

Les garanties dans le cadre des marchés de partenariat

Comme en matière de marché de travaux, le pouvoir adjudicateur, dans un marché de partenariat, peut bénéficier de l'application des garanties légales visées aux articles 1792 et suivants du Code civil. Cependant, cette application peut parfois s'avérer difficile. En outre en cas d'absence de mise en œuvre de ces garanties pour diverses raisons, le pouvoir adjudicateur peut envisager une compensation sur les créances détenues à son encontre par le titulaire du marché.

Traditionnellement, dans un marché de travaux, la réception déclenche, en faveur du maître d'ouvrage, l'application du régime des garanties légales.

En la matière, l'originalité des contrats / marchés partenariat et la différence de régime avec les autres contrats de la commande publique, résident principalement dans les éléments suivants :

- de première part, de la durée généralement longue de ces derniers et, en tout cas, plus longue que les marchés publics « classiques » ;
- de deuxième part, du caractère global de la mission globale confiée au titulaire, qui intègre des prestations relatives à l'ouvrage réalisé par le titulaire du contrat⁽¹⁾ ;
- de troisième part, que la maîtrise d'ouvrage n'appartient pas au pouvoir adjudicateur mais au titulaire ;
- enfin et de quatrième part, de principe de paiement différé, qui fait s'étaler le paiement des dettes liées en particulier à la conception-réalisation des investissements⁽²⁾.

Ces différences sont telles que le traitement des difficultés pouvant survenir sur l'ouvrage réalisé par le titulaire, seront traitées selon un paradigme et des mécanismes assez largement différents.

Le traitement des garanties comme élément de comparaison entre les montages et de justification du recours à un marché de partenariat

Une procédure de passation de marché de partenariat ne peut être engagée que s'il est démontré que son re-

Auteur

Jean-Marc Peyrical

Avocat associé

Pierre Cailloce

Avocat collaborateur

Cabinet Peyrical & Sabattier associés

Mots clés

Compensation sur les créances • Garantie de parfait achèvement • Marché de partenariat • Réception

(1) Entretien et maintenance ; gros entretien renouvellement (GER) ; exploitation technique ; gestion d'une mission de service public.

(2) Généralement, la réalisation d'un ou plusieurs ouvrages.

cours « 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 »^[3].

L'on sait en effet que la condition pour recourir au contrat de partenariat, réside dans la démonstration de l'intérêt supérieur de conclure ce contrat, par rapport aux autres contrats de la commande publique et notamment aux marchés publics « classiques » ou « globaux ».

Et les modalités de répartition des risques et l'étendue du transfert des risques, sont notamment prises en compte dans le cadre de l'établissement et de la démonstration du « bilan plus favorable »^[4].

Il n'est ainsi pas rare que tant l'analyse juridique que la modélisation économique, prennent en compte le transfert de risques à la charge du titulaire du contrat et ses conséquences, s'agissant notamment de la gestion des garanties légales et, plus largement, des vices affectant l'ouvrage réalisé et qui perturbent voire empêchent son fonctionnement.

À ce titre, cette analyse peut mettre en avant le fait qu'un marché de partenariat permet un meilleur transfert de risque, dès lors que les marchés « classiques » sont grevés des difficultés suivantes s'agissant des garanties extracontractuelles :

- possibilité de contestations liées aux responsabilités respective des titulaires des différents lots (périmètres ; mal-façons ; retard ; défaut de coordination ; retard imputable à un autre titulaire) ;
- délais liés aux refus des entreprises de prendre à leur charge les désordres ou de refuser de déclarer le sinistre à l'assureur ;
- délais liés à la réalisation de l'expertise de l'assureur ;
- délais et coûts liés à la mise en œuvre d'une procédure de référé expertise :
 - * délais et coûts liés aux mesures d'expertises ;
 - * fermeture de l'ouvrage pendant l'expertise ou perturbation du service public pouvant y être attaché^[5] ;
 - * caractère aléatoire des conclusions du rapport d'expertise pouvant exonérer de responsabilité le maître d'œuvre et le ou les constructeurs.

[3] CCP, art. L. 2211-6.

