au contrat de partenariat : soit pour motif d'intérêt général, soit en raison d'un événement relevant de la force majeure ou de l'imprévision, soit en raison d'un manquement grave du titulaire à ses obligations contractuelles (déchéance). Dans ces cas, les ouvrages, construits ou en cours de construction, font retour à la personne publique (comme c'est le cas au terme normal du contrat de partenariat). Pour autant, ce retour ne saurait intervenir gratuitement, auquel cas le patrimoine de la personne publique s'enrichirait indûment et gratuitement. Il est donc normal que la personne publique cocontractante verse au partenaire privé une indemnité.

Cette indemnité est différente selon le cas de fin anticipée : le préjudice subi par le partenaire privé doit être intégralement compensé lorsque la résiliation est prononcée pour un motif d'intérêt général. Au contraire, il est normal que le titulaire soit sanctionné lorsqu'il est déchu.

L'importance des discussions sur ces clauses est liée au fait que la fin anticipée du contrat se traduit par l'exigibilité anticipée au titre des contrats de crédit conclus par le titulaire pour lui permettre de financer le projet. Il est donc impératif que les établissements de crédit soient assurés que l'encours de crédit pourra être remboursé grâce à l'indemnité de résiliation versée par la personne publique en cas de fin anticipée du contrat de partenariat, sans quoi le projet ne pourrait pas être financé sur de la dette (i.e. : le projet ne serait pas bancable).

Il convient néanmoins de garder à l'esprit que l'indemnité versée par la personne publique n'est pas affectée à telle ou telle entité : elle est versée au titulaire, et son montant est ensuite réparti entre les actionnaires du titulaire et les établissements de crédit, selon les accords conclus entre eux.

Au total, quel que soit le motif de fin anticipée, les établissements financiers doivent, logiquement, être gardés indemnes, dans la mesure où aucun des cas de fin anticipée du contrat ne peut leur être imputable. Ils se verront donc attribuer la fraction de l'indemnité due par la personne publique nécessaire au remboursement de l'encours de la dette et autres frais de rupture anticipée, que cette somme puisse être intégralement couverte par l'indemnité due au titre du contrat de partenariat, ou que les actionnaires doivent, au titre de la documentation de crédit ou des sous-contrats, combler une éventuelle différence.

(v) En pratique, les risques incombant au partenaire privé peuvent être traités de plusieurs façons :

- d'une manière générale, le partenaire privé intègre la réalisation du risque dans son prix : les surcoûts liés à tel ou tel risque sont provisionnés, et intégrés au prix proposé à la personne publique ; de sorte que le transfert de risque a un coût pour la personne publique, tout au moins dans la mesure où il peut être provisionné ; au-delà, il s'agit d'un véritable risque ;
- la mise en place d'un schéma d'assurances adapté permet également de faire face à de nombreux risques, étant entendu que la mise en place de ses assurances a également un coût, qui *in fine* incombe à la personne publique ;
- l'attention mérite d'être attirée sur le sujet des assurances ; en effet, ce sujet n'est parfois pas traité avec le niveau d'attention qu'il requiert, faute, par exemple, de la présence aux côtés de la personne publique d'experts qualifiés en cette matière. Or il s'agit d'un élément important de la structuration d'un projet, dans la mesure où la pratique de l'État et des acteurs privés en cette matière sont très différentes, où ce sujet est porteur d'enjeux financiers importants et où un défaut en matière d'assurance est de nature à affecter la pérennité même d'un montage en contrat de partenariat ;
- le transfert des risques vers les sous-contractants (principe de transparence) permet d'isoler le partenaire privé, titulaire du contrat et porteur des financements ; de cette façon, le titulaire limite son exposition aux risques du projet tout en reportant sur des personnes compétentes des risques que celles-ci connaissent et qu'elles ont l'habitude de traiter. La robustesse du financement (et, *in fine*, de l'ensemble du projet), s'en trouve ainsi renforcée. Encore faut-il préciser que ce transfert des risques du titulaire vers les sous-contractants n'implique pas que le titulaire soit déchargé de ces risques vis-à-vis de la personne publique : c'est bien le titulaire qui est le seul interlocuteur de la personne publique, et à son égard, porte ces risques.

De plus, il est important pour la personne publique de s'assurer que ce transfert de risques vers les sous-contractants s'opère de manière efficace : en premier lieu afin d'assurer la robustesse financière du projet (les risques non transférés par la SPV devant pouvoir être assumés par celle-ci), et en second lieu afin de vérifier que l'organisation contractuelle est adaptée ; en particulier, l'organisation de l'interface entre les différents intervenants dans la réalisation du projet, telle qu'elle résulte principalement des projets de contrats de conception - construction, d'exploitation - maintenance, et d'interface, doit être précisément analysée par la personne publique préalablement à la signature du contrat de partenariat.

(b) Quelques questions clés permettant d'établir et d'analyser la répartition des risques

Au total, on peut considérer que la répartition de chaque risque peut s'opérer en fonction des réponses apportées aux questions suivantes :

(i) Quelle est la probabilité d'occurrence d'un risque ? Par exemple, est-on en présence d'un risque aux conséquences très lourdes, mais dont la probabilité d'occurrence est faible ?

(ii) Peut-on évaluer les surcoûts liés à la réalisation de tel ou tel risque ?

(iii) Le risque est-il propre au projet et au secteur d'activité concerné, ou plus général ?

(iv) Qui, du partenaire privé ou de la personne publique, est le plus à même d'avoir une influence sur la réalisation du risque en cause, ou tout au moins de maîtriser les conséquences de sa réalisation ?

(v) Le risque peut-il être transféré par le partenaire privé à l'un de ses sous-contractants ?

(vi) Un risque est-il usuel, assurable ?

Ces questions mettent en lumière la nécessité pour les porteurs de projets de mettre en œuvre, préalablement à leur lancement, un certain nombre d'études détaillées, et adaptées en fonction de la nature du projet («due diligences») - ces études pouvant ensuite être transmises aux candidats.

Par exemple, des études de sols réalisées en amont permettent de faciliter l'appréhension de ce risque, classiquement très sensible dans les projets immobiliers impliquant la réalisation de bâtiments nouveaux, par les candidats à l'attribution du contrat. A défaut, l'offre sera très difficile à établir pour les candidats.

(c) Comment partager un risque ?

Plusieurs mécanismes contractuels permettent d'opérer le partage d'un risque entre la personne publique et le titulaire du contrat de partenariat :

(i) Mise en place d'une compensation financière du partenaire privé (compensation event) par la personne publique

Dans ce cas, on peut considérer que le risque est en réalité supporté par la personne publique, dès lors que le partenaire privé n'est pas sanctionné (et que le calendrier de réalisation de l'ouvrage est adapté, aucune pénalité de retard n'étant applicable).

Un tel système ne permet toutefois pas véritablement de procéder au partage d'un risque, sauf si la compensation par la personne publique n'est que partielle.

Un tel mécanisme peut être utilisé pour organiser la prise en charge, par la personne publique, des conséquences financières de ses propres décisions. Par exemple, si un retard de la personne publique contractante dans la formulation d'un avis entraîne des surcoûts pour le partenaire privé, ils seront intégralement pris en charge par la personne publique.

Une compensation partielle par la personne publique, par laquelle cette dernière prend en charge des coûts jusqu'à un certain montant, le partenaire privé supportant les coûts au-delà de ce montant, n'est pas utilisée dans la mesure où cela ne permet pas au partenaire privé de mesurer son exposition, dès lors qu'il supporte un risque sans limitation de plafond. Un tel système serait par conséquent onéreux pour la personne publique, puisque le risque devrait être provisionné à des montants élevés afin de ne pas affecter la robustesse du financement.

Au total, la compensation financière complète par la personne publique se limite aux conséquences des agissements de cette dernière - en cas de mise en œuvre du pouvoir de modification du contrat par exemple.

(ii) Fixation d'un plafond (en montant et / ou en durée) au-delà duquel le risque passe du partenaire privé à la personne publique

Ce mécanisme, fréquemment utilisé, permet d'organiser la prise en charge d'un risque par le partenaire privé, mais dans une certaine mesure seulement. Au-delà, le risque est supporté par la personne publique.

Il s'agit par exemple de prévoir que les surcoûts (directs et/ou indirects) liés à l'état des sols sont supportés par le titulaire jusqu'à un montant fixé dans le contrat de partenariat (avec éventuellement des plafonds distincts pour les surcoûts directs et les surcoûts indirects).

Ce système permet au titulaire de mesurer son exposition, et ainsi de provisionner de manière adéquate les montants lui permettant d'y faire face. Il est ainsi souvent présenté comme le plus optimal sur le plan économique.

Un tel mécanisme peut être utilisé pour les risques dont la survenance n'est imputable à aucune des parties. La fraction du risque mise contractuellement à la charge du partenaire privé dépend principalement des informations disponibles sur le risque en cause (par exemple : les études de sol sont-elles disponibles ?), de la probabilité de son occurrence et du pouvoir qu'ont les parties d'influer sur la réalisation et les conséquences du risque en cause.

A cet égard, le mécanisme peut couvrir des risques non précisément identifiés en tant que tels. On peut d'ailleurs prévoir que, tant en période de conception - construction qu'en période d'exploitation, le titulaire ne supporte les risques qu'à hauteur d'un montant maximal global - plafond sur lequel pourront venir s'imputer les conséquences de risques identifiés dans le contrat de partenariat, mais également celles d'événements imprévus. De sorte, au total, que la personne publique ne supportera pas systématiquement les conséquences d'un événement imprévisible.

(iii) Mise en place d'une exonération (relief event)

Il s'agit d'organiser l'absence de pénalités lorsque le manquement n'est pas imputable au partenaire, par exemple en cas de modifications décidées par la personne publique entraînant une modification du calendrier, et pour tout autre événement qui ne serait imputable à aucune des parties.

Un tel mécanisme se double généralement, en période de construction, d'une modification du calendrier, automatique ou possible (selon le type d'événements en cause).

2



PARTIE 2 : EXEMPLES DE CLAUSES

CLAUSES INTRODUCTIVES

LES BIENS

REALISATION DES TRAVAUX

**EXPLOITATION, MAINTENANCE
ET SERVICES**

**REGIME FINANCIER DU CONTRAT
DE PARTENARIAT**

CONTROLES ET RESPONSABILITES

**EVOLUTIONS - FIN DU CONTRAT
DE PARTENARIAT**

**CLAUSES TRANSVERSALES
ET FINALES**

La seconde partie du Guide permet, sur la base de la trame usuelle d'un contrat de partenariat, de présenter chaque clause (son objectif, sa raison d'être, son articulation avec d'autres clauses et son caractère plus ou moins sensible dans le schéma contractuel et financier global d'un projet en contrat de partenariat) ainsi que, pour certains Articles, un exemple d'Article rédigé⁹.

Ainsi, pour certains Articles ne présentant pas de difficulté, qui ne font généralement pas l'objet d'une attention particulière de la part des candidats et / ou de leurs partenaires financiers, ou qui doivent nécessairement être traités très différemment d'un projet à l'autre, la seconde partie du Guide ne contient pas de proposition d'Article rédigé. Parallèlement, pour les Articles les plus sensibles et / ou les plus complexes, une proposition rédigée est formulée.

Les informations qui figurent ci-dessous ne constituent donc pas un projet de contrat de partenariat complet et réutilisable pour chacun des projets du Plan Campus. Il s'agit davantage, sur la base de notre expérience et de contrats de partenariat signés, d'exemples d'Articles reflétant une certaine pratique, dans le seul but d'illustrer et d'expliquer la complexité propre à certaines clauses et ainsi, pour les porteurs de projet, de préparer en amont le dialogue compétitif sur les aspects contractuels.

Il convient également, à ce stade du Guide, de signaler quelques éléments relatifs aux modalités d'élaboration et d'évolution du projet de contrat de partenariat au cours des processus de dialogue compétitif :

- la personne publique tient généralement la plume pour l'élaboration du projet de contrat de partenariat, ce qui est indispensable pour se familiariser avec les clauses du contrat et favoriser l'appropriation du projet par l'ensemble de l'équipe dédiée à sa mise en œuvre ;
- ce projet de contrat est généralement remis aux candidats en début de dialogue compétitif, les candidats pouvant être invités à le compléter (sur des points précis, comme par exemple des montants de pénalités, des délais, des formules d'indexation ou de calcul) et autorisés à le modifier, selon des modalités qui doivent être alors précisément arrêtées par la personne publique dans le dossier de consultation, et en vue d'optimiser le projet ;
- c'est au vu de ces éléments, éclairés le cas échéant au cours des séances de dialogue, que la personne publique peut faire évoluer le projet de contrat de partenariat au cours du dialogue, et ce afin de remettre aux candidats des versions modifiées, tenant plus ou moins compte des observations et propositions de modifications formulées par les candidats, et plus ou moins ouverts aux modifications de la part des candidats ; le nombre de versions du contrat de partenariat dépend du nombre de propositions / offres qu'il est demandé aux candidats de remettre au cours du dialogue ;

9. L'Article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, qui fixe la liste des clauses obligatoires des contrats de partenariat, est reproduit en annexe I du Guide.

- au stade des offres finales, le projet de contrat de partenariat remis aux candidats est plus «fermé» qu'au début du dialogue. La marge de manœuvre laissée aux candidats à ce stade doit tenir compte de la nécessaire objectivité dans la comparaison des offres finales, ainsi que des critères d'évaluation des offres arrêtés par la personne publique.

I. CLAUSES INTRODUCTIVES

I. Définitions et interprétation

1. La complexité des contrats de partenariat peut rendre utile l'usage de termes définis, par exemple pour les différentes tranches de travaux, les dates de mise à disposition, les différents types de prestations, les différentes composantes de la rémunération du titulaire, les catégories de coûts que ce dernier supporte ...

Il s'agit ici de définir ces termes, d'utiliser des majuscules dans leur intitulé, puis, dans le corps du contrat, d'utiliser le terme défini.

2. Ce premier Article peut également être l'occasion de préciser quelques règles d'interprétation du contrat, par exemple sur l'articulation entre le contrat et ses annexes.

2. Objet

1. Classiquement, l'objet du contrat doit être défini. Il s'agit ici de faire apparaître les principales missions confiées au titulaire, et ce en cohérence avec les informations figurant dans l'avis d'appel public à candidatures.

2. Quelques prestations particulières, particulièrement sensibles ou spécifiques à un projet, peuvent être singularisées au sein de cet Article.

3. Enfin, cet Article indiquera que, en contrepartie des missions qui lui sont confiées, le titulaire perçoit la rémunération, dans les conditions définies au contrat de partenariat (Article 24 - Rémunération).

3. Entrée en vigueur et durée

1. Cet Article précise les conditions dans lesquelles le contrat de partenariat entre en vigueur.

2. Surtout, il s'agira ici de fixer la durée du contrat de partenariat, étant entendu que l'on vise ici la durée «normale» du contrat, c'est-à-dire hors hypothèses de fin anticipée (voir notamment les Articles relatifs à la déchéance ([Article 39](#)), la force majeure ([Article 37](#)), l'imprévision [Article 38](#)) et la résiliation pour motif d'intérêt général ([Article 40](#)).

3. Un point à trancher concernant la durée concerne son mode de calcul : la durée est-elle déterminée à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat, ou à compter de la mise à disposition effective des ouvrages ?

La réponse à cette question a des conséquences importantes sur l'ensemble de la structuration du contrat, en particulier en ce qui concerne les pénalités de retard (voir l'Article relatif aux pénalités - [Article 15](#)).

Si la durée est fixée à compter de la date d'entrée en vigueur, cela signifie qu'en cas de retard dans la réalisation des travaux, la période d'exploitation est amputée ; il convient alors de préciser dans le contrat si le retard peut conduire à ce qu'une échéance de rémunération soit définitivement perdue, ou si le retard implique que la rémunération soit recalculée, le montant dû étant versé sur un nombre inférieur d'échéances. Parallèlement, il convient d'adapter le mécanisme de sanction du retard (pénalités - [Article 15](#)) en conséquence (les pénalités de retard peuvent ne pas être très élevées si le titulaire est déjà sanctionné de son retard par la perte d'une ou plusieurs échéances de rémunération), afin d'éviter l'écueil, classiquement soulevé par les acteurs privés, de la double sanction.

Si au contraire la durée est fixée à compter de la date de mise à disposition des ouvrages, cela signifie que la durée d'exploitation est garantie (sauf fin anticipée du contrat - voir les Articles relatifs à la déchéance ([Article 39](#)), la force majeure ([Article 37](#)), l'imprévision ([Article 38](#)) et la résiliation pour motif d'intérêt général ([Article 40](#))), de sorte que les pénalités pour retard dans la réalisation des travaux doivent être suffisamment dissuasives. La durée d'exploitation fixe a généralement la préférence des acteurs privés.

4. Rappelons enfin que, au-delà de ces considérations et du contenu détaillé du contrat de partenariat, la détermination de la durée d'un contrat de partenariat résulte de la prise en compte de plusieurs éléments, dont, principalement, la durée d'amortissement des investissements et des cycles de gros entretien et de renouvellement de l'équipement correspondant, ainsi que la maturité des financements mis en place - autant d'éléments qui font l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre de l'évaluation préalable.

L'objet du projet est également à prendre en considération, dans la mesure où, par exemple, dans les secteurs technologiques, les cycles économiques sont généralement plus courts que pour des infrastructures ou des bâtiments.

Le Contrat entre en vigueur à compter de sa notification au Titulaire par l'Université, la date de réception de cette notification par le Titulaire étant désignée dans le Contrat comme la «Date d'entrée en vigueur».

Sans préjudice des stipulations du Contrat relatives à sa fin anticipée et à la circonstance que les baux relatifs aux activités de valorisation ont une durée supérieure à celle du Contrat, le terme du Contrat est fixé à l'expiration d'une période de [---] mois à compter de la Date effective de mise à disposition des Ouvrages.

4. Recours contre le contrat de partenariat

1. Il s'agit d'un sujet sensible, dans la mesure où l'occurrence de ce risque est relativement élevée et ne peut être maîtrisée dans la mesure où, par hypothèse, elle échappe au contrôle des parties (le recours est ouvert à toute personne présentant un intérêt à agir), et ses conséquences peuvent être importantes (jusqu'à l'annulation du contrat).

De plus, cette problématique est très directement liée au plan de financement mis en place par le titulaire, dans la mesure où, généralement, le tirage sur la dette ne pourra débiter qu'une fois ce risque purgé.

Au cas particulier des contrats de partenariat dans le secteur universitaire il est indispensable de bien clarifier le schéma de gouvernance général et notamment sous l'angle de l'habilitation du signataire du contrat de partenariat. Ce point est capital pour la soutenabilité du contrat et sa validité ultérieure.

2. Les deux points sensibles de ce dispositif portent donc sur les mesures adoptées lorsqu'un recours survient et, surtout, sur les conséquences indemnitaires en cas de succès du recours. A cet égard, les prêteurs risquent d'exiger que les tirages sur la dette soient suspendus à compter de l'introduction d'un recours, ce qui peut conduire soit à prévoir un financement alternatif (afin de permettre la poursuite de l'exécution), soit à prévoir la suspension de l'exécution du contrat de partenariat dès l'introduction d'un recours. En tout état de cause, les prêteurs chercheront à être protégés en cas de résiliation du contrat de partenariat, et ce par le remboursement intégral de l'encours de la dette en cas de résiliation du contrat de partenariat, et, le cas échéant, par la réitération de cet engagement indemnitaire de la personne publique dans un acte juridique «indépendant» du contrat de partenariat.

Il est en effet à noter que les établissements de crédit demandent parfois que l'engagement de la personne publique d'indemniser le titulaire soit repris dans un acte autonome du contrat de partenariat, et ce sur le fondement du fait que, par hypothèse, le contrat ne serait plus en vigueur et ne pourrait donc fonder en droit une obligation de compensation pour la personne publique.

Quoi qu'il en soit, en cas de recours contre le contrat ou un acte préalable détachable, le titulaire est relativement désarmé, même si sa compétence professionnelle peut conduire à diminuer la part de responsabilité de l'administration (ce qui conduit à prévoir une indemnisation comme en situation de force majeure, et non de résiliation pour motif d'intérêt général).

De ce point de vue, la situation des Parties serait différente en cas de recours contre une autorisation administrative, et singulièrement contre le permis de construire (voir [Article 9](#) - Autorisations administratives nécessaires à la réalisation des travaux).

En cas de recours gracieux et/ou juridictionnel formé à l'encontre du Contrat ou d'un acte détachable préalable, les Parties se rapprochent pour déterminer ensemble les conséquences qu'il convient de tirer dudit recours. L'introduction d'un tel recours ouvre, dès que les deux Parties en sont informées, une période de suspension des obligations du Titulaire.

Pendant cette période de suspension, les Parties examinent les moyens invoqués à l'appui du recours. Au terme de cette période de suspension, qui ne saurait excéder [x] jours, soit l'Université impose au Titulaire de poursuivre l'exécution du Contrat dans l'attente de la décision administrative et/ou juridictionnelle définitive - dans ce cas, si le recours en cause aboutit à l'annulation du Contrat, l'Université indemnise le Titulaire selon les modalités fixées à l'[Article 37](#) (Force majeure) ; soit l'Université décide de prononcer la résiliation du Contrat, le Titulaire étant indemnisé selon les modalités fixées à l'[Article 37](#) (Force majeure).

