



Clausier Type

Loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat Public-Privé
et son décret d'application n° 2-15-45

Version 2016

Note de remerciement

*

* *

Ce Clausier type pour les contrats de Partenariat Public - Privé a été réalisé par des experts mobilisés dans le cadre d'un soutien de la Banque Islamique de Développement, en collaboration avec la Division PPP.

Note d'avertissement

Ce document a pour objectif de (i) proposer aux personnes publiques un premier outil de rédaction pour les clauses les plus classiques d'un contrat de Partenariat Public - Privé et (ii) d'informer les personnes publiques des bonnes pratiques et des pièges à éviter.

L'attention des lecteurs est attirée sur le fait que ce document ne constitue pas un contrat-type, puisqu'il y a autant de contrats que de projets, et qu'il ne peut être utilisé tel quel.

Table des matières

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES	3
Article 1. Définitions et interprétations	3
1.1 Définitions	3
1.2 Interprétations	7
Article 2. Objet du Contrat	7
Article 3. Date d'Entrée en Vigueur et durée du Contrat	8
3.1 Entrée en Vigueur du Contrat	8
3.2 Durée du Contrat	8
Article 4. Stabilité de l'actionnariat du Titulaire	9
Article 5. Cession du Contrat	10
Article 6. Partage des risques	11
Article 7. Equilibre du Contrat en cas de Force Majeure ou d'Imprévision	11
7.1 Force Majeure	11
7.2 Imprévision	11
Article 8. Contrats de sous-traitance	12
Article 9. Préférence nationale	13
Article 10. Personnel affecté au Projet	13
10.1 Généralités	13
10.2 Information de la Personne Publique	14
10.3 Grève du personnel	14
10.4 Insertion sociale	15
10.5 Formation du personnel	15
CHAPITRE 2 : REGIME JURIDIQUE DES BIENS	16
Article 11. Désignation du Terrain et servitudes	16
11.1 Désignation du Terrain	16
11.2 Servitudes	16
Article 12. Transfert du Terrain	16
Article 13. Etat du Terrain	17
Article 14. Acquisitions foncières ou immobilières	17
Article 15. Autorisations Administratives	18
Article 16. Maîtrise d'ouvrage et droits réels sur les Ouvrages	18
Article 17. Régime des Ouvrages en fin de Contrat	19

CHAPITRE 3 : CONCEPTION ET REALISATION DES OUVRAGES	21
Article 18. Conception des Ouvrages	21
Article 19. Réalisation des Ouvrages	21
Article 20. Durée des travaux	22
Article 21. Causes Légitimes de Retard	22
21.1 Définition	22
21.2 Effets et prise en charge financière.....	23
Article 22. Opérations de Marche à Blanc	24
Article 23. Mise à Disposition des Ouvrages	24
23.1 Opérations d’Essais et de Vérifications	25
23.2 Procédure de Mise à Disposition	25
23.3 Désaccord des Parties sur la Mise à Disposition	26
23.4 Respect des surfaces	26
Article 24. Conséquences du non-respect de la Date Contractuelle de Mise à Disposition	26
24.1 Conséquences du retard non fautif	26
24.2 Conséquences du retard fautif	26
Article 25. Transmission du dossier des ouvrages exécutés.....	27
CHAPITRE 4 : EXPLOITATION, MAINTENANCE ET SERVICES	28
Article 26. Prestations d’Entretien et de Maintenance, Prestations d’Exploitation, Prestations de Services.....	28
Article 27. Gros Entretien-Renouvellement	28
27.1 Prestations de GER	28
27.2 Gestion et contrôle du compte GER.....	28
Article 28. Evolutions technologiques et obsolescence.....	29
Article 29. Procédure de parangonnage.....	29
Article 30. Objectifs de performance.....	30
Article 31. Causes Exonératoires.....	31
31.1 Définition	31
31.2 Effets	31
Article 32. Rapport d’exploitation.....	32
CHAPITRE 5 : MODIFICATIONS DU CONTRAT	33
Article 33. Définition.....	33
Article 34. Procédure de réalisation des Modifications.....	33

Article 35. Prise en charge financière des Modifications.....	34
35.1 Modifications conduisant à des investissements supplémentaires	34
35.2 Modifications portant sur les Prestations	35
35.3 Modifications Mineures	35
Article 36. Economies résultant d'une Modification.....	36
CHAPITRE 6 : GARANTIES ET ASSURANCES.....	37
Article 37. Garanties.....	37
37.1 Garantie de bonne exécution des travaux	37
37.2 Garantie de bonne exécution des prestations d'Entretien et de Maintenance et de GER	37
37.3 Garantie relative au compte GER	38
37.4 Garantie relative au Plan de Remise en Etat.....	38
Article 38. Programme d'assurances.....	39
CHAPITRE 7 : CLAUSES FINANCIERES.....	41
Article 39. Gestion du modèle financier.....	41
Article 40. Modalités de financement des investissements.....	41
40.1 Plan de Financement	41
40.2 Date de fixation des taux de financement	41
Article 41. Opération de Refinancement.....	42
Article 42. Modalités de rémunération du Titulaire.....	42
42.1 Décomposition de la Redevance	42
42.2 Montant de la Redevance et modalités d'indexation et d'actualisation	43
42.3 Subventions – Avances sur Redevance.....	43
42.4 Recettes Annexes	44
Article 43. Modalités de facturation et de paiement de la Redevance.....	44
Article 44. Intérêts moratoires en cas de retard de paiement.....	45
Article 45. Cession de créances et acceptation de la cession.....	45
Article 46. Fiscalité 45	
CHAPITRE 8 : CONTRÔLE, SUIVI ET PENALITES	46
Article 47. Contrôle et suivi des obligations du Titulaire.....	46
47.1 Réunions de suivi	46
47.2 Rapport Annuel.....	46
47.3 Contrôle.....	48
Article 48. Pénalités.....	48
CHAPITRE 9 : FIN DU CONTRAT	50

Article 49. Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire.....	50
49.1 Principe de la résiliation pour faute grave du Titulaire	50
49.2 Conséquences financières de la résiliation pour faute grave du Titulaire	50
Article 50. Résiliation anticipée pour motif d'intérêt général	51
50.1 Principe de la résiliation pour motif d'intérêt général	51
50.2 Conséquences financières de la résiliation pour motif d'intérêt général	51
Article 51. Résiliation anticipée pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat.....	52
51.1 Principe de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat	52
51.2 Conséquences financières de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat	52
Article 52. Résiliation d'un commun accord.....	53
Article 53. Substitution du Titulaire.....	53
53.1 Substitution du Titulaire – continuité du service public	53
53.2 Droit de substitution des Créanciers Financiers	53
CHAPITRE 10 : PREVENTION DES LITIGES ET CLAUSES DIVERSES	55
Article 54. Litiges	55
Article 55. Recours à un Expert.....	55
Article 56. Propriété intellectuelle ou industrielle.....	56
Article 57. Computation des délais.....	56
Article 58. Liste des Annexes.....	56

ENTRE :

[Nom de la personne publique], [description de la personne publique], représentée par [.....] à ce dûment habilité par [●].

(ci-après dénommée la « **Personne Publique** »)

d'une part,

ET :

[Nom du partenaire privé], [description du partenaire],

(ci-après dénommé le « **Titulaire** »), représenté par [.....] à ce dûment habilité par [●].....

D'autre part,

la Personne Publique et le Titulaire étant ci-après collectivement dénommés les « **Parties** » et individuellement une « **Partie** ».

Mention obligatoire (article 12 de la loi)

IL EST PREALABLEMENT EXPOSE CE QUI SUIT :

Commentaire

L'exposé préalable doit permettre de retracer l'historique du Projet, les étapes de la procédure de passation du contrat de partenariat et l'objet de ce dernier.

- A. La Personne Publique a décidé de recourir à un contrat de partenariat public-privé, sur le fondement de la loi n°86.12 relative aux contrats de partenariat public-privé et de son décret d'application n°2-15-45, afin de confier à un partenaire privé la mission de [description du Projet].
- B. Le recours au contrat de partenariat public-privé a reçu un avis favorable du Ministre de l'Economie et des Finances, sur avis motivé de la Commission PPP, conformément aux textes précités, après avoir transmis le rapport de l'évaluation préalable en date du [●].
- C. Par un avis de publicité publié au [●] le [●], la Personne Publique a lancé une consultation passée selon le mode de passation de (selon le mode choisi) dialogue compétitif ou appel d'offres ouvert ou avec présélection ou procédure négociée conformément à l'article [●] de la loi n°86.12 relative aux contrats de partenariat public-privé et de l'article [●] de son décret d'application.
- D. Au terme de la procédure, l'offre présentée par [●] a été considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse.
- E. [Citer les autres autorisations éventuellement requises avant la signature du contrat, en vertu de la loi n°86-12 et de son décret d'application ou encore en application des statuts régissant ou règles s'imposant à la Personne Publique].

CELA AYANT ETE EXPOSE, IL EST CONVENU CE QUI SUIT :

Commentaire

Le contrat devra indiquer les articles qui peuvent être modifiés par les candidats au cours du dialogue compétitif, lorsque cette procédure est retenue, et ceux qui sont intangibles.

CHAPITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1. Définitions et interprétations

Commentaire

La définition des termes utilisés dans le contrat est recommandée, elle permet d'éviter les divergences d'interprétation des termes du contrat et simplifie la rédaction de celui-ci.
Les règles d'interprétation du contrat doivent également être prévues, notamment afin de déterminer un ordre de préséance entre le contrat et ses annexes, voire entre les différentes annexes du contrat.

1.1 Définitions

Les termes débutant par une majuscule utilisés dans le présent Contrat ont la signification qui leur est attribuée ci-après.

Actionnaire(s) : désigne les actionnaires du Titulaire.

Commentaire

Il pourra être utile de distinguer les « Actionnaires Industriels » des « Actionnaires Financiers ». De même, une définition de la notion d' « Affilié », c'est-à-dire d'une entité légale appartenant au même groupe que l'un des Actionnaires, pourra être introduite.

Voir sur ces deux points l'Article 4 relatif à la stabilité de l'actionnariat du Titulaire.

Annexe : désigne une annexe du présent Contrat.

Article : désigne un article du présent Contrat.

Autorisations Administratives : désigne l'ensemble des autorisations, licences et permis requis par la réglementation en vigueur et nécessaires, notamment à la construction, à la mise en service et à l'exploitation des Ouvrages.

Calendrier des travaux : désigne le calendrier de réalisation des travaux relatif aux Ouvrages et présentant les délais sur lesquels le Titulaire s'engage.

Cause Exonératoire : désigne les événements limitativement énumérés à l'Article 31 qui, s'ils se produisent, ont pour effet de libérer le Titulaire totalement ou partiellement de ses obligations en phase d'exploitation, dans les conditions prévues à l'article précité.

Cause Légitime de Retard : désigne les événements limitativement énumérés à l'Article 21 qui justifient la prolongation des délais dans les conditions prévues audit article.

Compte pour Modifications : désigne le compte du Titulaire destiné au financement des Modifications.

Commentaire

La mise en place d'un Compte pour Modifications est l'une des modalités de financement des Modifications pouvant être envisagées. Voir sur ce point l'Article 35 ci-dessous.

Contrat : désigne le présent contrat de partenariat public-privé, y compris ses annexes.

Conséquences Financières de l'Événement : désigne les coûts résultant de la survenance d'un événement, à l'exclusion des Conséquences Financières du Retard et déductions faites des sommes à percevoir par le Titulaire au titre des assurances souscrites.

Commentaire

La distinction opérée entre « Conséquences Financières de l'Événement » et « Conséquences Financières du Retard » permet d'identifier au mieux les différents coûts pouvant résulter de la survenance d'un risque.

Par exemple, si le terrain d'assiette du Projet se révèle être pollué, le coût de cet événement peut-être de deux natures : d'une part, la dépollution des terres représente un coût, celui de la remédiation de l'événement (la « Conséquence Financière de l'Événement »), d'autre part, la dépollution est susceptible (mais ce n'est pas automatique) de créer un retard dans la réalisation des travaux, ce qui induit d'autres coûts (les « Conséquences Financières du Retard »).

Cette distinction est utile en particulier pour les modalités de prise en charge des conséquences des Causes Légitimes de retard (voir Article 21).

Conséquences Financières du Retard : désigne les conséquences financières du retard généré par la survenance d'un événement, à savoir [●].

