

Le prix dans les marchés de partenariat

À toutes les étapes de la vie des marchés de partenariat, le prix permet de différencier leur régime juridique des autres marchés. Ainsi, le prix de ces marchés se singularise dans le cadre de la procédure de passation, particulièrement en ce qui concerne la formulation du critère d'attribution des offres et sa méthode d'appréciation. En outre, concernant l'exécution, le prix d'un marché de partenariat intègre notamment une notion de transfert de risques à la charge de ce dernier.

Lors de l'entrée en vigueur, dans le droit français, des dispositions relatives aux contrats de partenariat⁽¹⁾, les modalités de paiement du prix des prestations constituaient un élément majeur de la distinction entre ce contrat et les marchés « classiques ».

En effet, il était introduit la possibilité de procéder au paiement différé des prestations, c'est-à-dire un étalement du paiement du prix après la mise à disposition de l'ouvrage, pendant la durée du marché et, non pas un paiement au fur et à mesure des travaux avec un solde à la livraison (ou de manière assez concomitante avec cette dernière) comme cela était classiquement le cas dans les marchés publics.

Cette possibilité de déroger à l'interdiction de paiement différé⁽²⁾ s'expliquait par le préfinancement des investissements par le partenaire privé et se justifiait par la dérogation, à l'époque, des contrats de partenariat à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dans la mesure où le titulaire du contrat assurait la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Le régime juridique des contrats de partenariat – et maintenant des marchés de partenariat – se caractérise, notamment, par une différenciation assez nette des

Auteur

Romain Barbier

Directeur associé – Infra Gestion

Jean-Marc Peyrical

Avocat associé – Cabinet Peyrical & Sabattier Associés

Pierre Cailloce

Avocat à la Cour – Cabinet Peyrical & Sabattier Associés

Mots clés

Critères d'attribution • Notation • Paiement différé • Pondération
• Résiliation • Sous-critère • Transfert de risques

(1) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

(2) Article 96 du Code des marchés publics en vigueur au moment de la réforme sur les contrats de partenariat : « Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé ».

autres marchés en ce qui concerne son prix et ce, dans ses différentes acceptions.

Le prix dans les conditions de recours au marché de partenariat

Le prix comme élément de différenciation

Les dispositions en vigueur évoquent directement le prix comme élément de différenciation et pouvant être, entre autre mais sans être suffisant en lui-même, de nature à justifier le recours à un marché de partenariat.

L'article L. 2211-6 du Code de la commande publique dispose :

« La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'État ».

Il en résulte que, si à lui seul le paiement différé ne peut pas permettre d'établir le bilan plus favorable et, ainsi, de justifier légalement le recours à un marché de partenariat, les dispositions en vigueur identifient immédiatement le paiement différé, c'est-à-dire les modalités de paiement du prix des prestations, comme un avantage pouvant être légitimement invoqué.

Il a d'ailleurs été rappelé par les juges du fond que le paiement différé pouvait constituer un avantage, permettant de justifier le recours au marché de partenariat mais que cet élément était insuffisant pour justifier, à lui seul, ce recours :

« Considérant, en second lieu, que le rapport d'évaluation dont se prévaut la commune requérante justifie le recours au contrat de partenariat principalement par des développements généraux sur l'intérêt juridique et financier de ce contrat, sans justifier concrètement et précisément, au regard de la nature des travaux en cause et des besoins de la commune, en quoi le partenariat public privé présenterait, comme l'exige le 3^o du II de l'article L. 1414-2 du CGCT, « ... un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. »; que, contrairement à ce qu'allègue la requérante, le tribunal administratif n'a pas jugé que ces dispositions interdiraient de regarder le paiement différé comme un avantage mais simplement qu'en l'espèce le contrat de partenariat a été choisi principalement pour bénéficier de cet avantage, en méconnaissance de la prescription

desdites dispositions selon laquelle ce critère ne saurait à lui seul constituer un avantage »⁽³⁾.