[4] « Pour démontrer que le bilan (...) est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, l'acheteur procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment : 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ; 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ; 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ; 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée » (CCP, art. R. 2211-4).

[5] Par exemple, un centre aquatique construit en marché « classique » et dont un bassin n'est plus fonctionnel en raison d'un désordre, sera partiellement fermé, sans que l'exploitant ne puisse exercer son activité. Au contraire, dans le cadre d'un marché de partenariat avec gestion du service public, le titulaire sera enclin à remédier aux désordres rapidement (comme dans le cas d'un contrat de concession par exemple).

Et de manière plus générale, il pourra être mis en avant le fait que, en recourant à ce montage, l'objectif du pouvoir adjudicateur est de ne pas subir les vicissitudes de la mise en œuvre des garanties légales, par exemple tant sur le fond (refus de prise en charge d'un dommage au titre de la garantie décennale ; discussions autour du périmètre de la garantie), qu'en ce qui concerne les délais (retards dans les délais de réalisation des travaux pour remédier aux désordres).

Le pouvoir adjudicateur aura ainsi tout intérêt à intégrer ces éléments dans l'évaluation du mode de gestion

Les effets de la réception dans le cadre d'un marché de partenariat

En matière de marché de travaux, sauf clause particulière, la réception avec ou sans réserves met fin aux relations contractuelles, sachant que les « rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs ne se poursuivent qu'au titre des travaux ou des parties de l'ouvrage ayant fait l'objet des réserves »^[6].

Ceci peut, notamment, fonder une demande de provision formée par le pouvoir adjudicateur au titre de la responsabilité décennale des constructeurs^[7].

Dans un marché de partenariat, la réception emporte en particulier comme conséquence :

- l'exigibilité du paiement des redevances au titulaire ;
- la cession de créances à titre irrévocable ;
- l'application des garanties en faveur de la personne publique ;
- le point de départ du délai imparti au titulaire pour lever les réserves « mineures » ou « non majeures » identifiées dans le PV de réception^[8] ;
- le début des prestations d'entretien maintenance et de GER.

Le Code de la commande publique ne prévoyant *in fine*, que l'exigibilité du paiement des redevances au titulaire, il ne peut être que conseillé au pouvoir adjudicateur de préciser dans le projet de marché soumis à la consultation, le traitement des désordres qui persisteraient après la réception de l'ouvrage.

À ce titre, le pouvoir adjudicateur aura intérêt à insérer des clauses prévoyant, sans remettre en cause l'acceptation de la cession de créances ni la réception de l'ouvrage :

- une obligation générale à la charge du titulaire, que l'ouvrage soit conforme à sa destination, ses fonctionnalités et aux fonctionnalités lui étant assignée et que des sanctions s'appliquent en cas de non-respect ;

[6] CE 16 janvier 2012, Commune du Château d'Oléron, req. n° 352122.

[7] Même arrêt.

[8] Le vocable change selon les contrats et marchés conclus mais l'objectif est d'identifier des désordres qui, du fait de leur nature propre ou de leur multiplicité, sont de nature à justifier un refus de la mise à disposition.

– en cas d'acceptation de la mise à disposition, un délai laissé au titulaire pour remédier aux réserves dites mineures (ou en toute hypothèses qui n'empêchent pas l'acceptation de la mise à disposition de l'ouvrage), ainsi que des pénalités dissuasives en cas de non-respect de ce délai.

La principale difficulté sera de négocier :

– soit l'absence de plafonnement de ces pénalités, ce qui fait toutefois peser un risque très élevé sur le titulaire et peut limiter l'attractivité de la consultation lancée ;
– soit un plafonnement assez élevé, qui pourra être de nature à couvrir le préjudice subi par le pouvoir adjudicateur du fait d'un ouvrage ne répondant pas à toutes ses exigences, en fonction bien entendu du degré de perturbation auquel il fait face du fait des désordres.