Commentaire

Il conviendra de lister les frais devant être inclus dans la notion de « Conséquences Financières du retard ». On pense en particulier aux conséquences financières directes du retard, c'est-à-dire aux frais d'immobilisation ou de garde du chantier, ainsi qu'aux conséquences financières indirectes du retard, et notamment les frais de préfinancement supplémentaires, les surcoûts d'actualisation, les coûts liés au décalage ou recalage des Instruments de Couverture.

Créancier(s) Financier(s) : désigne(nt) le ou les établissements financiers ayant conclu les contrats de financement avec le Titulaire, ou tout autre établissement financier lui succédant.

Date d'Entrée en Vigueur : désigne la date de réception, par le Titulaire, de la notification du Contrat.

Date Contractuelle de Mise à Disposition : désigne la date à laquelle le Titulaire s'est engagé à mettre les Ouvrages à la disposition de la Personne Publique.

Date Effective de Mise à Disposition : désigne la date à laquelle le Titulaire met effectivement les Ouvrages à la disposition de la Personne Publique. Le Procès-Verbal de Mise à Disposition signé par les Parties permet de constater cette date.

Expert : désigne la personne choisie dans les conditions prévues à l'Article 55.

Force Majeure : désigne un événement tel que défini à l'Article 7.1.

Gains de Refinancement : désignent l'économie obtenue lors d'un Refinancement, calculée dans les conditions précisées à l'Annexe 6.4.

Imprévision : désigne un événement tel que défini à l'Article 7.2.

Instrument de Couverture : désigne tout contrat de couverture de taux d'intérêt conclu par le Titulaire avec les Créanciers Financiers.

Instrument de Dette : désigne tout instrument de financement prévu dans le Plan de Financement.

Instrument de Fonds Propres : désigne tout apport en capital, compte courant d'actionnaire, prêt subordonné, ou toute autre avance effectuée par les Actionnaires, ainsi que tout crédit-

relais ou toute dette bancaire destinée à préfinancer lesdits apports, prévus dans le Plan de Financement.

Commentaire

Les définitions des Instruments de Dettes et de Fonds Propres sont particulièrement utiles pour la rédaction des clauses de résiliation du contrat et la détermination des indemnités pouvant être, le cas échéant, versées au titulaire. En particulier, on pourra ainsi exclure les Instruments de Fonds Propres de l'indemnité versée au Titulaire dans certains cas de résiliation (résiliation pour faute).

Intempéries : [A définir selon le Projet]

Mise à Disposition : désigne les formalités de mise à disposition des Ouvrages par le Titulaire à la Personne Publique.

Modifications Mineures : désignent les Modifications décrites à L'Article 35.3.

Modifications Obligatoires : désigne les modifications résultant de l'entrée en vigueur d'un texte législatif ou réglementaire publié postérieurement à la Date d'Entrée en Vigueur et dont il n'était raisonnablement pas possible, préalablement à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat, de prévoir l'adoption.

Modifications Optionnelles : désigne les modifications autres que les Modifications Obligatoires.

Montant à Financer : désigne l'ensemble des dépenses liées à l'investissement sur lesquelles s'est engagé le Titulaire et préfinancées par lui, figurant au Plan de Financement (notamment travaux, honoraires, assurances, coûts fiscaux, marges, coûts de préfinancement, commissions bancaires, etc.).

Commentaire

La définition de « Montant à Financer » devra prendre en compte la déduction des éventuelles subventions publiques ou Avances sur Redevance bénéficiant au Projet.

Opérations d'Essais et de Vérifications : désigne les opérations décrites en Annexe 5, intervenant préalablement à la Mise à Disposition.

Ouvrage(s) : comprend l'ensemble des bâtiments, équipements et aménagements conçus et réalisés par le Titulaire.

Commentaire

Dans l'hypothèse d'un Projet incluant une partie de réhabilitation ou de démolition d'ouvrages existants, il sera utile de créer une définition des « Ouvrages Existants » et de prévoir dans le corps du Contrat les conditions dans lesquelles ces Ouvrages Existants sont remis au Titulaire en début de Contrat, et les modalités de prise en charge des risques y afférents (par exemple risque de présence d'amiante ou de plomb), à l'instar de ce qui est prévu pour la remise du terrain d'assiette du Projet (Article 13) .

Période d'Intangibilité : désigne la période durant laquelle l'actionnariat du Titulaire doit demeurer inchangé.

Phase de Réalisation : désigne la période débutant à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat et s'achevant à la Date Effective de Mise à Disposition.

Phase d'Exploitation : désigne la période débutant à la Date Effective de Mise à Disposition et s'achevant par la fin normale ou anticipée du Contrat.

Commentaire

La distinction des Phases de Réalisation et d'Exploitation pourra ne pas être pertinente dans le cas d'un ouvrage / d'une infrastructure qui reste en exploitation pendant la phase de réalisation.

Plan de Financement : désigne le plan de financement du Titulaire, détaillé en Annexe 6.1.

Plan de Remise en Etat : désigne le plan réalisé contradictoirement par les Parties dans les conditions prévues à l'Article 17.

Prestataires : désigne les prestataires auxquels le Titulaire pourra avoir recours pour exécuter ses obligations au titre du présent Contrat, ainsi que leurs éventuels sous-traitants.

Prestations : désigne l'ensemble des Prestations d'Entretien et de Maintenance, les Prestations d'Exploitation, les Prestations de GER et les Prestations de Services.

Prestations d'Entretien et de Maintenance : désignent toutes les opérations mises à la charge du Titulaire qui concourent au maintien en bon état de fonctionnement des Ouvrages et équipements de façon à toujours convenir aux usages auxquels ils sont destinés, jusqu'au moment où leur vétusté ou une défaillance rendent nécessaire leur remplacement. Elles sont décrites en Annexe 1.2.

Prestations d'Exploitation : désigne les prestations d'exploitation mises à la charge du Titulaire. Elles sont décrites en Annexe 1.3.

Prestations de GER : désigne les travaux de grosses réparations et de renouvellement mises à la charge du Titulaire. Elles sont décrites en Annexe 1.4.

Prestations de Services : désigne les prestations de service de [●] mises à la charge du Titulaire. Elles sont décrites en Annexe 1.5.

Commentaire

Exemple de Prestations de Services fournies par le Titulaire aux usagers du service public : services de propreté et d'hygiène ; services de sécurité incendie ; services de gestion des espaces verts ; service de sûreté (surveillance, gardiennage) ; services de restauration ; service d'accueil.

Prêteur(s) : désigne le ou les établissements financiers ayant conclu les contrats de financement avec le Titulaire, ou tout autre établissement financier lui succédant.

Procès-Verbal de Mise à Disposition : désigne le Procès-Verbal établi contradictoirement par les Parties à l'occasion de la Mise à Disposition des Ouvrages.

Projet : désigne le projet objet du Contrat.

Programme Technique : désigne le programme technique du Projet figurant en Annexe 1.

Commentaire

Le « Programme Technique » correspondra au Programme Technique si le Projet a été mené sous la forme d'un dialogue compétitif, et dans les autres cas, à tout document contenant les prescriptions techniques du Projet (cahier de charges).

Redevance : désigne la rémunération à laquelle a droit le Titulaire en contrepartie de la Mise à Disposition des Ouvrages à la Personne Publique.

Refinancement : désigne l'opération par laquelle le Partenaire procède à la modification des

conditions de taux ou de marges bancaires prévus dans le Plan de Financement.

Réserves Majeures : désigne les réserves permettant à la Personne Publique de refuser la Mise à Disposition, lorsqu'elle constate sur les Ouvrages :

- des défauts de nature à rendre les Ouvrages ou les équipements impropres à leur destination ou portant manifestement atteinte à la sécurité des biens ou des personnes,
- des non-conformités au Programme Technique,
- des non-conformités aux prescriptions du Contrat.

Réserves Mineures : désigne les réserves autres que les Réserves Majeures.

Soulte des Instruments de Couverture : désigne les coûts supportés ou les gains à recevoir par le Titulaire en cas de modification ou de résiliation totale ou partielle des Instruments de Couverture, tels que calculés selon les modalités prévues en Annexe 6.5.

Commentaire

Il est utile de prévoir une annexe de nature financière qui détaillera les modalités de calcul de la Soulte des Instruments de Couverture, et qui pourra notamment préciser comment les éventuelles pénalités, frais et accessoires attachés à ces Instruments sont pris en charge.

Terrain : désigne le terrain remis au Titulaire dans les conditions prévues à l'Article 12 [ou, dans le cas où le Terrain est acquis par le Titulaire : désigne le terrain acquis par le Titulaire pour la réalisation du présent Contrat].

1.2 Interprétations

Sauf stipulation expresse contraire du Contrat :

- les termes définis à l'Article 1.1 pourront être employés indifféremment au singulier ou au pluriel lorsque le sens ou le contexte l'exigeront ;
- les titres des Articles et Annexes du Contrat sont donnés à titre indicatif et ne peuvent être pris en compte pour interpréter le contenu de ceux-ci ;
- les renvois à une convention ou autre document comprennent ses annexes ainsi que les modifications ou avenants dont la convention ou le document a fait l'objet ;
- toutes les références faites à une personne comprennent ses successeurs, ayants droit ou toute autre personne venant aux droits et obligations de cette personne, de quelque manière que ce soit ;
- les coûts mentionnés dans le Contrat sont hors taxes, à l'exception des pénalités.

Sauf lorsqu'elles mentionnent expressément le contraire, les Annexes ont valeur contractuelle. En cas de contradiction entre les stipulations du Contrat et celles d'une Annexe, le Contrat prévaut. En cas de contradiction entre les stipulations des Annexes, le Programme Technique prévaut sur les autres Annexes.

Article 2. Objet du Contrat

Mention obligatoire (article 12 de la loi)

La Personne Publique confie au Titulaire, qui l'accepte, les missions suivantes :

- [•]
- [•]
- [•]

Commentaire

On rappelle également que l'article 1^{er} de la loi décrit le contrat de partenariat comme confiant une mission globale de conception, de financement de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation, de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou d'une infrastructure nécessaire à la fourniture d'un service public.

Le Contrat listera donc ici les missions confiées au partenaire.

Le Titulaire est autorisé à mener les activités de valorisation qui donnent lieu au versement de Recettes Annexes dans les conditions prévues à l'Article 42.4. Ces activités de valorisation sont :

- [●]
- [●]

Commentaire

Si le Projet comprend des activités permettant de générer des Recettes Annexes (voir Article 42.4), il conviendra d'indiquer les activités dont il est question (Exemple : location de salles/espaces à des tiers pour l'organisation d'événements, revente d'énergie photovoltaïque, restauration, etc.).

Article 3. Date d'Entrée en Vigueur et durée du Contrat

3.1 Entrée en Vigueur du Contrat

Le Contrat entre en vigueur à compter de sa notification par la Personne Publique au Titulaire.

La notification intervient :

- (i) par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou
- (ii) par remise en mains propres contre récépissé signé par le Titulaire.

La date de l'accusé de réception ou du récépissé de cette notification vaut Date d'Entrée en Vigueur du Contrat.

Commentaire

Il est rappelé que l'article 10 de la loi prévoit que le contrat de partenariat, approuvé dans les conditions prévues par celle-ci, doit être notifié avant tout commencement d'exécution.

3.2 Durée du Contrat

Mention obligatoire (articles 12.3 et 13 de la loi)

Le Contrat a une durée de [●] à compter de la Date d'Entrée en Vigueur. Cette durée est fixe.

Le Contrat ne peut se prolonger par tacite reconduction. A l'expiration de la durée du Contrat, le Titulaire ne pourra en aucun cas se prévaloir d'un quelconque droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement.

Commentaire

L'article 13 de la loi indique que la durée est « *fixée en tenant compte selon le cas notamment de l'amortissement des investissements à réaliser, des modalités de financement retenues et de la nature des prestations fournies* ». Cette durée sera donc prévue au stade de l'évaluation préalable. Toutefois, dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, il sera intéressant de pouvoir discuter avec les candidats de la durée, en leur indiquant un maximum et un minimum

(par exemple : entre 20 et 25 ans) : selon leur ingénierie financière, les candidats seront alors à même de proposer la durée permettant d'aboutir au meilleur coût.

Par ailleurs, la computation de la durée du Contrat a des conséquences sur le partenaire privé. Si la durée fixe du contrat est décomptée à partir de la Date d'Entrée en Vigueur, alors il y aura « double peine » en cas de retard : pénalités et diminution de la durée de perception des loyers, ceux-ci n'étant touchés par le partenaire qu'à compter de la Date Effective de Mise à Disposition.

