

# Exécution des montages contractuels complexes

Contrats de partenariat – BEA – BEH – AOT – LOA

Valérie de Sigoyer – Mott McDonald  
Éric Hinderer – Jean-Baptiste Colin  
Préface d'Alain Juppé



EDITIONS

**LE MONITEUR**

editionsdumoniteur.com

# Sommaire

	Préface.....	7
	Introduction.....	9
<b>CHAPITRE 1</b>	<b>Les terrains d'assiette.....</b>	<b>11</b>
<b>CHAPITRE 2</b>	<b>La phase de conception.....</b>	<b>13</b>
<b>CHAPITRE 3</b>	<b>Phase des travaux.....</b>	<b>23</b>
<b>CHAPITRE 4</b>	<b>Mise à disposition.....</b>	<b>33</b>
<b>CHAPITRE 5</b>	<b>Exploitation.....</b>	<b>45</b>
<b>CHAPITRE 6</b>	<b>Contributions publiques.....</b>	<b>71</b>
<b>CHAPITRE 7</b>	<b>Loyer financier.....</b>	<b>77</b>
<b>CHAPITRE 8</b>	<b>Recettes annexes.....</b>	<b>95</b>
<b>CHAPITRE 9</b>	<b>Causes légitimes de retard.....</b>	<b>101</b>
<b>CHAPITRE 10</b>	<b>Pénalités de retard et de performance.....</b>	<b>113</b>
<b>CHAPITRE 11</b>	<b>Modification du contrat.....</b>	<b>121</b>
<b>CHAPITRE 12</b>	<b>Financement imprévu.....</b>	<b>137</b>
<b>CHAPITRE 13</b>	<b>Refinancement.....</b>	<b>141</b>
<b>CHAPITRE 14</b>	<b>Modes alternatifs de règlement des litiges.....</b>	<b>149</b>
<b>CHAPITRE 15</b>	<b>Recours contentieux.....</b>	<b>155</b>
<b>CHAPITRE 16</b>	<b>Contrôle financier.....</b>	<b>169</b>
<b>CHAPITRE 17</b>	<b>Cession de contrat.....</b>	<b>173</b>

<b>CHAPITRE 18</b>	<b>Résiliation</b> .....	181
<b>CHAPITRE 19</b>	<b>Fin du contrat</b> .....	191
<b>CHAPITRE 20</b>	<b>La responsabilité</b> .....	201
<b>CHAPITRE 21</b>	<b>Contrôles de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes sur les montages contractuels complexes</b> .....	205
	Index .....	211
	Table des matières.....	215

# La phase de conception

La conception d'un projet englobe l'ensemble des études nécessaires à la réalisation de l'ouvrage. En fonction des projets, le point zéro de la conception peut correspondre au choix du terrain et à son acquisition, le point final étant pratiquement la livraison de l'ouvrage. De façon générale, les études de conception d'un projet définiront : les besoins des futurs usagers, la fonctionnalité de l'ouvrage, l'architecture extérieure du projet et son intégration au site, l'organisation intérieure et fonctionnelle des locaux, le choix des matériaux de construction et des équipements et la planification des travaux.

Dans le cas de montages classiques, de type maîtrise d'ouvrage publique, la conception du projet est confiée à plusieurs entités, notamment architecte et constructeur, à travers la passation de marchés distincts. Ces études sont réalisées sous le pilotage du commanditaire du projet, le maître d'ouvrage, qui s'impliquera pleinement dans la conception à travers la validation de plans, la participation aux réunions, le choix des matériaux, etc.

Dans le cadre des montages complexes, l'ensemble de la conception est confié à une même entité, la société de projet, qui sera garante de l'ensemble des études. Cette responsabilité est ensuite transférée à un groupement de conception-construction, ou à un promoteur suivant le type de sous contrat. Le rôle de la personne publique, qui reste commanditaire, mais n'assume plus la fonction de maître d'ouvrage, se révèle donc bien plus limité et l'implication de la personne publique n'est pas toujours évidente à appréhender (fig. 2.1).