2. LES BIENS

5. Biens mis à disposition

1. Que le contrat de partenariat porte sur la rénovation ou sur la construction d'ouvrages, il conduira la personne publique à mettre des biens à la disposition du titulaire (terrains nus en vue de constructions ou bâtiments réhabilités / à réhabiliter).

2. Il est donc important de préciser les conditions dans lesquelles ces biens sont mis à la disposition du titulaire par la personne publique :

- calendrier de la mise à disposition - ce dernier étant décisif pour permettre au titulaire de respecter ses propres engagements de calendrier ;
- responsabilités des parties quant à l'état des biens (état des sols, mais également, le cas échéant, état des bâtiments) et aux conséquences d'une divergence entre l'état indiqué aux candidats au cours du dialogue et état constaté lors de la signature du procès-verbal de prise de possession par le titulaire ;
- le cas échéant, obligations particulières relatives aux biens mis à disposition en vue d'une valorisation par le partenaire privé, sachant que ces activités de valorisation peuvent également faire l'objet d'un Article spécifique, traitant notamment du régime foncier.

3. Une problématique sensible chez les constructeurs a trait aux travaux de réhabilitation. En effet, de l'état des bâtiments à rénover / réhabiliter dépendent directement le coût des travaux de réhabilitation et le calendrier de leur réalisation. L'état des bâtiments peut également avoir un impact sur les objectifs de performance assignés au titulaire en phase d'exploitation, ainsi que sur le prix des prestations d'exploitation - maintenance du bâtiment en cause.

Or il est parfois plus difficile de connaître de manière satisfaisante l'état d'un bâtiment plutôt que celui d'un terrain. La transmission aux candidats d'informations aussi complètes et précises que possible sur l'état des bâtiments et ouvrages à réhabiliter permettra donc de renforcer la crédibilité du prix proposé (tant pour les travaux que pour l'exploitation), de conserver son caractère forfaitaire à ce prix et d'éviter la mise en jeu de clauses de rendez-vous. Une voie alternative peut consister à autoriser les candidats à procéder à des études et sondages complémentaires au cours du dialogue.

Au total, ce sujet, d'autant plus sensible que les travaux de réhabilitation représentent une part significative du montant total d'un projet, devra donc être anticipé par les porteurs de projet et traitée autant en amont que possible.

(a) L'Emprise, identifiée à l'Annexe [--], est mise à la disposition du Titulaire par l'Université à compter de la Date d'entrée en vigueur. La mise à disposition de l'Emprise au profit du Titulaire prend fin au terme, normal ou anticipé, du Contrat.

Le Titulaire accepte l'Emprise dans l'état où elle se trouve à la date de sa mise à disposition, sans pouvoir élever aucune réclamation ni recours contre l'Université, et ce pour quelque cause que ce soit, notamment pour raisons de mitoyenneté, de défaut d'alignement, de mauvais état de l'Emprise, du sol ou du sous-sol, sous réserve des dispositions de l'Article 10 (Risques liés aux terrains d'assiette).

Le Titulaire reconnaît avoir eu pleine connaissance des études de sol et de sous-sol relatives à l'Emprise remises par l'Université préalablement à la signature du Contrat (insérées à l'Annexe [---]) et avoir réalisé, préalablement à la Date d'entrée en vigueur, l'ensemble des diagnostics qu'il estimait nécessaires à la bonne exécution de ses obligations au titre du Contrat.

Le Titulaire souffre les servitudes publiques ou privées grevant l'Emprise. Ces servitudes sont, à titre indicatif, listées à l'Annexe [---].

(b) Les Ouvrages à rénover, identifiés à l'Annexe [---], sont mis à la disposition du Titulaire par l'Université selon le cadencement prévu à l'Annexe [Calendrier].

Le Titulaire reconnaît avoir eu pleine connaissance des études et informations relatives aux Ouvrages à rénover, remises par l'Université préalablement à la signature du Contrat (insérées à l'Annexe [---]) et avoir réalisé, préalablement à la Date d'entrée en vigueur, l'ensemble des diagnostics qu'il estimait nécessaires à la bonne exécution de ses obligations au titre du Contrat.

Le Titulaire accepte les Ouvrages à rénover dans l'état où ils se trouvent à la date de leur mise à disposition par l'Université, sans pouvoir élever aucune réclamation ni recours contre l'Université, et ce pour quelque cause que ce soit, notamment pour raisons de mitoyenneté, de défaut d'alignement, de mauvais état.

Cependant, en cas de différence(s) entre, d'une part, l'état d'un Ouvrage à rénover tel qu'il résulte (i) des informations transmises par l'Université au Titulaire préalablement à la Date d'entrée en vigueur et (ii) des diagnostics réalisés sous la responsabilité du Titulaire préalablement à la Date d'entrée en vigueur, et, d'autre part, l'état de l'Ouvrage à rénover tel qu'il apparaît au moment de sa mise à disposition par l'Université au profit du Titulaire, et dans la mesure où cette (ces) différence(s) traduisent une dégradation substantielle d'un Ouvrage à rénover et non prévisible au vu des informations disponibles, de nature à impacter les obligations du Titulaire au titre du Contrat et résultant d'un événement hors du contrôle du Titulaire, il est fait application des stipulations de l'Article 8 (Calendrier).

6. Régime des biens

1. L'ordonnance sur les contrats de partenariat prévoit que les contrats de partenariat, en tant qu'ils emportent occupation du domaine public, valent autorisation d'occupation de ce domaine - cette occupation devant normalement conduire au versement par le titulaire au profit de la personne publique, d'une redevance d'occupation.

2. Se pose plus spécifiquement la question de la constitution éventuelle de droits réels sur les ouvrages et équipements réalisés par le titulaire. La constitution de droits réels, possible en vertu de l'ordonnance sur les ouvrages et équipements réalisés par le titulaire (c'est-à-dire à l'exclusion des ouvrages restaurés ou seulement exploités par le titulaire), n'est pas nécessaire à la mise en place du financement, dans la mesure où le mécanisme de la cession de créance («dette Dailly») constitue pour les prêteurs une sûreté satisfaisante et suffisante. Elle peut néanmoins être prévue dans un souci d'homogénéité du régime des biens objet du contrat, dès lors que les biens affectés à des activités de valorisation devraient, pour leur part, faire l'objet de droits réels.

3. Il reste que, lorsque le contrat implique une occupation du domaine, celle-ci doit faire l'objet d'une autorisation. C'est alors le contrat qui vaut autorisation (Article 13 de l'ordonnance), que celle-ci soit ou non constitutive de droits réels. Cette occupation doit donner lieu au versement d'une redevance, qui dans le cadre de l'opération Campus, sera symbolique.

4. Signalons enfin la nécessaire prise en compte, au titre du régime des biens, du mécanisme des «conventions d'utilisation», résultant du décret 2008-1248 du 1^{er} décembre 2008 (codifié aux Articles R. 128-12 à R. 128-17 du Code du domaine de l'Etat).

Sur ce point, une analyse préalable au lancement du projet doit être menée afin de clarifier l'architecture générale de la propriété / utilisation des biens d'assiette ou objet du contrat de partenariat. En particulier, il convient de déterminer, en fonction du signataire du contrat de partenariat (PRES ou université), si ce signataire dispose bien des droits d'occupation ou d'utilisation qui sont nécessaires pour qu'il puisse lui-même titrer le titulaire du contrat de partenariat.

Concrètement, l'articulation des conventions d'utilisation (présentes ou à venir) et des contrats de partenariat doit faire l'objet d'une attention particulière, afin que les stipulations des conventions d'utilisation soient compatibles avec l'architecture générale d'un contrat de partenariat et avec les attentes traditionnelles des acteurs de ce type de projet. Ainsi : la durée de la convention d'utilisation doit être compatible avec celle du contrat de partenariat : si la convention a une durée inférieure à celle du contrat de partenariat, cela signifie que les droits d'occupation dont dispose le titulaire au titre du contrat de partenariat ont eux-mêmes une durée limitée. Or, dès lors que le titulaire n'est plus titré, l'exécution du contrat de partenariat devient impossible. A défaut de durées identiques, le contrat de partenariat devrait au minimum garder le titulaire indemne des conséquences de ce risque de non concordance.

De même, l'objet auquel est destiné l'ensemble immobilier objet d'une convention d'utilisation ne doit pas être incompatible avec les activités autorisées au titulaire du contrat de partenariat. Sont en particulier visées les activités de valorisation, qui ne relèvent pas de la mission principale des universités. Il convient donc de vérifier ce point afin que des activités permises au titulaire du contrat ne soient en réalité interdites au titre de la convention d'utilisation.

Il conviendra en outre de tenir compte, dans le contrat de partenariat, des éventuelles exigences de la convention d'utilisation en matière architecturale ou paysagère. Celles-ci devraient logiquement être reprises dans le programme fonctionnel de l'opération objet du contrat de partenariat, de sorte qu'elles s'imposent à son titulaire.

Enfin, les modalités selon lesquelles le propriétaire procède à divers contrôles de l'utilisation du bien devraient logiquement être reflétées dans le contrat de partenariat, afin que l'utilisateur ne puisse être conduit à être en manquement à ses obligations au titre de la convention d'utilisation parce qu'il n'aurait pas pris le soin d'organiser le contrôle dans le contrat de partenariat.

3. REALISATION DES TRAVAUX

7. Obligations générales au titre de la réalisation des Ouvrages

1. Il s'agit ici, en des termes assez généraux, de mentionner les obligations et responsabilités principales du titulaire au titre de la réalisation des travaux. Il s'agit notamment de préciser que le titulaire doit respecter, dans l'exécution des travaux, la réglementation en vigueur ainsi que les caractéristiques des ouvrages à réaliser / rénover, intégrés sous la forme d'objectifs de performance dans le programme fonctionnel établi par la personne publique, lui-même annexé au contrat de partenariat. Notons également que la personne publique peut éventuellement choisir d'imposer certaines normes techniques.

2. On peut également, dans cette optique de responsabilisation du titulaire, traiter du sort des études qui auraient été transmises par la personne publique aux candidats, au cours de la consultation ayant abouti à la désignation du titulaire.

Il ne s'agit pas d'un Article sensible sur le plan technique, mais important néanmoins sur le plan de la présentation générale du partage des responsabilités entre les parties. De ce point de vue, les obligations du titulaire concernant le respect des consignes de sécurité est un point important.

Le Titulaire met en œuvre l'ensemble des opérations nécessaires à la réalisation, à la restructuration et / ou à la rénovation des Ouvrages, et notamment les études de conception et l'exécution des travaux, dans les conditions prévues au Contrat, dans le respect de la réglementation applicable et des règles de l'art.

A ce titre, le Titulaire veille notamment au respect des consignes de sécurité applicables dans les lieux et locaux dans lesquels il intervient, et se soumet aux contrôles et exigences correspondants, tels qu'exigés et mis en œuvre sous la responsabilité du président de l'Université. Le Titulaire s'engage à ce que l'ensemble des intervenants aux Travaux respecte ces mêmes obligations.

La consistance et les caractéristiques des Ouvrages, ainsi que les prescriptions techniques liées à la réalisation, la restructuration ou la rénovation des Ouvrages sont précisées par le Contrat, notamment à l'Annexe [Programme fonctionnel].

Le Titulaire ne saurait en aucun cas se prévaloir du caractère éventuellement erroné ou incomplet des études de toute nature qui lui ont été ou lui sont remises pour faciliter sa mission, et notamment les études visées à l'Annexe [---].

Le Titulaire vérifie, contrôle, modifie ou complète ces études et documents en tant que de besoin et sous sa seule responsabilité. Le Titulaire garantit l'Université contre tout recours qui viendrait à être dirigé contre elle ou ses prestataires du fait de l'utilisation, sous la responsabilité du Titulaire, de ces études et documents, en vue de la réalisation, de la restructuration ou de la rénovation des Ouvrages.

8. Calendrier

1. Cet Article permet à la personne publique d'imposer le calendrier de réalisation des ouvrages / travaux et de fixer le délai de leur achèvement. Il doit faire l'objet d'une attention particulière dès lors que le rythme des années universitaires impose des contraintes fortes, un retard relativement modeste pouvant avoir des conséquences importantes s'il conduit à ce que la livraison intervienne, par exemple, après la rentrée universitaire alors que l'établissement comptait sur les ouvrages en vue de la rentrée en cause.

Il conviendra donc de fixer le délai contractuel de réalisation en fonction de cet impératif, et en tenant compte également du temps nécessaire au processus de mise à disposition du ou des ouvrages (voir ci-après, [Article 14](#)) et au déménagement et à l'installation des mobiliers (lorsque la fourniture de ces installations ne fait pas partie des missions confiées au partenaire privé). A cet égard, des mises à disposition successives, par bâtiment ou ensemble de bâtiments, sont naturellement envisageables (phasage).

2. C'est également dans cet Article que pourront être traitées les situations dans lesquelles le calendrier peut être (ou est) aménagé, en raison d'événements imprévus, extérieurs et hors du contrôle du titulaire (hors cas particuliers traités dans des clauses spécifiques du contrat, telles la force majeure ([Article 37](#)), l'imprévision ([Article 38](#)) ou le régime des autorisations administratives ([Article 9](#)) et que les modalités de prise en charge des conséquences financières de tels événements seront précisées.

Il est en effet légitime que le titulaire ne soit pas pénalisé lorsque les travaux prennent du retard pour une raison qui ne lui est pas imputable - et pour autant que le titulaire ait mis en œuvre les moyens disponibles pour diminuer l'impact de l'imprévu sur le calendrier.

Le partage des surcoûts résultant de l'imprévu constitue un point d'arbitrage classique : d'un côté, on pourrait trouver légitime que le titulaire ne supporte pas de surcoûts pour des événements dont il n'est aucunement responsable. Mais d'un autre côté, la personne publique peut considérer que, contrat de partenariat ou pas, le titulaire, en sa qualité d'entrepreneur de travaux, a l'expérience des impondérables qui peuvent se présenter en phase travaux, et qu'il est dès lors envisageable et souhaitable que le titulaire porte, au moins en partie et dans la mesure où ce risque peut être évalué, les conséquences financières des événements considérés.

En tout état de cause, les exigences de bancabilité imposent que les surcoûts supportés par le titulaire soient plafonnés.

3. Les principaux points de discussion de cette clause portent sur le caractère automatique, ou seulement possible, du décalage du calendrier, sur l'existence et le contenu d'une liste des causes exonératoires, ainsi que le partage entre les parties des conséquences financières d'un imprévu (avec notamment la question de la distinction entre coûts directs et indirects) - et notamment sur l'obligation pour le titulaire de démontrer préalablement qu'il a mis en oeuvre l'ensemble des moyens lui permettant de faire face à l'aléa en cause.

(a) Le Titulaire procède à la réalisation des travaux relatifs aux Ouvrages dans le respect du Calendrier, inséré à l'Annexe [---].

Les Ouvrages doivent avoir été mis à la disposition de l'Université, dans les conditions prévues à l'Article 14 (Mise à disposition des ouvrages), au plus tard à la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages.

(b) Sauf lorsque le Contrat en dispose autrement, notamment au titre de l'Article 9, (Autorisations administratives nécessaires à la réalisation des travaux), de l'Article 4 (Recours contre le contrat de partenariat), ou de l'Article 10 (Risques liés aux terrains d'assiette), la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages est décalée par l'Université, le Titulaire entendu, en cas de retard dans l'exécution des travaux susceptible d'entraîner le report de la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages, pour une cause extérieure et hors du contrôle du Titulaire, à la condition que le Titulaire démontre à l'Université qu'il a mis en oeuvre l'ensemble des moyens qui étaient ou qui auraient dû rai-

sonnablement être à sa disposition pour diminuer l'impact de l'événement sur le Calendrier. Les conséquences financières des événements visés ci-dessus sont traitées comme suit :

(i) le Titulaire supporte les surcoûts directs (notamment : coûts d'investissement supplémentaires, coûts de remise en état) et indirects (notamment démobilisation des personnels, interruption du chantier, compensation des prestataires du Titulaire, coûts de financement y compris, l'Université entendue, les frais dûment justifiés de rupture anticipée ou de recalage des Instruments de couverture) liés à la survenance du ou des événements considérés, [dans le cadre du Plafond Construction], déduction faite des indemnités d'assurance versées, le cas échéant, au Titulaire, (ii) de l'augmentation des frais fixes de la société Titulaire, qui reste à la charge exclusive de cette dernière et, le cas échéant, (iii) de la soulte positive résultant de la rupture anticipée ou du recalage des Instruments de couverture ;

(ii) l'Université prend à sa charge, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les assurances souscrites par le Titulaire, ses prestataires ou Actionnaires, les surcoûts directs (notamment : coûts d'investissement supplémentaires, coûts de remise en état) et indirects (notamment démobilisation des personnels, interruption du chantier, compensation des prestataires du Titulaire, coûts de financement y compris, l'Université entendue, les frais dûment justifiés de rupture anticipée ou de recalage des Instruments de couverture) liés à la survenance du ou des événements considérés, au-delà du montant indiqué au (i) ci-dessus.

L'Université supporte ces surcoûts selon les modalités prévues à l'Article 35 (Modifications).

(c) Lorsque le retard est imputable à l'Université, la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages est décalée par l'Université, le Titulaire entendu, à la condition que le Titulaire démontre à l'Université qu'il a mis en œuvre l'ensemble des moyens qui étaient ou qui auraient dû raisonnablement être à sa disposition pour diminuer l'impact de l'événement sur le Calendrier. Dans cette hypothèse, l'Université prend à sa charge, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les assurances souscrites par le Titulaire, ses prestataires ou Actionnaires, les surcoûts liés à la survenance du ou des événements considérés.

En cas de désaccord entre les Parties sur les montants de surcoûts directs et indirects occasionnés par le ou les événement(s) considéré(s), le différend est tranché dans les conditions prévues à l'Article 42 (Droit applicable et résolution des litiges).

9. Autorisations administratives nécessaires à la réalisation des travaux

I. L'obtention des autorisations nécessaires à la réalisation des travaux est une obligation classique des maîtres d'ouvrage (permis de construire, autorisations au titre des ICPE, autorisations d'occupation domaniale, ...) - étant entendu que la personne publique devra quant à elle obtenir les autorisations nécessaires à l'exercice de ses propres activités (notamment au titre de l'utilisation de certains équipements). Sur ce point, et comme en période d'exploitation, il est important d'identifier l'ensemble des autorisations nécessaires, et que les responsabilités en cette matière soient clairement établies entre les parties, avec une délimitation nette des autorisations dont la responsabilité de l'obtention (et les risques y afférent) incombe au titulaire d'une part, à la personne publique d'autre part.

Dans un contrat de partenariat, c'est au titulaire qu'incombe cette tâche. Il s'agit d'un sujet usuellement sensible, dont l'ampleur et la nature peuvent nettement varier d'un projet à l'autre, et de nature à affecter la bancabilité d'un projet, dans la mesure où (i) l'obtention des autorisations administratives permet le démarrage des travaux, où (ii) les prêteurs ne mettent généralement les fonds à disposition du titulaire qu'une fois que les autorisations administratives sont définitives (i.e purgées de tous recours), et où (iii) le processus d'obtention des autorisations fait intervenir des acteurs sur lequel le titulaire n'a pas de moyen de contrôle, qu'il s'agisse de l'autorité de délivrance de l'autorisation¹⁰ ou, naturellement, des personnes susceptibles de former un recours contre une autorisation (riverains, associations, ...).

Sur ce dernier point, il peut être utile d'associer, aussi tôt que possible, les entités destinées à intervenir dans le processus de délivrance des autorisations (architecte des bâtiments de France, commission des sites, ...), au vu notamment des projets des candidats, pour tenter d'anticiper leur réaction et prévenir des difficultés ultérieures (en phase de mise au point du contrat de partenariat comme en phase d'exécution) - le tout en gardant toutefois à l'esprit que la responsabilité de l'obtention des autorisations administratives incombe au partenaire privé, en sa qualité de maître d'ouvrage de l'opération.

10. Ce dernier point est naturellement à relativiser lorsque l'autorité publique contractante est également l'autorité compétence pour délivrer une autorisation ; par exemple, lorsque le contrat de partenariat est conclu par une collectivité locale, également compétente pour délivrer le permis de construire.

2. Le contrat devra donc (i) confier au titulaire la responsabilité de l'obtention des autorisations administratives nécessaires à la réalisation des travaux, et (ii) organiser les conséquences d'un retard dans l'obtention, de la non obtention ou du retrait de l'une de ces autorisations.

A ce titre, le fait que le titulaire soit maître d'ouvrage et responsable de l'obtention des autorisations administratives (et singulièrement le permis de construire) lui confère un intérêt et des obligations particulières en cas de recours contre une autorisation : il est en effet logique que le titulaire puisse, en tant que de besoin, proposer des solutions alternatives en cas de recours contre une autorisation - par exemple en envisageant un permis de construire modificatif, permettant de résorber les difficultés soulevées par un recours, dans la mesure où elles seraient effectivement fondées.