Il est donc parfaitement possible pour un pouvoir adjudicateur de mettre en avant les avantages que procurent ce paiement différé, ce qui est généralement fait dans le cadre des évaluations préalables.

Au titre de ces avantages, l'étalement de la dépense au sein de la section investissement d'un budget constitue un élément très intéressant pour les collectivités territoriales.

En effet, il permet de prévoir la réalisation d'investissements, sans grever la section investissement lors des années de conception-construction de l'ouvrage faisant l'objet du marché de partenariat ; l'inscription budgétaire débutant à la mise à disposition de l'ouvrage et s'étalant sur la durée du marché de partenariat comme ce qui est classiquement opéré lorsque la collectivité territoriale contracte un emprunt qu'elle rembourse sur un certain nombre d'années.

Un autre avantage très développé par la littérature économique réside dans le fait que le paiement différé induit un paiement à la livraison de l'ouvrage objet du marché de partenariat, incitant fortement le titulaire à respecter les délais contractuels initialement prévus et ses financeurs à opérer sur ce dernier un contrôle renforcé afin de recouvrer leurs créances.

C'est en ce sens notamment que les financeurs s'adjoignent les compétences de conseils techniques, qui vérifient d'une certaine manière la conformité de l'ouvrage réalisé aux obligations contractuelles ; leurs intérêts étant alignés sur ceux de la puissance publique.

Bien entendu, les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à rédiger de manière précise l'évaluation préalable, pour ne pas se borner à invoquer le paiement différé comme seul avantage ou bien encore éviter que sa place ne soit trop prépondérante dans la démonstration.

Le prix dans le cadre de l'évaluation du mode de réalisation du projet

Le prix est également mis en avant par les dispositions en vigueur en ce qui concerne le contenu de l'évaluation du mode de réalisation du projet, préalable obligatoire à tout marché de partenariat⁽⁴⁾.

Il est ainsi précisé⁽⁵⁾ que cette évaluation doit comporter :

– « une analyse en coût complet » ;

(3) CAA Nantes 16 mars 2018, req. n° 16NT04075.

(4) « Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet » [CCP, art. L. 2212-1].

(5) Respectivement aux articles L. 2212-1, R. 2212-4 et R. 2212-6 du Code de la commande publique.

- qui se traduit par une « une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet » ;
- comprenant en particulier « une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le titulaire avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu ».

Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc procéder à une comparaison du coût global des différents montages, c'est-à-dire la somme des différentes composantes du coût qui caractérisera, par la suite, le prix qui sera payé dans le cadre de l'exécution du marché.

Dans le cas particulier d'un marché de partenariat, le prix est la combinaison de plusieurs typologies de coûts (dénommés généralement « redevances ») dont sera redevable le pouvoir adjudicateur à compter de la mise à disposition de l'ouvrage.

La comparaison des montages lors de cette étude est donc réalisée à l'aune de la somme actualisée des flux induits par le projet et ce dans chaque montage analysé, cette actualisation étant réalisée à l'aide d'un taux souvent arrêté en fonction du coût de financement pour l'acheteur. Cette technique objective la comparaison de flux financiers dont la date d'échéance peut être différente du fait de calendriers opérationnels eux même divergents et de la durée des opérations de conception et de réalisation, généralement plus rapides en marché de partenariat⁽⁶⁾.

Au titre de ces éléments économiques, les différenciations entre les montages peuvent être intégrées à plusieurs échelons aboutissant à la formation des redevances :

- formation du coût d'investissement : l'acheteur peut faire le choix d'opérer des distinctions objectives d'un montage par rapport à un autre sur la base d'économies pouvant être réalisées en marché de partenariat, sur des postes tels que les travaux, la conception ou la maîtrise d'ouvrage⁽⁷⁾ ;
- établissement du plan de financement : sur ce thème, le marché de partenariat restera toujours plus cher qu'un montage classique.