En revanche, si la durée est décomptée à partir de la Date Effective de Mise à Disposition, le Titulaire ne perdra pas de loyer.

Il est toutefois possible de concilier un système de durée globale fixe du contrat et d'absence de perte de loyer :

- Soit en précisant qu'en cas de retard, même fautif, le montant de Redevance est recalculé de façon à ce que la rémunération due au Titulaire reste la même ;
- Soit en stipulant qu'en cas de retard, même fautif, les Redevances voient leur paiement différé pendant la durée du retard et sont payées à la Mise à Disposition.

Article 4. Stabilité de l'actionariat du Titulaire

Mention obligatoire (article 12 de la loi)

A la date de signature du Contrat, l'actionariat du Titulaire se compose comme suit :

- [●]
- [●]

(les « **Actionnaires Initiaux** »)

Cet actionariat demeurera inchangé jusqu'à [●] ans après la Date Effective de Mise à Disposition (la « **Période d'Intangibilité** »).

Commentaire

La Personne Publique pourra souhaiter prévoir une Période d'Intangibilité couvrant à minima la période couvrant les travaux et la levée des réserves éventuelles. Il conviendra d'adapter cette durée d'intangibilité au Projet considéré et à l'identité des Actionnaires Initiaux.

Dans la plupart des cas, la société de projet sera détenue intégralement par le même actionnaire. Dans les autres cas, l'actionariat de la société de projet sera partagé entre plusieurs actionnaires.

On pourra souhaiter distinguer parmi les Actionnaires Initiaux, les « Actionnaires Industriels » (par exemple le constructeur ou le mainteneur), dont on souhaite qu'ils restent plus longtemps au capital de la société, et les « Actionnaires Financiers » comme les fonds d'investissement, qui de toute façon n'investiront que s'ils ont une grande liberté de sortie du capital de la société titulaire.

A ce titre, cette clause devra prendre en compte les exigences qui pourraient tenir à l'attractivité du Maroc pour les investissements étrangers.

A la fin de la Période d'Intangibilité, les Actionnaires Initiaux qui souhaitent céder une partie de leur participation initiale doivent en informer préalablement la Personne Publique par courrier recommandé avec demande d'avis de réception. La Personne Publique dispose d'un délai [●] pour s'opposer, de façon motivée, à cette cession. A défaut de réponse apportée par la Personne Publique à l'expiration de ce délai de deux mois, la Personne Publique est présumée avoir refusé le projet de cession.

En tout état de cause, chacun des Actionnaires Initiaux conservera jusqu'au terme du Contrat au moins [●] % de sa participation initiale, tant en capital qu'en droits de vote du Titulaire, sauf autorisation expresse et préalable de la Personne Publique.

Commentaire

Il convient de prévoir quelle liberté sera laissée aux Actionnaires Initiaux après la Période d'Intangibilité. Les deux alinéas ci-dessus en donnent deux exemples : on peut prévoir une cession des parts sous réserve de l'accord préalable et exprès de la Personne Publique ; on peut également prévoir que certains Actionnaires (les Actionnaires Industriels) devront maintenir un certain niveau de

participation au capital de la société.

Par dérogation aux trois alinéas qui précèdent, chaque Actionnaire Initial pourra transférer, librement et à tout moment, sa participation à un Affilié.

Commentaire

Cet alinéa permet de laisser les Actionnaires Initiaux libres de céder, à tout moment, leurs parts à des « Affiliés », c'est-à-dire aux sociétés appartenant au même groupe (la notion d'« Affilié » pourra être définie afin de couvrir les sociétés placées sous un même contrôle).

Chacun des actionnaires du Titulaire peut, sous réserve de l'information préalable de la Personne Publique par le Titulaire, par courrier recommandé avec demande d'avis de réception, consentir aux Prêteurs, pour les besoins du financement du Contrat, des sûretés portant notamment sur tout ou partie de la fraction du capital qu'il détient. Ces sûretés pourront, par dérogation aux stipulations ci-dessus, être librement exercées par les Prêteurs dans les conditions prévues par les contrats de sûretés correspondants. La réalisation de cette sûreté sera précédée d'une information de la Personne Publique.

Commentaire

Cet aliéna permet de prendre en compte une exigence du financement de projet, dans la mesure où les actions du Titulaire seront nanties au profit des banques.

En cas de non-respect par le Titulaire des règles posées par le présent Article, la Personne Publique pourra résilier le Contrat pour faute du Titulaire dans les conditions prévues à l'Article [●].

Commentaire

Il est important de prévoir la sanction du non-respect des obligations du Titulaire en matière de stabilité de l'actionnariat, qui doit être la résiliation du Contrat pour faute.

Article 5. Cession du Contrat

Mention obligatoire (articles 12.15 et 22 de la loi)

Le Titulaire ne pourra, sous peine de déchéance, céder, partiellement ou totalement, les droits résultant du Contrat qu'avec l'accord préalable et écrit de la Personne Publique.

Commentaire

La Personne Publique a choisi le Titulaire aux termes d'une procédure durant laquelle elle était à même de vérifier les garanties (professionnelles, financières, etc.) de celui-ci. Il semble donc opportun de prévoir que la cession du Contrat par le Titulaire ne peut se faire qu'après l'accord préalable et exprès de la Personne Publique.

Il est important de prévoir les conditions et modalités pratiques selon lesquelles la Personne Publique devra se prononcer sur un projet de cession. Une proposition est faite ci-après.

Le Titulaire est tenu de présenter le cessionnaire à la Personne Publique lors de sa demande d'autorisation. Le cessionnaire devra apporter des garanties financières et professionnelles équivalentes à celles apportées par le Titulaire. La Personne Publique fait connaître sa décision dans un délai de [●] à compter de la réception de la demande du Titulaire.

A défaut d'accord dans les conditions ci-dessus visées, la cession sera considérée comme irrégulière et inopposable à la Personne Publique. En outre, en cas de méconnaissance des dispositions du présent Article par le Titulaire, toute cession irrégulière du contrat est considérée comme nulle, et elle ne peut en aucun cas être opposable à la Personne Publique. A cet effet, la Personne Publique peut résilier le contrat pour faute grave du titulaire, selon les modalités prévues à l'Article [●].

Commentaire

Il est important de prévoir la sanction du non-respect par le Titulaire de la procédure d'agrément, qui doit être la résiliation du Contrat pour faute.

En cas de cession, le cessionnaire sera subrogé au Titulaire dans les droits et obligations résultant du Contrat.

Article 6. Partage des risques

Mention obligatoire (articles 12.7 et 16 de la loi)

Chacun des risques afférents au Contrat est supporté par la Partie la mieux à même de le maîtriser, du point de vue technique, économique et financier, en prenant en considération l'intérêt général et les caractéristiques du Projet, dans les conditions et selon les modalités prévues par le Contrat.

Le partage des risques résulte de l'ensemble des stipulations du présent Contrat. Les différents risques et leur allocation sont rappelés, à titre informatif, dans une matrice des risques figurant en Annexe 11.

Article 7. Equilibre du Contrat en cas de Force Majeure ou d'Imprévision

Mention obligatoire (articles 12.9 et 17 de la loi)

7.1 Force Majeure

Les Parties n'encourent aucune responsabilité pour ne pas avoir exécuté ou avoir exécuté avec retard une de leurs obligations au titre du Contrat suite à la survenance d'un événement de Force Majeure, entendu comme tout événement qui leur est extérieur, qui est imprévisible et irrésistible et qui les empêche d'exécuter en tout ou partie une de leurs obligations au titre du Contrat.

Si le Titulaire a, par action ou par omission, aggravé les conséquences d'un événement présentant les caractéristiques de la Force Majeure, il n'est fondé à invoquer la Force Majeure que dans la mesure des effets que l'évènement aurait provoqués si cette action ou omission n'avait pas eu lieu.

Lorsque l'une des Parties invoque la survenance d'un événement de Force Majeure, elle le notifie à l'autre Partie par lettre recommandée avec avis de réception, dans les plus brefs délais, et au maximum dans les [●] jours suivant la survenance de l'évènement. La notification précise les faits invoqués au soutien de sa demande et notamment la nature de l'évènement et précisant les conséquences de cet événement sur l'exécution du Contrat ainsi que les mesures prises pour en atténuer les effets. Dans une telle hypothèse, les Parties conviennent de se rencontrer au plus vite pour envisager toute mesure à prendre en vue d'assurer la continuité du service et d'éviter, autant que faire se peut, la rupture de leurs liens contractuels.

Si, toutefois, l'évènement de Force Majeure durait plus de [●], la Personne Publique pourrait prononcer la résiliation du Contrat dans les conditions prévues à l'Article 51.

Commentaire

Il est usuel de prévoir que la partie de la rémunération portant sur le remboursement de l'investissement (loyer « financier ») continue à être versée.

7.2 Imprévision

Un événement d'Imprévision doit présenter les trois caractéristiques suivantes :

- indépendant de la volonté des Parties ;

- imprévisible lors de la conclusion du Contrat ou dont les effets ne pouvaient être raisonnablement prévus lors de la signature du Contrat, et
- entraînant un bouleversement de l'économie générale du Contrat.

Commentaire

Il pourra être envisagé de quantifier la notion de « bouleversement de l'équilibre du Contrat » : la Personne Publique devra cependant être très prudente dans un tel exercice, la théorie de l'imprévision ne devant s'appliquer qu'à des cas de très forte dégradation des conditions économiques du Contrat.

Lorsque l'une des Parties invoque la survenance d'un événement d'Imprévision, elle le notifie à l'autre Partie par lettre recommandée avec avis de réception, dans les plus brefs délais, et au maximum dans les [●] jours suivant la survenance de l'évènement.

La notification précise les faits invoqués au soutien de sa demande et notamment la nature de l'évènement et précisant les conséquences de cet évènement sur l'exécution du Contrat ainsi que les mesures prises pour en atténuer les effets.

Les Parties arrêtent d'un commun accord les mesures, notamment financières, permettant au Titulaire de poursuivre l'exécution de ses obligations dans des conditions non substantiellement dégradées.

Si, toutefois, l'évènement d'Imprévision bouleversait durablement l'équilibre du Contrat, la Personne Publique pourrait prononcer la résiliation du Contrat dans les conditions prévues à l'Article 51.

Article 8. Contrats de sous-traitance

Mention obligatoire (articles 12.13 et 20 de la loi)

Pour l'exécution du Contrat, le Titulaire est autorisé à conclure des sous-contrats dans le respect de la réglementation applicable et sous réserve du respect des stipulations du présent Contrat. Il ne peut sous-traiter l'ensemble des Prestations.

Les Prestataires auxquels le Titulaire aura recours pour l'exécution de ses obligations au titre du Contrat seront sous l'entière responsabilité du Titulaire. Le Titulaire s'assure que ces Prestataires respectent les lois en vigueur et notamment leurs obligations sociales et fiscales. La Personne Publique n'a pas de rapport contractuel avec ceux-ci dans le cadre du Projet.

Les conséquences financières de l'insolvabilité des Prestataires auxquels le Titulaire aura recours pour l'exécution de ses obligations au titre du Contrat seront à la seule charge du Titulaire.

Le Titulaire ne pourra se libérer de ses obligations contractuelles au titre du Contrat en invoquant les clauses des contrats qu'il a conclus ou viendrait à conclure avec les Prestataires ou les Créanciers Financiers, le Titulaire demeurant seul responsable, en tout état de cause, vis-à-vis de la Personne Publique, de la parfaite exécution de ses obligations au titre du Contrat.

Tout contrat conclu par le Titulaire et entraînant la présence de tiers sur le Terrain ou les Ouvrages reprend à l'identique les prescriptions pertinentes du présent Contrat au regard de l'objet du sous-contrat considéré.

Le Titulaire informe la Personne Publique de l'ensemble des contrats de sous-traitance qu'il conclut et les communique à la Personne Publique, dans leur forme agréée entre le Titulaire et le futur Prestataire, au moins [●] jours avant leur signature.

Commentaire

Ce dernier alinéa rappelle l'obligation faite au titre de l'article 20 de la loi.

Le Contrat pourra prévoir également une information préalable de la Personne Publique en cas de modification apportée aux contrats de sous-traitance (éventuellement, on pourra prévoir que seuls les avenants d'un certain montant sont communiqués si cela s'avère plus pertinent).