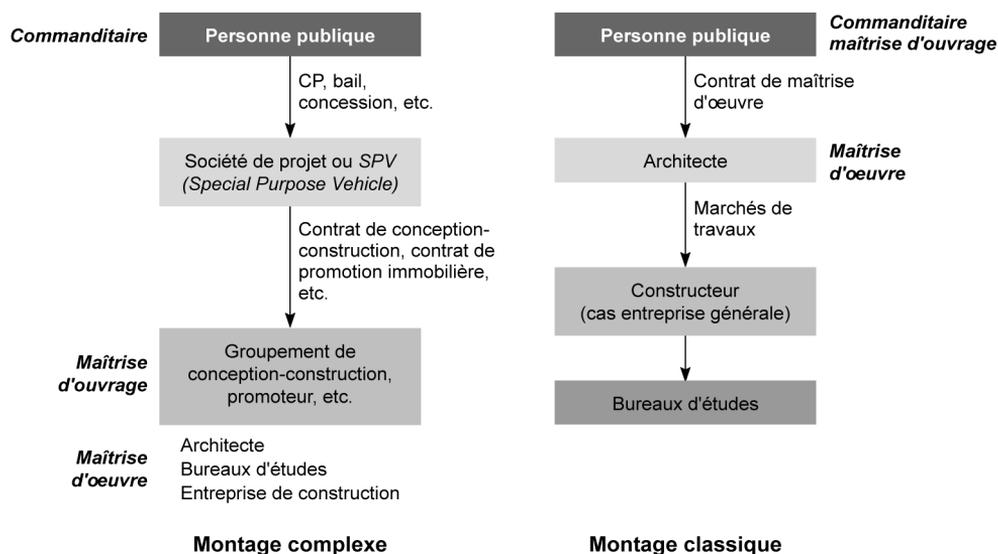


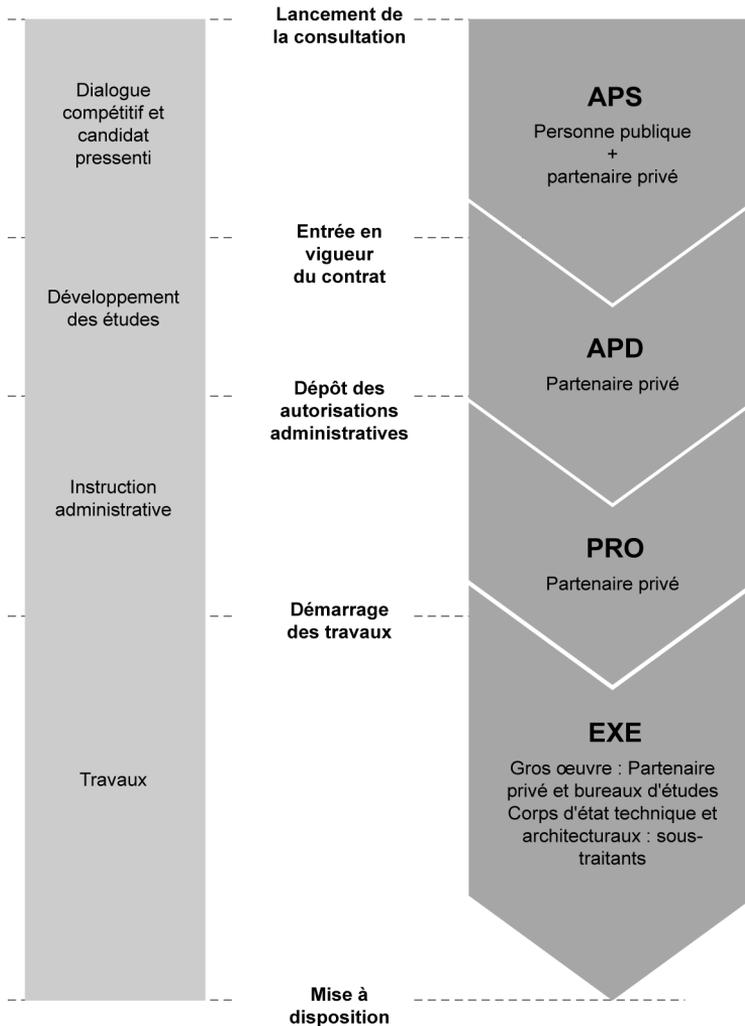
Fig. 2.1. Rôles et responsabilités – Montages complexes et classiques

Dans ce chapitre, les auteurs se sont ainsi attachés à clarifier le rôle de la personne publique durant cette phase importante du projet. Seront ainsi rappelés le déroulé et les différentes phases des études de conception, puis identifiés les enjeux et la méthodologie de suivi à adopter pour s’assurer du respect des spécifications par le partenaire, afin d’aboutir à la sélection des entreprises sous-traitantes et débiter la construction.

## 2.1 Différentes phases de la conception

La conception d’un projet se découpe en plusieurs grandes phases, du niveau de détail le moins avancé vers le plus abouti :

- APS – avant-projet sommaire ;
- APD – avant-projet détaillé ;
- PRO – études de niveau projet ;
- DCE – dossier de consultation des entreprises ;
- EXE – études de niveau exécution (fig. 2.2).



**Fig. 2.2. Déroulé de la phase d'étude**

À la fin de chacune de ces étapes, un rendu est réalisé par l'équipe de conception, composée du maître d'œuvre et des bureaux d'études. Ces rendus consistent en des plans et des notes descriptives sur chaque lot (cahier des charges techniques et particulières – CCTP).

La dernière phase (EXE) est réalisée par les entreprises en charge des travaux du lot concerné. Ces études sont donc entendues comme faisant partie des travaux et elles sont donc traitées dans le chapitre phase travaux.

À chaque niveau d'étude correspond un niveau de détail plus important dans les plans et la documentation technique. Pour mémoire, les différents niveaux d'études correspondent à :

- Pour l'APS :
  - préciser la composition générale de l'ouvrage en plan et en volume ;

- apprécier les volumes intérieurs et l’aspect extérieur de l’ouvrage ;
- proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées.
- Pour l’APD :
  - arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l’ouvrage ainsi que son aspect ;
  - définir les matériaux qui seront mis en œuvre.
- Pour le PRO :
  - préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre ;
  - déterminer l’implantation, et l’encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques. ;
  - préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides.

L’objectif final des études, est d’aboutir à un DCE, permettant de désigner les entreprises mandataires de chaque lot (gros œuvre, charpente, électricité, plomberie, etc.). Pour mémoire, les désignations sont de la responsabilité du concepteur-constructeur.

Parallèlement au déroulé des études, le partenaire va déposer les différents dossiers administratifs nécessaires à la réalisation du projet. Usuellement, le dépôt des autorisations administratives se fait une fois le contrat signé. Dans le cas général d’un permis de construire, le niveau APD des études suffit pour le dépôt.

## **2.2 Déroulé des études**

À la signature du contrat, les études sont déjà réalisées en partie. En effet, le choix du lauréat pressenti se fait souvent sur la base d’un APS. Le dialogue compétitif quant à lui permet de mettre à jour cet APS, suivant les remarques formulées par la personne publique, et de démarrer l’APD. Toutefois, cela n’est pas une généralité, et il arrive que sur certains projets, le groupement attende la signature du contrat de partenariat pour réaliser les études APD. C’est par exemple le cas pour des projets nécessitant des études très poussées, qui ne peuvent être réalisées par le partenaire qu’une fois le contrat signé.

Il est très important que l’ensemble des modifications apportées au projet soit clairement consigné dans la documentation contractuelle lors de la phase de mise au point. Les programmes devront notamment refléter les dernières demandes formulées par la personne publique, permettant après la signature de les faire évoluer ou de les modifier (*cf.* chapitre 11 Modification du contrat).

Le développement des études permet également de constituer en parallèle les dossiers administratifs. Dans le cas général d’un permis de construire, le dossier est régulièrement finalisé dans les toutes premières semaines suivant la signature du contrat sur la base d’études de niveaux APD. Néanmoins, sur certains projets au planning contraint, il arrive que le partenaire dépose les dossiers avant la signature si le niveau de détail de la conception le permet.

## 2.3 Enjeux et cadre de l'intervention

Les enjeux à respecter lors de cette phase sont les suivants :

- s'assurer du bon déroulé de la phase d'autorisation administrative ;
- obtenir un ouvrage en adéquation avec les besoins ;
- prendre en compte l'exploitation maintenance ;
- cibler les modifications par rapport au contrat signé et mesurer les conséquences financières et de délai.

La phase de conception est cruciale pour le bon déroulement du projet, et la personne publique doit y jouer son rôle afin que les différents acteurs puissent réaliser l'ouvrage le plus fonctionnel possible, présentant le niveau de qualité optimal et dans les temps impartis.