(6) Dans le cadre de leur expérience professionnelle, les auteurs du présent ont en effet pu constater une plus grande rapidité de réalisation des travaux dans le cadre de marchés de partenariat. L'absence d'allotissement des travaux pouvant, notamment, être un facteur de rapidité, de même que le caractère extrêmement dissuasif des pénalités de retard pouvant être applicables, doublées des sanctions contractuelles prévues dans les contrats de financement.

(7) À condition, bien entendu, de le démontrer de manière détaillée et objective.

En effet, dans ce montage, il est traditionnellement recouru à un montage en société de Projet appelant par là même la capitalisation de celle-ci. Les capitaux devront être rémunérés à la hauteur des risques qu'ils couvrent, ce qui génère donc un surcoût. Il est à noter que les suretés mises en place sur la partie dettes du financement d'un marché de partenariat permettent d'aligner les taux de financement offerts dans ce montage avec les emprunts directement contractés par le pouvoir adjudicateur.

- déduction des redevances dues par l'acheteur sur la durée du marché : là encore des gains d'efficience sont offerts par le recours au marché de partenariat notamment en ce qui concerne la rémunération des prestations d'exploitation technique de l'ouvrage.

En effet, la durée du marché de partenariat offre une visibilité pour le titulaire lui permettant de proposer des prix bien plus bas que ceux qu'ils auraient offerts en marché classique d'une durée courte, le périmètre temporel et matériel de son intervention étant plus étendu.

Mais en intégrant ces gains d'efficience aux différents stades de la déduction du prix, les pouvoirs adjudicateurs devront veiller à expliquer et justifier les différents coûts retenus, en particulier si l'évaluation retient des différences selon les montages.

Le TA de Marseille a, récemment, pu sanctionner les « insuffisances importantes » affectant les éléments financiers, qui ne permettaient pas de procéder à la comparaison en toute transparence⁽⁸⁾.

En particulier, le TA de Marseille relève l'absence de justification quant aux différences de coûts de conception et de contrôle, ainsi que de coût de maîtrise d'ouvrage, qui étaient retenues dans l'évaluation préalable.

Enfin, même s'il s'agit à proprement parler d'un élément qui figure dans l'Étude de Soutenabilité Budgétaire⁽⁹⁾ et sans entrer dans les détails de son élaboration, ce n'est pas tant l'avantage de la non-inscription de dépenses d'investissement durant la phase de conception construction mais plutôt l'étalement de la dépense dans le temps, qui peut s'avérer bénéfique pour une collectivité territoriale.

En effet, à montant d'investissement constant et en retenant des conditions de financement constatées actuellement sur le marché, la comparaison de l'impact budgétaire des montages de type « paiements directs » (MOP ou MPPG) et marché de partenariat, fait toujours ressortir un avantage en faveur de ce dernier, surtout en cas de mise en œuvre d'un plan pluriannuel d'investissement d'envergure. Cet avantage du marché de partenariat pose clairement l'ambivalence de la réglementation induisant de recourir à ce montage qui toute chose étant

(8) TA Marseille 12 février 2019, M. P. et autres, req. n° 1709848, 1709963 et 1710044.

(9) Document complémentaire à l'évaluation du mode réalisation du projet, l'ESB est prévue notamment par l'article L. 2212-3 du Code de la commande publique.

égale par ailleurs, a un impact moindre sur les finances publiques.

Les éléments particuliers du prix dans un marché de partenariat dans le cadre de la procédure de passation

Le prix d'un marché de partenariat se singularise ensuite dans le cadre de la procédure de passation, particulièrement en ce qui concerne la formulation du critère d'attribution des offres et sa méthode d'appréciation.

Et, on le sait, le prix est un élément central des critères de sélection des offres, le Code de la commande publique confirmant que ses dispositions applicables aux critères s'étendent également aux marchés de partenariat^[10].