Article 9. Préférence nationale

Le Titulaire s'engage à mettre en œuvre les mesures suivantes de préférence nationale :

- Sous-traitance des prestations suivantes du contrat en faveur des entreprises nationales : [●]
[et/ou]
- Taux d'utilisation d'intrants d'origine nationale [et/ou] moyens humains, techniques et technologiques d'origine marocaine [et/ou] part du transfert de technologies et du savoir-faire [et/ou] nombre d'emplois créés en faveur des citoyens marocains : [●]

Le contrôle de cet engagement est effectué dans les conditions suivantes : [●]

En cas d'inexécution de ces engagements, le Titulaire sera redevable d'une pénalité de [●].

Commentaire

Le Contrat pourra prévoir les mesures prises au titre de la préférence nationale, telle que prévue dans le décret relatif aux contrats de partenariat public-privé (article 35). Celui-ci indique que les mesures pourront notamment concerner la part d'exécution du contrat de partenariat public-privé sous-traitée à des entreprises nationales, le taux d'utilisation d'intrants d'origine nationale, les moyens humains, techniques et technologiques d'origine marocaine, la part du transfert de technologies et du savoir-faire, le nombre d'emplois créés en faveur des citoyens marocains.

La clause devra alors indiquer :

- (i) l'engagement pris par le Titulaire (le cas échéant par le biais de ses Prestataires),
- (ii) les modalités de contrôle de cet engagement par la Personne Publique, et notamment la périodicité du contrôle,
- (iii) la pénalité encourue en cas de non-respect des engagements.

Les informations relatives aux mesures mises en place au titre du présent Article seront prises dans le rapport prévu à l'Article 47.2.

Article 10. Personnel affecté au Projet

Mention obligatoire (article 12.8 de la loi)

10.1 Généralités

Le Titulaire s'assure le concours, en quantité et en qualité, du personnel nécessaire à la parfaite exécution du Contrat. Il assure la gestion et le contrôle de son personnel.

Le Titulaire s'engage à respecter la législation, la réglementation de droit de travail et les conventions collectives applicables au Maroc.

Par ailleurs, pendant toute la durée du Contrat, le Titulaire s'engage à respecter et faire respecter les prescriptions en matière de sécurité applicables au Projet et notamment [●].

Commentaire

Il pourra être utile, selon la nature du Projet, d'indiquer les règles de sécurité pouvant s'appliquer (on pense à des projets de réhabilitation d'ouvrages présentant des conditions d'accès ou de sécurité particulières).

Tout manquement grave ou répété à l'une de ces prescriptions entraîne l'application des dispositions de l'Article [●] (Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire). Etant donné l'urgence de remédier à la violation des obligations de sécurité, la Personne Publique peut recourir aux dispositions de l'Article [●] (Résiliation anticipée pour faute du Titulaire) sans procéder à la mise en demeure préalable prévue à cet Article.

10.2 Information de la Personne Publique

Un registre spécial du personnel est constamment tenu à jour par le Titulaire. Il peut être consulté à tout moment par la Personne Publique.

Le Titulaire adresse, dans le cadre du Rapport Annuel prévu à l'Article 47, un organigramme du personnel affecté au Projet, ainsi qu'un état de variation détaillé des effectifs affectés au Projet.

Le Titulaire informe la Personne Publique sans délai, et le cas échéant dans des rapports périodiques ou le rapport annuel :

- de toute évolution majeure affectant la situation du personnel affecté à l'exécution du Contrat, notamment en cas de modification de la convention collective applicable ou de toutes autres conventions ou modifications de la législation affectant les conditions de travail ou de rémunération ;
- des accidents de travail ;
- des observations formulées par l'inspection du travail.

Commentaire

Cette clause permettant un contrôle de la Personne Publique doit être adaptée en fonction de la nature du Projet. En outre, on rappelle que le contrôle légitime exercé par la Personne Publique ne doit pas faire oublier que le Titulaire est maître d'ouvrage.

Elle pourra également être complétée par des stipulations prévoyant les conditions d'une éventuelle reprise des personnels par la Personne Publique en fin de Contrat, conformément à la législation marocaine.

10.3 Grève du personnel

La Personne Publique ne supportera aucune conséquence financière en cas de grève du personnel du Titulaire, de ses Prestataires ou des sous-traitants de ces derniers. Toute grève sera assumée aux frais et risques du Titulaire.

En cas de grève du personnel du Titulaire ou de l'un de ses Prestataires, le Titulaire est tenu d'informer la Personne Publique sans délai des préavis de grèves déposés. Il la tient ensuite informée de la situation et des mesures prises. Il assure par ailleurs une information complète du public par tous les moyens appropriés. En cas de manquement à une ou plusieurs des obligations d'information qui lui incombent, le Titulaire encourt l'application des pénalités prévues l'Article 48.

Le Titulaire s'engage en tout état de cause à tout mettre en œuvre pour assurer la continuité de l'exploitation.

10.4 Insertion sociale

Commentaire

Le Contrat pourra prévoir des engagements du Titulaire (directement ou par l'intermédiaire de ses Prestataires) en matière d'insertion sociale : on pense à l'insertion des chômeurs de longue durée, des jeunes à faible niveau de formation, des personnes ayant fait l'objet d'une peine privative de liberté, etc.

Cette clause pourra identifier :

- (i) les publics visés par les mesures d'insertion,
- (ii) l'engagement pris par le Titulaire (le cas échéant par le biais de ses Prestataires),
- (iii) les modalités de contrôle de cet engagement par la Personne Publique, et notamment la périodicité du contrôle,
- (iv) la pénalité encourue en cas de non-respect des engagements.

10.5 Formation du personnel

Le Titulaire assure la formation régulière du personnel de la Personne Publique au titre des prestations suivantes : [●].

Les modalités des formations prévues au présent Article sont précisées en Annexe 8.

Commentaire

Cette clause doit permettre de préciser, lorsque cela est pertinent avec le Projet mené, les conditions dans lesquelles le personnel de la Personne Publique devra être formé par le Titulaire. On pense à la manipulation d'équipements spécifiques, à l'utilisation des outils de gestion et d'exploitation partagés, à l'utilisation des supports informatiques utilisés pour les prestations d'entretien et de maintenance, aux règles de sécurité, etc.).

Le détail précis des formations pourra être décrit dans une annexe technique.

CHAPITRE 2 : REGIME JURIDIQUE DES BIENS

Mention obligatoire (articles 12.17 et 24 de la loi, concernant les sûretés articles 12.18 et 25)

Article 11. Désignation du Terrain et servitudes

11.1 Désignation du Terrain

Le Terrain sur lequel seront construits les Ouvrages est situé [●].

Le plan du Terrain figure en Annexe 3 du Contrat.

Commentaire

Si le Projet porte sur des Ouvrages Existants, cette clause pourra être complétée pour désigner ceux-ci (un inventaire des biens remis par la Personne Publique pourra en outre être annexé au Contrat).

En outre, la notion de « Terrain » pourra être étendue aux éventuels équipements ou locaux situés sur celui-ci.

11.2 Servitudes

Le Terrain est grevé des servitudes existantes telles que référencées dans le plan dressé en Annexe 3.

La Personne Publique déclare qu'elle n'a créé ni laissé acquérir aucune autre servitude sur le Terrain objet des présentes, et qu'à sa connaissance il n'en existe aucune autre.

Le Titulaire souffrira des servitudes pouvant grever le Terrain et profitera des servitudes actives, s'il en existe, sans recours contre la Personne Publique.

Article 12. Transfert du Terrain

Le transfert du Terrain par la Personne Publique au Titulaire s'effectue selon les modalités du Calendrier des travaux (Annexe 4). Le Titulaire a la garde du Terrain au jour de leur transfert.

Un état des lieux d'entrée, relatifs au Terrain, est établi contradictoirement entre les Parties le jour du transfert du Terrain. En cas de désaccord entre les Parties, quant au contenu de l'état des lieux d'entrée, celui-ci sera effectué par un expert désigné dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

Cette clause n'a pas vocation à s'appliquer si le Terrain est acheté par le Titulaire. Les modalités de désignation de l'expert pourront renvoyer à la clause générale prévue ci-dessous (0) ou à toute autre modalité.

Les frais de l'état des lieux seront intégralement à la charge du Titulaire.

Commentaire

Si l'occupation du terrain est payante, il conviendra de le préciser et d'indiquer le montant à payer et les conditions de l'acquittement de ce montant par le Titulaire.

Si le Projet porte sur des Ouvrages Existants (réhabilitation), cette clause pourra être complétée pour prévoir les modalités du transfert de ceux-ci, selon les mêmes principes.

Article 13. Etat du Terrain

Le Titulaire déclare avoir une parfaite connaissance du Terrain.

Le Titulaire prend le Terrain dans l'état dans lequel il se trouve le jour du transfert, sans aucune garantie de la part de la Personne Publique et sans pouvoir élever aucune réclamation, ni former aucun recours contre la Personne Publique en raison de la situation ou de l'état du Terrain.

Le Titulaire prend en charge les risques suivants : [●]

A ce titre, il supporte l'ensemble des Conséquences Financières de ces Evénements ou risques. Les retards éventuels consécutifs à la survenance de l'un des risques ainsi mis à la charge du Titulaire ne pourront en aucun cas constituer des Causes Légitimes de Retard et les éventuelles Conséquences Financières du Retard restent à la charge du Titulaire.

Le Titulaire ne pourra se prévaloir du caractère incomplet ou erroné des documents et études remises par la Personne Publique préalablement à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat ou qui pourraient lui être transmis en cours d'exécution du Contrat.

La Personne Publique prend en charge les risques suivants : [●].

A ce titre, elle supporte l'ensemble des Conséquences Financières de ces Evénements ou risques. Les retards éventuels liés à la survenance de ces risques et les Conséquences Financières du Retard seront traités dans les conditions prévues à l'Article 21 (Causes Légitimes de Retard).

Commentaire

Il conviendra de prévoir, selon les particularités du Projet, la répartition des risques liés à l'état du Terrain. On pense notamment aux risques suivants : risques pyrotechniques, hydrogéologiques, géotechniques, le risque lié à la présence d'ouvrages et réseaux enterrés, risque de pollution préexistante, risque de découvertes archéologiques.

En PPP, le Titulaire est quasi maître d'ouvrage. Les risques liés à l'état du sol doivent être très majoritairement assumés par lui.

La Personne Publique prendra soin, préalablement au lancement de la consultation, de réaliser les études nécessaires à la bonne analyse de l'état du sol. Lors de la consultation, elle pourra ainsi fournir des études précises au Titulaire, ce qui permettra à ce dernier d'ajuster au mieux son prix (à défaut, il intégrera des marges pour aléas importantes).

Si le Projet porte sur des Ouvrages Existants (réhabilitation), cette clause pourra être complétée pour prévoir les modalités de partage des risques liés à l'état de ces derniers (notamment risque lié à la présence d'amiante ou de plomb).

Article 14. Acquisitions foncières ou immobilières

Le Titulaire réalise à ses frais les éventuelles acquisitions foncières ou immobilières qui s'avèreraient nécessaires à l'exécution du Contrat.

Commentaire

Selon la nature du Projet, il pourra être utile de prévoir cette clause relative à l'acquisition par le Titulaire de biens qui ne sont pas au jour de la conclusion du Contrat dans le patrimoine de la Personne Publique ou sur lesquelles celle-ci n'a aucun droit d'occupation.

Cette clause pourra également préciser, si le Projet le nécessite, les conditions dans lesquelles certains biens pourront faire l'objet d'expropriation pour cause d'utilité publique : à ce titre, il indiquera comment le Titulaire et la Personne Publique pourront collaborer pour mener à bien les procédures d'expropriation si celles-ci n'ont pas été réalisées préalablement à la signature du Contrat.

Article 15. Autorisations Administratives

Le Titulaire est responsable de l'obtention des Autorisations Administratives nécessaires à la réalisation du Projet, conformes à la réglementation applicable au jour de leur obtention, dans un délai permettant le respect du Calendrier des travaux (Annexe 4). Le Titulaire est également responsable du maintien en vigueur de ces Autorisations Administratives.

Il s'agit notamment de : [Liste des Autorisations Administratives nécessaires pour la réalisation du Projet].

La Personne Publique apportera dans la mesure du possible son appui au Titulaire pour l'obtention des Autorisations Administratives.

Commentaire

Il sera utile de lister les autorisations nécessaires à la réalisation du Projet, ce qui inclut les licences, permis et autres autorisations nécessaires pour la construction des Ouvrages, mais aussi pour leur mise en service et leur exploitation. En revanche, cette liste ne devrait pas être exhaustive, dans la mesure où le Titulaire doit être responsabilisé sur l'accomplissement de toutes les démarches nécessaires au Projet, y compris celles qui n'auraient pas été identifiées au jour de la conclusion du Contrat.