Dans le même ordre d'idées, on distinguera les hypothèses selon que le recours, le retard ou le retrait résultent d'une cause imputable au Titulaire (auquel cas ce dernier est en situation de manquement à ses obligations contractuelles) ou non (l'événement échappant alors au contrôle des parties) - ce qui suppose que la personne publique soit en mesure de mobiliser les compétences nécessaires, dans des délais rapides, afin, en particulier, de procéder à l'analyse d'un recours contre une autorisation.

3. Il est logique de distinguer les cas de retard dans l'obtention d'une autorisation et les cas de recours contre les autorisations - dans la mesure où un recours juridictionnel contre une autorisation administrative peut n'aboutir qu'à l'issue d'une procédure contentieuse de plusieurs mois, voire années, période qu'on ne peut gérer comme un « simple » retard, de quelques jours ou semaines.

(a) Le Titulaire est seul responsable de l'accomplissement de toutes les démarches nécessaires en vue de permettre aux autorités compétentes de délivrer, dans des délais permettant le respect du Calendrier, et de maintenir en vigueur, pendant la durée du Contrat, les autorisations, licences ou permis nécessaires à la réalisation, la rénovation et à la mise à disposition des Ouvrages.

Sont notamment visés à ce titre l'ensemble des actes et autorisations requis au titre des règles d'urbanisme (en particulier le ou les autorisations de démolir et de construire), de la réglementation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ainsi que des règles relatives à la protection de la santé et aux conditions d'hygiène et de sécurité.

En cas de difficultés avérées du Titulaire, l'Université peut lui apporter, en tant que de besoin, son appui pour faciliter l'obtention de ces autorisations et le déroulement des démarches correspondantes. L'éventuelle intervention de l'Université à ce titre n'a pour effet, ni d'engager la responsabilité de l'Université, ni de dégager le Titulaire de la sienne quant à l'obtention des autorisations administratives.

(b) En cas de retard dans l'obtention des autorisations, licences ou permis, nécessaires à la réalisation, la rénovation ou à la mise à disposition des Ouvrages, pour une cause non imputable au Titulaire, le Calendrier peut, à la condition que le Titulaire démontre à l'Université qu'il a mis en oeuvre l'ensemble des moyens qui étaient ou qui auraient dû raisonnablement être à sa disposition pour diminuer l'impact de l'événement sur le Calendrier, être aménagé.

Le Titulaire prend à sa charge les coûts directs et indirects résultant du retard, dans la limite d'un montant de [à compléter] euros.

Au-delà de ce montant, l'Université prend à sa charge, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les assurances souscrites par le Titulaire, ses sous contractants ou Actionnaires, les coûts directs résultant du retard dans l'obtention desdites autorisations, licences ou permis (en particulier, en cas de dommage aux travaux et ouvrages en cours d'édification), selon les modalités prévues à l'Article 35 (Modifications). Elle prend également à sa charge, selon les mêmes modalités, les coûts indirects (notamment : démobilisation des personnels, interruption du chantier, compensation des prestataires du Titulaire, coûts de financement y compris, l'Université entendue, les frais dûment justifiés de rupture anticipée ou de recalage des Instruments de couverture).

Lorsque le retard est imputable à l'Université, le Calendrier est aménagé, le Titulaire entendu, à la condition que le Titulaire démontre à l'Université qu'il a mis en oeuvre l'ensemble des moyens qui étaient ou qui auraient dû raisonnablement être à sa disposition pour diminuer l'impact de l'événement sur le Calendrier. Dans cette hypothèse, l'Université prend à sa charge, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les assurances souscrites par le Titulaire, ses prestataires ou Actionnaires, les surcoûts liés à la survenance du ou des événements considérés, et ce selon les modalités prévues à l'Article 35 (Modifications).

En cas de désaccord entre les Parties sur les montants de coûts directs et indirects occasionnés par l'événement considéré, le différend est tranché par un expert dans les conditions prévues à l'Article 42 (Droit applicable et résolution des litiges).

S'il apparaît que, du fait du retard dans l'obtention des autorisations, licences ou permis, nécessaires à la réalisation, la rénovation ou à la mise à disposition des Ouvrages, la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages sera nécessairement reportée de plus de douze (12) mois (ou si le retard dans la réalisation des travaux a vocation à se prolonger plus de douze (12) mois), la résiliation du Contrat peut être prononcée par l'Université. Dans cette hypothèse, les conséquences financières de la résiliation sont réglées conformément aux dispositions de l'Article 37 (Force majeure) ou de l'Article 39 (Déchéance), selon que le retard est imputable ou non au Titulaire.

(c) Dans l'hypothèse où l'une des autorisations, licences ou permis nécessaires à l'exécution par le Titulaire de ses obligations au titre du Contrat, fait l'objet d'un recours, quelle qu'en soit la nature, ou d'un retrait, le Titulaire en informe sans délai l'Université, et lui communique l'ensemble des pièces du recours se prononçant sur la recevabilité du recours et la pertinence de ses arguments ou, le cas échéant, les motifs ayant motivé le retrait.

Les Parties se rencontrent dans un délai de cinq (5) jours à compter de la réception par l'Université des documents visés ci-dessus, afin d'évaluer la pertinence du recours ou du retrait, et ses conséquences sur l'obtention de l'autorisation, licence ou permis concerné. A l'issue de cet examen, les Parties décident, au plus tard dix (10) jours suivant leur réunion, soit de poursuivre l'exécution du Contrat notwithstanding le recours ou le retrait, soit d'ouvrir une période de suspension de l'exécution du Contrat en ce qu'il concerne les prestations et travaux objets de l'autorisation ayant fait l'objet d'un recours ou d'un retrait (ci-après la «Période de suspension»).

La Période de suspension prend fin :

- à l'expiration d'un délai de cinq (5) jours à compter de l'intervention de la décision du juge des référés portant sur l'autorisation, licence ou permis, en cas de référé ;
- dans les autres hypothèses, à l'expiration d'un délai de quarante-cinq (45) jours calendaires à compter de l'ouverture de la Période de suspension.

La Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages est décalée d'une durée correspondant à la Période de suspension, le Titulaire supportant, dans la limite de [à compléter] euros¹¹, les coûts directs et indirects liés au report du Calendrier durant la Période de suspension.

(d) Durant la Période de suspension, les Parties se rencontrent pour examiner les suites à donner au recours ou au retrait, et, le cas échéant, les éventuelles solutions alternatives pouvant être entreprises, sous la responsabilité du seul Titulaire en sa qualité de maître d'ouvrage, pour permettre la poursuite du Projet dans des conditions satisfaisantes pour l'Université.

(e) Si l'Université décide de la poursuite de l'exécution du Contrat, y compris le cas échéant, au terme de la Période de suspension (et éventuellement dans le cadre de la mise en œuvre d'une solution alternative permettant d'assurer la régularisation du Projet

11. Ou le cas échéant, lorsqu'un tel mécanisme de mutualisation des risques de construction est prévu au Contrat, dans le cadre du «Plafond Construction».

notamment le dépôt d'une nouvelle demande de permis de démolir ou de construire, ou d'une demande de permis modificatif), le Titulaire est tenu de poursuivre la réalisation du Projet, dans les conditions définies ci-après :

(i) dans l'hypothèse où la poursuite du Projet est ordonnée par l'Université dans le cadre d'une solution alternative de régularisation impliquant des délais complémentaires de mise en œuvre du Projet et après avoir constaté que le recours ou le retrait est fondé sur une cause non imputable au Titulaire, la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages est reportée d'une durée équivalente à la Période de suspension (augmentée le cas échéant dans la mesure strictement nécessaire pour tenir compte des conséquences de la solution alternative retenue) et les conséquences financières de ce report et / ou de l'existence du recours ou du retrait sont supportées par l'Université ;

(ii) dans l'hypothèse où, postérieurement à la notification par l'Université de sa décision de poursuivre le Projet, l'autorisation, la licence ou le permis faisant l'objet du recours, venait à être annulé par le juge administratif ou le retrait confirmé :

- (1) en cas d'annulation de l'autorisation, de la licence ou du permis, ou de confirmation du retrait, pour une cause exclusivement imputable au Titulaire, ce dernier est tenu d'accomplir, à ses frais, toutes nouvelles démarches permettant d'obtenir la ou les autorisations, licences et permis annulé(s) et supporte l'ensemble des conséquences financières liés au retard dans le Calendrier ;
- (2) en cas d'annulation de l'autorisation, de la licence ou du permis, ou de confirmation du retrait, pour une cause non imputable au Titulaire, les Parties se rencontrent pour examiner les suites à donner au Projet. Dans cette hypothèse, la Date contractuelle de mise à disposition des ouvrages est reportée d'une durée équivalente à la Période de suspension (augmentée le cas échéant dans la mesure strictement nécessaire pour tenir compte des conséquences de la solution alternative retenue) et les conséquences financières de ce report et / ou de l'existence du recours ou du retrait sont supportées par l'Université.

Si l'Université décide, à l'issue de la Période de suspension, de renoncer à la poursuite du Projet, les conséquences financières de la résiliation du Contrat sont réglées conformément aux dispositions de l'Article 37 (Force majeure) ou de l'Article 39 (Déchéance), selon que le recours est fondé sur une cause imputable ou non au Titulaire.

I 0. Risques liés aux terrains d'assiette

1. Pour des contrats de partenariat portant sur des projets immobiliers, le sujet de l'état du terrain d'assiette est naturellement très sensible. Il convient donc de porter une attention toute particulière au traitement des risques liés au sol. Pour cette raison, le régime de ces risques est généralement dérogatoire par rapport au régime général des risques liés à la période de conception - construction, traités dans le cadre de l'Article «calendrier» (Article 8).

Il convient également de préciser que les dispositifs liés à la force majeure (Article 37) font l'objet d'un traitement isolé, qui s'appliquera à la place du dispositif du présent Article si la force majeure est caractérisée.

2. Les risques liés au(x) terrain(s) d'assiette peuvent être très divers (géologique, pyrotechnique, archéologique, pollution, inondation, géotechnique, réseaux enterrés ...) ; leur appréhension par les candidats à l'attribution du contrat dépendra des études réalisées au préalable par la personne publique, et communiquées aux candidats.

Etant donné la diversité de ces risques, la variété de la probabilité de leur occurrence et la diversité de leurs conséquences (en nature et en montant), le régime de chacun de ces risques peut, en fonction des projets, être distingué. Il est également possible de traiter des aléas climatiques dans cet Article. Un des points importants à cet égard est la nécessité, pour les établissements porteurs de projets, de disposer (le cas échéant en les faisant réaliser) d'études de sols aussi approfondies que possible, de manière à ce que les candidats puissent calibrer ce risque aussi précisément que possible.

Signalons enfin la possibilité d'introduire un mécanisme permettant de «mutualiser» plusieurs des risques liés à la phase de conception - construction : il s'agit de prévoir contractuellement un montant maximal sur lequel viennent s'imputer les conséquences financières de tout ou partie des risques liés à la phase de conception - construction, que ces risques soient identifiés (surcoûts liés à des découvertes archéologiques, à la qualité des terrains, ...) ou non dans le contrat de partenariat. Un tel mécanisme se substitue aux plafonds qui peuvent être prévus pour chacun des risques en phase de conception - construction.

Concrètement, au lieu de prévoir que le titulaire supporte le risque archéologique dans la limite de X euros, le risque lié au terrain dans la limite de Y euros, et tel ou tel autre risque dans la limite de Z euros, le contrat prévoira que le titulaire supporte le risque archéologique «dans le cadre du plafond construction», et qu'il supportera également le

risque lié au terrain et tel ou tel autre risque, ou les conséquences de tout événement non prévisible (hors situation d'imprévision) «dans le cadre du plafond construction». La mise en place d'un plafond global de surcoûts pris en charge par le titulaire au titre de ces risques permet ainsi de diminuer les provisions prises par le titulaire pour couvrir ces risques (et donc le coût du projet), dans la mesure où il est peu probable que tous les risques concernés se réalisent sur le même projet.

(a) Le Titulaire supporte seul, sauf force majeure ou imprévision, les conséquences financières de la survenance de tout risque relatif à l'Emprise, notamment les aléas climatiques.

(b) Toutefois, et par dérogation au (a) ci-dessus, le Titulaire supporte les risques climatiques (notamment le risque d'inondation), archéologiques et environnementaux dans la mesure et selon les modalités ci-après :

(b-1) en ce qui concerne les risques environnementaux et archéologiques :

- le Calendrier est réputé inclure un délai pour traitement de ces risques de trois (3) mois et le Calendrier ne saurait être modifié dès lors qu'un retard dû à la survenance d'un ou plusieurs risques environnementaux ou archéologiques a un impact sur le Calendrier inférieur à trois (3) mois ;
- le Titulaire est réputé avoir inclus dans ses coûts prévisionnels les montants nécessaires pour lui permettre de faire face à ces risques pendant un délai de trois (3) mois ;

(b-2) en ce qui concerne le seul risque climatique, pour autant qu'il se réalise avant la date à laquelle les Ouvrages sont clos et couverts :

- le Calendrier est réputé inclure un délai pour traitement de ce risque de quarante (40) jours et le Calendrier ne saurait être modifié dès lors qu'un retard dû à la survenance d'un risque climatique a un impact sur le Calendrier inférieur à quarante (40) jours ;
- le Titulaire est réputé avoir inclus dans ses coûts prévisionnels les montants nécessaires pour lui permettre de faire face à ce risque pendant un délai de quarante (40) jours.

A partir de la date à laquelle les Ouvrages sont clos et couverts, le Titulaire supporte le risque climatique selon les modalités prévues au paragraphe (a) ci-dessus.

Il est entendu entre les Parties qu'au sens du présent Article, le risque climatique s'entend d'une ou

plusieurs journées d'intempéries constatées par référence aux relevés météorologiques établis par la station Météo France de [----] et transmis par la Fédération Française du Bâtiment.

(b-3) Dans l'hypothèse où, à la suite de la survenance de l'un ou de plusieurs des risques visés aux points (b-1) ou (b-2) ci-dessus, il apparaît que la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages sera nécessairement décalée de plus de trois (3) mois :

- la Date Contractuelle de mise à disposition est reportée par l'Université dans la mesure strictement nécessaire pour faire face aux conséquences de l'événement, à la condition que, d'une part, le Titulaire se trouve dans une situation où la modification du Calendrier est, en application des points (b-1) et (b-2) ci-dessus, envisageable et que, d'autre part, le Titulaire démontre qu'il a mis en œuvre tous les moyens qui étaient ou qui auraient dû raisonnablement être à sa disposition pour faire face aux conséquences de l'événement en cause et en particulier pour en diminuer l'impact sur le Calendrier ;
- la prise en charge des surcoûts résultant du ou des événements en cause intervient selon les modalités suivantes :
- le Titulaire supporte les surcoûts directs et indirects liés à la survenance du ou des événements considérés, dans une limite globale de [à compléter par les candidats] Euros courants, déduction faite (i) des indemnités d'assurance versées, le cas échéant, au Titulaire et de (ii) l'augmentation des frais fixes du Titulaire, qui reste à la charge du Titulaire ;
- l'Université supporte, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les assurances souscrites par le Titulaire, ses Actionnaires ou prestataires, les surcoûts directs et indirects liés à la survenance du ou des événements considérés, au-delà du montant visé ci-dessus ; l'Université supporte ces surcoûts selon les modalités prévues à l'[Article 35](#) (Modifications) ;
- si le retard est tel qu'il entraîne, ou à vocation à entraîner nécessairement un retard de [à compléter par les candidats] mois par rapport à la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages, le Contrat peut être résilié à la demande de l'une ou l'autre des Parties. Dans cette hypothèse, le Titulaire est indemnisé selon les modalités prévues à l'[Article 37](#) (Force majeure).

II. Conception

I. Cet Article a pour objet de préciser les conditions dans lesquelles le titulaire est chargé des tâches de conception. Outre la prise en charge de cette mission par le partenaire privé, cet Article précise également les modalités selon lesquelles la personne publique peut être amenée à formuler des observations sur les documents de conception élaborés sous la responsabilité du titulaire.

2. Il s'agit d'une problématique sensible, aux conséquences pratiques réelles, et qu'il est bon de chercher à anticiper au cours de l'élaboration du programme fonctionnel

- notamment par les échanges avec les futurs utilisateurs.
- Le titulaire est chargé de réaliser les travaux, et d'élaborer les documents de conception nécessaires à cette fin, dans le respect du programme fonctionnel des besoins - figurant en annexe du contrat de partenariat. Pour autant, le programme peut être plus ou moins prescriptif, l'idée du contrat de partenariat étant que le titulaire s'engage sur la satisfaction d'un besoin, les moyens permettant d'atteindre ces objectifs étant laissés à l'appréciation des candidats / du titulaire, dans une mesure variable.

De sorte que les parties peuvent se trouver dans une situation où le programme fonctionnel est respecté par le titulaire, mais où les choix opérés par ce dernier ne conviennent pas à la personne publique, utilisatrice des ouvrages. Signalons également que le programme fonctionnel pourra devoir évoluer au vu de l'offre finale retenue, afin de refléter le contenu de cette offre, pour les hypothèses où l'offre serait plus aboutie ou plus détaillée que le programme - ceci afin d'éviter au maximum les contradictions entre programme de la personne publique et solution du candidat retenu.

Naturellement, les évolutions du programme au cours du dialogue, qui peuvent s'avérer d'autant plus nécessaires que le programme initial est peu précis, ne pourront intervenir que dans le respect des caractéristiques du projet telles que présentées dans l'avis d'appel public à la concurrence, et ne devront en tout état de cause être ni substantielles, ni discriminatoires entre les candidats. De telles évolutions pourront également permettre de détailler les attentes de la personne publique et, ce faisant, de permettre aux candidats de présenter des propositions ou offres qui soient en meilleure adéquation avec les besoins de la personne publique.

3. En pratique, la situation peut s'avérer délicate, qui met en présence des intérêts légitimes : d'un côté, le titulaire s'est engagé à satisfaire le programme fonctionnel ; à cet effet, il a procédé à des choix, sur la base desquels il et a formulé son offre finale, y compris, en particulier, ses hypothèses de coût. L'éventuelle remise en cause de ces choix par la personne publique, source de surcoûts et éventuellement d'une désorganisation du chantier, peut donc assez facilement apparaître comme illégitime.

Mais d'un autre côté, il n'est pas choquant que la personne publique n'ait pas établi un programme fonctionnel trop prescriptif et qu'elle puisse, au cours des travaux, émettre un avis sur les choix opérés par le titulaire, et ce sur la conformité au programme mais également, de manière plus fine, sur l'adéquation des solutions aux besoins des utilisateurs. Rappelons à ce titre que, au cours du dialogue compétitif, la personne publique fait évoluer le programme fonctionnel, et ce jusqu'à la signature du contrat de partenariat, afin de rendre «opposables» aux candidats les éventuelles évolutions des besoins formulées au cours des discussions menées au cours du dialogue.

La coexistence de ces intérêts paraît nécessiter un compromis, qui résultera de la prise en compte, au cas par cas mais également d'un point de vue d'ensemble, de la prise en compte de plusieurs facteurs : les surcoûts éventuels des ajustements impliqués par les observations formulées par la personne, les conséquences de ces ajustements sur le calendrier de réalisation de l'opération, le niveau de détail et de prescription du programme fonctionnel, la complexité des sujets en cause...

Précisons enfin que, pour certains aspects d'un projet (ou parties de bâtiments, par exemple), le travail de conception doit en réalité être pris en charge et réalisé par la personne publique, le titulaire du contrat de partenariat n'ayant alors aucune marge de manœuvre en termes de conception - ceci peut notamment être le cas pour des équipements très spécifiques (ex : un laboratoire d'animalerie).

4. C'est au sein de cet Article, dans sa partie relative aux modalités d'élaboration des documents de conception, qu'un équilibre entre ces intérêts devra être recherché.

(a) Le Titulaire est responsable de l'ensemble des tâches de conception relatives aux Ouvrages, conformément aux stipulations du Contrat, notamment aux prescriptions techniques figurant à l'Annexe [Programme fonctionnel] ainsi que, de manière générale, en conformité avec la réglementation en vigueur et conformément aux règles de l'art.

Le Titulaire s'engage en particulier à ce que la restructuration, la rénovation et la réalisation des Ouvrages soient réalisées conformément au Programme fonctionnel, étant entendu qu'en cas de contradiction entre les solutions détaillées à l'Annexe [Solution technique du Titulaire] et le Programme fonctionnel, ce dernier prévaut, le Titulaire étant seul responsable de la mise en conformité, et ce à ses frais exclusifs.

En qualité de maître d'ouvrage, le Titulaire ne saurait se prévaloir du caractère éventuellement erroné ou incomplet des documents, études et schémas de toute nature, relatifs notamment aux caractéristiques des Ouvrages qui lui ont été remis par l'Université.

(b) Dans les délais prévus au Calendrier, le Titulaire communique à l'Université, pour information et pour chacun des Ouvrages, un projet d'exécution, dont les objectifs, le niveau de détail et le contenu sont fixés en Annexe [---].