Bien qu'au titre d'un PPP, la personne publique n'ait dans la majeure partie des cas aucune obligation vis-à-vis de la revue des études, dans les faits, il est vivement recommandé de formuler des remarques sur le développement de l'APD et du PRO pour anticiper les éventuels problèmes de conception et faciliter les opérations de réception en limitant les potentielles réserves. Ces remarques ne sont pas contractuelles et sont plus de l'ordre de la précision que de la modification aux programmes (fonctionnel, techniques et exploitation-maintenance). Les modifications doivent être traitées à part dans le cadre de fiches travaux modificatifs (*cf.* chapitre 11 Modification du contrat).

Dans tous les cas, les remarques formulées par la personne publique ne pourront être contractuelles, car elles ne modifient pas le programme et donc le contrat. Le partenaire reste maître d'ouvrage et garde à ce titre la responsabilité du développement des études et des choix techniques, dans la mesure où ceux-ci permettent d'atteindre les objectifs performantiels.

Toutefois, il est important de noter que le partenaire privé est souvent en attente de ces retours, car ils lui permettent à lui aussi de s'assurer de la conformité de ses études avec les objectifs de la personne publique. Beaucoup de caractéristiques ne sont pas définies avec suffisamment de précision dans les programmes, ceux-ci n'ayant d'ailleurs pas vocation à être trop prescriptifs. Un suivi régulier, avec des points d'étape systématiques lors des rendus en fin de chaque phase est important, et permet notamment de spécifier les demandes et au final, bénéficier à la livraison d'un ouvrage répondant pleinement à ses objectifs.

## 2.4 Méthodologie pour la revue des études

Lors de cette revue, les retours formulés par la personne publique sont usuellement les suivants :

- Adéquation au programme ;
- Demande de précisions au partenaire ;
- Choix entre les différentes alternatives (finitions / équipements) proposées par le partenaire.

Pour mener à bien cette revue et s'organiser en conséquence, la personne publique doit imposer un planning de remise de document et s'entendre avec le partenaire sur le délai qui lui est accordé pour formuler ses remarques. En règle générale, la personne publique

demande à consulter les rendus à la fin de chaque phase de conception. Dans un temps limité, la personne publique formulera des remarques sur le dossier, ce qui requiert la mise en place d'une organisation pour faire face à la charge de travail, et ce afin que les remarques soient les plus constructives possibles.

À ce titre, il est vivement recommandé à la personne publique de s'entourer d'un APP (assistant à la personne publique) qui aura à sa charge la revue des dossiers d'étude pour formuler des remarques sur les grandes familles suivantes :

- fonctionnalité ;
- technique ;
- confort (thermique, acoustique, éclairage, etc.) ;
- exploitation-maintenance ;
- planning.

La revue de la conception prend environ deux semaines à la fin de chaque phase. Afin de permettre à la personne publique de formuler ses remarques et d'échanger avec son assistant, il est recommandé de prévoir un délai d'un mois dans le planning.

Il s'agira d'identifier lors des différentes phases de conception tous les écarts par rapport aux performances attendues, en réalisant un contrôle permanent de la conformité des études réalisées et des documents transmis par le partenaire conformément aux exigences contractuelles.

### **2.4.1**    **Fonctionnalité**

L'objet de la revue fonctionnelle sera de s'assurer de la conformité des études au programme fonctionnel, mais aussi de comprendre comment l'ouvrage fonctionnera dans tous ces modes et pour tous les utilisateurs pressentis.

Par exemple, pour une enceinte sportive, il sera primordial de faire une étude fine des différents flux (joueurs, officiels, public VIP, public, public visiteur, restauration, sécurité / pompiers, déchets, mainteneur et autres le cas échéant). Pour ces différents flux, la revue dès la phase études permettra de valider les hypothèses prises par le groupement, car le programme Fonctionnel ne pourra être complet et d'autre part, sur certains sujets, plusieurs solutions sont conformes, mais l'une d'entre elle sera préférable. L'étude prendra en compte la bonne ségrégation des flux la bonne intégration des connexions entre ceux-ci et le fonctionnement en mode dégradé (alarme incendie par exemple).

La problématique de l'accessibilité sera également traitée dans la fonctionnalité. L'objet est de s'assurer que les normes en vigueur sont respectées avec notamment la vérification des avis du bureau de contrôle.

### **2.4.2**    **Technique**

Comme pour la revue fonctionnelle, le document de base est le programme technique. La première étape est de s'assurer que les spécifications techniques retenues par le groupement respectent les attentes du contrat.

La revue technique se doit d'être exhaustive pour permettre de cibler le plus en amont les problèmes potentiels. Elle doit également être systématique en comparant lot par lot les

propositions du groupement et le programme technique. Notamment, pour trancher des variantes entre plusieurs solutions qui respecteraient les obligations du programme.

Des aspects techniques spécifiques peuvent être regardés plus précisément lorsqu'ils touchent directement à un usage spécifique. C'est le cas notamment pour des ensembles scolaires qui sont livrés avec des équipements de cuisine (cuisine centrale ou office de réchauffage). La revue peut alors être conjointement effectuée avec l'assistant à la personne public et les futurs utilisateurs de ces équipements. De nombreuses spécifications techniques peuvent être apportées sans impact de délai ou de coûts à ce stade du projet, contrairement à la phase travaux.

### **2.4.3 Confort**

Les montages complexes étant des contrats performantiels, les objectifs en termes de confort sont contractuels et le partenaire doit les garantir sur la durée de l'exploitation. Toutefois, pour éviter les discussions contractuelles ou l'application systématique du mécanisme de pénalisation en cas de non-respect d'un engagement, il est préférable de porter une attention toute particulière aux objectifs de confort : acoustique, thermique, éclairage naturel et artificiel, confidentialité, sûreté, etc.

Ces objectifs ne sont pas forcément toujours compatibles et certaines exigences peuvent être revues à la baisse, car elles ne sont pas atteignables.

Par exemple, sur un ouvrage tertiaire, des engagements forts avaient été demandés concernant la confidentialité, l'acoustique et l'éclairage naturel sur un même local. Compte tenu de l'architecture du local, l'atteinte simultanée de l'ensemble des objectifs n'était pas réaliste, une paroi trop occultante pour assurer la confidentialité ne permettait plus d'obtenir le facteur lumière du jour demandé. La revue des objectifs de confort a permis de cibler ces dérogations et de prioriser l'objectif de confidentialité (opacification des menuiseries du local, pose de luminaires supplémentaires permettant de graduer l'éclairage et apporter un complément à l'apport naturel).