Le Titulaire prendra à sa charge les conséquences financières et de délais résultant du retard dans l'octroi des Autorisations Administratives.

Si, dans un délai de [●] mois à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, l'ensemble des Autorisations Administratives nécessaires à la construction des Ouvrages n'ont pas été obtenues ou ont été refusées, les Parties se rencontrent à la demande de la Partie la plus diligente, pour évaluer les conséquences de la situation. Les Parties feront tous leurs efforts pour trouver une solution permettant la poursuite du Projet.

Si dans un délai de [●] mois suivant cette rencontre aucune solution n'a pu être arrêtée par les Parties, la Personne Publique pourra prononcer la résiliation du Contrat. Le Titulaire sera alors indemnisé dans les conditions prévues à l'Article [●] (Résiliation pour Faute grave).

Commentaire

Il est bon de responsabiliser le Titulaire sur l'obtention et les délais d'octroi des autorisations.

En outre, si un problème insurmontable se pose dans l'obtention des permis, il vaut parfois mieux permettre à l'administration de sortir du projet, mais aux torts du Titulaire, qui s'était engagé à obtenir ces Autorisations.

Article 16. Maîtrise d'ouvrage et droits réels sur les Ouvrages

Le Titulaire est maître d'ouvrage des travaux et Ouvrages qu'il réalise.

A ce titre il est notamment tenu de se conformer à tous les règlements existants ou à intervenir en ce qui concerne les travaux qu'il pourrait être prévu d'exécuter sur le domaine public.

Commentaire

Il est important de savoir qui est maître d'ouvrage, en raison des conséquences juridiques qui s'attachent à cette notion. Ainsi, aux termes de l'article 769 du dahir des obligations des contrats, le maître d'ouvrage bénéficie d'une garantie décennale du constructeur, de l'ingénieur et de l'architecte en cas d'écroulement de l'ouvrage.

Le Titulaire dispose au cours de l'exécution du Contrat de droits réels sur les Ouvrages et équipements qu'il réalise, dans les limites, d'une part, de l'intégrité et de l'affectation du domaine public, d'autre part, des nécessités de la continuité du service public. En particulier, il ne pourra en aucun cas aliéner les droits réels qu'il détient. Toutefois, il est autorisé à constituer des sûretés sur ces droits réels, mais uniquement pour les besoins du financement du Projet.

OU

Le Titulaire ne dispose d'aucun droit réel sur les Ouvrages et équipements qu'il réalise.

Commentaire

L'article 24 de la loi indique que, sauf stipulation contraire, le Contrat confère des droits réels au partenaire privé sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

L'article 25 de la loi prévoit en outre la possibilité de consentir des sûretés et garanties sur les actifs acquis ou réalisés par le biais du Contrat.

Attention aux conséquences de l'attribution de droits réels sur la responsabilité et les assurances, compte tenu de l'article 89 du Dahir formant Code des Obligations et des Contrats.

Article 89 :

« Le propriétaire d'un édifice ou autre construction est responsable du dommage causé par son écroulement ou par sa ruine partielle, lorsque l'un ou l'autre est arrivé par suite de vétusté, par défaut d'entretien, ou par le vice de la construction. La même règle s'applique au cas de chute ou ruine partielle de ce qui fait partie d'un immeuble tel que les arbres, les machines incorporées à l'édifice et autres accessoires réputés immeubles par destination. Cette responsabilité pèse sur le propriétaire de la superficie, lorsque la propriété de celle-ci est séparée de celle du sol.

Lorsqu'un autre que le propriétaire est tenu de pourvoir à l'entretien de l'édifice, soit en vertu d'un contrat, soit en vertu d'un usufruit ou autre droit réel, c'est cette personne qui est responsable.

Lorsqu'il y a litige sur la propriété, la responsabilité incombe au possesseur actuel de l'héritage. »

Article 17. Régime des Ouvrages en fin de Contrat

Les biens réalisés ou acquis par le Titulaire, dans le cadre et pour l'exécution du Contrat et qui sont nécessaires à l'exploitation et à la continuité du service public, sont transférés de droit et en pleine propriété à la Personne Publique à l'expiration du Contrat, quelle qu'en soit la cause.

Ce transfert est gratuit, sous réserve des indemnités dues au Titulaire en cas de résiliation anticipée. Un inventaire des biens ainsi transférés est dressé contradictoirement par les Parties préalablement à l'expiration du Contrat.

Ce transfert ne donne lieu à perception d'aucune taxe.

Commentaire

Pour certains Projets, il pourra être opportun de distinguer les biens qui sont remis à la Personne Publique de ceux qui pourraient rester la propriété du Titulaire (par exemple, des biens que ce dernier aura mis en place pour mener des activités de valorisation que la Personne Publique n'envisage pas de reprendre).

Le Titulaire sera tenu de remettre à la Personne Publique le Terrain et les Ouvrages en bon état d'entretien et de fonctionnement compte tenu de leur âge et de leur destination et dans les conditions définies par le Contrat. Sont considérés en bon état d'entretien et de fonctionnement compte tenu de leur âge et de leur destination les Ouvrages qui satisfont toujours aux indicateurs de performance indiqués dans le Contrat et qui, à dire d'expert, continueront à y satisfaire après la fin du Contrat pendant leur durée de vie résiduelle garantie.

Pour satisfaire à cette exigence, le Titulaire aura mis en œuvre, dans le cadre du présent Contrat, le Plan de Maintenance et le Plan de GER tels que décrits aux Annexes 1.2 et 1.4.

Au plus tôt [●] mois et au plus tard [●] mois avant le terme normal du Contrat, les Parties réalisent un diagnostic de fin normale du Contrat dont le but est de vérifier que le Plan de Maintenance et le Plan de GER établi [●] ans avant le terme du Contrat a été respecté.

En cas de fin anticipée du Contrat, la Personne Publique fait réaliser un tel diagnostic dès la notification par la Personne Publique de sa décision de résiliation, ou dès la réception de la mise en demeure émise par le Titulaire.

En cas d'écart entre les travaux de GER réalisés et ceux prévus au plan contractuel, les Parties élaborent un Plan de Remise en Etat, qui comprend les travaux contractuellement prévus et non réalisés ainsi que, de façon générale, ceux qui sont nécessaires pour que les Ouvrages puissent être rendus à la Personne Publique au terme du Contrat dans un état de bon entretien et de fonctionnement. Le Titulaire réalise à ses frais les travaux identifiés dans le Plan de Remise en Etat.

Pour garantir le montant des travaux du Plan de Remise en Etat, le Titulaire s'engage à constituer ou faire constituer par son Prestataire, [●] ans avant la fin du Contrat, une garantie bancaire autonome à première demande d'un montant égal au montant du Plan de Remise en Etat. La Personne Publique en donnera la mainlevée progressive au fur et à mesure de la réalisation des travaux du Plan de Remise en Etat.

Commentaire

L'émission de cette garantie est essentielle pour la Personne Publique, c'est ce qui lui permet d'être certaine de continuer, au-delà du terme du Contrat, à bénéficier d'ouvrages et équipements en bon état.

CHAPITRE 3 : CONCEPTION ET REALISATION DES OUVRAGES

Article 18. Conception des Ouvrages

Le Titulaire est chargé de concevoir les Ouvrages conformément au Programme Technique joint en Annexe 1.

Les études sont établies, dans des délais compatibles avec le Calendrier des travaux, sous l'entière responsabilité du Titulaire, qui s'assure notamment qu'elles sont élaborées conformément aux normes et à la réglementation en vigueur et aux Règles de l'Art.

Pendant toute la durée de la phase de conception des Ouvrages, le Titulaire tiendra la Personne Publique informée de l'évolution de sa mission afin que cette dernière puisse faire toutes les observations qu'elle jugerait nécessaires.

Le Titulaire transmettra à la Personne Publique les documents relatifs à la conception des Ouvrages. Il organisera au moins tous les [●] des revues de projet. Dans le cadre de ces revues de projet, la Personne Publique pourra faire toutes observations utiles quant au contenu des documents de conception produits par le Titulaire, notamment au regard des prescriptions contenues dans le Programme Technique.

Le rôle de la Personne Publique pendant la phase de conception et notamment lors des revues de projet, ainsi que les observations qu'elle pourra formuler, ne pourront en aucun cas engager sa responsabilité, ni dégager celle du Titulaire, en particulier dans l'appréciation de la conformité des Ouvrages aux prescriptions du Programme Technique.

Les Parties pourront bénéficier de conseils ou experts pour les assister lors de revues de projet.

Commentaire

En fonction des spécificités du Projet, cette clause pourra être plus détaillée et prévoir d'autres modalités de collaboration des Parties en phase de conception. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le partenaire privé porte la responsabilité des études, la Personne Publique intervenant dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur l'exécution du Contrat.

Article 19. Réalisation des Ouvrages

Le Titulaire s'engage à réaliser des Ouvrages conformément au Programme Technique et au Calendrier des travaux joints en Annexes 1 et 4.

Les travaux sont réalisés conformément au Calendrier des travaux, sous l'entière responsabilité du Titulaire, qui s'assure notamment qu'ils sont réalisés conformément aux normes et à la réglementation en vigueur et aux Règles de l'Art.

Au moins [●] avant la date prévue pour le début des travaux, telle qu'elle résulte du Calendrier des travaux joint en Annexe, le Titulaire transmet à la Personne Publique un plan d'organisation du chantier, faisant apparaître, en particulier, l'emprise du chantier, les accès au chantier et les installations de chantier.

Le Titulaire transmet à la Personne Publique, au moins [●] avant la date prévue pour le début des travaux, telle qu'elle résulte du Calendrier des travaux joint en Annexe, une copie conforme de l'ensemble des Autorisations Administratives.

Pendant la phase de réalisation des travaux, la Personne Publique sera invitée à assister au moins tous les [●] à des réunions de coordination et visites du site.

Les réunions de coordination et visites du site doivent permettre à la Personne Publique de vérifier l'avancement des travaux et la conformité de ceux-ci aux prescriptions du Programme Technique et au Calendrier.

La Personne Publique pourra avoir accès au chantier à tout moment, sous réserve d'un délai de prévenance de [●].

Le rôle de la Personne Publique pendant la phase de réalisation des travaux et notamment lors des réunions de coordination et visites du site, ainsi que les observations qu'elle pourra formuler, ne pourront en aucun cas engager sa responsabilité, ni dégager celle du Titulaire, en particulier dans l'appréciation de la conformité des Ouvrages aux prescriptions du Programme Technique.

Les Parties pourront bénéficier de conseils ou experts pour les assister lors des réunions de coordination et visites du site.

Commentaire

En fonction des spécificités du Projet, cette clause pourra être plus détaillée et prévoir d'autres modalités de collaboration des Parties en phase de réalisation des travaux. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le partenaire privé porte la responsabilité des travaux, la Personne Publique intervenant dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur l'exécution du Contrat.

Article 20. Durée des travaux

L'achèvement des Ouvrages intervient dans un délai maximum de [●] mois à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, soit le [●]. Cette date constitue la Date Contractuelle de Mise à Disposition des Ouvrages.

Ce délai constitue un engagement ferme du Titulaire et ne peut être suspendu qu'en cas de survenance d'un cas de Force Majeure ou d'une Cause Légitime de Retard, et dans les conditions prévues au présent Contrat.

Article 21. Causes Légitimes de Retard

21.1 Définition

Les retards résultant des événements listés ci-après sont considérés comme des Causes Légitimes de Retard, mais dans la seule mesure où leur survenance a une incidence sur le déroulement du chantier et sur la durée de réalisation des travaux telle que prévue dans le Calendrier des travaux, ce dont le Titulaire aura la charge de la preuve :

- i. le retard résultant des injonctions administratives ou judiciaires de suspendre ou d'arrêter tout ou partie des travaux, dès lors que ces injonctions ne sont pas imputables au Titulaire ;
- ii. le retard dans le transfert du Terrain par la Personne Publique ;
- iii. le retard résultant des Modifications ordonnées par la Personne Publique ;
- iv. le retard consécutif à une grève générale ou particulière aux activités touchant le secteur du bâtiment au-delà de [●] jours ouvrables. Une grève du personnel du Titulaire ou de ses Prestataires n'est pas considérée comme une Cause Légitime de Retard ;
- v. le retard consécutif à des troubles résultant de cataclysme naturel, hostilités, révolutions, incendies non imputables au Titulaire, inondations (notamment crues décennales) ;

- vi. le retard résultant de la réalisation de l'un des risques de sol supportés par la Personne Publique, mentionnés à l'Article 13 ;
- vii. le retard résultant de la survenance d'Intempéries (au-delà d'une franchise de [●] jours ouvrables par an).