Pendant une période d'un (1) mois à compter de la réception du projet d'exécution, l'Université peut présenter des observations au Titulaire. A défaut d'observations expresses de l'Université dans ce délai, cette dernière est réputée ne pas avoir d'observation à formuler sur le projet d'exécution.

Le Titulaire tient compte des observations formulées par l'Université dans un délai de quinze (15) jours à compter de leur réception, et transmet le projet modifié à l'Université dans ce délai. En cas de difficulté ou de contestation, ce délai peut être porté à un (1) mois.

Les observations formulées par l'Université, ou le cas échéant l'absence d'observation, n'ont pour effet ni d'engager la responsabilité de l'Université, ni de dégager le Titulaire de sa responsabilité concernant la conformité des Ouvrages aux prescriptions du Contrat.

(c) Le Titulaire communique à l'Université, dans un délai compatible avec le respect du Calendrier par le Titulaire, les projets de dossier de demande de permis de construire.

Pendant une période d'un (1) mois à compter de la réception de chacun de ces documents, l'Université peut présenter des observations au Titulaire. A défaut d'observations expresses de l'Université dans ce délai, cette dernière est réputée ne pas avoir d'observation à formuler sur lesdits documents.

Le Titulaire tient compte des observations formulées par l'Université dans un délai de quinze (15) jours à compter de leur réception, et transmet le projet modifié à l'Université dans ce délai. En cas de difficulté ou de contestation, ce délai peut être porté à un (1) mois.

Les observations formulées par l'Université, ou le cas échéant l'absence d'observation, n'ont pour effet ni d'engager la responsabilité de l'Université, ni de dégager le Titulaire de sa responsabilité concernant la conformité des Ouvrages aux prescriptions du Contrat.

12. Déroulement des travaux

1. En tant que maître d'ouvrage, le titulaire du contrat de partenariat est responsable de l'organisation des travaux et assume (sauf prescriptions contraires du contrat) l'ensemble des risques et responsabilités liés aux travaux - notamment le risque de retard, lorsque celui-ci lui est imputable, ce qui se traduit par l'application de pénalités de retard - voir [Article 15](#) ci-après (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux).
2. Pour autant, il est important pour la personne publique de s'assurer que le titulaire adopte les mesures permettant le respect du calendrier.
3. Ce sont ces éléments relativement généraux que cet Article permettra de regrouper, en les complétant éventuellement de points plus spécifiques, liés à tel ou tel particularisme de tout ou partie des ouvrages. On peut par exemple imaginer qu'une attention particulière soit portée à des zones des ouvrages nécessitant la mise en place d'équipements spécifiques (laboratoires, zones à accès protégé, ...)

13. Contrôle de la réalisation des travaux

1. Il s'agit, ici également, d'assurer un équilibre entre le fait que le titulaire du contrat de partenariat est bien le maître d'ouvrage, et la nécessité pour la personne publique de contrôler l'avancement et la conformité des travaux aux exigences contractuelles.
2. A cet effet, le contrat devra détailler la nature des informations et comptes rendus que le titulaire devra adresser à la personne publique, le rythme de transmission de ces éléments, le rythme des réunions de suivi du chantier qui devront être organisées par le titulaire, les modalités selon lesquelles la personne publique dispose d'un droit d'accès au chantier, ainsi que les pouvoirs de la personne publique face aux informations dont elle dispose en application du présent Article (formulation d'observations).
3. Surtout, comme en ce qui concerne la conception, il est important que cet Article précise que le pouvoir de contrôle de la personne publique n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de déresponsabiliser le titulaire et, corrélativement, de faire naître une quelconque responsabilité chez la personne publique.
4. Au total, il s'agit de clauses relativement standards, mais qui peuvent être complétées en fonction des spécificités de chaque projet, de la nature des activités et travaux pris en charge par le titulaire (exigences particulières de sécurité, de confidentialité, réalisation de travaux alors qu'une partie des ouvrages est en fonctionnement et reçoit des étudiants, par exemple).

I4. Mise à disposition des ouvrages

1. Cet Article est sensible et relativement complexe : il s'agit en effet d'organiser le processus d'acceptation, par la personne publique, de la mise à disposition des ouvrages objet du contrat de partenariat. C'est cette mise à disposition qui déclenche le versement de la rémunération du titulaire, et qui permet l'acceptation «irrévocable» de la cession de créance au profit des établissements financiers prêteurs - en ce sens, la décision d'acceptation du / des ouvrage(s) par la personne publique doit être suffisamment identifiée, sachant que les acteurs privés demandent souvent que cette décision d'acceptation mentionne explicitement que les ouvrages ont été réalisés conformément au contrat de partenariat, conformément aux dispositions des Articles L. 313-29-1 et L. 313-29-2 du Code monétaire et financier.

D'un point de vue opérationnel, les opérations de mise à disposition doivent également tenir compte du fait que certains équipements, non fournis par le partenaire privé, devront néanmoins être installés ou déménagés par ce dernier (ouvrages, équipements de laboratoire, engins de mesure ou d'examen, IRM, ...) ou par la personne publique (ou un de ses cocontractants). Ceci pose une question d'interface, en termes de calendrier (y compris concernant le déroulement des travaux dans les cas où des aménagements spécifiques sont nécessaires, ainsi que les délais maximaux dans lesquels les spécifications techniques de ces équipements doivent être connues du titulaire et définitivement arrêtées), mais également d'organisation et de partage des responsabilités - et ce à un moment où l'(ou les) ouvrage(s) est (sont) neuf(s), et donc au maximum de sa (leur) valeur.

Le contrat (et en particulier le programme fonctionnel ainsi que, le cas échéant, le détail des prestations) devra donc clairement identifier les missions du titulaire du contrat de partenariat au titre de l'installation ou du déménagement des équipements en cause.

2. C'est au moment de la mise à disposition que la personne publique devra s'assurer que les ouvrages sont conformes à ses attentes : cet examen conduira à la constatation de défauts mineurs ou majeurs, notions dont la définition sera donc essentielle, sachant que la constatation de certains défauts fera obstacle à l'acceptation des ouvrages par la personne publique. Ces opérations de vérification et de mise à disposition sont distinctes des opérations de réception, que le titulaire réalise avec l'entreprise en charge des travaux. Ces deux séries d'opérations (mise à disposition et réception) peuvent néanmoins être concomitantes. Il est possible de prévoir qu'un expert tiers, souvent appelé «organisme technique», procède aux vérifications préalables à la mise à disposition : ceci permet de disposer de l'expertise de spécialistes, et d'objectiver le processus de mise à disposition (et ainsi de rassurer le titulaire et ses prêteurs).

3. Au total, les mécanismes de mise à disposition sont à présent relativement balisés sur le plan juridique, l'essentiel étant que le système figurant dans le contrat de partenariat fonctionne correctement et réponde aux attentes particulières de la personne publique. Il pourra utilement être détaillé en annexe du contrat de partenariat.

(a) Le Titulaire, en sa qualité de maître d'ouvrage, procède en son nom et sous sa seule et entière responsabilité à la réception des travaux avec ses entrepreneurs de travaux, et ce avant la Date d'achèvement des travaux.

L'Université est autorisée à assister à ces opérations de réception et elle est destinataire, pour information, des procès-verbaux établis à l'occasion desdites opérations.

Le Titulaire est seul responsable, vis-à-vis de l'Université, de la levée des éventuelles réserves formulées à l'encontre des entrepreneurs, en vue de la mise à disposition des Ouvrages.

L'Université est autorisée à procéder, selon les modalités prévues à l'Annexe [Opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrages], à l'installation d'équipements dans tout ou partie des Ouvrages.

(b) Lorsque le Titulaire estime que les Ouvrages sont en état d'être mis à la disposition de l'Université, il informe l'Université, par lettre recommandée avec accusé de réception, de la possibilité de procéder aux opérations préalables à la mise à disposition, et ce au plus tard deux (2) mois avant la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages, et avec un préavis de [à compléter par les candidats] jours avant le début prévu des opérations.

En vue de procéder aux opérations de vérification et de contrôle visées au présent Article, les Parties désignent un organisme technique indépendant agréé, selon les modalités prévues au paragraphe (d) ci-après.

Les modalités de déroulement et le niveau de détail des opérations préalables à la mise à disposition sont définis à l'Annexe [Opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrages], étant précisé que l'Université participe aux opérations de vérification objet du présent Article (b).

Dans le respect des prescriptions visées à l'Annexe [Opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrages], l'organisme technique visé ci-dessus organise les opérations préalables à la mise à disposition et convoque les Parties en vue des dites opérations.

L'organisme technique dresse un procès verbal de déroulement des opérations préalables à la mise à disposition, signé par le Titulaire, ainsi qu'un compte-rendu des dites opérations.

L'organisme technique transmet à l'Université le procès verbal et le compte-rendu des opérations préalables à la mise à disposition, dès signature de ces documents par le Titulaire, et au plus tard [à compléter par les candidats] jours à compter du début des opérations de vérification.

Le compte-rendu des opérations préalables à la mise à disposition :

- certifie les résultats positifs des opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrages ou ;
- mentionne qu'un ou des Défauts mineurs ou qu'un ou des Défaut(s) partiel(s) est/sont apparu(s) au cours des opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrage(s). Dans ce cas, le procès-verbal précise la nature des travaux, corrections et améliorations restant à effectuer par le Titulaire, ainsi que le délai de leur réalisation ; l'Université peut appliquer une pénalité dans les conditions prévues à l'Article 15 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux) et, en tant que de besoin, exécuter ou faire exécuter ces travaux aux frais et risques du Titulaire dans les conditions prévues à l'Article 15 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux). A l'issue des travaux, les Parties procèdent à la levée des réserves par l'établissement contradictoire d'un procès-verbal de levée des réserves ;
- ou mentionne qu'un ou des Défauts majeurs est/sont apparu(s) au cours des opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrage(s), impliquant de procéder à des travaux complémentaires et de renouveler les opérations quant à ces aspects, avant toute possibilité de mise à disposition des Ouvrages ; dans ce cas, le procès-verbal précise la nature des travaux, corrections et améliorations restant à effectuer par le Titulaire, ainsi que le délai de leur réalisation ;
- est accompagné d'une proposition au terme de laquelle l'Université peut soit accepter la mise à disposition des Ouvrages sans réserve, soit accepter la mise à disposition des Ouvrages avec réserves, soit refuser la mise à disposition des Ouvrages.

(c) Au vu de la proposition de l'organisme technique visée ci-dessus, l'Université notifie au Titulaire, au plus tard à l'expiration d'un délai de [à compléter par les candidats] jours à compter de la réception par l'Université de la proposition de l'organisme technique, sa décision d'accepter ou non la mise à disposition, cette décision étant le cas échéant assortie de réserves.

En cas de Défaut(s) mineurs ou de Défaut(s) partiel(s), la notification précise le délai imparti au Titulaire pour procéder aux corrections nécessaires, étant rappelé que la non-réalisation desdits travaux dans le délai imparti peut donner lieu à l'application de pénalité dans les conditions prévues à l'Article 15 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux).

Les réserves dont est assortie, le cas échéant, la décision d'acceptation des Ouvrages par l'Université, doivent être levées par le Titulaire dans le délai fixé par la notification, ce délai ne pouvant excéder [à compléter par les candidats] mois à compter de la date à laquelle l'Ouvrage devait, en application de l'Article 8 (Calendrier), être mis à la disposition de l'Université ; la levée des réserves est constatée par l'établissement contradictoire d'un procès-verbal de levée des réserves.

En cas de Défaut(s) majeur(s), le Titulaire réalise les travaux, corrections et améliorations nécessaires et sollicite de nouvelles opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrages selon les modalités définies au présent Article, étant rappelé que l'Université peut appliquer les pénalités prévues à l'Article 15 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux).

(d) En vue de procéder aux opérations de vérification et de contrôle visées au présent Article 14 (Mise à disposition des ouvrages), les Parties désignent conjointement un organisme technique indépendant agréé, et ce au plus tard cinq (5) mois avant la Date contractuelle de mise à disposition des ouvrages.

L'organisme technique est rémunéré par le Titulaire et intervient sur la base d'un contrat conclu avec ce dernier, le projet de contrat devant préalablement être approuvé par l'Université, qui s'assure notamment à cette occasion de la mise en place de mécanismes permettant de garantir la probité et l'indépendance de l'organisme en charge des opérations de vérification.

15. Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux

1. Classiquement, ces mesures comprennent les pénalités imposées au titulaire au titre de la réalisation des travaux, ainsi que la mise en régie.

2. Les pénalités sont principalement (i) les pénalités de retard dans l'achèvement des travaux, (ii) les pénalités en cas de retard dans la levée des réserves / correction des défauts constatés au cours des opérations préalables à la mise à disposition des ouvrages, et (iii) les pénalités en cas de manquement du titulaire à ses obligations de transmission de documents à la personne publique au cours des travaux.

Comme indiqué précédemment, le dimensionnement des pénalités doit tenir compte de l'existence d'une période d'exploitation fixe ou non (sachant que si la durée d'exploitation n'est pas fixe, le titulaire peut être sanctionné, en cas de retard, par l'absence de perception de rémunération pendant la période de retard). De plus, dans le secteur universitaire, l'effet de seuil créé par les rentrées universitaires doit logiquement conduire à ce que les pénalités pour retard dans la mise à disposition des ouvrages soient augmentées lorsque le retard conduit à une livraison post rentrée universitaire.

3. La mise en régie constitue une mesure classique dans son principe, mais rarement mise en œuvre : il s'agit pour la personne publique de remplacer l'entreprise chargée par le titulaire de la réalisation des travaux par une autre entreprise, et ce aux frais et risques du titulaire. Sur ce sujet, les points de vigilance concernent surtout les cas de déclenchement de la mise en régie, la question de l'application ou non de pénalités pendant cette période, l'encadrement de la durée de la mise en régie, le plafonnement des coûts de mise en régie supportés par le titulaire, ainsi que le traitement de la situation dans laquelle, au terme de la mise en régie, le titulaire n'est pas en mesure de reprendre l'exécution normale de ses obligations (déchéance automatique ou non).

15.1 Pénalités

(a) En cas de retard dans la mise à disposition des Ouvrages, impliquant le non-respect de la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages, ce retard étant imputable au Titulaire ou à la surveillance d'un risque assumé par ce dernier au titre du Contrat, l'Université impose au Titulaire, sans mise en demeure, une pénalité libératoire d'un montant égal à :

- [montant correspondant à trois dix millièmes du montant des Ouvrages] Euros par jour de retard jusqu'au trentième jour de retard,
- [montant correspondant à cinq dix millièmes du montant des Ouvrages] Euros par jour de retard à compter du trente et unième jour de retard.

(b) En cas de Défaut(s) mineur(s) ou de Défaut(s) partiel(s) constatés au cours des opérations préalables à la mise à disposition des Ouvrages, le montant de la pénalité qui peut être appliquée par l'Université est déterminé en fonction de la gravité de chaque Défaut mineur ou Défaut partiel, étant entendu qu'en cas de retard dans la mise en œuvre des mesures de correction des Défauts mineurs ou des Défauts partiels, l'Université peut imposer, sans mise en demeure, une pénalité libératoire dont le montant est déterminé selon les modalités détaillées en Annexe [---].

(c) Dans le cas où les surfaces construites par le Titulaire seraient inférieures de plus de deux pour cent (2 %) aux surfaces décrites en Annexe [---], la Redevance immobilière est réduite à due proportion au-delà des deux pour cent (2 %). La réduction de la Redevance immobilière est déterminée selon les modalités détaillées à l'Annexe [---].

(d) En cas de manquement du Titulaire aux obligations, notamment relatives aux travaux, mises à sa charge par le Contrat en matière de transmission de documents et informations, ou en cas de transmission d'informations incomplètes, l'Université, en période de conception et de réalisation, impose au Titulaire, après mise en demeure restée infructueuse dans le délai fixé par ladite mise en demeure, une pénalité d'un montant égal à cinq cents (500) Euros courants, par jour calendaire de retard et par document ou information manquants.

(e) Le montant des pénalités pouvant être appliquées par l'Université en application du présent Article 15 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux) est plafonné à [montant à compléter par les candidats, par un montant correspondant à 10 % des Coûts d'investissement] Euros courants.

15.2 Mise en régie

(a) Sans préjudice des autres droits de l'Université au titre du Contrat, en cas de manquement particulièrement grave du Titulaire à tout ou partie de ses obligations au titre des travaux, l'Université peut décider, après mise en demeure du Titulaire de se conformer à ses obligations, restée infructueuse dans un délai fixé par ladite mise en demeure et adapté à la nature et à l'étendue tant du manquement que des mesures de correction rendues nécessaires, de se substituer au Titulaire pour exécuter ou faire exécuter les prestations concernées par un tiers, aux frais et risques du Titulaire (dans la limite toutefois d'un montant maximal de [---] euros). Le cas échéant, l'Université peut faire appel à la garantie visée à l'Article 25 (Garanties).

L'université peut notamment procéder à une telle substitution si le retard constaté sur la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages, pour un motif imputable au Titulaire ou à la survenance d'un risque assumé par ce dernier, dépasse [à compléter par les candidats] jours, ou s'il apparaît, en particulier au regard des retards constatés par rapport au Calendrier, que le Titulaire ne sera raisonnablement pas en mesure de respecter la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages augmentée de [à compléter par les candidats] jours.

Le Titulaire met tous les moyens en sa possession à la disposition de l'Université afin de permettre et de faciliter cette substitution. L'Université met fin à cette substitution dans les meilleurs délais dès lors que le Titulaire justifie des garanties et moyens nécessaires pour reprendre l'exécution de ses obligations conformément aux stipulations du Contrat, et que l'ensemble des conséquences de la substitution, notamment vis-à-vis des tiers, a été réglé.

Faute pour le Titulaire d'avoir apporté ces justifications à l'expiration d'un délai de [à compléter par les candidats] mois à compter de la réception de la mise en demeure visée ci-avant, l'université peut prononcer la déchéance du Titulaire dans les conditions prévues à l'Article 39 (Déchéance).

(b) L'application des pénalités prévues à l'Article 15 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux) est suspendue pendant la période de substitution, en tant que ces pénalités concernent des prestations objet d'une mesure de substitution prononcée en application du présent Article 16 (Prestations d'exploitation, d'entretien et de renouvellement).

4. EXPLOITATION, MAINTENANCE ET SERVICES

16. Prestations d'exploitation, d'entretien et de renouvellement

1. Cet Article précise les conditions dans lesquelles le titulaire est chargé des prestations d'exploitation, d'entretien et de renouvellement (y compris le gros entretien). Il s'agit donc des prestations incombant au titulaire après l'achèvement des travaux, en phase d'exploitation.

Le détail de chacune de ces catégories de prestations en cause figure en annexe du contrat de partenariat. Par exemple, les conditions dans lesquelles le titulaire assure la formation des équipes de la personne publique seront détaillées en annexe du contrat (objet de la formation, personnels visés, prestations mises en œuvre, ...).

Il est néanmoins important de faire figurer dans le corps du contrat les dates à partir desquelles le titulaire prend en charge les prestations, ce qui peut être particulièrement nécessaire en cas de travaux «phasés», ou lorsque des prestations de maintenance sont nécessaires avant l'achèvement complet des travaux (pour certains bâtiments ou parties de bâtiments).

2. Cet Article permettra en outre de traiter le sujet de l'état des ouvrages et bâtiments au terme du contrat de partenariat, ainsi que les mécanismes contractuels permettant à la personne publique de disposer d'engagements précis du titulaire à cet égard.

3. Le principe est que le titulaire prend en charge l'intégralité des surcoûts liés à l'exploitation et à l'entretien des ouvrages et fasse son affaire de leur usure, normale ou anormale (et ce sauf événement de force majeure ou situation d'imprévision). Il est cependant possible de prévoir - et les candidats le demandent souvent au cours du dialogue compétitif si cela n'a pas été prévu dans les projets de documentation contractuelle initiaux - que les conséquences de certains événements soient, à partir d'un certain montant, prises en charge par la personne publique, et ce afin d'éviter des provisions surdimensionnées ou des coûts d'assurance prohibitifs (eg : grèves, émeutes, terrorisme, intempéries, vandalisme, ...).

En tout état de cause (et comme en période de construction), le titulaire devrait être gardé indemne des conséquences des agissements de son cocontractant public.

4. Au titre de ses obligations en matière de renouvellements, le Titulaire devra, au terme du contrat de partenariat, remettre les biens et ouvrages en bon état d'entretien et de fonctionnement. A ce sujet, les exigences de la personne publique peuvent être plus ou moins fortes, et être différentes selon les ouvrages ou équipements concernés. C'est dans ce but que pourra être prévue la mise en place, quelques années avant le terme du contrat, d'un programme de renouvellement final.

De même, cet Article pourra prévoir la mise en place d'une provision pour renouvellements, destinée à financer les dépenses de gros entretien et de renouvellements (GER), l'une des questions à ce sujet tenant au sort de cette provision au terme, normal ou anticipé, du contrat de partenariat.