Le marché de partenariat étant, par nature un marché global, pouvant comprendre la conception, la réalisation, l'entretien maintenance et l'exploitation d'un ouvrage, l'appréciation de la valeur économique des offres devra prendre en considération les différentes composantes du prix, à savoir la somme des différents coûts liés aux différentes prestations^[11].

Cette exigence, si elle apparaît logique et en adéquation avec la réalité économique d'un marché de partenariat, est un corolaire du principe selon lequel les critères de sélection des offres et la méthode de notation doivent permettre d'identifier et de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Et les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas d'une liberté absolue, puisque que le juge du référé précontractuel opère un contrôle en la matière^[12].

Une méthode de notation est ainsi entachée d'irrégularité si, elle est par elle-même de nature à priver de

leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

Critère prix et sous-critères liés aux différents coûts

Concrètement, si le pouvoir adjudicateur veut énoncer un critère prix, avec des sous-critères liés aux différents coûts (financement ; conception ; travaux ; entretien maintenance et exploitation), il devra veiller à ce que leur pondération reflète leur importance relative dans l'équilibre économique global du marché.

Il s'agit en effet d'éviter qu'un sous-critère soit d'une importance disproportionnée dans la notation, par rapport au poids économique qu'il représente dans l'exécution du marché.

Par exemple, dans un marché de partenariat relatif à la conception, la réalisation et l'exploitation technique (entretien maintenance et GER^[13]) d'un bâtiment, si des sous-critères liés aux coûts de ces différentes prestations sont stipulés, la pondération devra être clairement différenciée entre eux.

Si les coûts de conception, selon l'estimation du pouvoir adjudicateur, représentent le poste le plus important de dépenses, alors la pondération du sous-critère y étant relatif devra refléter cette importance.

Dans le cas contraire, cela risquerait, au moins en partie, de neutraliser la portée du sous-critère, en gommant artificiellement l'écart entre les candidats, alors que la réalité économique de leurs offres pourrait révéler des écarts importants en terme de valeur.

Et en cas de contentieux, un candidat évincé pourrait utilement soulever une telle irrégularité, afin de tenter d'obtenir l'annulation de la procédure de passation, ce qui pourrait d'autant plus se justifier en cas de faible écart entre les montants des offres des concurrents.

La plus grande vigilance s'impose donc dans la formulation des critères et sous-critères de sélection des offres, qui doivent être communiqués en amont aux candidats et qui ne peuvent en principe pas être modifiés au cours de la procédure de passation.

Part d'exécution confiée aux PME ou artisans

Un autre aspect lié au prix dans les marchés de partenariat et aux critères de sélection des offres, concerne la part d'exécution confiée aux PME ou artisans.

[10] CCP, art. R. 2152-7 : « Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ; b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ; 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants : [...] » (applicable aux marchés de partenariat par l'effet de son article).

[11] Sur ce point, les marchés de partenariat et les marchés publics globaux de performance se ressemblent, compte tenu de leur objet relativement similaire envisageant la rémunération de prestations de nature différentes (travaux, maintenance, GER, financement le cas échéant)

[12] CE 6 avril 2018, Société Nouvelle d'Entreprise Générale du Sud-Ouest, req. n° 402219.

[13] Gros entretien renouvellement, qui correspond aux travaux et prestations permettant d'assurer la pérennité du bâti.

Il est en effet obligatoire^[14], tant de leur confier au moins 10 % du montant prévisionnel du marché de partenariat (hors coût de financement), que de prévoir un critère de sélection des offres permettant de différencier les offres en fonction de la part d'exécution du contrat qu'ils s'engagent à confier à des PME ou artisans.