Commentaire

Il s'agit ici d'une liste indicative de Causes Légitimes, qu'il conviendra de compléter ou d'amender selon les spécificités du Projet.

Figurent dans cette liste des retards résultant d'événements imputables à la Personne Publique directement, ou à des tiers ou phénomènes sur lesquels les Parties n'ont pas de contrôle.

Sur la mention des risques de sol : on renvoie ici à la distinction entre les « Conséquences Financières de l'Événement » et les « Conséquences Financières du Retard ».

La définition de l'Intempérie doit faire l'objet d'une définition selon le type de Projet. Pour les Projets en clos couvert, la mention des Intempéries ne sera pas pertinente.

Quand le Titulaire invoque la survenance d'une Cause Légitime de Retard, il doit le notifier à la Personne Publique dans un délai de [●] jours à compter de la survenance de l'événement, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

La notification d'une Cause Légitime de Retard fait apparaître notamment (i) l'événement dont la survenance est invoquée, (ii) l'incidence sur le déroulement du chantier et le Calendrier des travaux, (iii) les mesures que le Titulaire entend mettre en œuvre afin d'atténuer les effets de l'événement sur ses obligations au titre du Contrat. Faute d'avoir notifié la Cause Légitime de Retard dans les formes et délais ainsi définis, le Titulaire ne pourra pas invoquer la survenance de la Cause Légitime de Retard.

Commentaire

La procédure décrite ci-dessus est importante et pourra être détaillée.

La notification devra permettre à la Personne Publique de vérifier l'incidence réelle sur le chantier. A ce titre, le Titulaire devra démontrer que l'événement en cause impacte la réalisation d'une tâche située sur le chemin critique pour respecter la Date Contractuelle de Mise à Disposition.

21.2 Effets et prise en charge financière

En cas de survenance d'un cas de Cause Légitime de Retard notifiée dans les conditions prévues ci-dessus, la Date Contractuelle de Mise à Disposition des Ouvrages est repoussée d'une durée égale à celle du retard résultant de la Cause Légitime de Retard, et aucune pénalité de retard ne sera due par le Titulaire au titre du retard constaté.

Les Conséquences Financières du Retard engendrées par la survenance des Causes Légitimes de Retard, seront supportées par le Titulaire dans la limite de [●].

Au-delà, les Conséquences Financières du Retard engendrées par la survenance des Causes Légitimes de Retard et qui sont en lien direct avec l'exécution du projet objet du contrat, sont à la charge de la Personne Publique. Elles feront l'objet d'un versement direct au bénéfice du Titulaire ou seront intégrées dans le Montant à Financer, au choix de la Personne Publique.

Commentaire

La survenance d'une Cause Légitime de retard a pour premier effet d'empêcher la pénalisation du Titulaire.

Il faut également prévoir comment se fait la prise en charge des conséquences financières du retard (voir la définition, article 1.1) : un retard de chantier entraîne des coûts pour le chantier, mais également, dans le cas du financement de projet, des coûts au regard des financements mis en place par le Titulaire. Ce dernier devra en effet supporter, en cas de retard, des intérêts de retard ou des coûts de recalage des instruments de couverture si les taux ont déjà été fixés. Il est d'usage de partager ces conséquences financières entre les Parties, la Personne Publique les prenant à sa charge au-delà d'un certain montant.

Enfin, pour les sommes que la Personne Publique prend en charge, il est important d'indiquer comment elles seront acquittées.

Article 22. Opérations de Marche à Blanc

Préalablement à la Mise à Disposition, des Opérations de Marche à Blanc seront réalisées comme suit, étant entendu que la Personne Publique pourra associer à ces opérations tout homme de l'art.

Les Opérations de Marche à Blanc seront réalisées dans un délai de [●] mois avant la Mise à Disposition.

Les Opérations de Marche à Blanc ont pour objet de permettre la mise à disposition de l'Ouvrage. Elles se matérialiseront notamment par des essais et vérifications des Performances prévues contractuellement.

Les Opérations de Marche à Blanc donneront lieu à l'établissement de procès-verbaux contradictoires entre la Personne Publique et le Titulaire, avec ou sans réserves.

En cas de défaut de conformité des Ouvrages avec les prescriptions contractuelles, la Personne Publique exigera du Cocontractant qu'il procède aux ajustements qui s'imposent dans un délai de [●] mois afin de prendre toute mesure de nature à permettre la levée des réserves avant la Mise à Disposition.

Commentaire

Les opérations de Marche à Blanc sont nécessaires dans le cas de Mise à Disposition d'un ouvrage technique comme un hôpital. Dans certains cas elles peuvent se prolonger après la Mise à Disposition.

Article 23. Mise à Disposition des Ouvrages

Commentaire

Selon la nature du Projet, il pourra être prévu plusieurs Mises à Disposition. Par exemple, si le Projet concerne plusieurs bâtiments, il pourra s'avérer opportun de ne pas attendre que l'ensemble des Ouvrages aient été réalisés et prévoir alors des Mises à Disposition par phase. Dans ce cas, il pourra également être prévu que la partie de la redevance afférente aux Ouvrages mis à disposition soit versée au Titulaire, l'intégralité de cette dernière étant versée après la Mise à Disposition de l'ensemble des Ouvrages.

La Mise à Disposition des Ouvrages, réalisée conformément à l'Annexe 5, ne pourra intervenir qu'après l'obtention des Autorisations Administratives et documents nécessaires à l'ouverture et la mise en service des Ouvrages.

La Mise à Disposition déclenche la mise en paiement de la Redevance.

Elle s'effectue dans les conditions suivantes.

23.1 Opérations d'Essais et de Vérifications

Le Titulaire notifie à la Personne Publique, au moins [●] semaines à l'avance, la date à laquelle il sera procédé aux Opérations d'Essais et de Vérifications, celles-ci ne pouvant intervenir moins de [●] semaines avant la Date Contractuelle de Mise à Disposition.

Lors de ces Opérations d'Essais et de Vérifications, la Personne Publique pourra être assistée de ses conseils ou de tout homme de l'art. Le programme, la durée et les modalités de ces opérations sont détaillés en Annexe 5. Cette Annexe précise également les performances qui doivent être satisfaites lors des Opérations d'Essais et de Vérifications. La durée prévisionnelle des Opérations d'Essais et de Vérifications est de [●].

23.2 Procédure de Mise à Disposition

Le Titulaire associe la Personne Publique aux opérations préalables à la réception à laquelle il procédera avec ses propres entrepreneurs.

Commentaire

Bien que la réception intervenant entre le Titulaire et son Prestataire ne concerne pas la Personne Publique, il est recommandé qu'elle puisse y assister et qu'elle soit associée aux opérations préalables à cette réception.

Le Titulaire notifie à la Personne Publique, au moins [●] semaines à l'avance, la date fixée pour la Mise à Disposition.

Trois situations peuvent se présenter :

- (i) Si les travaux afférents aux Ouvrages et/ou les Opérations d'Essais et de Vérifications ne donnent lieu à aucune réserve de la part de la Personne Publique, la Mise à Disposition est constatée contradictoirement par un Procès-verbal de Mise à Disposition dont la date de signature correspond à la Date Effective de Mise à Disposition des Ouvrages.
- (ii) Si les travaux afférents aux Ouvrages et/ou les Opérations d'Essais et de Vérifications donnent lieu à des Réserves Mineures de la part de la Personne Publique, la Mise à Disposition des Ouvrages est constatée contradictoirement par un Procès-verbal de Mise à Disposition, celui-ci faisant état des Réserves Mineures émises. La date de la signature du Procès-verbal de Mise à Disposition correspond à la Date Effective de Mise à Disposition des Ouvrages.

Les Réserves Mineures émises doivent être levées par le Titulaire dans un délai de [●] mois à compter de la signature du Procès-verbal de Mise à Disposition. Au-delà, la Personne Publique appliquera une pénalité de [●] par jour de retard. A défaut de paiement dans un délai de [●], la Personne Publique pourra faire appel à la garantie de l'Article 37.1.

Si les Réserves Mineures ne sont pas levées dans un délai de [●] mois à compter de la signature du Procès-verbal de Mise à Disposition, la Personne Publique pourra procéder à une réfaction sur le prix du Contrat.

La levée des réserves fera l'objet d'un procès-verbal contradictoire, qui sera annexé au Contrat.

- (iii) Si les travaux afférents aux Ouvrages et/ou les Opérations d'Essais et de Vérifications donnent lieu à des Réserves Majeures, la Personne Publique peut refuser la Mise à Disposition des Ouvrages.

Le Titulaire a alors [●] mois pour remédier aux défauts constatés. A l'issue de ce délai, si les défauts n'ont pas été remédiés, la Personne Publique peut mettre le Titulaire en demeure de le faire dans un délai de [●], à l'issue duquel il pourra procéder à une mise en

régie selon les dispositions de l'Article [●] ou résilier le Contrat aux torts et griefs du Titulaire dans les conditions de l'Article [●].

La Mise à Disposition et la levée des réserves ne dégagent pas le Titulaire de ses responsabilités au titre de la conception ou de la construction des Ouvrages.

23.3 Désaccord des Parties sur la Mise à Disposition

En cas de désaccord sur une procédure de Mise à Disposition, la Personne Publique et le Titulaire auront la faculté de demander l'intervention d'un expert désigné dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

Les modalités de désignation de l'expert pourront renvoyer à la clause générale prévue ci-dessous (0) ou à toute autre modalité.

23.4 Respect des surfaces

Commentaire

La Personne Publique pourra prévoir à cet article les modalités selon lesquelles elle vérifiera, lors de la Mise à Disposition, que les surfaces réalisées sont conformes à celles prévues contractuellement. Une tolérance pourra être prévue, celle-ci pouvant d'ailleurs être différente selon le type de surface concernée.

Le non-respect des surfaces devrait permettre à la Personne Publique, selon la gravité du non-respect, soit de refuser la Mise à Disposition (ce sera une Réserve Majeure), soit de pénaliser le Titulaire.

Article 24. Conséquences du non-respect de la Date Contractuelle de Mise à Disposition

24.1 Conséquences du retard non fautif

Si le retard est dû à une Cause Légitime de retard ou à un cas de Force Majeure, les conséquences autres que celles liées à la mise en paiement de la Redevance seront prises en charge dans les conditions prévues respectivement à l'Article 21.

24.2 Conséquences du retard fautif

Si le retard n'est pas dû à une Cause Légitime de Retard ou à un cas de Force Majeure, le Titulaire en assumera les conséquences directes et indirectes en découlant et devra supporter le paiement des sommes suivantes :

a) Pénalités de retard

Le Titulaire devra verser à la Personne Publique une pénalité journalière égale à [●], dans un délai de [●]. A défaut de paiement dans les délais impartis, la Personne Publique pourra faire appel à la garantie prévue à l'Article 37.1.

Le montant de cette pénalité est actualisé dans les conditions suivantes [●].

Le montant cumulé des pénalités n'excède pas un montant égal à [●].

Commentaire

Il est important en financement de projet de plafonner les pénalités dont le montant est le plus important.

b) Indemnisation du préjudice de la Personne Publique

Le Titulaire indemniser la Personne Publique du préjudice subi par cette dernière du fait du retard à hauteur de [●]. Cette somme sera versée dans un délai de [●]. A défaut de paiement dans les délais impartis, la Personne Publique pourra faire appel à la garantie prévue à l'Article 37.1.

Commentaire

Cette clause limite le caractère libératoire des pénalités, mais elle peut s'avérer utile pour certains Projets, lorsque le retard dans la réalisation des travaux représente un préjudice particulièrement important pour la Personne Publique que le montant de pénalités de retard ne suffirait pas à couvrir.

c) Autres conséquences financières des retards fautifs

Le Titulaire supportera en outre, sans limite de durée ni de montant :

- L'ensemble des frais directs supplémentaires générés par ce retard (mobilisation de chantier, coûts internes, frais de garde du chantier, etc.) ;
- Les frais financiers supplémentaires pendant toute la période du retard ;
- Les surcoûts d'actualisation générés par ce retard, les clauses d'actualisation du coût des travaux ne s'appliquant pas au-delà de la Date Contractuelle de Mise à Disposition ;
- L'éventuelle Soulte des Instruments de Couverture.

Commentaire

Le Titulaire étant à l'origine du retard, il est normal qu'il en supporte les conséquences financières.