En effet, cette provision est payée par la personne publique, de sorte que, si au terme du contrat, cette provision n'a pas été utilisée en totalité, il est légitime que le solde revienne à la personne publique. D'un autre côté, on peut considérer que si l'intégralité de la provision n'a pas été dépensée, c'est que le titulaire a réussi à optimiser les renouvellements et doit être «récompensé» pour cette bonne gestion, ce qui conduit à ce qu'une part du solde de la provision pour renouvellements revienne au titulaire au terme du contrat.

Un autre point usuel de discussion concernant les renouvellements concerne la marge de manœuvre laissée au titulaire pour procéder ou non à des renouvellements : d'un côté, la personne publique paie des renouvellements - et à ce titre pourrait être fondée à ce que le titulaire procède obligatoirement aux renouvellements prévus (quand bien-même ils ne seraient pas indispensables ou pourraient être différés) ; mais de l'autre, le titulaire est avant tout tenu à une obligation de résultat, les renouvellements étant un moyen de s'assurer de la crédibilité des moyens permettant d'atteindre ce résultat (en termes de disponibilité et de service rendu) ; de ce point de vue, le titulaire devrait disposer d'une certaine liberté dans le déclenchement des opérations de renouvellements, l'essentiel étant que le service soit rendu et que, au terme du contrat de partenariat, les ouvrages et équipements soient dans l'état contractuellement prévu.

Ce débat a également une influence sur le sort de la provision pour renouvellements au terme du contrat, dans la mesure où, si la mise en œuvre des renouvellements est strictement dirigée et contrôlée par la personne publique, le sort de la provision pour renouvellements au terme du contrat sera normalement nul.

(a) Le Titulaire exécute, dans les conditions définies au Contrat, les Prestations d'exploitation-maintenance et les Prestations de renouvellements :

- pour les Ouvrages : à compter de la Date effective de mise à disposition des Ouvrages ;
- pour les Ouvrages à rénover : à compter de la Date effective de mise à disposition de chacun des Ouvrages à rénover.

(b) Le Titulaire exécute lesdites prestations de sorte que le Site puisse être remis à l'Université, au terme du Contrat, en bon état d'entretien et de fonctionnement et dans un état permettant d'assurer, sous réserve de la mise en œuvre de prestations d'exploitation, de maintenance et de renouvellement, d'un niveau au moins équivalent à celui des activités d'exploitation, de maintenance et de renouvellement incombant au Titulaire au titre du Contrat, le respect des Objectifs de performance.

Les obligations du Titulaire au titre des Prestations d'exploitation-maintenance et des Prestations de renouvellements sont définies en Annexe [Prestations].

Dans l'exécution des Prestations, le Titulaire veille au respect des consignes de sécurité applicables dans les lieux et locaux dans lesquels il intervient, et se soumet aux contrôles et exigences correspondants, tels qu'exigés et mis en œuvre sous la responsabilité du président de l'Université. Le Titulaire s'engage à ce que l'ensemble des intervenants en charge de l'exécution d'une partie des obligations du Titulaire au titre du Contrat respecte ces mêmes obligations.

Au titre des Prestations d'exploitation - maintenance et des Prestations de renouvellements, le Titulaire établit et met à jour, selon les modalités détaillées en Annexe [Programme fonctionnel] et en Annexe [Prestations] le plan de maintenance et le plan de GER ainsi que les différents diagnostics prévus dans les mêmes Annexes.

Au plus tard trois (3) ans avant le terme normal du Contrat, les Parties arrêtent le Programme de renouvellement final, destiné à permettre la remise du Site, au terme du Contrat et compte tenu de l'âge, de la destination, des renouvellements et des opérations de mise à niveau réalisées au cours du Contrat, en bon état de fonctionnement, conformément au premier alinéa ci-dessus. Il est précisé que le Programme de renouvellement final fait notamment état des durées de vie théoriques résiduelles au-delà du terme normal du Contrat des biens et équipements objets des Prestations d'exploitation - maintenance et des Prestations de renouvellements.

(c) Sauf lorsque le Contrat en dispose expressément autrement (par exemple en cas de force majeure ou de situation d'imprévision tels que mentionnés au Contrat), le Titulaire prend à sa charge l'intégralité des surcoûts liés à l'exploitation et à la maintenance du Site et fait son affaire de l'usure, normale ou anormale.

Toutefois, le Titulaire ne supporte les surcoûts résultant des événements listés ci-après, à la condition que le Titulaire démontre de manière détaillée qu'ils lui sont extérieurs et qu'ils sont hors de son contrôle, qu'à hauteur d'un montant annuel, après déduction des indemnités d'assurance versées au Titulaire de [montant à compléter par les candidats] Euros constants (valeur [la date sera complétée ultérieurement]), actualisés selon le même indice que celui appliqué à la Redevance maintenance), tous événements suivants confondus :

- retard, retrait ou refus de l'une des autorisations, licences ou permis, nécessaires à l'exécution par le Titulaire des Prestations qui lui incombent au titre du Contrat, pour une cause non imputable au Titulaire ;
- grève, notamment des moyens de transport, rendant impossible l'exécution de la fraction des Prestations objet du présent Article pendant plus de dix (10) jours, étant précisé qu'une grève au sein du Titulaire ou des prestataires en charge de l'exécution d'une fraction des Prestations objet du présent Article n'est en aucun cas considéré comme une cause exonératoire et que ses conséquences en sont intégralement supportés par le Titulaire ;
- émeutes rendant impossible l'exécution de la fraction des Prestations objet du présent Article pendant plus de dix (10) jours.

(d) Le Titulaire ne saurait supporter aucun surcoût ni encourir aucune sanction en cas de manquement à ses obligations au titre du Contrat, notamment en ce qui concerne les Prestations, dans la mesure où le manquement résulte d'une cause imputable à l'Université (notamment par l'intermédiaire de l'un de ses cocontractants intervenant sur le Site), à la condition que le Titulaire démontre à l'Université qu'il a mis en œuvre l'ensemble des moyens qui étaient ou qui auraient dû raisonnablement être à sa disposition pour diminuer l'impact de l'événement sur l'exécution de ses obligations.

(e) Provision pour renouvellements

Le Titulaire s'assure que sont provisionnés les montants nécessaires pour lui permettre de faire face à ses obligations au titre du présent Article, en particulier en ce qui concerne les renouvellements. Le Titulaire s'engage à être en mesure d'en justifier à l'Université à tout moment, par des documents comptables et éventuellement bancaires, notamment le solde de la Provision pour renouvellements. Le Titulaire justifie à l'Université de l'usage fait de la Provision pour renouvellements, au regard des Prestations de renouvellement exécutées.

La mise en œuvre des renouvellements est financée par le biais de la Provision pour renouvellements, à hauteur de ses montants disponibles et, au-delà, par le Titulaire.

Toutefois, si l'insuffisance des montants disponibles de la Provision pour renouvellements n'est pas imputable au Titulaire ou ne résulte pas d'un risque assumé par le Titulaire en application du Contrat, les Parties se rencontrent, à l'initiative de la Partie la plus diligente, afin de déterminer les mesures à adopter concernant les modalités de mise en œuvre et de financement de la partie des Prestations de renouvellements en cause.

Au terme normal du Contrat, [pourcentage à compléter par les candidats] % du solde de la Provision pour renouvellements revient à l'Université.

Le Titulaire s'engage à ce que soit constituée, à la première Date de paiement à laquelle est exigible la Redevance renouvellements, une provision pour renouvellements (ci-après la «Provision pour renouvellements»), sous forme de compte bancaire spécifique, ouvert dans les livres d'un établissement financier de droit français. Les intérêts générés par ce compte bancaire viennent augmenter le montant de la Provision pour renouvellements.

Le Titulaire s'engage à ce que ladite provision soit alimentée à chaque échéance de la Redevance par affectation de la Redevance renouvellements.

Le Titulaire communique à l'Université, trimestriellement, les relevés bancaires attestant des mouvements et du solde disponible de la Provision pour renouvellements.

17. Objectifs de performance / pénalités en période d'exploitation

1. Pour chaque type de prestations confié au titulaire, ce dernier devra satisfaire un certain nombre d'objectifs de performance, détaillés en annexe du contrat de partenariat.

Classiquement, la non atteinte de ces objectifs déclenche l'application de pénalités, en application des formules de calcul détaillées en annexe du contrat. La fraction de la rémunération correspondant aux prestations mal exécutées est donc réduite - mécanisme de la compensation. La formule de calcul permet d'évaluer la réalité du service fait, de manière à permettre à l'ordonnateur de justifier auprès du comptable dans quelle mesure le service a été fait. Pour cette raison, le détail du mécanisme de paiement doit prévoir que le Titulaire établit un rapport détaillant et justifiant le niveau de performance atteint, de manière à pouvoir calculer objectivement le montant de la pénalité à appliquer (ce point devra être traité dans l'[Article 24](#) - Rémunération).

2. Il peut cependant être prévu, afin notamment d'éviter des provisions surdimensionnées ou des coûts d'assurance prohibitifs, que la non atteinte des objectifs de performance n'est pas sanctionnée lorsqu'elle est due à certains événements extérieurs au titulaire et que le contrat listera alors de manière exhaustive.

Les types d'événements en cause, qualifiés, de façon générique, de «causes exonératoires», dépendent naturellement du projet et devront être adaptés au cas par cas.

Par exemple, les actes de guerre ou de terrorisme pourront plus facilement constituer une cause exonératoire dans un projet du secteur de la Défense que pour la construction et l'exploitation d'une maison de retraite ; parallèlement, le cas d'une pandémie sera plus facilement admissible pour un projet hospitalier que pour un réseau de télécommunications ; ou encore, le cas des manifestations peut prendre un relief particulier dans le secteur universitaire, et les aléas climatiques pourront avoir un impact variable en fonction de la nature des projets et des prestations confiées au partenaire privé.

Dans le cadre de l'exécution des Prestations, le Titulaire satisfait, selon les modalités prévues au Contrat, aux Objectifs de performance, tels que décrits à l'Annexe [Objectifs de performance et pénalités en période d'exploitation].

En cas de manquement du Titulaire aux Objectifs de performance :

- l'Université applique les pénalités, selon les modalités détaillées à l'Annexe [Objectifs de performance et pénalités en période d'exploitation], sauf à ce que le Titulaire justifie de manière détaillée que le manquement ne lui est pas imputable et trouve son origine dans l'une des seules hypothèses suivantes :
- retard, retrait ou refus de l'une des autorisations, licences ou permis, nécessaires à l'exécution par le Titulaire des Prestations qui lui incombent au titre du Contrat, pour une cause non imputable au Titulaire ; grève, notamment des moyens de transport, rendant impossible l'exécution de tout ou partie des Prestations pendant plus de dix (10) jours, étant précisé qu'une grève au sein du Titulaire ou des prestataires en charge de l'exécution d'une fraction des Prestations n'est en aucun cas considérée comme une cause exonératoire et que ses conséquences en sont intégralement supportés par le Titulaire ; émeutes rendant impossible l'exécution des Prestations pendant plus de dix (10) jours.
- l'Université est également autorisée à adopter les mesures prévues à l'Article 21 [Mesures coercitives au titre de la réalisation des prestations], selon les conditions et modalités prévues audit Article, sauf à ce que le Titulaire justifie de manière détaillée que le manquement ne lui est pas imputable et trouve son origine dans l'une des seules hypothèses figurant dans la liste ci-dessus.
- Le Titulaire ne saurait supporter aucun surcoût ni encourir aucune sanction en cas de manquement à ses obligations au titre du Contrat dans la mesure où le manquement résulte d'une cause imputable à l'Université.

I 8. Activités de valorisation

1. Les conditions dans lesquelles le titulaire d'un contrat de partenariat est autorisé à procéder à la valorisation des dépendances du domaine mises à sa disposition par la personne publique doivent être précisées dans le contrat, et ce tant pour les activités initialement prévues que pour celles qui pourraient être créées au cours de la vie du contrat.

2. La mise en œuvre de telles activités, qu'une récente modification de l'ordonnance de 2004 cherche à favoriser, constitue une source de revenus complémentaires pour la personne publique, qui voit ainsi le coût global de son projet diminuer. Le contrat doit toutefois préciser selon quelles modalités ces revenus sont partagés, et dans quelle proportion ces revenus complémentaires sont, le cas échéant, garantis à la personne publique (engagement ferme du titulaire de verser à la personne publique un montant préétabli, quel que soit le niveau des revenus dégagés par le titulaire au titre des activités en cause).

3. Enfin, il est très important que le type d'activités autorisées soit encadré, et que la personne publique puisse exercer un contrôle sur ces activités. Et ce afin de ne porter atteinte ni aux missions de service public dont la personne publique est en charge, ni à la sécurité des usagers. Dans le secteur universitaire, on comprendra aisément que la nature de l'activité ainsi que le type de public fréquentant les universités conduisent à ce que certaines activités ne soient pas autorisées, tandis que d'autres seraient particulièrement adaptées (cafétaria / restauration, distributeurs de boissons, ...).

Le Titulaire réalise les activités de valorisation initialement prévues au Contrat dans les conditions, en particulier techniques et financières, définies à l'Annexe [Activités de valorisation]. Cette Annexe précise notamment les conditions dans lesquelles les revenus générés par ces activités sont partagés entre les Parties.

Par ailleurs, le Titulaire est autorisé, après accord préalable exprès de l'Université, à exploiter des activités annexes à l'objet du Contrat et non initialement prévues à la Date d'entrée en vigueur, pour autant que la mise en œuvre de telles activités ne porte pas préjudice à l'exécution par le Titulaire de ses obligations au titre du Contrat.

Lorsqu'il envisage de mettre en œuvre une telle activité, le Titulaire transmet à l'Université un mémoire détaillant la nature et les modalités de mise en œuvre de l'activité, ses conséquences sur les obligations du Titulaire au titre du Contrat et, en tant que de besoin, les mesures prévues afin de ne pas porter atteinte à leur exécution, ainsi qu'une proposition relative au partage des revenus générés par cette activité.

L'accord préalable exprès visé ci-dessus reprend les modalités de mise en œuvre de ces activités arrêtées entre les Parties et détaille le mécanisme de partage entre les Parties des revenus annuels générés par l'activité considérée.

En tant que de besoin, le même accord précise si les revenus que peut tirer le Titulaire de telles activités ainsi que les charges afférentes sont pris en compte dans le calcul des sommes pouvant être dues par application de l'[Article 39](#) (Déchéance) et de l'[Article 40](#) (Résiliation pour motif d'intérêt général), et le cas échéant selon quelles modalités.

Le Titulaire fait figurer dans les contrats qu'il conclut avec les bénéficiaires des activités annexes objet du présent Article une clause permettant à l'Université de reprendre lesdits contrats, au terme, normal ou anticipé, du Contrat.

19. Autorisations administratives nécessaires à l'exécution des prestations

1. Comme pour les travaux, le titulaire est responsable de l'obtention et du maintien des autorisations nécessaires à l'exécution des prestations qui lui sont confiées. Pour autant, la personne publique peut, en tant que de besoin, lui apporter son soutien. Rappelons également que la personne publique supporte les risques liés aux autorisations administratives nécessaires à sa propre activité (par exemple pour certains équipements). Il est donc important d'identifier l'ensemble des autorisations nécessaires, et que les responsabilités en cette matière soient clairement établies entre les parties, avec une délimitation nette des autorisations dont la responsabilité de l'obtention (et les risques y afférant) incombe au titulaire d'une part, à la personne publique d'autre part.

2. Le point le plus sensible concerne les cas de retard dans l'obtention, de retrait ou de refus d'une autorisation. Il convient alors de distinguer selon que ce retard, retrait ou refus est imputable ou non au titulaire : si c'est le cas, le titulaire en supporte toutes les conséquences. Au contraire, lorsque le retard, retrait ou refus n'est pas imputable au titulaire, il n'est pas légitime que ce dernier soit sanctionné ; la question peut se poser néanmoins du partage entre les parties des surcoûts résultant pour le titulaire de ce retard, refus ou retrait. Il est alors envisageable d'intégrer ces hypothèses parmi les « causes exonératoires » mentionnées ci-avant ([Article 17](#) - Objectifs de performance / pénalités en période d'exploitation).

3. En tout état de cause (et comme en période de construction), le titulaire devrait être gardé indemne des conséquences des agissements de son cocontractant public.

20. Contrôle de l'exécution des prestations

1. Il s'agit ici de préciser les informations relatives à l'exécution du contrat de partenariat, dont la personne publique souhaite être destinataire, ainsi que le rythme de transmission de ces informations par le titulaire.

2. Ce type d'Article, standard et sans grands enjeux juridiques, n'appelle pas de développements particuliers, le point de vigilance pour les personnes publiques consistant à s'assurer que leurs objectifs d'information et de contrôle sont bien transcrits dans le contrat de partenariat.

21. Mesures coercitives au titre de la réalisation des prestations

Les enjeux du dispositif de mise en régie en période d'exploitation sont identiques à ceux présentés en période de construction, auxquels il est renvoyé ([Article 15](#) - Mesures coercitives au titre de la réalisation des travaux).

5. REGIME FINANCIER DU CONTRAT DE PARTENARIAT

22. Coûts supportés par le Titulaire

1. Il s'agit ici de rappeler le principe selon lequel le titulaire du contrat de partenariat supporte l'ensemble des coûts et risques liés à l'exécution de ses obligations au titre du contrat, sauf lorsque ce dernier en dispose autrement. De façon corollaire, le titulaire supporte les éventuels dépassements de coûts résultant d'une mauvaise estimation par ses soins, et là encore sauf lorsque le contrat en dispose autrement.

2. Peuvent ensuite être présentées les différentes catégories de coûts ; le détail de ces coûts peut utilement figurer en annexe du contrat de partenariat. En effet, en cas d'évolution du périmètre du contrat ou de révision de ses conditions financières (par exemple en cas de modifications ou de benchmarking), il est important de pouvoir calibrer les évolutions de manière suffisamment détaillée, au regard de catégories de coûts connues.

23. Financement

1. Cet Article devra traiter trois points principaux : les obligations du titulaire quant à la mise en place du financement du projet, les conditions et modalités selon lesquelles le plan de financement peut être modifié, et le mécanisme de partage des gains résultant d'une modification du plan de financement.

2. Le premier point se matérialisera par le fait que le plan de financement du titulaire (issu de son offre finale) sera annexé au contrat de partenariat. Un point important à mentionner à ce sujet consiste à déterminer si le financement doit être bouclé le jour de l'entrée en vigueur du contrat de partenariat, ou si le bouclage financier peut intervenir quelques mois après l'entrée en vigueur du contrat de partenariat. Il s'agit d'un point sensible, structurant pour nombre de clauses du contrat, et qu'il convient donc d'aborder avec les candidats très tôt au cours du dialogue compétitif.

3. Concernant les modifications du plan de financement : on peut prévoir qu'elles sont soumises à l'approbation préalable de la personne publique, ou éventuellement que seules les modifications les plus significatives sont soumises à autorisation préalable (il convient alors de définir ce qu'il faut entendre par modification «significative»), ou encore que les motifs permettant à la personne publique de refuser une modification du plan de financement sont définies dans le contrat.

3. Il est également possible de distinguer les modifications du plan de financement selon qu'elles sont proposées par le titulaire ou imposées par la personne publique. Dans le premier cas, le titulaire devra démontrer que la modification qu'il propose n'affecte pas la robustesse de la société titulaire ; dans le second cas, la modification éventuellement imposée par la personne publique ne devra pas, en outre, dégrader la rentabilité des fonds propres des actionnaires du titulaire.

4. Enfin, le contrat pourra traiter des modalités de partage des économies générées par une modification du plan de financement.

24. Rémunération

1. Il s'agit d'un dispositif relativement «mécanique», mais qui doit néanmoins faire l'objet d'une attention particulière dans la mesure où il est très précisément analysé par les candidats ainsi que par les prêteurs.

2. Les points d'attention nous paraissent être les suivants :

- présenter de manière claire la structure de la rémunération du titulaire, en cohérence avec les définitions (catégories de coûts et de prestations), ainsi que les conditions de son exigibilité ;
- détailler les modalités de paiement, avec en particulier la prise en compte des pénalités et des recettes de valorisation ;
- les modalités selon lesquelles l'échéancier de versement de la rémunération est adapté, en cas de modifications (notamment du calendrier de réalisation des travaux).

3. Les principaux points sur lesquels le dispositif de rémunération pourra se singulariser d'un projet à l'autre nous paraissent être les suivants :

- existence de versements de la personne publique intervenant en période de construction (et ce à titre d'avances sur rémunération, ou parce que certaines prestations, notamment d'entretien - maintenance, sont prises en charge par le titulaire avant que les travaux ne soient achevés - ce qui peut être le cas lorsque le titulaire est chargé de travaux de réhabilitation, ou lorsque, pour certains ouvrages, le titulaire n'exécute que des prestations d'exploitation, et ce dès l'entrée en vigueur du contrat de partenariat) ;
- nature des différentes composantes de la redevance : si par exemple le projet comporte un volet «technologique» important, ce volet pourra faire l'objet d'une fraction de rémunération dédiée.

25. Garanties

1. La mise en place de garanties permet à la personne publique de disposer d'une sûreté en vue de se faire payer des sommes que le titulaire lui devrait. Le mécanisme consiste à ce qu'une banque émette, au bénéfice de la personne publique (et aux frais du titulaire) une garantie bancaire à première demande. De cette manière, la personne publique pourra tirer sur cette garantie afin, soit de se faire payer des sommes que le titulaire lui doit (en particulier des pénalités), soit de faire face à des surcoûts dus à un manquement du titulaire (frais de mise en régie).