### **2.4.4 Exploitation-maintenance**

Au même titre que pour les objectifs de confort, le respect des engagements en termes d'exploitation et de maintenance est de la responsabilité du partenaire tout au long de la durée du contrat. Là aussi, une anticipation des problèmes potentiels permet de s'affranchir de litiges contractuels futurs.

Le rôle de la personne publique est moins important sur ce domaine, toutefois il est primordial de s'assurer que le mainteneur est bien associé aux choix techniques. C'est en effet la meilleure garantie pour que le bâtiment soit pérenne et facile à entretenir.

Une illustration de l'importance de l'implication du mainteneur a été rencontrée sur un projet tertiaire, où il était demandé de remettre en état les façades du bâtiment suite à des dégradations par graffiti. Devant la position du constructeur de ne pas utiliser de produit anti graffiti, il a été demandé à ce qu'un essai de nettoyage soit réalisé pour s'assurer de la faisabilité technique de la méthodologie pressentie et surtout afin que le mainteneur s'engage en

connaissance de cause. Si ce test n'avait pas été concluant, il aurait alors possible de rechercher une solution technique alternative, sans impact sur la poursuite du planning.

L'anticipation de ce genre de sujet est bénéfique au projet, et réduit le risque de différents contractuels dans l'exécution du contrat.

### **2.4.5** Planning

Le partenaire peut être amené à revoir son planning lors des différentes phases d'étude. Toutefois il reste engagé sur une date de mise à disposition/d'Acceptation intangible. D'autres dates contractuelles intermédiaires peuvent également avoir été définies au contrat et ne pourront être modifiées sans modification du contrat (mises à disposition provisoires, prises de possession de zone notamment pour les chantiers en plusieurs phases).

La revue du planning du partenaire sert aussi à identifier certains événements auxquels la personne publique devra ou pourra participer, comme la présentation d'échantillons ou la réalisation de tests. La personne publique peut alors exprimer ses remarques sur des points particuliers si elle juge que les actions planifiées par le partenaire ne sont suffisamment anticipées pour permettre le respect et l'atteinte de ces dates ou jalons techniques.

Dans le cadre d'un projet récent réalisé dans le cadre d'un contrat de partenariat, une phase de marche à blanc était prévue et avait été planifiée en conséquence dans le planning contractuel. Or il est parfois délicat lors du dialogue préalable à la signature du contrat de parfaitement définir cette phase ainsi que l'implication de la personne publique. Le partenaire a ainsi été amené à redéfinir son planning afin de prendre en compte les contraintes techniques et logistiques de la personne publique qui a donc participé à la discussion permettant d'affiner cette phase, notamment en redéfinissant les différents jalons calendaires.

En tout état de cause, la personne publique devra s'assurer durant cette phase du respect par le partenaire de la mise en place et du respect du planning contractuel. La personne publique devra être en mesure d'identifier tout risque pouvant compromettre les échéances contractuelles.

### **2.4.6** Prise en compte des besoins des utilisateurs

Durant les différentes phases de revue, il est important que la personne publique intègre les utilisateurs du futur ouvrage.

Les utilisateurs sont les personnes les mieux placées pour apporter leur connaissance et reporter leurs besoins. Toutefois, il est utile de bien cadrer les échanges pour que ceux-ci soient fructueux. En effet, toutes les demandes des utilisateurs ne pourront être prises en compte, ainsi il faut que leur implication dans le projet, limitée à un rôle consultatif, leur soit préalablement exposée.

Le déroulement type d'échange avec les utilisateurs se passe en trois temps avec :

- une présentation faite par le partenaire des solutions retenues aux utilisateurs ;
- la formulation des remarques par les utilisateurs sur les différents sujets abordés ;
- la synthèse des échanges par la personne publique avec le partenaire pour lui indiquer clairement quels points sont retenus et quels autres ne sont pas approfondis.

Il est important que la personne publique soit présente lors des échanges pour garder le contrôle sur la gestion du projet et maîtriser les éventuels sujets qui seraient de l'ordre de travaux modificatifs et qui engendreraient donc des évolutions financières et calendaires.

Sur le même principe que pour les utilisateurs, il peut être utile d'intégrer des tiers dans la réflexion de la conception de l'ouvrage. Toutefois, il convient de rappeler que le partenaire étant maître d'ouvrage, il endosse la responsabilité d'intégrer les contraintes générées par les tiers (concessionnaires, aménageurs, ville, etc.).

La personne publique peut garder la main sur la communication si elle le souhaite, car bien qu'elle ne soit pas maître d'ouvrage, son nom est associé au projet. Ainsi, dès la phase étude, toute communication extérieure du groupement sur le projet devra être conditionnée par l'avis et l'autorisation de la personne publique.

## **2.5 Consultation des entreprises sous-traitantes**

La finalisation des études permet au partenaire de réaliser les DCE (dossiers de consultation des entreprises). Lors de la consultation, la personne publique n'a pas de rôle à jouer, car cette tâche incombe au partenaire.

Toutefois, la personne publique peut demander qu'un suivi des désignations soit effectué sous la forme d'un tableau récapitulatif des marchés désignés et de leur montant, notamment pour s'assurer du respect des engagements contractuels en termes de part des travaux confiés à des PME, voire à des entreprises locales si le contrat le stipule. Ces obligations sont assez courantes dans les montages complexes et leur respect doit être vérifié par la personne publique. L'engagement sur les PME peut prendre en compte les montants confiés à des PME dans le cadre d'un marché de prestation ou dans le cadre d'un marché de fourniture.

L'engagement, tout aussi courant, qui concerne l'insertion sociale, avec un nombre minimal d'heure à confier à des personnes en insertion peut également être contrôlé à ce stade du projet. Bien que cet objectif se mesure concrètement en phase travaux, par des relevés d'heure, il peut s'avérer utile de vérifier le report de ces obligations dans le cadre des DCE sur les entreprises sous-traitantes. En effet, les constructeurs ont de plus en plus tendance à confier l'intégralité d'un lot ou d'une zone du chantier à une entreprise fonctionnant uniquement avec du personnel en insertion, ce qui permet un premier aperçu des heures confiées dès la désignation du sous-traitant.