Ainsi, concernant l'appréciation des offres, une triple lecture peut être effectuée par les pouvoirs adjudicateurs :

- soit la part confiée aux PME s'apprécie en volume des prestations, par exemple en fonction du nombre d'heures de travail qui seront réalisées par des PME sur telle ou telle phase ;
- soit elle s'apprécie en pourcentage du montant total du marché de partenariat ou bien en pourcentage de l'un ou de plusieurs des différents coûts composant le prix :
 - montant du coût de conception confié à des PME ;
 - montant du coût de construction confié à des PME ;
 - montant du coût d'entretien maintenance confié à des PME.
- soit elle s'apprécie selon le montant, en euros, des prestations confiées aux PME ou artisans, sachant que, là encore, il sera possible de faire une distinction selon les différents coûts composant le prix.

Mais là encore, la pondération retenue devra permettre de respecter les grandes masses économiques et les pouvoirs adjudicateurs devront éviter d'attribuer une pondération trop importante à un sous-critère ne reflétant qu'une partie limitée de l'économie globale du marché.

Par exemple, si un sous-critère lié à la part des prestations de conception confiées aux PME ou artisans est stipulé, sa pondération (associée à la pondération du critère concernant les PME dans leur ensemble et pour toutes les prestations du marché) devra être en relation avec l'importance relative :

- d'une part, des prestations de conception dans le marché appréciées de manière globale ;
- d'autre part, de l'objectif minimal de sous-traitance des prestations de conception aux PME ou artisans, que le pouvoir adjudicateur peut se fixer lors du lancement de la procédure.

[14] Les articles L. 2213-14, L. 2222-4 et R. 2213-5 du Code de la commande publique disposent respectivement : « Le marché de partenariat prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions fixées par voie réglementaire » ; « L'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du contrat, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans » ; « La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans mentionnés à l'article R. 2151-13 est fixée à 10 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas ».

Prise en compte de l'étalement dans le temps des paiements par la méthode de notation

En outre, la méthode de notation devra permettre de prendre en compte l'étalement dans le temps des paiements qui interviennent pendant toute la durée du marché de partenariat mais surtout, une date commune de démarrage prévisionnel des prestations après la mise à disposition de l'ouvrage.

Il convient en effet d'éviter de fausser la comparaison ou de neutraliser les écarts entre la valeur ajoutée des différentes offres, du fait des dates prévisionnelles de mise à disposition, nécessairement différentes en fonction des candidats, dès lors qu'elles dépendent des délais de réalisation des phases de conception et de travaux (qui peuvent être variées et distinctes selon les concurrents).

Ainsi, il s'agit là d'élaborer un mécanisme permettant la notation du critère prix appelé « coût global » en marché de partenariat.

Dans la pratique, il est courant d'utiliser successivement les techniques :

- de l'indexation afin de tenir compte des propositions des candidats en termes d'évolution des redevances sur la durée du marché de partenariat ;
- de l'actualisation financière en retenant une date d'ancrage unique pour la formation du coefficient d'actualisation, par exemple la date prévisionnelle de notification du contrat.

La plus grande rigueur d'analyse et de définition de la méthode de notation devra être respectée par les pouvoirs adjudicateurs.

Les éléments particuliers du prix dans un marché de partenariat dans le cadre de l'exécution du contrat

En dernier lieu, le prix permet de distinguer les marchés de partenariat des autres marchés, dans le cadre de l'exécution de ce dernier.

Prix et transferts de risque

Le prix d'un marché de partenariat, s'il se constitue de la somme des différents coûts nécessaires à la réalisation des prestations incombant au titulaire (et sous réserve des clauses d'actualisation et d'indexation), intègre également une notion de transfert de risques à la charge de ce dernier.

Ceci est d'ailleurs in fine consacré par les textes, dès lors que le Code de la commande publique impose que l'évaluation du mode de réalisation du projet comporte notamment « une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répar-

tition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques »⁽¹⁵⁾.

Cette prise de risque ne doit toutefois pas se confondre avec le transfert du risque d'exploitation qui est confié aux titulaires des contrats de concession prévus par l'article R. 2212-4 du Code de la commande publique.