2. En général, les garanties présentent surtout un intérêt en période de construction. En effet, en période d'exploitation, la personne publique, dès lors qu'elle verse la rémunération, est en mesure d'opérer une compensation entre les sommes qu'elle doit au titulaire, et les sommes que ce dernier lui doit. En pratique, la personne publique diminue des sommes qu'elle verse le montant des sommes que le titulaire lui doit. Pour cette raison, on ne prévoit généralement pas de garantie en période d'exploitation - sauf au soutien des obligations du titulaire au titre de la remise en état des ouvrages au terme du contrat.

3. Quelques points sont généralement débattus en cours de dialogue compétitif : le montant des garanties, leur durée (au-delà de l'achèvement des ouvrages, afin de sécuriser le paiement de certaines pénalités de retard, voire au-delà du terme du contrat, afin de sécuriser l'obligation du titulaire de remettre des ouvrages permettant de fonctionner correctement pendant une période déterminée au-delà du terme du contrat de partenariat), le caractère rechargeable des garanties, ainsi que l'entité en charge de la mise en place des garanties (le titulaire ou ses cocontractants, et ce afin d'éviter la mise en place de contre-garanties, ce qui est nécessairement plus coûteux) - sur ce dernier point, il est préférable de prévoir que le titulaire s'assure de la mise en place de garanties plutôt qu'il ne met en place les garanties.

26. Cession de créance

1. Il s'agit d'un sujet très sensible, mais finalement assez mécanique. Sensible parce que sur le mécanisme de la cession de créance acceptée repose le financement du projet (et le coût de ce financement), et parce que le Code monétaire et financier impose un certain nombre de règles impératives, quant au montant de la fraction de la redevance susceptible de faire l'objet d'une cession de créance ou quant aux conditions de l'acceptation de la cession.

2. Un point souvent discuté consiste à prévoir que la cession de créance n'est pas remise en cause une fois l'acceptation prononcée, y compris en cas de force majeure. Enfin, le mécanisme selon lequel, en cas de fin anticipée du contrat de partenariat, la créance cédée est soit payée en une fois (selon une valeur de paiement détaillée dans le contrat de partenariat), soit payée selon l'échéancier initialement prévu, est généralement précisé.

27. Fiscalité

1. Cet Article permet d'établir la répartition entre les parties de la prise en charge des impôts et taxes relatifs au projet. Pour ce faire, il convient d'identifier le redevable légal des différents taxes et impôts applicables, puis de déterminer les modalités de prise en charge de l'impôt.
2. A cet égard, il est relativement classique de mettre à la charge de la personne publique, par l'intermédiaire d'une «refacturation» à la personne publique, les impôts et taxes dont le titulaire deviendrait redevable au titre de l'exécution des missions qui lui sont confiées par le contrat de partenariat, et de laisser à la charge du titulaire les impôts et taxes liés à sa création et à son fonctionnement.
3. Un dernier point, qui n'a d'ailleurs pas nécessairement vocation à être traité dans le contrat de partenariat mais qui devra être traité en amont, a trait à la TVA, et plus précisément à la question de la définition du montant de subvention en fonction de l'applicabilité de la TVA (TVA «en-dedans» ou montant hors taxes).

Tous les impôts et taxes dont le Titulaire serait redevable à raison de l'exécution des missions qui lui incombent au titre du Contrat sont refacturés par le Titulaire à l'Université, et ce à chaque échéance de rémunération, dans le cadre de la [redevance gestion].

Les impôts et taxes liés à la création et au fonctionnement du Titulaire (à savoir notamment : impôt sur les sociétés, impôt forfaitaire annuel et contribution sociale de solidarité des sociétés, contribution économique territoriale imputable au Titulaire) demeurent, quant à eux, à la charge de ce dernier, sans préjudice de l'application, le cas échéant, de l'Article 36 (Changements de lois).

6. CONTROLES ET RESPONSABILITES

28. Suivi de l'exécution du contrat de partenariat

1. Cet Article vise simplement et de manière transversale, à instituer les différents comités de suivi de l'exécution du contrat.

2. Au cours de la vie du contrat, ces comités sont les lieux des échanges réguliers entre les parties concernant l'exécution du contrat. Leur nombre, leur champ d'intervention respectif ainsi que les modalités de leurs interactions éventuelles méritent donc d'être précisés dans le contrat, même si le détail de l'organisation peut utilement, en la matière, être renvoyé en annexe.

3. Ces comités viennent compléter les dispositifs de contrôle spécifiques aux travaux d'une part, à l'exploitation d'autre part.

29. Responsabilités

1. On distingue généralement les responsabilités entre les parties et les responsabilités à l'égard des tiers. Entre les parties, l'Article pourra prévoir que le titulaire est responsable de l'intégralité des dommages subis par la personne publique, étant toutefois précisé que, dans la mesure où les pénalités sont généralement libératoires, la responsabilité du titulaire vis-à-vis de son cocontractant public est en pratique limitée au plafond des pénalités prévues au contrat. Vis-à-vis des tiers au contrat, le titulaire sera intégralement responsable des dommages causés dans la mesure où ils résultent de l'exécution de ses obligations au titre du contrat, la personne publique étant, traditionnellement, responsable au titre de l'existence même des ouvrages objet du contrat de partenariat.

2. L'expérience montre que, de même que pour les assurances, le sujet des responsabilités peut faire l'objet de perceptions et d'analyses sensiblement différentes chez les différents acteurs du marché. De sorte qu'il paraît recommandé de proposer un régime aux candidats, tout en leur laissant la possibilité, au cours du dialogue, de faire part de leurs analyses et difficultés. Certains contrats prévoient des plafonds de responsabilité du titulaire à l'égard des tiers, le cas échéant en fonction de différents types de dommages (matériels / immatériels par exemple).

Le Titulaire est seul responsable des dommages causés aux tiers et, dans les conditions du Contrat, à l'Université, ainsi que des frais et indemnités qui en résultent, à l'occasion de l'exécution, par le Titulaire ou sous sa responsabilité, des obligations mises à sa charge par le Contrat.

L'Université est seule responsable des dommages et préjudices résultant de l'existence du Site et de son usage dans le cadre du service public universitaire ou d'autres activités prévues au Contrat, sous réserve du respect par le Titulaire de ses obligations au titre du Contrat.

30. Assurances

1. La souscription d'une police d'assurance constitue, comme on l'a vu, l'un des moyens permettant de traiter un risque. L'adéquation entre le schéma d'assurances mis en place par le titulaire et les risques qu'il assume en application du contrat de partenariat est donc un élément clé de la robustesse du projet. Il est par conséquent important de contractualiser les obligations du titulaire en matière d'assurances¹², étant rappelé que, par nature, les assurances couvrent des risques, et n'ont pas pour objet de protéger le titulaire (ou un éventuel assuré additionnel) contre ses propres manquements à ses obligations contractuelles. Signalons également que les personnes publiques doivent s'assurer de l'articulation entre les assurances mises en place par le titulaire et leurs propres assurances. Il s'agit en effet d'éviter des doublons, mais également que certains risques ne soient pas couverts - ou dans des proportions insuffisantes.

2. Il est également nécessaire, étant donné la durée des contrats de partenariat, de prévoir l'hypothèse où une police d'assurance ne serait plus disponible, soit parce qu'elle ne serait plus offerte sur le marché de l'assurance, soit parce que sa souscription ne pourrait intervenir qu'à des coûts devenus prohibitifs. Pour faire face à ce risque, le contrat devrait prévoir ce qu'il advient dans une telle hypothèse, en plafonnant les surcoûts que le titulaire pourrait être amené à prendre en charge au titre des assurances.

Telle est la question de l'inassurabilité, qui mérite d'autant plus d'attention qu'elle peut s'avérer éloignée des préoccupations des personnes publiques, habituées à la pratique selon laquelle l'Etat est son propre assureur. Les assistants de la personne publique pourront utilement être sollicités sur ces questions, en particulier sur la définition même de l'inassurabilité.

3. Signalons enfin qu'il n'est pas indispensable que le titulaire du contrat de partenariat soit lui-même l'assuré ; il importe en revanche qu'il soit bénéficiaire de l'assurance, éventuellement souscrite par l'un de ses prestataires ou actionnaires, par exemple dans le cadre d'une « police groupe ».

12. Un exemple de programme d'assurances souscrites par le titulaire d'un contrat de partenariat figure en annexe du Guide.

(a) Le Titulaire s'engage à ce que soit souscrit par lui ou par ses prestataires ou Actionnaires, pendant la durée du Contrat, auprès de compagnies d'assurance notoirement solvables, l'ensemble des assurances requises, décrites à l'Annexe [Assurances], de manière à garantir une bonne couverture des risques inhérents aux activités qui lui sont confiées au titre du Contrat.

(b) Le Titulaire fournit à l'Université, au plus tard cinq (5) jours avant la date d'effet de leur souscription, de leur renouvellement, de leur modification ou de leur délégation, une attestation établie conformément à l'Annexe [Assurances], correspondant aux polices d'assurance souscrites en application de l'alinéa ci-dessus, aux avenants éventuels, aux certificats de renouvellement, aux délégations de ces polices, ainsi que, dans un délai de cinq (5) jours à compter du paiement, le justificatif du paiement des primes correspondant auxdites assurances.

Le Titulaire s'engage à informer préalablement l'Université (i) de toute réduction, suspension ou résiliation des garanties, (ii) de toute augmentation des franchises.

Le Titulaire s'engage à informer l'Université de toute dégradation sensible de la situation financière d'un ou plusieurs assureurs. Les garanties doivent être maintenues pendant une durée minimale de [à compléter par les candidats] jours à compter de la date à laquelle l'Université aura été informée desdits événements, afin de permettre aux Parties de se concerter et d'arrêter, d'un commun accord, les mesures à adopter.

Dans l'hypothèse où le Titulaire ne justifie pas à l'Université du maintien d'un niveau de garantie comparable à celui arrêté par les Parties à la Date d'entrée en vigueur, l'Université se réserve la possibilité de souscrire, aux frais et pour le compte du Titulaire, qui l'accepte, les assurances nécessaires afin de maintenir le niveau de garantie à un niveau comparable à celui arrêté par les Parties à la Date d'entrée en vigueur.

(c) Dans l'hypothèse où certains risques deviendraient inassurables, il est fait application des principes suivants, sous réserve de l'application de l'Article 38 [Imprévision] si l'événement en cause présente les caractéristiques de l'imprévision.

Si l'inassurabilité a pour origine une situation ou un acte imputable au Titulaire, telle, notamment, qu'une sinistralité importante ou inhérente au schéma d'assurance mis en place en application de l'Article (a) ci-dessus, les Parties conviennent de se concerter afin d'arrêter les mesures nécessaires.

Si l'inassurabilité a pour origine une autre cause, l'Université a la possibilité :

- soit de dispenser le Titulaire de tout ou partie de son obligation d'assurance. Dans cette hypothèse :
 - (i) les échéances restant dues de la Redevance sont réduites afin de tenir compte de la diminution des coûts supportés par le Titulaire au titre des assurances ;
 - (ii) les conséquences financières de la survenance du risque non couvert par une assurance sont supportées par l'Université ;
- soit d'imposer au Titulaire de maintenir les couvertures d'assurance, dans l'hypothèse où l'inassurabilité résulte d'une augmentation des coûts d'assurance initiaux, et de supporter une quote-part, à déterminer d'un commun accord entre les Parties, de l'augmentation de la prime correspondante.

En cas de désaccord entre les Parties, celles-ci soumettent leur différend à un expert du domaine des assurances, choisi sur la liste d'experts agréés auprès de la Cour d'appel de Paris.

Cet expert est désigné d'un commun accord entre les Parties dans un délai de [à compléter par les candidats] jours à compter de la constatation du désaccord. A défaut d'accord sur la désignation de l'expert dans ce délai, l'expert est désigné d'un commun accord par deux experts, chacun d'eux étant choisi par une Partie sur la liste d'experts agréés auprès de la Cour d'appel de Paris. Dans cette dernière hypothèse, l'expert doit être désigné dans un délai de [à compléter par les candidats] jours à compter de la constatation du désaccord entre les Parties.

Les Parties s'engagent à prendre en charge, à parts égales, les frais et honoraires de l'expert désigné en application de l'alinéa précédent, et à faire application de sa décision.

L'expert devra déterminer :

- les causes qui sont à l'origine de l'inassurabilité ;
- l'impact potentiel d'une suspension de tout ou partie des assurances sur les conditions d'exécution du Contrat ;
- le coût associé au maintien des assurances si elles sont proposées par le marché, et la quote-part supportée par chacune des Parties.

Pour les besoins du présent Article, l'inassurabilité est définie :

- soit comme l'impossibilité objective de souscrire une police ou une garantie d'assurances, attestée par des lettres écrites de refus motivées, émanant d'au moins trois assureurs ou courtiers de premier plan ;
- soit, à compter de la troisième date anniversaire de la Date d'entrée en vigueur, comme une hausse de plus de [à compléter par les candidats] pour cent ([à compléter par les candidats] %) du taux de prime ou, le cas échéant, de la prime forfaitaire pour la police d'assurance considérée, moyennée sur les trois dernières années, calculée sur la base des données figurant à [Détail des coûts].

- Le Titulaire transmet à l'Université annuellement, à la date anniversaire de la Date d'entrée en vigueur, une analyse des risques visant à confirmer que les garanties des polices ou garanties souscrites en application de l'Article (a) ci-dessus sont en adéquation avec les risques spécifiques du Projet.

31. Contrôle de la stabilité de l'actionnariat du titulaire

1. La stabilité de l'actionnariat du titulaire est souvent considérée comme matérialisant la pérennité de l'engagement des industriels et investisseurs. Pour autant, cet engagement résulte surtout des sous-contrats de conception - construction d'une part, et d'exploitation d'autre part, ce dernier ayant une durée équivalente à celle du contrat de partenariat.

2. Il reste que, classiquement, les contrats de partenariat imposent au titulaire des obligations au titre de l'actionnariat de la société titulaire, ce qui peut s'avérer indispensable dans des secteurs sensibles, tels que ceux de la défense et, dans une mesure moindre, de l'enseignement - étant rappelé que les acteurs privés sont quant à eux demandeurs d'une certaine flexibilité, y compris pendant la période de construction.

Le plus souvent, l'actionnariat (ou sa presque totalité) est figé pendant la période de construction. En revanche, en période d'exploitation, les mouvements affectant le capital du titulaire peuvent être librement envisagés, l'autorisation préalable de la personne publique n'étant requise qu'en cas de modification du contrôle du titulaire.

Enfin, deux points particuliers font souvent l'objet de discussions techniques en cours de dialogue : la prise en compte des spécificités propres aux actionnaires se présentant sous la forme de fonds, ainsi que le régime des transferts de parts sociales entre actionnaires et ses entités «affiliées» (sociétés mères, filles ou sœurs).

3. L'insertion d'un Article consacré à ces sujets au sein d'un contrat de partenariat n'est pas systématique ; il est possible de prévoir une annexe détaillant les engagements de stabilité de l'actionnariat. Dans ce cas, le contrat de partenariat ne fera référence à cet annexe que pour prévoir que tout manquement aux obligations qui y figurent constitue un cas de déchéance possible.

32. Passation des contrats par le titulaire

1. Cet Article autorise le titulaire à confier à des tiers la réalisation des prestations qui lui incombent au titre du contrat.

2. Il importe alors pour la personne publique d'exercer un certain contrôle sur les entreprises intervenant dans l'exécution du contrat sur la base de tels contrats (identification des entreprises intervenant sur le chantier, de leur rôle, établissement par le titulaire d'une liste mensuelle à cet effet), et ce d'une manière générale, mais également afin de veiller au respect par le titulaire de ses engagements de confier une partie de ses missions à des artisans ainsi qu'à des petites et moyennes entreprises.

33. Cession du Contrat

Il s'agit ici de rappeler le régime propre aux contrats administratifs, tout en tenant compte de mécanismes financiers rencontrés dans le cadre de contrats de partenariat, et liés au mécanisme du step in (voir clause de déchéance) ou des sûretés, telle la cession de créance.

Le Contrat ne peut être cédé, en tout ou partie, ou faire l'objet d'une sûreté, sans l'autorisation expresse et préalable de l'Université, sans préjudice des stipulations de l'[Article 26](#) (Cession de créance) et du droit, au titre de l'[Article 39](#) (Déchéance), des établissements de crédit ayant mis en place les Instruments de dette.

7. EVOLUTIONS - FIN DU CONTRAT DE PARTENARIAT

34. Mises en conformité

1. Le titulaire est responsable, pendant toute la durée du contrat de partenariat, de la mise en conformité des ouvrages et prestations dont il a la charge avec les normes et réglementations en vigueur. Il s'agit là d'une obligation classique et qui constitue l'un des intérêts du contrat de partenariat.

2. Le point de discussion sur ce sujet a trait à la prise en charge de ces mises en conformité. Une partie de ces mises en conformité est traitée par le régime des «changements de lois». Mais il n'est ni nécessaire ni évident que toutes les mises en conformité doivent être traitées par ce régime ; dans ce cas, les mises en conformité ne relevant pas d'un changement de lois au sens du contrat sont prises en charge par le titulaire, sauf bouleversement de l'équilibre économique du contrat (imprévision - voir [Article 38](#)).

3. A cet égard, le partage de risque finalement retenu sur cette question peut dépendre de la nature des prestations confiées au titulaire ; par exemple, les normes évoluent plus rapidement dans le secteur des technologies qu'en matière de bâtiment. En tout état de cause, il convient de garder à l'esprit les conditions de l'application dans le temps des normes nouvelles : celles-ci n'ont en principe pas d'effet rétroactif, de sorte que leurs conséquences sur le titulaire du contrat de partenariat peuvent en réalité s'avérer limitées.

Pendant la durée du Contrat, le Titulaire est chargé, sauf décision expresse contraire de l'Université, de la mise en conformité du Site et des Prestations avec les normes et réglementations en vigueur applicables, conformément aux stipulations du Contrat.

Il en supporte les conséquences, notamment financières, selon les modalités fixées au Contrat, et notamment à l'[Article 36](#) (Changements de lois), lorsque les conditions d'application de cet Article sont réunies. Dans la limite des garanties légales, le Titulaire est tenu d'assurer, à ses frais exclusifs et jusqu'au terme du Contrat, la correction des défauts de conformité (en ce compris les vices de conception) des Ouvrages.

35. Modifications

1. Le régime des contrats administratifs autorise la personne publique à imposer des modifications de contrat à ses cocontractants. En contrepartie, le cocontractant a un droit à compensation intégrale du préjudice subi du fait de cette modification.

Cette problématique est particulièrement sensible dans le cadre de contrats de partenariat, et ce en raison de la durée de ces contrats, et parce que les mécanismes de compensation financière (paiement par la personne publique en une fois, étalement des surcoûts par révision des échéances de rémunération) doivent être adaptés à la structuration financière de ce type de projets.

2. Sur ce sujet, les principaux points qui doivent retenir l'attention ont trait à la complétude et à la cohérence du mécanisme, ainsi qu'à la prise en compte du mode de financement retenu par le partenaire privé. Il s'agit notamment de prévoir un mécanisme formalisé, donnant lieu à une prise de position par la personne publique, en particulier sur le périmètre technique de la modification et les modalités de prise en charge de ses conséquences financières.

Un point à mentionner concerne le mécanisme de la provision pour modifications. Ce mécanisme consiste à affecter une partie de la rémunération due au cocontractant à la constitution d'une provision, qui constitue en quelque sorte une «réserve» financière destinée à financer des modifications. Ce système offre l'avantage de la souplesse, et permet, à hauteur du montant disponible de la provision, d'éviter les problématiques de mise en place d'un financement complémentaire. Il peut également être perçu comme incitant à des modifications, dès lors que le coût des modifications peut être pris en charge sans augmentation des coûts pour la personne publique ; en ce sens, la provision pour modifications serait finalement peu vertueuse, en ce que, in fine, elle conduirait à une augmentation du coût des projets.

3. Enfin, le régime des modifications peut se doubler de la prévision de mécanismes dits de benchmarking, qui permettent aux parties de vérifier à intervalles réguliers et à périmètre de prestations constant, l'adéquation du prix aux prestations prises en charge par le partenaire privé. Ces mécanismes sont usuels dans le secteur de l'informatique et des technologies de l'information, ce qui s'explique par le fait que les coûts et les technologies évoluent rapidement dans ces secteurs.

Dans le secteur universitaire, ces mécanismes peuvent trouver leur place dès lors qu'un contrat de partenariat comprendra un aspect technologique significatif (fourniture de postes de travail informatiques, de systèmes de téléphonie, d'équipements particuliers type visioconférence, ...) ; le contrat de partenariat devra alors organiser les processus du benchmarking et ses différentes étapes.

36. Changements de lois

1. Etant donné les durées souvent longues des contrats de partenariat, il est impératif que ces contrats traitent des conséquences d'un changement de l'environnement législatif et réglementaire dans lequel le titulaire est amené à exercer son activité. On ne peut en effet exclure, sur une durée de 10 ou 30 ans, que les normes évoluent et il est impératif que le titulaire tienne compte de ces évolutions.