Afin de garantir à la Personne Publique le paiement des pénalités et indemnisations relevant du présent Article a) et b), le Titulaire met en place une garantie dans les conditions décrites à l'Article 37.1.

Commentaire

Les pénalités de retard sont perçues avant le versement de toute rémunération au Titulaire et ne peuvent donc donner lieu à compensation : il est donc important de prévoir une garantie.

Article 25. Transmission du dossier des ouvrages exécutés

Dans un délai de [●] suivant la Date Effective de Mise à Disposition, le Titulaire transmet à la Personne Publique le dossier des ouvrages exécutés qui contiendra obligatoirement les éléments suivants :

- [●]
- [●]
- [●]

Commentaire

La Personne Publique listera l'ensemble des éléments qui constitueront le dossier des ouvrages exécutés (on pense par exemple à l'inventaire des biens contenant leur descriptif et valeur comptable, les dossiers relatifs aux Autorisations Administratives, les plans et notices des produits et matériaux, la copie des attestations d'assurance, les dossiers et rapports de contrôle associés aux ouvrages, etc.).

CHAPITRE 4 : EXPLOITATION, MAINTENANCE ET SERVICES

Article 26. Prestations d'Entretien et de Maintenance, Prestations d'Exploitation, Prestations de Services

Les Prestations d'Entretien et de Maintenance, les Prestations d'Exploitation et les Prestations de Services débuteront [●].

Commentaire

Selon la nature du Projet, les Prestations débuteront dès la Date d'Entrée en Vigueur ou à la Date Effective de Mise à Disposition.

Le Titulaire exécute les Prestations d'Entretien et de Maintenance, les Prestations d'Exploitation et les Prestations de Services décrites en Annexe 1, selon les modalités prévues à ladite Annexe.

Article 27. Gros Entretien-Renouvellement

27.1 Prestations de GER

Le Titulaire assure, pendant toute la durée du Contrat, les Prestations de GER, c'est-à-dire les travaux de grosses réparations et de renouvellement, dans les conditions et limites des prestations prévues à l'Annexe 1.4, et selon le détail de répartition des Prestations de GER prévu au Programme Technique.

Les Prestations de GER sont détaillées à l'Annexe 1.4.

Elles font l'objet d'un examen annuel entre les Parties afin de vérifier l'adéquation des besoins aux dépenses prévues pour l'année suivante.

27.2 Gestion et contrôle du compte GER

Pour les dépenses liées aux Prestations de GER, le Titulaire constituera ou fera constituer des provisions sur un compte de réserve afin de garantir le paiement desdites dépenses.

Ce compte de réserve mentionnera :

- les sommes reçues chaque année au titre du terme de la Redevance correspondant aux Prestations de GER ;
- les sommes dépensées chaque année au titre du GER ;
- les sommes résiduelles restant en réserve ;
- les intérêts financiers générés par le placement de la trésorerie disponible.

Commentaire

Il est indispensable d'avoir un tel compte si la composante de la Redevance liée au GER constitue une avance de la Personne Publique sur les gros travaux à venir, afin (i) de s'assurer de bon emploi de ces sommes, (ii) de constituer une garantie, (iii) de prévoir le remboursement en fin de contrat.

L'état du compte de réserve fera l'objet d'un compte rendu annuel qui sera adressé à la Personne Publique dans le cadre du Rapport Annuel prévu l'Article 47.2.

Sont portés au crédit du compte GER les produits financiers générés par les excédents du compte.

En fin de Contrat :

- l'éventuel déficit du compte GER ne pourra faire l'objet d'un remboursement par la Personne Publique ;
- les excédents éventuels du compte GER seront partagés selon les modalités suivantes : [●].

Commentaire

Le Contrat prévoira ce qu'il advient des éventuels excédents disponibles sur le Compte GER en fin de Contrat. La situation pourra être appréciée différemment selon qu'il s'agit de la fin normale du Contrat ou d'une fin anticipée et selon le motif de cette fin anticipée.

Pour assurer le versement à la Personne Publique de l'éventuel solde positif selon les modalités de partage qui auront été détaillées, il conviendra de prévoir une garantie dont le modèle sera joint au Contrat. Les sommes en cause pourront également, dans l'hypothèse d'une fin anticipée du Contrat, être déduites de l'indemnité à verser au Titulaire.

Article 28. Evolutions technologiques et obsolescence

Le Titulaire assure une veille technologique de manière à faire bénéficier la Personne Publique des évolutions technologiques pouvant bénéficier au Projet et de l'informer des éventuels changements de législation ou de réglementation susceptibles d'impacter le Projet.

Lorsqu'une évolution technologique pourrait bénéficier au Projet, les Parties se réunissent afin de discuter de l'opportunité de sa prise en compte, notamment au regard de ses modalités de mise en œuvre pratiques et de ses conséquences financières.

A l'issue de cette rencontre, si la Personne Publique demande au Titulaire de procéder aux modifications induites par l'évolution technologique, celles-ci sont considérées comme des Modifications Optionnelles à la demande de la Personne Publique dont les conséquences financières sont prises en charge dans les conditions prévues à l'Article 35.

Commentaire

Il apparaît normal que l'administration prenne en charge les changements de technologie qu'elle demande, mais le Titulaire, qui est le sachant, se doit de les lui signaler. Si ces modifications génèrent des économies, on peut prévoir un partage entre le Titulaire et la Personne Publique.

Le Titulaire prend en charge le risque associé à l'obsolescence éventuelle du matériel et des équipements des Ouvrages.

L'obsolescence s'entend comme toute circonstance dans laquelle le renouvellement d'un équipement ou matériel ne peut être assuré en raison notamment de la non disponibilité sur le marché de pièces de rechange.

Commentaire

La définition de l'obsolescence pourra être adaptée en fonction des spécificités du projet.

Le Titulaire assume, à ses frais, le remplacement dudit équipement ou matériel, tout en garantissant à la Personne Publique le principe d'un maintien en gamme (niveau de performance au moins équivalent à celui du matériel initial).

Article 29. Procédure de parangonnage

La comparaison des coûts a pour objet d'identifier l'écart entre les conditions économiques de réalisation des Prestations par le Titulaire et les conditions économiques de réalisation de prestations fournies dans des conditions similaires par d'autres prestataires.

A l'initiative de la Personne Publique, le Titulaire s'engage à organiser une comparaison des coûts des Prestations concernées

- tous les [●] ans en ce qui concerne la prestation de [●];
- tous les [●] ans pour les autres prestations de [●] ... etc.

Au plus tard un mois après notification par la Personne Publique d'une procédure de comparaison des coûts :

- les Parties désigneront en commun un tiers indépendant compétent dans les domaines des prestations objet de la comparaison,
OU
- le Titulaire organisera, sous le contrôle de la Personne Publique une procédure d'appels d'offres aux fins d'identifier l'écart éventuel entre les conditions économiques de réalisation de la prestation concernée fournie par le Titulaire à la Personne Publique, par rapport aux conditions économiques de réalisation de prestations fournies dans des conditions similaires par d'autres prestataires.

Les coûts liés à la procédure de parangonnage sont supportés à parité par le Titulaire et la Personne Publique.

Plusieurs situations peuvent alors se présenter :

- si le prix de marché issu de la comparaison des coûts est inférieur de plus de [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, la Personne Publique pourra décider de résilier sans indemnité la partie du Contrat afférente à la prestation concernée et réduire la Redevance à due concurrence ;
- si le prix de marché issu de la comparaison est compris entre [●] % et [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, la part correspondante de la Redevance est automatiquement réduite de la moitié de l'écart constaté ;
- si le prix de marché issu de la comparaison des coûts est supérieur de [●] % ou inférieur de moins de [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, la Redevance reste inchangée ;
- si le prix de marché issu de la comparaison est supérieur de plus de [●] % par rapport au prix stipulé dans le Contrat pour la prestation concernée, la Personne Publique pourra également décider de résilier sans indemnité la partie du Contrat afférente au Service concerné et réduire la Redevance à due concurrence.

Commentaire

La clause de « benchmark » ci-dessus est proposée à titre d'exemple. Elle devra être adaptée à la nature des Prestations en cause.

Certains experts sont sceptiques sur l'efficacité de cette procédure : en effet, le Titulaire a pris des risques en s'engageant à long terme sur le prix de la maintenance et des services, il est difficile de le mettre en concurrence avec d'autres prestataires sur des contrats plus courts et dont les caractéristiques sont nécessairement différentes. Aussi, il est conseillé à la Personne Publique de cibler les Prestations pour lesquelles cette procédure est la plus pertinente.

Article 30. Objectifs de performance

Mention obligatoire (articles 12 et 14 de la loi)

Le Titulaire s'engage à respecter les objectifs de performance détaillés en Annexe 1.

Commentaire

Les Annexes détailleront, selon l'objet du Contrat, les objectifs de performance assignés au Titulaire notamment en termes de qualité des Ouvrages, de qualité des Prestations attendues ou de niveau de fréquentation.

Des exemples de pénalités d'exploitation sont donnés à l'Article 48.

En cas de non-respect de ces objectifs de performance, le Titulaire peut se voir infliger les pénalités prévues à l'Article 48 du présent Contrat.

Article 31. Causes Exonératoires

31.1 Définition

Sont considérées comme Causes Exonératoires en Phase d'Exploitation, les événements expressément mentionnés ci-dessous, mais dans la seule mesure où ils ont entraîné des coûts, empêché ou gêné l'exécution par le Titulaire des Prestations :

- tout manquement de la Personne Publique à ses obligations au titre du Contrat empêchant le Titulaire de respecter ses obligations au titre des Prestations ;
- les injonctions administratives ou judiciaires de suspendre ou d'arrêter tout ou partie des Prestations, non directement imputables à une faute du Titulaire ;
- tout cas de Force Majeure.

Commentaire

Il s'agit ici d'une liste indicative de Causes Exonératoires, qu'il conviendra de compléter ou d'amender selon les spécificités du Projet.

Quand le Titulaire invoque la survenance d'une Cause Exonératoire, il doit le notifier à la Personne Publique dans un délai de [●] jours calendaires à compter de la survenance de l'événement, par lettre recommandée avec demande d'avis réception.

La notification fait apparaître notamment (i) l'événement dont la survenance est invoquée, (ii) l'incidence sur l'exécution des Prestations gênées ou empêchées, ainsi que (iii) les mesures que le Titulaire entend mettre en œuvre afin d'atténuer les effets de l'événement sur ses obligations au titre du Contrat. Lorsque le Titulaire estime que la survenance d'un événement, un fait ou un acte est imputable à la Personne Publique, la demande présentée doit contenir un exposé clair des motifs et formuler les incidences de la survenance de cet événement sur le respect des performances de manière précise et justifiée. Faute d'avoir notifié la Cause Exonératoire dans les formes et délais ainsi définis, le Titulaire ne pourra pas invoquer la survenance de la Cause Exonératoire.

Commentaire

La procédure décrite ci-dessus est importante et pourra être détaillée.

La notification devra permettre à la Personne Publique de vérifier l'incidence réelle de l'événement.

31.2 Effets

En cas de survenance d'une Cause Exonératoire notifiée dans les conditions prévues ci-dessus :

- les Parties se rencontrent afin de procéder à un constat contradictoire permettant d'identifier l'origine, la cause et les effets de la Cause Exonératoire sur les obligations du Titulaire au titre des Prestations concernées ;
- le Titulaire ne peut pas se voir infliger les pénalités d'exploitation prévues à l'Article 48.

Article 32. Rapport d'exploitation

Pendant la Phase d'Exploitation, le Titulaire fournit tous les [●] à la Personne Publique un rapport d'exploitation contenant les informations suivantes :

- [●]
- [●]

Commentaire

La périodicité et le contenu du rapport d'exploitation devront être détaillés, éventuellement en annexe. Ce rapport doit permettre le contrôle des obligations lors de la phase d'exploitation, il pourra ainsi utilement mentionner, à titre d'exemple :

- les incidents et défauts de matériels constatés ;
- les incidents constatés sur les installations ;
- les procédures mises en œuvre par le personnel en cas de défaillance ;
- les horaires d'intervention effective du personnel en charge de l'exploitation et de l'entretien ;
- les consommations énergétiques (si le projet comporte une dimension énergétique importante, ce poste devra être particulièrement détaillé) ;
- l'inventaire du matériel/des équipements remplacés ou réparés ;
- le suivi des demandes de Modifications.