Sachant tout de même que si le plafond devait être trop modeste, le pouvoir adjudicateur peut appliquer des pénalités allant au-delà du plafond stipulé, en invoquant la jurisprudence *OPH de Puteaux*⁽⁹⁾ en cas de contentieux engagé devant le tribunal administratif par le titulaire, même si l'on sait que cette dernière a pu être nuancée depuis et que son application par le juge reste incertaine ;

– l'application de pénalités en cas de dépassement de ce délai, étant précisé qu'une vigilance toute particulière devra être portée sur le plafond proposé éventuellement par les candidats à ce titre.

Car un plafond trop faible risquerait de se consommer trop rapidement et de ne pas laisser d'autres alternatives au pouvoir adjudicateur que la mise en régie partielle ou la résiliation pour faute, qui sont des solutions pouvant être compliquées à mettre en œuvre ;

– la compensation le cas échéant les préjudices subis du fait de l'absence de levée des réserves, sur la rémunération du titulaire ;

– la délivrance, en sa faveur, d'une sûreté destinée à financer / payer les travaux nécessaires pour lever les réserves, en cas de réalisation par le pouvoir adjudicateur desdits travaux ou bien en cas de dépassement de l'enveloppe maximale de financement allouée par les établissements bancaires associés à l'opération ;

– une portée large aux obligations d'entretien maintenance (EM) et de gros entretien renouvellement (GER), qui pourront être mobilisées réaliser certains travaux ou mesures palliatives permettant de lever les désordres.

Le contrat d'interface, conclu entre les actionnaires des sociétés de projet généralement titulaire des MP et concession, pourra régler les relations financières et les responsabilités des différents intervenants dans ce cadre.

Le recours au prestataire en charge des prestations d'EM et GER pourra s'avérer plus aisé, dès lors qu'il bénéficie du paiement des redevances affectées à ces postes.

Sachant également qu'il convient que la clause organisant la réception de l'ouvrage soit rédigée avec soin et qu'elle prévoit des motifs assez larges, sans être discrétionnaires, de refus de la mise à disposition de l'ouvrage.

Il a trop souvent été constaté des lacunes sur ce point dans les contrats et marchés de partenariat conclus, où seule l'absence de conformité de l'ouvrage à sa destination était prévue comme motif de refus.

Au contraire, il est plus protecteur pour le pouvoir adjudicateur de prévoir que le refus peut intervenir en cas d'absence :

– d'atteinte des performances et fonctionnalités assignées à l'ouvrage (pour autant bien entendu qu'elles soient constatables, au moins en théorie, lors de la réception) ;
– de respect du programme fonctionnel, complété le cas échéant par l'offre du titulaire ;
– de délivrance des agréments et autorisations permettant d'utiliser / d'exploiter l'ouvrage (qui se distinguent des autorisations liées à la construction même de l'ouvrage).

Bien entendu, aussi bien rédigées que ces clauses pourraient être, elles doivent s'accompagner d'un suivi des travaux rigoureux par le pouvoir adjudicateur.

Les clauses de suivi des opérations de conception et de travaux, qui doivent prévoir un contrôle du pouvoir adjudicateur sans toutefois qu'il constitue une immixtion de sa part dans les droits et obligations du titulaire, sont fondamentales.

C'est d'ailleurs tout l'enjeu du « contract management », encore trop absent dans la commande publique alors qu'il est indispensable de leur consacrer un minimum de temps et d'organisation.

La garantie de parfait achèvement : atouts et limites ?

Comme en matière de marché de travaux, le pouvoir adjudicateur dans un marché de partenariat, peut bénéficier de l'application des garanties légales visées aux articles 1792 et suivants du Code civil⁽¹⁰⁾.

Sachant en outre que les clauses d'un marché de partenariat prévoient généralement que le titulaire reste débiteur de ces garanties à l'égard du pouvoir adjudicateur, ce qui les rend donc directement invocables à sa faveur.

Même si les dispositions du Code civil prévoient la possibilité, pour l'acquéreur d'un ouvrage, de mettre en demeure le constructeur de réaliser les travaux relevant de la garantie de parfait achèvement, l'absence de rela-

(10) En sa qualité d'acquéreur : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination ».

(9) CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, req. n° 296930.

tion contractuelle directe entre le pouvoir adjudicateur et le constructeur⁽¹¹⁾ peut générer des difficultés.