Cette problématique peut s'avérer singulièrement sensible dans le secteur universitaire, étant donné, notamment, les évolutions prévisibles de l'organisation patrimoniale et statutaire des établissements universitaires. En particulier, la mise en place du mécanisme de la dévolution, se traduisant par un transfert de propriété des biens utilisés par les universités, devra être prise en compte dans la rédaction de cet Article, de même que les conséquences sur les conditions de financement d'un changement de statut du cocontractant public.

2. Il s'agira en premier lieu de déterminer les normes dont les changements sont traités dans cet Article. Sont généralement visés l'ensemble des lois et règlements, mais également la doctrine fiscale ainsi que les normes techniques. Les changements s'apprécient généralement par rapport aux normes en vigueur au jour de l'entrée en vigueur du contrat de partenariat, ainsi que par rapport aux normes dont l'intervention pouvait être raisonnablement anticipée au jour de l'entrée en vigueur du contrat.

3. Il s'agira ensuite de traiter des conséquences de ces changements sur l'exécution du contrat de partenariat (en termes de coûts, de calendrier, ainsi que, le cas échéant, sur les prestations prises en charge par le titulaire).

A cet égard, on distinguera généralement les périodes de construction et d'exploitation, et ce en raison de leur durée respective (la période de construction étant beaucoup plus courte que la période d'exploitation, le risque de changement de normes peut être considéré comme plus faible pendant la construction).

(a) Au sens du présent Article, on entend par changement de loi toute modification, création ou suppression d'une réglementation, y compris les normes techniques, ainsi que, pour les matières fiscale et comptable, tout changement d'interprétation des administrations compétentes, dont l'intervention ne pouvait être raisonnablement anticipée au regard des projets de réglementation en discussion et ayant fait l'objet d'une publicité préalablement à la Date d'entrée en vigueur.

(b) Les conséquences financières (en ce compris l'éventuelle augmentation des Coûts de financement, lorsqu'il appartient au Titulaire de mettre en place un préfinancement, et l'éventuelle augmentation des Coûts d'exploitation – maintenance, des Coûts des services et des Coûts de renouvellement) des changements de loi intervenus avant la Date effective de mise à disposition des Ouvrages sont supportées par le Titulaire, dans la limite d'un montant de [montant à compléter par les candidats] Euros courants.

(c) Lorsqu'un changement de loi intervenant après la Date effective de mise à disposition des Ouvrages entraîne une dégradation ou une amélioration significative de l'équilibre économique du Contrat, les Parties arrêtent, dans les meilleurs délais, les mesures à prendre en vue de permettre la poursuite du Contrat dans des conditions non significativement dégradées ou améliorées.

Pour les besoins du présent Article, le seuil de dégradation significative de l'équilibre économique du Contrat s'entend des cas où l'impact financier de la survenance d'un ou de plusieurs événements rentrant dans le champ du présent Article implique :

(i) une augmentation, cumulée sur une période de [à proposer par les candidats] mois, de [à proposer par les candidats] % des Coûts d'exploitation - maintenance, ou une augmentation, cumulée sur une période de [à proposer par les candidats] mois, de [à proposer par les candidats] % des Coûts des services, ou une augmentation, cumulée sur une période de [à proposer par les candidats] mois, de [à proposer par les candidats] % des Coûts de renouvellement ; ou

(ii) la réalisation d'investissements supplémentaires pour un montant supérieur à un [à proposer par les candidats] Euros, valeur du [la date sera complétée ultérieurement].

Il est précisé qu'en-deçà du seuil de dégradation significative de l'équilibre économique du Contrat tel qu'entendu ci-dessus, les conséquences des changements de lois sont à la charge exclusive du Titulaire. Pour les besoins du présent Article, le seuil d'amélioration significative de l'équilibre économique du Contrat s'entend des cas où l'impact financier de la survenance d'un ou de plusieurs événements rentrant dans le champ du présent Article implique une diminution, cumulée sur une période de [à proposer par les candidats] mois, de plus de [à proposer par les candidats] % des Coûts d'exploitation - maintenance, des Coûts des services et des Coûts de renouvellement.

Il est rappelé que, en cas de changement de lois au sens du présent Article :

- le Calendrier peut être modifié, dans les conditions prévues à l'Article 8 (Calendrier) ;
- en cas de modification du Calendrier, l'échéancier de versement de la Redevance est mis à jour selon les modalités détaillées à l'Annexe [Détermination de la Rémunération].

(d) L'Université supporte les surcoûts mis à sa charge au titre du présent Article soit par le versement au Titulaire, en une fois, d'une somme correspondant aux surcoûts qu'il lui appartient, en application dudit Article, de supporter, soit dans le cadre d'une réévaluation du montant de la Redevance, selon les modalités prévues à l'Article 35 (Modifications);

(e) En cas de modification du Calendrier, les Parties conviennent d'une mise à jour de l'échéancier de versement de la Redevance selon les modalités prévues à l'Article 24 (Rémunération), étant rappelé que l'Université, selon le cas, prend en charge ou bénéficie des gains résultant du recalage ou de la rupture des Instruments de couverture.

37. Force majeure

1. Cet Article permet de traiter deux points principaux : les obligations respectives des parties en cas de survenance d'un événement relevant de la force majeure, ainsi que les modalités de l'indemnisation du titulaire lorsque le contrat de partenariat doit être résilié.

2. Il s'agit de sujets relativement classiques, n'appelant pas de développements ou de mises en garde particulières, si ce n'est que le mécanisme d'indemnisation focalise traditionnellement l'attention des candidats et de leurs prêteurs et que l'exemple qui figure ci-dessous est à prendre comme tel, sachant qu'il appartient à chaque porteur de projet, avec le soutien de ses assistants à personne publique, de faire ses propres choix stratégiques sur les clauses de fin anticipée du contrat de partenariat, lesquelles sont dépendantes du montant et des caractéristiques de chaque projet, ainsi que du moment auquel intervient la fin anticipée du contrat.

(a) Aucune Partie n'encourt de responsabilité pour n'avoir pas accompli ou pour avoir accompli avec retard une obligation au titre du Contrat, dans la mesure où un tel manquement ou retard résulte directement d'un ou plusieurs événement(s) présentant les caractéristiques de la force majeure, c'est-à-dire extérieur(s) aux Parties, imprévisible(s) et irrésistible(s).

La Partie qui, par action ou omission, aurait sérieusement aggravé les conséquences d'un événement présentant les caractéristiques de la force majeure n'est fondée à invoquer que dans la mesure des effets que l'événement aurait provoqués si cette action ou omission n'avait pas eu lieu.

En dehors des cas expressément prévus au présent Article, et sauf lorsque le Contrat en dispose autrement, aucune Partie n'est déliée de ses obligations à raison d'une impossibilité d'exécution ou de la survenance de circonstances ou événements qui échappent à son contrôle.

La Partie qui invoque la survenance d'un événement de force majeure prend, dans les meilleurs délais, toutes les mesures raisonnablement envisageables pour en atténuer l'impact sur l'exécution de ses obligations au titre du Contrat, étant rappelé que, lorsqu'il intervient à compter de la Date effective de mise à disposition des Ouvrages, un événement de force majeure ne peut porter atteinte aux droits des établissements de crédit cessionnaires de la Créance irrévocable.

Si le Titulaire invoque la survenance d'un événement de force majeure, il en informe immédiatement par écrit l'Université, en précisant les bases de sa position. L'Université notifie dans le délai d'un (1) mois au Titulaire sa décision quant au bien fondé de cette prétention.

Si l'Université invoque la survenance d'un événement de force majeure, elle en informe immédiatement par écrit le Titulaire afin de recueillir ses observations, que celui-ci lui communique dans le délai d'un (1) mois. A l'issue de ce délai, l'Université notifie au Titulaire sa décision quant à l'existence et aux effets de l'événement de force majeure.

Dans chacune des hypothèses visées aux deux alinéas précédents, suite à la notification par l'Université de sa décision, les Parties se rapprochent afin d'étudier les mesures susceptibles d'être prises pour permettre la reprise de l'exécution du Contrat.

En cas de survenance d'un événement présentant les caractéristiques de la force majeure, l'Université poursuit le versement de la Redevance immobilière, ainsi que le versement des fractions de la Redevance exploitation - maintenance, de la Redevance services et de la Redevance renouvellements en tant qu'elles se rapportent à des prestations dont l'exécution est, malgré la survenance de l'événement de force majeure, poursuivie par le Titulaire conformément aux prescriptions du Contrat.

(b) Au cas où un événement présentant les caractéristiques de la force majeure rend impossible l'exécution du Contrat pendant une période de plus de [à compléter par les candidats] mois, ou est de nature à rendre impossible l'exécution du Contrat pendant une période qui va nécessairement dépasser [à compléter par les candidats] mois, la résiliation du Contrat peut être prononcée par l'Université ou, à la demande du Titulaire, par le juge.

En cas de résiliation du Contrat prononcée par l'Université en application du présent Article, le Titulaire a droit à une indemnité d'un montant égal à (A)+(B)+(C)+(D)-(E), et après ajustements selon les modalités indiquées ci-après.

Les éléments (A), (B), (C), (D) et (E) sont définis comme suit :

(A) correspond à l'encours total du ou des Instrument(s) de dette augmenté de l'encours total du ou des crédits - relais TVA, des Fonds propres et Quasi fonds propres, à la date de prise d'effet de la résiliation, tels qu'ils sont réellement enregistrés dans les comptes du Titulaire, en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire à la date de prise d'effet de la résiliation ;

(B) correspond aux frais raisonnables de rupture anticipée des contrats, raisonnablement encourus par le Titulaire et dûment justifiés à l'Université par le Titulaire, y compris des contrats portant sur des Instruments de dette, conclus par le Titulaire en vue de l'exécution du Contrat et conformément à ses dispositions ;

(C) correspond à l'éventuel montant de la TVA à reverser au Trésor Public ;

(D) correspond au montant de la Redevance exploitation - maintenance, de la Redevance services, de la Redevance gestion, de la Redevance énergies et fluides, de la Redevance mobilière et de la Redevance renouvellements, échus et non payés à la date de prise d'effet de la résiliation ;

(E) montant(s) non utilisé(s), à la date de prise d'effet de la résiliation, de la Provision pour renouvellements et, le cas échéant, de la Provision de Modifications.

Il est précisé que la somme due par l'Université est :

- diminuée ou augmentée de la soulte, positive ou négative, résultant de la résiliation des Instruments de couverture ;
- diminuée du solde de trésorerie positif du Titulaire à la date de prise d'effet de la résiliation ;
- augmenté du montant des impôts et taxes éventuellement dus par le Titulaire à raison de la perception de l'indemnité de résiliation ;
- diminué du montant des indemnités d'assurance perçues ou à percevoir par le Titulaire ou ses prestataires en raison de l'événement considéré.

(c) Le versement de l'indemnité de résiliation est effectué par l'Université dans un délai de six (6) mois à compter de la date de prise d'effet de la résiliation, après détermination définitive des montants visés ci-avant par un expert désigné par l'Université, étant rappelé qu'il n'est pas porté atteinte aux droits des cessionnaires de la Créance irrévocable lorsque la résiliation intervient, en application du présent Article, à compter de la Date effective de mise à disposition des Ouvrages.

(d) L'indemnité est majorée des intérêts courus au titre des Instruments de dette, du ou des crédits - relais Fonds propres et du ou des crédits - relais TVA, entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date de versement de l'indemnité.

38. Imprévision

1. La durée des contrats de partenariat ainsi que les spécificités des montages financiers sur lesquels ils reposent rendent décisif le traitement des cas dans lesquels les prévisions économiques initiales des parties sont remises en cause, pour des motifs qui leur sont extérieurs.

2. Tel est notamment le cas de l'imprévision, situation dans laquelle des circonstances imprévisibles et extérieures aux parties rendent l'exécution du contrat plus onéreuse à un point tel que l'équilibre économique du contrat s'en trouve bouleversé.

3. En cas d'imprévision, il est généralement prévu que les parties se rencontrent afin d'arrêter ensemble les mesures à adopter en vue de permettre la poursuite de l'exécution du contrat.

La question essentielle est donc bien de préciser la répartition de ce risque entre les parties : à partir de quel moment, et selon quelles modalités la personne publique vient-elle compenser les pertes et surcoûts subis par le titulaire du fait de l'imprévision ? A cet égard, les candidats seront favorables aux systèmes offrant le maximum de lisibilité (seuils de déclenchement chiffrés, en particulier).

Pour autant, il ne paraît pas impératif que la clé de partage des surcoûts soit arrêtée dans le contrat de partenariat, dès lors que le titulaire sait le niveau de surcoûts qu'il est obligé de provisionner et que le principe d'une compensation, même partielle, est acté dans le contrat.

4. Si la situation d'imprévision se poursuit au-delà d'une certaine durée, il est de l'intérêt des deux parties de mettre un terme au contrat. La clause d'imprévision devra donc détailler, comme en cas de déchéance (voir [Article 39](#)), les modalités de calcul de l'indemnité due au titulaire par la personne publique. Celle-ci se situera généralement entre celle due en cas de résiliation pour motif d'intérêt général (hypothèse dans laquelle le titulaire ne doit subir aucune perte - voir [Article 40](#)) et celle due en cas de déchéance (où le titulaire doit être sévèrement sanctionné - [Article 39](#)).

39. Déchéance

1. La déchéance du titulaire équivaut à la résiliation anticipée du contrat de partenariat pour faute du titulaire. C'est la sanction la plus lourde (après les pénalités et la mise en régie). Comme toutes les clauses liées à la fin anticipée du contrat, la clause de déchéance fait l'objet d'une attention particulière de la part des établissements financiers, dans la mesure où la fin anticipée du contrat de partenariat signifie également exigibilité anticipée des crédits souscrits par le titulaire. Les banques sont donc particulièrement attentives sur le point de savoir si l'indemnité de déchéance versée au titulaire est suffisante pour permettre le remboursement par ce dernier de l'encours des crédits.

2. Étant donné les conséquences attachées à la déchéance, l'énoncé des cas de déchéance au début de cet Article est particulièrement important.

Cette liste n'est généralement pas limitative : l'important pour la personne publique est que les manquements graves et / ou répétés puissent être sanctionnés par la déchéance. Chaque projet présente néanmoins des particularités, qui se traduisent dans des obligations contractuelles spécifiques, dont la méconnaissance par le titulaire donnera lieu à déchéance (par exemple : dans un projet universitaire dans lequel des activités de valorisation du domaine seraient mises en œuvre par le titulaire, la nature des activités exercées au titre de la valorisation sera généralement contrôlée par l'établissement universitaire, et pourra faire l'objet d'un cas de déchéance particulier ; autre exemple : dans le secteur de la Défense, la méconnaissance par le titulaire de ses obligations au titre du secret pourra justifier la déchéance).

3. Comme pour les autres hypothèses de fin anticipée du contrat, l'essentiel de la clause de déchéance réside dans les modalités de calcul de l'indemnité due par la personne publique au titulaire.

Les lignes directrices du calcul de cette indemnité sont les suivantes :

- dans la mesure où, par l'effet de la fin anticipée du contrat de partenariat, la personne publique «récupère» l'investissement financé par le partenaire privé, il est légitime que ce dernier soit en mesure de rembourser l'essentiel de ses financements bancaires ;
- parallèlement, dès lors que la déchéance vient sanctionner un manquement grave du titulaire à ses obligations contractuelles, le titulaire doit être sévèrement sanctionné : la clause de déchéance doit prévoir les chefs de préjudice subis par la personne publique, et faire correspondre des montants qui viennent en quelque sorte matérialiser la sanction financière imposée au titulaire ;

- les clauses de déchéance distinguent les modalités de calcul de l'indemnité selon que la déchéance intervient en période de construction ou d'exploitation ;
- enfin, il doit être tenu compte de plusieurs flux financiers : les échéances de loyer dues et non payées, les indemnités d'assurance, les coûts de rupture des instruments de couverture, les pénalités déjà dues par le titulaire,

Au total, le calcul de l'indemnité de déchéance s'effectue généralement en déduisant d'une base (approximativement l'encours de la dette) plusieurs montants correspondant aux préjudices subis par la personne publique et en opérant plusieurs corrections.

Il est important de préciser que, même si la clause de déchéance (de même que les autres clauses de fin anticipée du contrat de partenariat) fait référence à l'encours de dette ou aux montants des fonds propres des actionnaires, elle n'opère aucune allocation des sommes dont le versement est prévu au titulaire. Il s'agit seulement d'utiliser ces références pour déterminer un montant global, dont la répartition entre établissements financiers et actionnaires relève du montage juridique mis en place par le titulaire, et non de la personne publique.

4. La clause précisera enfin les modalités de versement de l'indemnité. Il n'est pas inutile de préciser que, bien que très sensibles et analysées avec la plus grande attention par les candidats et leurs prêteurs au cours du dialogue compétitif, les clauses de déchéance sont à présent relativement balisées et les discussions se concentrent désormais non sur le mécanisme en lui-même, mais sur le niveau de perte infligé au titulaire.

(a) Sans préjudice des autres droits de l'Université au titre du Contrat, l'Université peut prononcer la de déchéance du Titulaire en cas de manquement grave ou répété du Titulaire à ses obligations au titre du Contrat de nature à compromettre la poursuite de l'exécution du Contrat, et notamment dans les cas suivants :

(i) en cas de retard dans la réalisation des travaux ayant entraîné, ou qui entraînera nécessairement, un retard de plus de [à compléter par les candidats] mois par rapport à la Date contractuelle de mise à disposition des Ouvrages ;

(ii) au terme d'une période de mise en régie de [à compléter par les candidats] mois consécutifs au titre de l'Article 21 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des prestations), ou de [à compléter par les candidats] mois consécutifs au titre de l'Article 21 (Mesures coercitives au titre de la réalisation des prestations) ;

- (iii) si le Titulaire n'a pas à sa disposition ou n'aura pas à sa disposition en temps utile les fonds nécessaires pour faire face à ses obligations au titre du Contrat ;
- (iv) si l'une des garanties à première demande exigée au titre de l'Article 25 (Garanties) n'a pas été mise en place ou maintenue au niveau requis ou si, sous réserve des éventuels aménagements prévus à l'Article 30 (Assurances), l'une des assurances prévues audit Article n'a pas été souscrite ou maintenue ;
- (v) si le Titulaire a cédé les droits résultant du Contrat en méconnaissance des stipulations de celui-ci ;
- (vi) si le Titulaire a, dans le périmètre du Contrat, exercé des activités non visées par le Contrat ou non autorisées par l'Université ;
- (vii) en cas de méconnaissance par l'un quelconque des Actionnaires de ses obligations au titre de l'Annexe [Stabilité de l'actionnariat] ;
- (viii) lorsque quatre-vingt dix pour cent (90 %) du plafond de pénalités visé à l'Article 15-I [Pénalités en période de construction] a été atteint ;
- (ix) lorsque, sur une période de douze (12) mois consécutifs, quatre-vingt-dix pour cent (90 %) de l'un des plafonds de pénalités fixé à l'Annexe [Objectifs de performance et pénalités en période d'exploitation] au titre des Prestations d'exploitation – maintenance, des Prestations de services et des Prestations de renouvellement, rapporté sur une période de douze (12) mois, ont été atteints ou lorsque, sur une période de vingt-quatre (24) mois, soixante-dix pour cent (70 %) de l'un de ces mêmes plafonds, rapporté sur une période de vingt-quatre (24) mois, ont été atteints.

(b) En cas de manquement susceptible de justifier le prononcé de la déchéance, l'Université adresse au Titulaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une mise en demeure de remédier au(x) manquement(s) dans un délai qui ne peut être inférieur à deux (2) mois à compter de la réception de la mise en demeure par le Titulaire.

Simultanément à l'envoi de la mise en demeure au Titulaire, l'Université adresse une copie de celle-ci au représentant des établissements de crédit ayant mis en place les Instruments de dette, mandaté à cet effet et tel qu'identifié en application des dispositions de l'Article 23 (Financement), afin de lui permettre de proposer à l'Université, dans le délai indiqué dans la mise en demeure, une entité à substituer au Titulaire en vue de la poursuite de l'exécution du Contrat.

A l'expiration du délai fixé dans la mise en demeure, si le Titulaire ne s'est pas conformé à ses obligations et si le représentant des établissements de crédit ayant mis en place les Instruments de dette n'a pas proposé une telle entité substituée, ou si l'Université a refusé, en raison de l'insuffisance des garanties, techniques, financières et de moralité présentées par l'entité substituée, son accord à la substitution proposée, la mesure de déchéance prend effet immédiatement.

En toute hypothèse, l'Université prend, sans préjudice des sanctions pécuniaires prévues au Contrat, toutes les mesures qu'il estime utiles pour assurer la continuité de l'exécution du Contrat, aux frais et risques du Titulaire.

(c) Dans l'hypothèse où la déchéance est prononcée avant la Date effective de mise à disposition des Ouvrages, le Titulaire a droit à une indemnité, versée par l'Université dans un délai de six (6) mois à compter de la date de prise d'effet de la déchéance, calculée en déduisant du montant (A) les montants (B), (C) et (D), et après application des ajustements mentionnés ci-après.