En tant qu'acteur public, la personne publique est fréquemment sollicitée afin de faciliter les relations entre le partenaire et les différents acteurs sociaux et associatifs, tels que les missions locales pour les jeunes, Pôle Emploi, ou encore les maisons de l'emploi spécialisées dans l'accompagnement aux entreprises. En effet, les principes de l'insertion sociale sont exprimés de façon quantitative, un nombre d'heure à réaliser, mais le fonctionnement pratique reste à mettre en place pendant la réalisation du projet. Obtenir un contact privilégié chez ces acteurs sociaux et associatifs peut grandement faciliter la mise en place des dispositifs d'insertion.

## Phase des travaux

Une fois les études de niveau projet terminées et le dossier de consultation des entreprises établi, les travaux vont démarrer. En fonction du projet les premiers travaux, en parallèle des installations de chantiers, vont concerner :

- les travaux de terrassement et fondations, si les terrains sont libres de toute construction ;
- les travaux de démolitions si les terrains comportent des ouvrages existants ;
- les travaux de préparation, désamiantage et curage, s’il s’agit d’une restructuration.

De même que pour la phase de conception, le rôle de contrôle et de pilotage des travaux étant assuré par le maître d’ouvrage, c’est-à-dire le partenaire, nous détaillerons dans cette section les objectifs de la personne publique durant cette phase, ainsi que l’implication de celle-ci durant le démarrage et l’exécution des travaux.

### 3.1 Objectifs pour la personne publique

Le partenaire privé est maître d’ouvrage du projet, ce qui le rend seul responsable de l’achèvement du projet sous des contraintes de calendrier et de budget. Le rôle dévolu à la personne publique doit dès lors être limité à des opérations de suivi et de contrôle. L’objectif est de s’assurer, en tant que commanditaire des travaux, du bon suivi du processus qualité du constructeur et de l’application des normes et des règles de l’art. Ainsi, la personne publique ne prend pas de part active dans la réalisation du projet, mais une part réactive, qui donne le droit de vérifier le fonctionnement des équipes, sans toutefois faire preuve d’ingérence.

Toutefois, comme en phase de conception, le partenaire – pour mener à bien son projet – aura besoin de spécifications fonctionnelles sur l’utilisation du futur ouvrage pour faire les choix techniques les plus judicieux. La présence de la personne publique est donc continue et doit permettre de répondre rapidement aux questions ou demandes de modifications du partenaire afin d’aboutir dans les délais à un projet de haute qualité.

# Table des matières

Sommaire .....	5
Préface.....	7
Introduction .....	9
<b>CHAPITRE 1</b> Les terrains d'assiette .....	11
1.1 Mise à disposition des terrains et des ouvrages existants.....	11
1.2 État des terrains et des ouvrages mis à disposition.....	12
<b>CHAPITRE 2</b> La phase de conception .....	13
2.1 Différentes phases de la conception.....	14
2.2 Déroulé des études.....	16
2.3 Enjeux et cadre de l'intervention.....	17
2.4 Méthodologie pour la revue des études.....	17
2.4.1 Fonctionnalité.....	18
2.4.2 Technique .....	18
2.4.3 Confort.....	19
2.4.4 Exploitation-maintenance .....	19
2.4.5 Planning .....	20
2.4.6 Prise en compte des besoins des utilisateurs .....	20
2.5 Consultation des entreprises sous-traitantes.....	21
<b>CHAPITRE 3</b> Phase des travaux.....	23
3.1 Objectifs pour la personne publique .....	23
3.2 Démarrage des travaux .....	24
3.3 L'exécution des travaux .....	25
3.3.1 Échantillons et témoins .....	26
3.3.2 Suivi du planning .....	27
3.3.3 Suivi des engagements du partenaire .....	28
3.3.4 La gestion des modifications .....	29
3.3.5 Anticiper l'utilisation de l'ouvrage .....	30
3.3.6 Sanctions .....	30

<b>CHAPITRE 4</b>	<b>Mise à disposition</b> .....	33
<b>4.1</b>	<b>Définitions</b> .....	33
<b>4.2</b>	<b>La date de mise à disposition</b> .....	34
<b>4.3</b>	<b>Les préalables à la mise à disposition</b> .....	35
<b>4.3.1</b>	<b>Opérations préalables à la réception (OPR)</b> .....	35
<b>4.3.2</b>	<b>Commission de sécurité</b> .....	36
<b>4.3.3</b>	<b>Commission vétérinaire</b> .....	37
<b>4.3.4</b>	<b>Marche à blanc</b> .....	37
<b>4.3.5</b>	<b>Réception</b> .....	38
<b>4.4</b>	<b>La procédure de mise à disposition</b> .....	38
<b>4.4.1</b>	<b>Prononcer la mise à disposition sans réserves</b> .....	39
<b>4.4.2</b>	<b>Prononcer la mise à disposition avec des réserves mineures</b> .....	39
<b>4.4.3</b>	<b>Ne pas prononcer la mise à disposition, au motif que des réserves majeures sont relevées</b> .....	40
<b>4.5</b>	<b>L'organisation devant être adoptée</b> .....	41
<b>4.5.1</b>	<b>Les effectifs</b> .....	41
<b>4.5.2</b>	<b>Les expertises externes</b> .....	41
<b>4.5.3</b>	<b>Les futurs usagers</b> .....	41
<b>4.6</b>	<b>Conséquences d'un retard</b> .....	42
<b>4.7</b>	<b>L'acceptation de la cession de créances</b> .....	42
<b>CHAPITRE 5</b>	<b>Exploitation</b> .....	45
<b>5.1</b>	<b>La phase d'exploitation</b> .....	45
<b>5.2</b>	<b>S'organiser autour du contrat pour rendre un service adapté</b> .....	48
<b>5.2.1</b>	<b>Répondre aux contraintes réglementaires de l'exploitation</b> .....	48
5.2.1.1	Planifier l'interface avec le partenaire privé dans la gestion des risques .....	49
5.2.1.2	Les contrôles obligatoires des installations .....	51
<b>5.2.2</b>	<b>Capitaliser la mémoire du projet pour optimiser le pilotage de l'exploitation</b> .....	58
5.2.2.1	L'évolution de la mémoire du projet .....	58
5.2.2.2	Communiquer pour éviter la détérioration de la performance .....	60
<b>5.2.3</b>	<b>Adapter le contrat au contexte pratique</b> .....	61
5.2.3.1	Les modifications de la structure des ouvrages .....	61
5.2.3.2	Les modifications liées à la marche du service public .....	62