Il sera ainsi beaucoup plus efficace de prévoir une clause qui, explicitement, rend le titulaire du marché de partenariat, même s'il n'est pas nécessairement constructeur, d'une obligation similaire en matière de parfait achèvement de l'ouvrage (soit qu'il exécute lui-même cette obligation, soit qu'un tiers ou un de ses cocontractants en est chargé).

On pourrait néanmoins, même de mauvaise foi, opposer au pouvoir adjudicateur l'hypothèse dans laquelle les désordres affectant l'ouvrage n'étaient pas signalés dans le procès-verbal de réception mais étaient décelables lors des opérations de réception, ne serait-ce qu'en partie.

Pour éviter une telle difficulté, il faudra d'abord que le pouvoir adjudicateur se dote de moyens suffisants pour réaliser une vérification précise et rigoureuse de l'ouvrage avant la réception, toujours dans une logique également de « contract management » vertueux.

Le cas échéant, il est stratégique de confier une mission à un prestataire extérieur, qui l'accompagnera dans ces opérations complexes et techniques.

De plus, il convient de prévoir un délai suffisant pour que le pouvoir adjudicateur réalise les opérations de réception, ce qui suppose notamment :

- que le lancement de la procédure de passation soit réalisé suffisamment en amont des objectifs politiques de livraison de l'ouvrage ;
- que dans le calendrier d'exécution des prestations faisant l'objet du marché de partenariat, il soit intégré un éventuel délai pour remédier aux désordres constatés par le pouvoir adjudicateur et qui motiveraient un refus

La compensation sur les redevances à verser au titulaire comme levier d'action pour le pouvoir adjudicateur

Il n'est pas impossible que, confronté à une demande du pouvoir adjudicateur de mettre en œuvre les garanties légales qui sont dues par les constructeurs de l'opération ou, d'une manière plus générale, de remédier à des désordres qui subsisteraient, le titulaire du marché de partenariat :

- n'y défère pas ou bien n'y défère que de manière incomplète, de l'avis du pouvoir adjudicateur ;
- ou bien ne réagisse pas dans les délais souhaités ou dans des délais incompatibles avec les exigences du service public ;
- ou bien encore que les travaux de reprise des désordres ne soient pas réalisés de manière satisfaisante.

(11) Ce qui peut arriver dans le cas d'une société dédiée titulaire d'un contrat au capital de laquelle ne participe pas la société en charge des travaux de construction ou qui en serait sorti rapidement.

Le pouvoir adjudicateur peut alors envisager une compensation sur les créances détenues à son encontre par le titulaire, dans certaines conditions et sous certaines limites.

En effet, le Conseil d'État a pu juger « qu'aucun texte législatif ou réglementaire, ni aucun principe général du droit ne faisait obstacle à ce qu'une personne publique recoure à la compensation dès lors que les créances sont certaines, liquides et exigibles »⁽¹²⁾.

Et ce mécanisme de compensation peut être appliqué dans le cas où le pouvoir adjudicateur fait face à des malfaçons affectant les ouvrages réalisés par les titulaires d'un marché de travaux⁽¹³⁾. On voit donc mal ce qui empêcherait la mise en œuvre de cette compensation dans un marché de partenariat également, même en l'absence de clause écrite en ce sens.

Bien entendu, il serait plus aisé, pour la personne publique, qu'une telle clause soit insérée ab initio dans le projet de contrat soumis aux opérateurs économiques pendant la procédure de passation, quitte à l'imposer en indiquant qu'elle n'est pas susceptible de modification, sauf à rendre l'offre irrégulière.

Une telle clause pourra se justifier, au regard des dispositions de l'article R. 2213-3 du CCP⁽¹⁴⁾.

Certes, elles ne visent pas expressément l'hypothèse d'une compensation entre les redevances dues au titre du contrat de partenariat et les travaux nécessaires à la finalisation de l'ouvrage au titre de la garantie de parfait achèvement.