Les montants (A), (B) et (C) sont définis comme suit :

(A) correspond au montant (A-1) diminué du montant (A-2), avec :

(A-1) correspond à 100 % de l'encours, à la date de la prise d'effet de la déchéance, des Instruments de dette, en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire à la date de prise d'effet de la déchéance ;

(A-2) est égal à la somme des éléments (i) à (iv) suivants :

(i) un montant forfaitaire de cinquante millions (50.000.000) d'Euros courants, au titre du préjudice subi par l'Université du fait du renchérissement du coût du Projet et du retard dans sa mise en œuvre ;

(ii) un montant correspondant au préjudice subi par l'Université du fait des opérations de mise en sécurité du chantier rendues nécessaires par la déchéance. Ce montant est calculé sur la base des frais exposés ou devant être exposés par l'Université pour la réalisation de ces opérations, dans un délai de deux (2) mois à compter de la date de prise d'effet de la déchéance ;

(iii) un montant correspondant au préjudice subi par l'Université du fait des opérations de mise en conformité des travaux réalisés par le Titulaire en méconnaissance des prescriptions du Contrat, de la réglementation en vigueur ou des règles de l'art, ou qui ne pourront être utilement poursuivis par l'Université. Ce montant est calculé sur la base des frais exposés ou devant être exposés par l'Univer-

sité pour la réalisation de ces opérations (y compris le cas échéant par des travaux de démolition ou de modification), dans un délai de deux (2) mois à compter de la date de prise d'effet de la déchéance ;

(iv) un montant correspondant à toutes les sommes restant dues à l'Université par le Titulaire à la date de prise d'effet de la déchéance, et qui n'auraient pas été déduites de la rémunération du Titulaire à la date de prise d'effet de la déchéance.

Le montant (A) ne saurait être inférieur à un montant correspondant à quatre-vingt pour cent (80 %) de l'encours (en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire), à la date de prise d'effet de la déchéance, des Instruments de dette, ni supérieur à un montant correspondant à quatre-vingt-cinq pour cent (85 %) de l'encours (en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire), à la date de prise d'effet de la déchéance, des Instruments de dette.

(B) correspond au montant de la Redevance exploitation - maintenance, de la Redevance services, de la Redevance gestion, de la Redevance énergies et fluides, de la Redevance mobilière et de la Redevance renouvellements, échu et non payé à la date de prise d'effet de la résiliation ;

(C) correspond au montant des indemnités, déterminé par les organismes d'assurance, perçues ou à percevoir par le Titulaire ;

(D) est égal montant non utilisé, à la date de prise d'effet de la déchéance, de la Provision pour renouvellements et de la Provision pour Modifications.

Le montant résultant de la déduction, du montant (A), des montants (B), (C) et (D) selon les modalités indiquées ci-avant, est en outre augmenté de l'éventuel montant de TVA à reverser au Trésor Public.

Le montant de l'indemnité de déchéance due par l'Université en application du présent Article est évalué à dire d'expert (désigné par l'Université) dans un délai de six (6) mois à compter de la date de prise d'effet de la déchéance. L'indemnité est majorée des intérêts courus exposés par le Titulaire au titre des Instruments de dette entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date de versement de l'indemnité.

Si le calcul de l'indemnité effectué par application des dispositions ci-dessus aboutit à une somme négative, cette somme est versée par le Titulaire à l'Université dans les mêmes conditions de délai.

(d) Dans l'hypothèse où la déchéance est prononcée à compter de la Date effective de fin des travaux préfinancés par le Titulaire, le Titulaire a droit à une indemnité, versée par l'Université dans un délai de six (6) mois à compter de la date de prise d'effet de la

déchéance, calculée en déduisant du montant (A) les montants (B), (C) et (D), et après application des ajustements mentionnés ci-après.

Les montants (A), (B), (C) et (D) sont définis comme suit :

(A) correspond au montant (A-1) diminué du montant (A-2), avec :

(A-1) correspond à 100 % de l'encours, à la date de la prise d'effet de la déchéance, des Instruments de dette, en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire à la date de prise d'effet de la déchéance ;

(A-2) est égal à la somme des éléments (i) et (ii) suivants :

(i) un montant correspondant au préjudice subi par l'Université du fait du prononcé de la déchéance, et notamment au titre des opérations de mise en conformité des Ouvrages rendues nécessaires par la méconnaissance par le Titulaire des prescriptions du Contrat, de la réglementation en vigueur ou des règles de l'art, ou qui ne pourront être utilement poursuivis par l'Université. Ce montant est calculé sur la base des frais exposés ou devant être exposés par l'Université pour la réalisation de ces opérations (y compris le cas échéant par des travaux de démolition ou de modification), dans un délai de deux (2) mois à compter de la date de prise d'effet de la déchéance, dans la limite de quinze millions (15.000.000) d'Euros courants (hors taxes) ;

(ii) un montant correspondant à toutes les sommes restant dues à l'Université par le Titulaire à la date de prise d'effet de la déchéance et qui n'auraient pas été déduites de la rémunération du Titulaire à la date de prise d'effet de la déchéance.

Le montant (A) ne saurait être inférieur à un montant correspondant à quatre-vingt pour cent (80 %) de l'encours (en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire), à la date de prise d'effet de la résiliation, des Instruments de dette, ni supérieur à un montant correspondant à quatre-vingt-cinq pour cent (85 %) de l'encours (en ce inclus les intérêts courus non échus exposés par le Titulaire), à la date de prise d'effet de la déchéance, des Instruments de dette.

(B) correspond au montant de la Redevance exploitation - maintenance, de la Redevance services, de la Redevance gestion, de la Redevance énergies et fluides, de la Redevance mobilière et de la Redevance renouvellements, échu et non payé à la date de prise d'effet de la résiliation ;

(C) correspond au montant des indemnités, déterminé par les organismes d'assurance, perçues ou à percevoir par le Titulaire ;

(D) égal montant non utilisé, à la date de prise d'effet de la déchéance, de la Provision pour renouvellements.

Le montant résultant de la déduction, du montant (A), des montants (B), (C) et (D) selon les modalités indiquées ci-avant, est en outre augmenté de l'éventuel montant de TVA à reverser au Trésor Public.

Le montant de l'indemnité de déchéance due à l'Université en application du présent Article est évalué à dire d'expert (désigné par l'Université) dans un délai de six (6) mois à compter de la date de prise d'effet de la déchéance. L'indemnité est majorée des intérêts courus exposés par le Titulaire au titre des Instruments de dette entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date de versement de l'indemnité. Si le calcul de l'indemnité effectué par application des dispositions ci-dessus aboutit à une somme négative, cette somme est versée par le Titulaire à l'Université dans les mêmes conditions de délai.

40. Résiliation pour motif d'intérêt général

1. Il s'agit ici de reprendre le principe général, applicable à tout contrat administratif, selon lequel la personne publique peut, pour tout motif d'intérêt général, prononcer la résiliation du contrat. Ce droit ne peut s'exercer que contre une indemnisation complète du titulaire.

2. Ce sont surtout les modalités d'indemnisation du titulaire qui sont sensibles ici, l'objectif étant de s'assurer que l'ensemble des préjudices subis par le titulaire du fait de la résiliation est bien indemnisé. En pratique, c'est surtout, outre quelques points mécaniques et la vérification que des chefs de préjudice ne sont pas indemnisés plusieurs fois, la formule de calcul du manque à gagner du titulaire qui est sujette à discussion. Au demeurant, cette formule peut être laissée à la proposition des candidats en début de dialogue, pour être par la suite intégrée par la personne publique dans les versions ultérieures du projet de contrat remis aux candidats aux stades ultérieurs du dialogue.

4I. Conséquences de la fin du Contrat

Cet Article permet de traiter :

- les conditions dans lesquelles les ouvrages et biens reviennent à la personne publique au terme du contrat de partenariat ; en particulier, l'état dans lequel ces biens doivent être remis est à préciser, étant rappelé que le programme de renouvellement final est quant à lui prévu à l'[Article 16](#) (Prestations d'exploitation, d'entretien et de renouvellement) ;
- plus généralement, les obligations du titulaire en vue d'assurer la «transition» et la réversibilité, au terme du contrat de partenariat. Le sujet de la réversibilité peut s'avérer spécifiquement sensible pour les prestations liées à des systèmes informatiques ou technologiques.

(a) Au terme normal du Contrat, ou à son terme anticipé en raison de sa résiliation prononcée par l'Université en application de l'[Article 40](#) (Résiliation pour motif d'intérêt général), le Titulaire remet le Site à l'Université, en bon état d'entretien et de fonctionnement, et en tout état de cause dans un état permettant d'assurer, sous réserve de la mise en œuvre de prestations d'exploitation, de maintenance et de renouvellement d'un niveau au moins équivalent à celui des activités d'exploitation, de maintenance et de renouvellement incombant au Titulaire en application du Contrat, le respect des Objectifs de performance.

(b) S'il apparaît, sur la base d'un état des lieux et d'un audit établis contradictoirement entre les Parties, six (6) mois avant le terme normal du Contrat, ou à la date à laquelle l'Université notifie au Titulaire son intention qu'il soit mis un terme au Contrat avant son terme normal pour un motif d'intérêt général, que le Site ne pourra être remis à l'Université dans un état conforme aux prescriptions résultant de l'alinéa ci-dessus, le Titulaire procède, sous peine de l'application des pénalités prévues ci-dessous, avant le terme, normal ou anticipé, du Contrat, aux travaux de correction ou de mise à niveau nécessaires à la mise en œuvre du Programme de renouvellement final ainsi qu'à l'ensemble des travaux et corrections permettant d'atteindre l'objectif fixé au premier alinéa du présent Article. A défaut, l'Université peut décider de procéder auxdits travaux aux frais et risques du Titulaire, le cas échéant en faisant appel à la garantie visée à l'[Article 25](#) (Garanties).

Au terme du Contrat, le Site ainsi que l'ensemble des bâtiments reviennent gratuitement à l'Université. [NB : le régime des biens affectés à la valorisation peut suivre un régime différent]

Les opérations préalables nécessaires à la remise du Site donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux qui peuvent être assortis de réserves. Ces réserves doivent pouvoir être levées à la date de l'expiration du Contrat. Il est alors procédé à l'établissement contradictoire du procès-verbal de remise du Site.

A défaut de réalisation par le Titulaire du Programme de renouvellement final ou de tout autre des travaux de correction ou de mise à niveau dont la réalisation lui incombe au titre du présent Article, l'Université peut imposer au Titulaire, sans mise en demeure, le versement d'une pénalité d'un montant de [---] euros courants, par manquement et par jour calendaire de retard. Le montant des pénalités pouvant être appliquées par l'Université au Titulaire sur le fondement du présent alinéa est plafonné à dix millions (10.000.000) d'euros courants, l'Université étant autorisée à appeler la garantie prévue à l'[Article 25](#) (Garanties) pour obtenir le paiement des sommes dues à ce titre.

(c) Au terme du Contrat, le Titulaire met en œuvre l'ensemble des moyens en sa possession afin de permettre la transition dans des conditions ne mettant en cause ni la sécurité du Site ou des personnels de l'Université, ni la disponibilité du Site.

Ce transfert s'accompagne du transfert, au profit de l'Université, de l'ensemble des garanties et droits du Titulaire au titre des biens équipements ainsi transférés à l'Université.

8. CLAUSES TRANSVERSALES ET FINALES

42. Droit applicable et résolution des litiges

I. La complexité propre aux contrats de partenariat et l'imbrication éventuelle des responsabilités qui peut en découler augmentent les risques de différends entre les parties. Ces caractéristiques, combinées avec la longue durée de ce type de contrat, conduisent à devoir porter une attention particulière au mécanisme de règlement des différends.

Il est à ce stade utile de rappeler que l'un des objectifs principaux des rédacteurs d'un contrat de partenariat devra être de limiter au maximum les sources de contestation potentielle, qu'il s'agisse de rédactions imprécises ou de renvois à des discussions ultérieures, non cadrées.

2. L'esprit de partenariat doit également conduire les parties à rechercher un règlement à l'amiable, le cas échéant avec l'appui d'un collège d'experts (que celui-ci soit technique, financier ou juridique). Ce n'est qu'en cas d'échec de la tentative de règlement à l'amiable que les parties pourront saisir le juge du contrat.

(a) Les Parties s'efforcent de régler à l'amiable leurs différends.

En cas de persistance d'un différend, les Parties désignent chacune, dans un délai de dix (10) jours à compter de la demande de recours au collège d'experts formée par la Partie la plus diligente, deux experts spécialisés dans le domaine dont relève le différend, ces quatre experts désignant conjointement, dans les dix (10) jours suivant la nomination du dernier d'entre eux, un cinquième expert. Le collège d'experts ainsi constitué est chargé de remettre un avis sur le différend dont il s'agit.

Le collège d'experts remet son avis dans un délai raisonnable fixé par accord entre les Parties et ledit collège.

(b) Les contestations qui s'élèveraient entre les Parties au sujet du Contrat, y compris à la suite ou au sujet de l'avis du collège d'experts visé au (a) ci-avant, sont de la compétence du tribunal administratif territorialement compétent, étant précisé que les Parties conviennent de faire application de l'avis du collège d'experts dans l'attente de, et jusqu'à, la décision du tribunal.

43. Propriété intellectuelle

L'exécution du contrat de partenariat donne lieu à l'utilisation voire au développement, par le titulaire, de logiciels et systèmes informatiques. Il peut s'agir par exemple de logiciels de Gestion Technique de Bâtiment (GTB), ou de GMAO (Gestion de la Maintenance Assistée par Ordinateur).

Le titulaire devra naturellement disposer des droits pour lui permettre d'utiliser ces logiciels (lorsqu'il ne les crée pas), et l'université devra également y avoir accès, afin de faciliter sa mission de contrôle de l'exécution du contrat, ou tout simplement de permettre l'exécution du contrat (par exemple pour signaler des défauts et déclencher les interventions de maintenance corrective).

Le contrat posera donc les obligations du titulaire en cette matière, de même qu'il pourra préciser le régime de la protection des droits de l'architecte qui a conçu et dessiné le(s) bâtiment(s) objet du contrat de partenariat, sachant que c'est en premier lieu au titulaire qu'il incombera, dans la réalisation des travaux qui lui incombent au cours du contrat (au titre de ses missions de maintenance, de renouvellement ou en cas de modification des bâtiments), de faire son affaire du respect des droits des architectes.

44. Confidentialité

1. La présence des équipes du partenaire privé ou de ses prestataires au sein de l'université conduit à s'interroger sur les exigences de confidentialité. En fonction du périmètre des missions confiées au titulaire du contrat, les équipes de ce dernier vont en effet être conduites à avoir accès à des locaux dans lesquels se trouvent des documents qu'il convient de protéger (qu'il s'agisse de documents «administratifs» liés au fonctionnement de l'université ou, surtout, de documents ou de tout autre support relatif aux travaux de recherche menés à l'université).

2. Parallèlement, l'exécution du contrat permet à la personne publique d'avoir accès à des informations que le titulaire du contrat ne souhaitera pas divulguer (sur ses méthodes de travail, son organisation, ses coûts, ...).

(a) Le Titulaire s'engage à garder confidentiels toute information ou tout document relatifs au Projet, ou de manière générale à l'Université, dont il a eu connaissance au cours de la procédure de dialogue ayant précédé la conclusion du Contrat ou dans le cadre de l'exécution du Contrat et ce quels qu'en soient (i) la nature (notamment d'ordre scientifique, technique, commercial, financier, comptable, juridique ou administratif), (ii) la forme (écrite et/ou orale), et (iii) le moyen par lequel ces informations ont été transmises par l'Université ou un tiers intervenant sur le fondement d'un contrat conclu avec l'Université.

L'Université s'engage à garder confidentiels toute information ou tout document transmis par le Titulaire et/ou un tiers intervenant sur le fondement d'un contrat conclu avec le Titulaire, et dont il a eu connaissance au cours de la procédure de dialogue ayant précédé la conclusion du Contrat ou dans le cadre de l'exécution du Contrat et identifiés comme confidentiels par le Titulaire. Ces dispositions ne s'exercent pas sur les organismes de tutelle et de contrôle.

Les Parties s'engagent à respecter la confidentialité des informations visées ci-dessus pendant une durée de cinq (5) ans à compter du terme normal ou anticipé du Contrat.

(b) Les informations visées au point (a) ci-dessus ne sont plus considérées comme confidentielles lorsque leur divulgation ou leur annonce est rendue obligatoire par :

- une décision émanant d'une juridiction compétente, d'une autorité gouvernementale, de régulation ou de contrôle ;
- une disposition législative ou réglementaire applicable à l'Université ou au Titulaire ;
- l'exécution par l'une des Parties des obligations mises à sa charge au titre du Contrat, à condition toutefois que le tiers à qui cette Partie envisage de divulguer l'information confidentielle, en ce compris les établissements de crédit ayant mis en place les Instruments de dette, soit lui-même contractuellement tenu au respect de la confidentialité dans des conditions satisfaisantes pour l'autre Partie.

45. Notifications

Il s'agit d'un Article dont la vocation première est pratique, mais qui ne doit pas être négligé pour autant : les modalités selon lesquelles les parties échangent des informations tout au long de la vie du contrat méritent en effet d'être détaillées dans le contrat, afin d'en faciliter l'exécution.

De plus, à maintes reprises, le contrat prévoit que des délais courent à compter de la réception de tel ou tel document ou information par une partie. Il est donc primordial que les modalités de computation de ces délais soient clairement établies, ce qui passe notamment par un mécanisme de notifications efficace.

(a) Modalités

Toutes notifications, demandes ou communications pouvant ou devant être faites en exécution du Contrat sont, sauf stipulation contraire du Contrat, faites par écrit et envoyées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les notifications effectuées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception sont effectives à la date de la première présentation de la lettre recommandée aux adresses ci-dessous.

(b) Adresses

Toute notification, demande ou communication devant être faite, et/ou tout document devant être délivré, par une Partie à une autre Partie, en exécution du Contrat est faite et délivrée aux adresses suivantes :

Notification à l'Université :

[•]

Attention : [•]

Téléphone : [•]

Télécopie : [•]

Notification au Titulaire :

Adresse postale : [•]

Attention : [•]

Téléphone : [•]

Télécopie : [•]

ou à toute autre adresse, téléphone et télécopie qui seraient ultérieurement notifiés par une Partie à l'autre Partie avec un préavis raisonnable.

3



ANNEXES

FICHES DE LA MAPPP

ARTICLE 11 DE L'ORDONNANCE N° 2004-559 DU 17 JUIN 2004 SUR LES CONTRATS DE PARTENARIAT

EXEMPLE DE PROGRAMME D'ASSURANCES

Annexe I : Fiches de la MAPP

- Le traitement des subventions accordées à des projets de contrats de partenariat (2 octobre 2009) ;
- Analyse préliminaire de l'intérêt du recours au Contrat de Partenariat ;
- La maîtrise d'oeuvre dans les contrats de partenariat ;
- Les contrats de partenariat et la loi « MOP ».

Annexe 2 : Article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

«Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

a) A sa durée ;

b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;

c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;

d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;

d bis) Aux conditions dans lesquelles, en application de l'Article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;

e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ;

f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire ;

g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;

h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ;

i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;

j) Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;

k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

Annexe 3 : Exemple de programme d'assurances

Phase de conception - construction

- **Responsabilité civile travaux** (couvre la responsabilité civile du titulaire en cas de dommages aux tiers) ;
- **Tous risques chantier - montage - essais** (couvre les participants à la construction contre toute perte ou dommage matériel aux ouvrages (travaux objet du contrat, matériaux, ouvrages provisoires), en cas d'incendie, explosion, effondrement, événement naturel, vol, émeutes, terrorisme, sabotage, attentat, ; cette assurance peut comprendre un volet «Pertes d'exploitation anticipées, permettant de couvrir les frais financiers résultant d'un retard dans la mise à disposition de l'ouvrage) ;
- **Garantie Dommages ouvrage / constructeur non réalisateur (garantie décennale) ;**

Phase d'exploitation

- **Responsabilité civile exploitation** (couvre la responsabilité civile du titulaire en cas de faute entraînant un dommage aux tiers - y compris l'université) ;
- **Multirisque Dommages aux biens** («tous risques sauf») : garantit les dommages aux biens et à leur contenu (en cas d'incendie, foudre, explosion, dégât des eaux, vol, vandalisme, terrorisme, ...), ainsi, le cas échéant, que les pertes d'exploitation.

COLLECTION «Les référentiels» :

- **Signalétique extérieure des campus. Le guide pratique**
- **Guide méthodologique destiné à assister les porteurs de projets du Plan Campus du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche dans la rédaction des clauses juridiques de leurs contrats de partenariat**
- **Guide de rédaction des cahiers des charges des missions d'assistance à la personne publique**

**Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche
Direction générale pour l'enseignement supérieur et l'insertion professionnelle
Direction générale pour la recherche et l'innovation
Service des grands projets immobiliers**

Conception graphique Agence Linéal • 03 20 41 40 76

Février 2012