Dans les contrats de concession, le risque est commercial et industriel, c'est-à-dire que le concessionnaire assume les éventuelles diminutions de fréquentation de l'équipement (induisant ainsi une diminution de ses recettes), ainsi que les éventuels dépassements des coûts des charges d'exploitation.

En marché de partenariat, si le titulaire peut être chargé de l'exploitation d'un service public, son modèle économique n'est pas remis en cause en cas de changement d'usage ou de fréquentation de l'ouvrage qui fait l'objet du marché.

Les risques assumés par le titulaire du marché sont en effet liés principalement aux différents coûts.

Ainsi, à périmètre constant et hors clauses particulières du marché, le titulaire s'engage à réaliser les prestations objet du marché pour le coût tel que proposé dans son offre finale, sous réserve bien entendu de l'application de clauses de révision / actualisation.

Notamment, les coûts d'investissement (coûts de conception et coûts de travaux principalement) sont fixés par l'offre finale du titulaire et il ne peut pas invoquer une mauvaise appréciation de sa part ou un chiffre insuffisant pour faire face aux différentes obligations qu'impliquent sa qualité de maître d'ouvrage et son obligation de construction d'un ouvrage (par exemple).

De plus, la prise de risque du titulaire suppose qu'il prenne à sa seule charge les différents aléas qui pourraient venir impacter la réalisation des travaux, par exemple le refus de délivrance d'un permis de construire ou bien encore la survenance d'un recours contre le permis de construire pour un fait lui étant imputable.

En outre, s'agissant des prestations et travaux de GER, le titulaire du marché de partenariat souscrit une obligation de résultat, qui implique qu'il lui appartient de calibrer le coût et les moyens à mettre en œuvre (humains et matériels) pour que l'ouvrage soit en bon état d'entretien et de fonctionnement pendant toute la durée du marché et à l'issue de celui-ci, sous réserve bien entendu de l'usure normale de l'ouvrage au moment de la fin du marché.

Ce transfert de risques se justifiera aisément, plus la mission confiée au titulaire sera large et globale, en particulier s'il maîtrise la chaîne bâtiminaire de manière complète : il sera d'autant plus facile de transférer un risque lié à l'indisponibilité d'un ouvrage ou à son mauvais fonctionnement, dès lors que le cocontractant de l'administration a été chargé de la conception, de la

construction, de l'entretien maintenance et du gros entretien renouvellement de celui-ci.

Au titre des autres risques assurés par le titulaire du marché figurent ceux liés à la livraison en temps de l'ouvrage, avec l'application de pénalités de retard si jamais la date contractuelle de mise à disposition n'est pas respectée, sauf bien entendu survenance d'une cause exogène au titulaire.

Ce transfert de risques s'accompagne de la constitution de fonds propres lors de la constitution d'une société dédiée à la réalisation et au portage du marché de partenariat. Cette capitalisation est indispensable à la « bancabilité » du projet et garantissant d'autant plus facilement l'acheteur contre le non-paiement de pénalités, que cette capitalisation est importante.

Il est d'ailleurs demandé par les prêteurs un apport minimal de fonds propres dans le plan financement, dès lors que ces derniers ne souhaitent pas assumer la totalité du financement des investissements.

Prix et clauses d'indemnisation en cas de résiliation du marché

Les différentes composantes du prix d'un marché de partenariat seront ensuite intégrées dans les modalités de détermination et de calcul de l'indemnisation versée au titulaire en cas de résiliation.

Généralement, les marchés prévoient trois principaux fait générateur de la résiliation : force majeure ; motif d'intérêt général ; faute du titulaire.

Ces clauses font l'objet d'une négociation et d'un dialogue pendant la procédure de passation et il s'agit d'un point de vigilance fort pour les candidats et les pouvoirs adjudicateurs.