<b>5.3</b>	<b>Contrôler la performance pour pérenniser l'investissement public</b> .....	63
<b>5.3.1</b>	<b>Choisir un mécanisme contrôle adapté</b> .....	63
<b>5.3.1.1</b>	<b>La notion de qualité</b> .....	63
5.3.1.2	La notion de satisfaction.....	64
5.3.1.3	Comprendre et appliquer le mécanisme de contrôle.....	65
<b>5.3.2</b>	<b>Piloter la gestion durable des énergies et fluides : Le développement durable en phase exploitation</b> .....	66
5.3.2.1	Principes.....	66
5.3.2.1	Les fondamentaux du développement durable .....	67
5.3.2.3	Principales normes françaises appliquées .....	68
5.3.2.4	Les indicateurs de performance.....	68
<b>CHAPITRE 6</b>	<b>Contributions publiques</b> .....	71
<b>6.1</b>	<b>Définitions</b> .....	71
<b>6.1.1</b>	<b>Avances sur loyers</b> .....	71
<b>6.1.2</b>	<b>Subventions d'équipement</b> .....	72
<b>6.2</b>	<b>Affectation des montants versés</b> .....	73
<b>6.3</b>	<b>Modalités de versements</b> .....	73
<b>6.3.1</b>	<b>Durant la phase de dialogue</b> .....	73
<b>6.3.2</b>	<b>À la clôture financière</b> .....	74
<b>6.3.3</b>	<b>Retard dans les versements</b> .....	74
<b>6.4</b>	<b>Optimisation financière</b> .....	74
<b>6.5</b>	<b>Points d'attention</b> .....	75
<b>6.5.1</b>	<b>Assujettissement à la TVA</b> .....	75
<b>6.5.2</b>	<b>Modalités de calcul du plafonnement de l'assiette de cession Dailly acceptée</b> .....	75
<b>6.5.3</b>	<b>Recours limité au financement public pour les collectivités territoriales</b> .....	75
<b>CHAPITRE 7</b>	<b>Loyer financier</b> .....	77
<b>7.1</b>	<b>Les grands principes de la couverture contre le risque de taux...</b>	77
<b>7.1.1</b>	<b>Fixation du loyer financier</b> .....	77
<b>7.1.2</b>	<b>Contrats de swap</b> .....	78
<b>7.1.3</b>	<b>Situation initiale de la société de projet avant la souscription d'un contrat de swap</b> .....	78

7.1.4	<b>Situation finale de la société de projet après la souscription d'un contrat de swap</b> .....	80
7.1.5	<b>Principes de détermination du taux de swap</b> .....	81
7.2	<b>Choix de la date de fixation des taux</b> .....	83
7.3	<b>Recalage et débouclage des instruments de couverture</b> .....	85
7.3.1	<b>Soulte d'un contrat de swap</b> .....	85
7.3.2	<b>Prise en charge des conséquences financières</b> .....	86
7.4	<b>L'importance capitale du modèle financier lors de la fixation du loyer financier</b> .....	88
7.4.1	<b>Rôle du modèle et des conseils financiers</b> .....	88
7.4.2	<b>Mise à jour du modèle initial préalablement à la fixation des taux</b> .....	88
7.4.3	<b>Actualisation du modèle initial à la date de fixation des taux</b> .....	89
7.5	<b>Conseil et écueils à éviter dans le cadre de la procédure de fixation du loyer financier</b> .....	90
7.5.1	<b>Chronologie de la procédure de fixation du loyer financier</b> .....	90
7.5.2	<b>Rôle de la banque de référence</b> .....	92
7.5.3	<b>Caractère itératif de la procédure</b> .....	92
<b>CHAPITRE 8</b>	<b>Recettes annexes</b> .....	95
8.1	<b>Différentes formes de recettes annexes</b> .....	96
8.2	<b>Modalités d'intégration des recettes annexes au financement du projet</b> .....	96
8.2.1	<b>Utilisation des recettes annexes pour le financement des ouvrages</b> .....	96
8.2.2	<b>Reversement des recettes annexes à la personne publique</b> .....	97
8.3	<b>Partage des recettes annexes entre le partenaire privé et la personne publique</b> .....	98
8.4	<b>Partage de responsabilité au sujet des activités annexes</b> .....	98
<b>CHAPITRE 9</b>	<b>Causes légitimes de retard</b> .....	101
9.1	<b>Une liste limitative de causes légitimes de retard</b> .....	101
9.2	<b>Les mécanismes de traitement et comptabilité des retards</b> .....	106
9.2.1	<b>Traitement d'une cause légitime de retard liée aux intempéries</b> .....	107
9.2.2	<b>Découverte d'une pollution de sol (cas d'un ancien site industriel par exemple)</b> .....	108
9.3	<b>Un formalisme contractuel imposé par les parties</b> .....	108

<b>9.4</b>	<b>Les conséquences financières des causes légitimes de retard</b> .....	109
<b>9.4.1</b>	<b>Définition</b> .....	109
<b>9.4.2</b>	<b>Quels coûts considérer ?</b> .....	110
<b>9.4.3</b>	<b>Prise en charge des coûts</b> .....	112
<b>9.5</b>	<b>Remédiations pouvant être exigées du partenaire privé</b> .....	112
<b>CHAPITRE 10</b>	<b>Pénalités de retard et de performance</b> .....	113
<b>10.1</b>	<b>Les règles juridiques applicables aux pénalités</b> .....	113
<b>10.1.1</b>	<b>La renonciation aux pénalités</b> .....	113
<b>10.1.2</b>	<b>La nécessité d'une mise en demeure préalable</b> .....	114
<b>10.1.3</b>	<b>Le contenu de la mise en demeure</b> .....	116
<b>10.1.4</b>	<b>Le caractère disproportionné des pénalités de retard</b> .....	116
<b>10.1.5</b>	<b>Les pénalités sont-elles libératoires de toute demande d'indemnisation de préjudice ?</b> .....	116
<b>10.1.6</b>	<b>Le cocontractant peut-il déduire du montant des pénalités le montant des réparations effectuées ?</b> .....	117
<b>10.2</b>	<b>Les problématiques auxquelles les parties ont été confrontées en cours de projet</b> .....	118
<b>10.3</b>	<b>L'utilisation des mécanismes de contrôles avant la mise à disposition</b> .....	119
<b>CHAPITRE 11</b>	<b>Modification du contrat</b> .....	121
<b>11.1</b>	<b>La modification bilatérale des montages contractuels complexes</b> .....	121
<b>11.2</b>	<b>Le droit interne en matière d'avenants</b> .....	122
<b>11.2.1</b>	<b>Le droit interne des avenants en droit des marchés publics</b> .....	122
<b>11.2.2</b>	<b>Le droit interne des avenants en droit des montages contractuels complexes</b> .....	123
<b>11.3</b>	<b>Les directives communautaires en tant qu'elles régissent les modifications de marchés en cours</b> .....	123
<b>11.4</b>	<b>La portée des directives communautaires en tant qu'elles régissent les modifications de marchés en cours</b> .....	125
<b>11.4.1</b>	<b>Les modifications présentant un caractère substantiel</b> .....	126
11.4.1.1	Les conditions qui auraient permis l'admission de candidats autres ou l'acceptation d'une autre offre .....	126
11.4.1.2	La modification de l'équilibre économique du marché en faveur de son titulaire .....	126
11.4.1.3	L'extension considérable du champ d'application du marché .....	127