Mais il ne semble pas qu'elles interdisent non plus de leur donner une portée assez extensive, qui respecterait très certainement « l'esprit » du texte, encore plus si le marché de partenariat prévoit expressément que le titulaire est débiteur à l'égard du pouvoir adjudicateur de l'obligation de parfait achèvement.

Cette précaution devra certainement être prise par le pouvoir adjudicateur pour asseoir la régularité de la clause de compensation.

Sachant également que le pouvoir de sanction appartenant à la personne publique, en vertu des principes gé-

(12) CE 27 novembre 1935, Pikety.

(13) « Considérant que la commune soutient que les sommes dues au groupement doivent être compensées par la créance qu'elle détient sur lui en raison des malfaçons affectant les ouvrages qu'il a construits ; Considérant, d'une part, qu'il n'est pas contesté que le coût de réparation des malfaçons signalées à l'entrepreneur lors de la réception provisoire des travaux s'élevait à 350 francs a été déduit par le tribunal administratif du solde du marché ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le montant des sommes dues au groupement, fixe par le tribunal administratif à 44 263 francs doit être ramené, après rectification d'une erreur matérielle, à 35 763 francs » [CE 10 mai 1974, Commune de San-Gavino-di-Fiumorbo], req. n° 83364 et 83371.

(14) « Le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ».

néraux applicables aux contrats administratifs, pourrait également fonder une telle mesure.

La compensation sera d'autant plus justifiée si jamais les malfaçons et désordres constatés sur l'ouvrage et du fait des travaux, sont de nature à empêcher le titulaire du contrat d'atteindre les performances qui lui sont assignées.

Le Code de la commande publique prévoit en effet expressément que la rémunération du titulaire du contrat de partenariat est déterminée en fonction de performance à atteindre par ce dernier et peut varier à ce titre⁽¹⁵⁾.

Cela permet donc qu'une minoration de la rémunération du titulaire, soit par des sanctions financières, soit par compensation de créances, puisse être appliquées en cas d'absence de respect des performances assignées à l'ouvrage.

Le mécanisme de la compensation est beaucoup plus incitatif / contraignant vis à vis du titulaire et constitue un levier beaucoup plus efficace pour la personne publique, dès lors qu'elle ne dispose d'aucune certitude du paiement des pénalités par le titulaire, surtout en cas d'absence :

- de mise en place d'une sûreté de paiement des pénalités ;
- d'une clause prévoyant clairement la possibilité de réduction de la rémunération en phase exploitation, en lien avec des difficultés structurellement liées à l'ouvrage, par exemple en cas de difficultés liées à l'absence de levée de certaines réserves qui persisteraient après la mise à disposition.

La prudence commande tout de même de prévoir contractuellement, au lieu d'appliquer des pénalités dont les modalités de calcul ne sont pas forcément aisées⁽¹⁶⁾ ou dans l'alternative à ces dernières, une minoration des redevances versées aux titulaires en fonction du degré de perturbations causées à l'utilisation ou à l'exploitation de l'ouvrage, les désordres ou malfaçons constatées.

Sachant que ces perturbations peuvent également être causées du fait de la persistance de réserves mineures, dont la multiplicité par exemple ou la portée, génèrent de réels désagréments à la personne publique, sans remettre en cause la mise à disposition de l'ouvrage.

(15) « La rémunération du titulaire (...). Cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat » [CCP, art. L. 2213-8]. « Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variation de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée » [CCP, art. R. 2213-2].

(16) Ne serait-ce que parce que les perturbations peuvent être récurrentes, sans être continues.

Il convient de conserver à l'esprit qu'un contrat de partenariat confie une mission globale⁽¹⁷⁾ à son titulaire et que la personne publique ne doit, ainsi, pas souffrir des compétences distinctes des différents membres du groupement titulaire ou de la société dédiée titulaire.

Cette globalité autorise la personne publique à revendiquer un bon fonctionnement de l'ouvrage qu'elle paye à travers les différentes fractions de la rémunération versée au titulaire, sans que l'on puisse utilement lui opposer la segmentation des opérations et des prestations et les limites de responsabilité des différents intervenants.