Elles ont, en règle générale, comme point commun de différencier le moment où la résiliation sera prononcée, à savoir soit avant la mise à disposition de l'ouvrage faisant l'objet du marché, soit après.

Avant la mise à disposition, il est d'usage d'indemniser le titulaire de l'ensemble des dépenses engagées au titre de la phase de conception-construction.

Après la mise à disposition, le titulaire et directement les créanciers en cas de mise en place préalables de suretés de type cession de créances, recevront une indemnité calculée à partir de l'encours des instruments de financement et de fonds propres

Outre ces éléments communs, des différences notables existent entre la résiliation pour faute et la résiliation pour motif d'intérêt général.

Dans le premier cas, il peut être prévu une indemnisation en faveur du pouvoir adjudicateur, pour compenser le préjudice subi qui peut être de plusieurs ordres :

- politique et moral : absence de livraison conforme (ou dans les temps) d'un ouvrage qui était attendu par la population et qui permettrait de prodiguer une meilleure qualité de service public ;

(15) CCP, art. R. 2212-4.

- frais de remise en concurrence : nécessité de lancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence le cas échéant, ce qui suppose de mobiliser du personnel du pouvoir adjudicateur, voire de devoir recourir aux services d'une équipe d'assistants à maîtrise d'ouvrage ;
- organisationnel : le défaut de mise à disposition d'un ouvrage peut susciter la réorganisation de certains services publics ou peut venir affecter le fonctionnement de certains ouvrages (ex : en cas d'absence de livraison dans les temps d'un nouveau collègue, les services de bus et de car mobilisés pour le desservir ne seront plus nécessaires ; en cas d'absence de livraison dans les temps d'un gymnase scolaire, de nouvelles infrastructures devront être trouvées pour permettre aux élèves de suivre les cours d'EPS).

Dans le deuxième cas, il peut être prévu une indemnisation en faveur du titulaire, pour compenser le préjudice subi qui peut être de plusieurs ordres :

- dépenses résultant du débouclage des instruments financiers et autres charges financières annexes ;
- frais de rupture des sous-contrats conclus par lui pour les besoins de l'exécution du marché ;
- indemnisation du manque à gagner (bénéfice raisonnable espéré ou rendement des fonds propres par exemple) ;
- frais liés à la rupture de certains contrats de financement.

Et généralement, ces préjudices sont déterminés en prenant comme base de calcul les différents coûts servant de chiffrer les redevances devant être versées par la personne publique sur la durée du marché.

Prix et fixation des taux

Les calculs des redevances transmises au stade de l'offre finale, concernant (1) l'amortissement des instruments de financement ayant été utilisés pour tout ou partie du financement de l'investissement initial et (2) le paiement des intérêts portant sur celui-ci, sont effectués à partir de taux de référence long terme relevés quelques jours avant cette date, qui sont similaires pour chacun des candidats.

Les taux de référence « long terme » qui serviront au calcul des redevances définitives dues par l'acheteur à la Mise à Disposition du ou des Ouvrages ne sont, en théorie, connus qu'à cette date. La réglementation a néanmoins prévu pour l'acheteur de se couvrir contre ce risque d'évolution des taux d'intérêts entre la remise de l'offre finale et la livraison des ouvrages.

Ainsi, il est permis de « fixer » durant la période de conception-construction, les taux de référence qui seront utilisés pour calculer les redevances dues par la personne publique en respectant un maximum de 80 % de l'encours des instruments de financement ; le pendant négatif de cette cristallisation préalable étant le paiement d'une prime d'anticipation également appelée « forward » correspondant à la rémunération du risque pris par la contrepartie financière en proposant un produit financier spéculant sur l'évolution de la courbe des taux.

Dans la pratique, il est constaté que cette fixation des taux ne peut pas intervenir tant que les différents délais de recours ne sont pas purgés, en particulier ceux contre l'avenant qui viendra contractualiser le taux définitivement acté entre les parties.