11.4.1.4	La circonstance qu'un nouveau titulaire remplace celui auquel la personne publique a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d).....	127
<b>11.4.2</b>	<b>Sur les exceptions admises par les directives communautaires</b> .....	127
11.4.2.1	Les petites modifications .....	127
11.4.2.2	Les clauses de réexamen .....	128
11.4.2.3	Les travaux et services devenus nécessaires .....	128
11.4.2.4	Les modifications imprévisibles.....	129
11.4.2.5	La cession de contrat.....	129
<b>11.5</b>	<b>La procédure de conclusion des avenants, dans le cadre du régime juridique issu des directives communautaires en tant qu'elles régissent les modifications de marchés en cours</b> .....	131
<b>11.6</b>	<b>La modification unilatérale des montages contractuels complexes</b> .....	131
<b>11.7</b>	<b>La nécessité et la mise en place d'avenants</b> .....	132
<b>11.7.1</b>	<b>Les nécessités techniques d'un avenant</b> .....	133
11.7.1.1	Modification de l'ouvrage .....	133
11.7.1.2	La survenance d'un imprévu.....	134
<b>11.7.2</b>	<b>Les catégories d'avenants</b> .....	134
11.7.2.1	L'avenant technique .....	134
11.7.2.2	L'avenant financier.....	134
<b>11.7.3</b>	<b>La mise en place d'un avenant</b> .....	135
<b>CHAPITRE 12</b>	<b>Financement imprévu</b> .....	137
<b>12.1</b>	<b>Compte de réserve pour modifications</b> .....	137
<b>12.2</b>	<b>Recherche d'économies</b> .....	138
<b>12.3</b>	<b>Paiement direct</b> .....	138
<b>12.4</b>	<b>Ajustement du loyer</b> .....	139
<b>CHAPITRE 13</b>	<b>Refinancement</b> .....	141
<b>13.1</b>	<b>Principes généraux</b> .....	141
13.1.1	Définition de l'opération de refinancement.....	141
13.1.2	Procédure de mise en place du refinancement.....	142
13.1.3	Limitation du nombre de refinancements .....	143
<b>13.2</b>	<b>Détermination des gains de refinancement</b> .....	144
13.2.1	Définition.....	144

13.2.2	Cas particulier des coûts de remboursement anticipé des emprunts .....	145
13.2.3	Partage des gains de refinancement .....	145
13.2.4	Modalités de calcul des gains de refinancement.....	146
<b>CHAPITRE 14</b>	<b>Modes alternatifs de règlement des litiges .....</b>	<b>149</b>
14.1	<b>Présentation sommaire des modes alternatifs de règlement des litiges.....</b>	<b>149</b>
14.1.1	La conciliation.....	149
14.1.2	L'arbitrage .....	150
14.2	<b>Les hypothèses ouvrant droit aux modes alternatifs de règlement des litiges.....</b>	<b>150</b>
14.3	<b>La survenance d'une conciliation, et les conséquences qui s'en évincent .....</b>	<b>151</b>
14.4	En pratique .....	153
<b>CHAPITRE 15</b>	<b>Recours contentieux.....</b>	<b>155</b>
15.1	<b>La typologie des recours contentieux susceptibles d'être introduits.....</b>	<b>155</b>
15.2	<b>Les recours ayant été introduits à l'encontre des montages contractuels complexes .....</b>	<b>157</b>
15.2.1	<b>Les actes détachables du contrat.....</b>	<b>158</b>
15.2.1.1	L'urgence.....	158
15.2.1.2	La complexité .....	158
15.2.2	<b>Les actes subséquents.....</b>	<b>160</b>
15.2.2.1	L'accord autonome et ses actes détachables.....	160
15.2.2.2	L'acte d'acceptation de cession de créances et ses actes détachables .....	163
15.2.3	<b>Les recours contentieux engagés contre les autorisations d'urbanisme.</b>	<b>164</b>
15.3	<b>Les clauses en vigueur dans les montages contractuels complexes .....</b>	<b>165</b>
15.3.1	<b>L'entrée en vigueur du contrat subordonnée à une condition suspensive prévue par le contrat .....</b>	<b>165</b>
15.3.2	<b>La concertation, suspension et résiliation du contrat en cas de recours</b>	<b>165</b>
15.3.3	<b>La poursuite du contrat malgré l'existence du recours .....</b>	<b>166</b>
15.4	<b>Les conséquences, notamment financières, de l'introduction des recours contentieux .....</b>	<b>167</b>