Seule la fraction éventuellement cédée à un établissement bancaire ne pourra pas être concernée par la cession de créances⁽¹⁸⁾, compte tenu de la réception des ouvrages et de la signature de l'acte d'acceptation de la cession de créance⁽¹⁹⁾, qui impliquent l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de se prévaloir des inexécutions du contrat⁽²⁰⁾.

L'encadrement de la cessibilité du capital d'une société dédiée à l'exécution d'un marché de partenariat

Pour que l'équilibre juridique et économique du marché de partenariat soit optimal et afin que les soumissionnaires puissent présenter les offres les plus optimisées possibles, il convient de prendre en considération la nécessaire cessibilité des actions détenues par les diffé-

(17) « Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser » [CCP, art. L. 1112-1].

(18) Qui concerne au maximum « 80 % de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement » [CMF, art. L. 313-29-2].

(19) Ces différents actes administratifs individuels créateurs de droit pouvant toutefois être abrogés ou retirés s'ils sont illégaux, par exemple en cas de dol ou d'erreur de la personne publique n'ayant pas pu parfaitement mesurer la portée des différentes réserves lors des opérations de mise à disposition. La preuve de ces vices semble toutefois extrêmement compliquée à apporter par le pouvoir adjudicateur.

(20) « Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit ou à la société de financement ou du FIA mentionné à l'article L. 313-23 les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit ou la société de financement ou le FIA mentionné à l'article L. 313-23, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » [CMF, art. L. 313-29 2° alinéa].

rents opérateurs^[21] dans une société dédiée à l'exclusion d'un marché de partenariat.

Les clauses d'un marché de partenariat prévoient ainsi, sous réserve parfois d'une interdiction de toute cession pendant une durée déterminée^[22], la libre cession des actions entre entreprises d'un même « groupe », c'est-à-dire celles contrôlées au sens du Code de commerce.

Elle peut s'accompagner d'une information a priori du pouvoir adjudicateur, ce qui semble souhaitable, ne serait-ce que dans un souci de transparence et de bonne relation avec ce dernier.

Même si l'on peut difficilement l'assortir d'une sanction – par exemple son inopposabilité au pouvoir adjudicateur – la cession doit aussi s'accompagner d'une information préalable sur l'identité du cessionnaire, ses

moyens humains et matériels et les garanties qu'il apporte pour assurer la continuité des obligations confiées initialement au cédant.

L'on ne peut en effet pas envisager que l'entreprise cessionnaire, par exemple des droits de l'entité en charge de la construction de l'ouvrage, ne soit pas suffisamment dimensionnée pour assumer les missions du cédant.

Et d'un point de vue des garanties, si l'ouvrage n'est pas réceptionné, le pouvoir adjudicateur aura tout intérêt à s'assurer de la capacité du cessionnaire à remédier aux éventuels désordres et dysfonctionnements.

Cette cessibilité ne doit ainsi pas s'opérer au détriment de la personne publique, à laquelle on ne doit pas pouvoir opposer que le constructeur, qui a réalisé les travaux, ne fait plus partie de l'actionnariat de la société dédiée.

Cela risquerait ainsi de vider de sa substance et de toute possibilité d'exécution, de l'obligation à la charge du titulaire du marché de partenariat, d'assurer la réalisation d'un ouvrage et son bon fonctionnement pendant toute la durée du marché, une fois bien entendu que ce dernier sera réalisé.

Un compromis et un équilibre devra donc être trouvé, en particulier afin de ne pas dissuader les opérateurs économiques de déposer des offres aux consultations lancées. Le risque d'infructuosité est en effet réel dans de tels cas et encore trop souvent constaté, au détriment des opérations ayant fait l'objet des procédures en cause.

[21] Cette cessibilité devant être organisée et encadrée par le marché de partenariat : « Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire, lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet, peut être modifié. Il prévoit notamment les modalités d'information de l'acheteur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres » (CCP, art. L. 2213-7).

[22] Sauf à certaines entreprises détenues par un des actionnaires de la société dédiée ou à des entreprises qui détiennent un des actionnaires de la société dédiée, pour lesquelles la cession peut être réputée libre, moyennant une information préalable et une vérification de la capacité technique, financière et économique du cessionnaire.