<b>15.5</b>	<b>La sanction des recours abusifs</b> .....	168
<b>15.5.1</b>	<b>L'intérêt à agir est recadré</b> .....	168
<b>15.5.2</b>	<b>Les délais de procédure sont raccourcis</b> .....	168
<b>CHAPITRE 16</b>	<b>Contrôle financier</b> .....	169
<b>16.1</b>	<b>Le compte-rendu financier</b> .....	169
<b>16.1.1</b>	<b>Cadre général</b> .....	169
<b>16.1.2</b>	<b>Contenu du compte-rendu financier</b> .....	170
16.1.2.1	Données économiques et comptables.....	170
16.1.2.2	Le suivi des indicateurs correspondant.....	170
<b>16.1.3</b>	<b>Sanctions</b> .....	171
<b>16.2</b>	<b>Les modalités du contrôle</b> .....	171
<b>16.2.1</b>	<b>Cadre conceptuel</b> .....	171
<b>16.2.2</b>	<b>Réalité du contrôle</b> .....	171
<b>CHAPITRE 17</b>	<b>Cession de contrat</b> .....	173
<b>17.1</b>	<b>La cession du contrat par le titulaire du montage contractuel complexe</b> .....	173
<b>17.1.1</b>	<b>Les conditions de légalité posées en droit interne et en droit communautaire</b> .....	173
17.1.1.1	Les conditions posées par l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000.....	173
17.1.1.2	La problématique afférente à la publicité et à la mise en concurrence : l'arrêt Pressetext de la CJUE.....	175
<b>17.1.2</b>	<b>Sur la forme, la signature d'un avenant de transfert est requise</b> .....	176
<b>17.1.3</b>	<b>La cession des montages contractuels complexes est soumise – en fonction des différents montages – à des exigences spécifiques</b> .....	177
17.1.3.1	La cession de l'AOT.....	177
17.1.3.2	La cession de BEA.....	178
17.1.3.3	La cession de BEH.....	178
<b>17.1.4</b>	<b>La cession partielle</b> .....	178
<b>17.2</b>	<b>La cession du contrat par la personne publique</b> .....	178
<b>CHAPITRE 18</b>	<b>Résiliation</b> .....	181
<b>18.1</b>	<b>Différents cas de fin anticipée</b> .....	181
<b>18.1.1</b>	<b>Résiliation pour faute du partenaire privé ou déchéance</b> .....	182
<b>18.1.2</b>	<b>Résiliation pour force majeure prolongée</b> .....	183
<b>18.1.3</b>	<b>Résiliation pour motif d'intérêt général</b> .....	184

18.1.4	Autres cas de résiliation anticipée .....	184
18.2	Conditions communes aux différents cas de résiliation .....	184
18.2.1	Valeur de l'ouvrage .....	185
18.2.2	Composantes liées au financement .....	186
18.2.3	Incidences fiscales .....	187
18.2.4	Comptes de trésorerie .....	187
18.2.5	Délai de versement et portage financier de l'indemnité .....	187
18.3	Résiliation pour faute du partenaire privé : la question du préjudice .....	188
18.3.1	Nature du préjudice .....	188
18.3.1	Plafonnement .....	188
18.3.2	Compensation .....	189
18.4	Indemnisation du manque à gagner .....	190
18.4.1	Manque à gagner des actionnaires .....	190
18.4.2	Frais de rupture des sous contrats et indemnisation du manque à gagner des prestataires du partenaire privé .....	190
<b>CHAPITRE 19</b>	<b>Fin du contrat .....</b>	<b>191</b>
19.1	Les garanties de remise en état .....	191
19.2	Le sort des biens : biens de retour, biens de reprise, biens propres .....	193
19.2.1	Qu'en est-il de la propriété des biens pendant l'exécution du contrat global ? .....	193
19.2.2	Qu'en est-il de la propriété des biens à l'expiration du contrat global ? .....	194
19.2.3	Que se passe-t-il en cas de refus opposé par l'opérateur économique pour restituer les biens de retour ? .....	194
19.3	La reprise des sous-contrats .....	196
19.4	La reprise des contrats de financement .....	198
<b>CHAPITRE 20</b>	<b>La responsabilité .....</b>	<b>201</b>
20.1	L'action en responsabilité contractuelle .....	201
20.2	La garantie de parfait achèvement .....	202
20.3	La garantie de bon fonctionnement .....	203
20.4	La garantie décennale .....	204

<b>CHAPITRE 21</b>	<b>Contrôles de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes sur les montages contractuels complexes</b> .....	205
<b>21.1</b>	<b>Au titre de l'examen de la gestion de la personne publique</b> .....	205
<b>21.2</b>	<b>Au titre du contrôle du comptable public</b> .....	206
<b>21.3</b>	<b>Un exemple de contrôle</b> .....	207
<b>21.3.1</b>	<b>Le centre hospitalier Sud francilien (Essonne)</b> .....	207
21.3.1.1	La procédure.....	208
21.3.1.2	Le suivi de l'opération.....	208
21.3.1.3	Le suivi insuffisamment vigilant de la facturation et des paiements.....	209
	<b>Index</b> .....	211

## Exécution des montages contractuels complexes

Les contrats de partenariat permettent à l'État, une collectivité territoriale ou à l'un de leurs établissements publics, de confier à une société, le financement, la conception, la réalisation de travaux, l'exploitation, ainsi que l'entretien de structures techniquement complexes ou qui nécessitent un investissement très important. En retour, le pouvoir adjudicateur verse un loyer pendant la durée d'amortissement de l'ouvrage. De nombreux contrats en cours d'exécution soulèvent des problèmes juridiques, techniques et financiers, dont la résolution fait intervenir des acteurs aux intérêts parfois divergents.

Cet ouvrage analyse, au travers des trois phases de l'exécution du contrat (travaux, exploitation, modification), l'ensemble des difficultés pouvant survenir : retards des travaux, mise à disposition, erreurs manifestes, réparations importantes, non-atteinte des performances, modification du contrat et du financement, etc. et propose plusieurs méthodes pour gérer les problèmes pouvant survenir durant l'exécution du contrat, mais également pour les anticiper.

Sa présentation chronologique sous forme de courts chapitres permet d'identifier rapidement la cause d'un problème et d'y apporter la solution appropriée, qu'elle soit technique, juridique, financière, ou une combinaison des trois. Ses nombreux schémas et tableaux synthétisent des informations complexes aux sources multiples. Enfin, les retours d'expérience permettent de proposer une réponse pratique à la diversité des situations.

**Valérie de Sigoyer**, avocate à la Cour, Parme Avocats.

**Mott MacDonald**, cabinet de conseil technique et d'ingénierie.

**Éric Hinderer** et **Jean-Baptiste Colin**, Société H3P, sont experts et conseils en financement.

Cet ouvrage s'adresse à tous les maîtres d'œuvre, ingénieurs, entrepreneurs et maîtres d'ouvrage qui souhaitent trouver une réponse rapide et pratique à tout problème pouvant survenir durant l'exécution du contrat.

ISSN 2267-0149

ISBN 978-2-281-12986-1



EDITIONS

**LE MONITEUR**

editionsdumoniteur.com

Photographie de couverture : © Val Thoermer - Fotolia.com