CHAPITRE 5 : MODIFICATIONS DU CONTRAT

Mention obligatoire (articles 12.6 et 23 de la loi)

Article 33. Définition

Les Modifications apportées aux Ouvrages et/ou Prestations pendant le cours du Contrat peuvent être optionnelles ou obligatoires.

- (i) Les Modifications Optionnelles ne peuvent avoir pour effet de dénaturer ou de modifier substantiellement l'objet du Contrat et son équilibre économique général.

Elles peuvent être :

- demandées par la Personne Publique au Titulaire, qui est tenu de les réaliser, pour tout motif légitime, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la Personne Publique ou d'innovations technologiques ;
- proposées par le Titulaire à la Personne Publique. Dans ce cas, elles ne peuvent être réalisées qu'après accord écrit de la Personne Publique.

- (ii) Les Modifications Obligatoires correspondent aux modifications résultant de l'entrée en vigueur d'un texte de nature législative ou réglementaire, publié postérieurement à la Date d'Entrée en Vigueur et dont il n'était raisonnablement pas possible, préalablement à la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat, de prévoir l'adoption.

Article 34. Procédure de réalisation des Modifications

Lorsqu'il est envisagé de procéder à une Modification, le Titulaire présente, dans un délai proportionné aux caractéristiques de la Modification envisagée mais n'excédant pas [●] mois, une étude préalable faisant apparaître :

- les modalités pratiques de la réalisation de la Modification ;
- un avis motivé sur les avantages et inconvénients que présente la Modification envisagée sur les plans technique, fonctionnel, urbain, paysager et architectural ;
- la proposition financière (devis) et les modalités pratiques de la réalisation de la Modification ;
- les conséquences de la Modification sur les engagements du Titulaire en termes de délai ;
- les conséquences de la Modification sur les obligations du Titulaire au titre du présent Contrat, et notamment sur le contenu des Prestations ;
- les conséquences de la Modification sur les différentes composantes de la Redevance.

La Personne Publique dispose d'un délai de [●] jours pour :

- approuver ou refuser la modification proposée dans l'étude préalable ;
- demander la réalisation par le Titulaire, dans un délai fixé par la Personne Publique tenant compte de l'ampleur et du degré de complexité de la Modification proposée, d'une étude détaillée dont elle détaillera le contenu.

Si la Personne Publique ne s'est pas prononcée dans les [●] jours à compter de la réception de l'étude détaillée, elle est réputée l'avoir rejetée et la Modification ne peut être réalisée. Toutefois, si une Modification Obligatoire est en cause, les Parties se réunissent dans le cadre du Comité de Suivi afin de trouver ensemble une solution.

Les frais de réalisation de l'étude préalable sont pris en charge par le Titulaire.

Les frais de réalisation de l'étude détaillée sont à la charge de [●].

Commentaire

Il est proposé ici de détailler les modalités de présentation et de validation des modifications pouvant être apportées aux missions confiées au Titulaire. Cet article, qui propose une analyse en deux temps (étude préalable/étude détaillée), pourra être adapté en fonction de la nature du Projet et des pratiques de la Personne Publique.

Il faudra en tout état de cause veiller à encadrer la procédure par des délais et à prévoir quelle partie supporte le coût de réalisation des études qui peut se révéler important (frais de conception, frais de conseils, etc.). A ce titre, il semble acceptable de faire porter les frais de l'étude préalable par le Titulaire. Pour ceux de l'étude détaillée, un partage pourrait être envisagé, et le cas échéant une validation préalable des frais en cause par la Personne Publique.

En cas de contestation sur le montant de la proposition financière présentée dans l'étude préalable ou dans l'étude détaillée, la transparence des prix est assurée selon les modalités suivantes : [●]

Commentaire

Plusieurs solutions peuvent être envisagées en cas de désaccord sur le prix : justificatifs à présenter par le Titulaire (présentation de plusieurs devis attestant le prix), recours au Comité de Suivi et/ou à un Expert.

En tout état de cause, la Personne Publique pourra imposer la réalisation de la Modification au Titulaire.

Commentaire

Il est rappelé que la Personne Publique peut, au titre de son pouvoir de modification unilatérale du Contrat, imposer la réalisation d'une Modification.

Article 35. Prise en charge financière des Modifications

Les conséquences des Modifications ne sont prises en compte, dans le cadre du présent Article, que si elles ont une incidence sur le montant des travaux à effectuer ou sur le contenu des Prestations.

Le Titulaire est seul responsable des éventuelles conséquences financières des Modifications Obligatoires relatives à [●], qui ne sont dès lors pas régies par les stipulations qui suivent.

Commentaire

Les Modifications Obligatoires sont celles résultant d'un changement de loi. Il semble donc plus naturel de faire porter ce risque à la Personne Publique qu'au Titulaire. Il est cependant possible de partager ce risque entre les Parties, en distinguant le type de changement de loi en cause : le changement de loi impacte-t-il le Titulaire seul ? le Projet dans son ensemble ?

Les montants mentionnés au présent Article sont actualisés tous les ans sur la base de l'indice [●].

35.1 Modifications conduisant à des investissements supplémentaires

Le Titulaire est responsable de la mise en place et du maintien des financements nécessaires à la mise en œuvre des Modifications à hauteur d'un montant de [●], toutes Modifications confondues. Ce montant est financé par un Compte pour Modifications mis en place par le Titulaire.

Le montant du compte pour Modifications fait l'objet d'un amortissement constant sur la durée du Contrat.

A la fin anticipée ou normale du Contrat, l'éventuel solde positif est reversé à la Personne Publique.

Au-delà du montant du Compte pour Modifications indiqué ci-dessus, le Titulaire fait ses meilleurs efforts pour mettre en place un financement permettant la réalisation de la Modification.

Dans l'hypothèse où le Titulaire ne parvient pas à trouver le financement nécessaire, ce dont il apporte la preuve à la Personne Publique par la présentation de lettres de refus émanant de trois établissements financiers de premier rang, ou bien si le financement proposé par le Titulaire n'est pas considéré comme satisfaisant par la Personne Publique, alors la Personne Publique verse au Titulaire la somme correspondant à la réalisation de la Modification selon des modalités arrêtées d'un commun accord.

A l'inverse, dans l'hypothèse où le Titulaire parvient à mettre en place un financement permettant la réalisation de la Modification, la Personne Publique pourra alors, au choix, verser directement au Titulaire la somme correspondant à la réalisation de la Modification dans un délai [●] à compter de l'accord intervenu entre les Parties pour procéder à la réalisation de la Modification, ou procéder à une révision des composantes de la Redevance concernées par la Modification, sans qu'il y ait une incidence majeure sur le financement général du contrat.

Commentaire

Il est essentiel de prévoir comment seront financées les Modifications.

La difficulté vient du fait de savoir si le Titulaire aura un financement disponible pour payer les investissements dont il est question ici. Plusieurs solutions peuvent naturellement être envisagées, et dépendront de la nature du Projet en cause.

On propose ici la mise en place par le Titulaire d'un Compte pour Modification, qui est payé par la Redevance. Ainsi, l'argent est disponible et le Titulaire ne peut pas s'exonérer en faisant valoir qu'il n'a pas de financement disponible.

Après épuisement du Compte pour Modifications, ou s'il n'y a pas de compte, le Titulaire reste tenu de réaliser la Modification, mais il est difficile de lui imposer de la financer en attendant une augmentation de la Redevance : dans ce cas, les contrats prévoient en général une obligation de meilleurs efforts, sinon la Modification est financée par un paiement direct de la Personne Publique.

Les Modifications financées par ce Compte sont celles portant sur des investissements supplémentaires : il devrait donc être utile surtout en phase de conception et réalisation. On peut toutefois envisager de maintenir ce Compte en Phase d'Exploitation, pour financer d'éventuels travaux supplémentaires.

35.2 Modifications portant sur les Prestations

Dans l'hypothèse où la Modification impacte les Prestations, les termes correspondant de la Redevance seront revus en conséquence, afin de prendre en compte l'augmentation du coût des Prestations en cause engendré par la Modification.

Commentaire

Les Modifications qui portent sur les Prestations pourront être financées par une modification des composantes de la Redevance y afférentes.

35.3 Modifications Mineures

Dans la limite d'un montant annuel de [●], les Modifications dont le montant unitaire n'excède

pas [●] et qui sont sans effet sur les coûts des Prestations font l'objet d'une facturation à la Personne Publique sur présentation d'une proposition financière. Elles peuvent ne pas donner lieu à la modification de la Redevance mais à un paiement direct par la Personne Publique dans un délai de [●] à compter de l'accord intervenu entre les Parties pour procéder à la réalisation de la Modification.

Commentaire

La notion de « Modifications Mineures » peut être utile pour assurer une certaine souplesse dans l'exécution du Contrat en permettant, pour certaines modifications, des modalités de financement par paiement direct de la Personne Publique plutôt que par modification de la Redevance.

Article 36. Economies résultant d'une Modification

Lorsque la Modification envisagée se traduit par une économie globale, celle-ci est partagée comme suit : [●].

Les composantes de la Redevance peuvent être modifiées en conséquence, pour tenir compte des économies engendrées.

Commentaire

Le partage de l'économie réalisée sera précisé, celui-ci pourra par exemple être différent selon la Partie à l'origine de la Modification.

CHAPITRE 6 : GARANTIES ET ASSURANCES

Article 37. Garanties

Mention obligatoire (article 12.18 et 25 de la loi)

Le Titulaire constitue ou fait constituer par ses Prestataires, et au profit de la Personne Publique, les garanties suivantes :

- une garantie de bonne exécution des Travaux ;
- une garantie de bonne exécution des Prestations ;
- une garantie sur le compte de GER ;
- une garantie relative à la fin du Contrat.

Commentaire

La liste des garanties devra être adaptée selon la nature du Projet.

Ces garanties sont conformes aux modèles figurant en Annexe 9.

En cas de non mise en place ou de non reconstitution des garanties dans les conditions prévues au présent Contrat, la Personne Publique pourra résilier le Contrat aux torts du Titulaire.

37.1 Garantie de bonne exécution des travaux

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à la Personne Publique, dans un délai de [●] à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, une garantie [●] émise par [●].

Le montant de la garantie de bonne exécution des travaux est fixé à [●].

La Personne Publique peut faire appel à cette garantie en cas de manquement par le Titulaire à ses obligations contractuelles relatives à la réalisation des travaux, notamment au titre du paiement des pénalités de retard et de la levée des réserves.

Cette garantie sera valable durant toute la période des travaux et jusqu'au terme d'une durée de [●] à compter de la Date Effective de Mise à Disposition.

Commentaire

La Personne Publique devra préciser :

- (i) la date d'émission de cette garantie (en fonction des obligations qu'elle couvre), celle-ci pouvant être la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat.
- (ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (garantie bancaire ou « corporate », garantie à première demande, etc.).
- (iii) le montant de cette garantie, en fonction des obligations couvertes. La Personne Publique peut prévoir un mécanisme de reconstitution de ce montant. Il peut aussi être envisagé de réduire le montant de la garantie à certaines dates (par exemple, après la Mise à Disposition, les obligations couvertes étant alors plus réduites).
- (iv) la date d'expiration de la garantie.

37.2 Garantie de bonne exécution des prestations d'Entretien et de Maintenance et de GER

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à la Personne Publique, au plus tard le [●], une garantie [●], émise par [●].

Le montant de la garantie est fixé à [●].

La Personne Publique peut faire appel à cette garantie afin de couvrir les éléments suivants :

- le paiement des pénalités qui n'auraient pas été réglées par le Titulaire ou qui n'auraient pas directement été déduites du montant de la Redevance versée au Titulaire ;
- le paiement des sommes dues à la Personne Publique par le Titulaire en vertu du Contrat ;
- le paiement des dépenses faites en raison des mesures prises aux frais du Titulaire, notamment pour assurer la continuité de l'exploitation, la sécurité publique, la réalisation de travaux incombant au Titulaire ou encore la reprise de l'exploitation en cas de mise en régie.

Cette garantie demeure valide jusqu'à [●].

Commentaire

La Personne Publique devra préciser :

- (i) la date d'émission de cette garantie (en fonction des obligations qu'elle couvre), celle-ci pouvant être la Date d'Entrée en Vigueur du Contrat ou la Date effective de Mise à Disposition.
- (ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (garantie bancaire ou « corporate », garantie à première demande, etc.).
- (iii) le montant de cette garantie, en fonction des obligations couvertes. La Personne Publique peut prévoir un mécanisme de reconstitution de ce montant.
- (iv) la date d'expiration de la garantie, qui pourra le cas échéant être postérieure à la date de fin du Contrat.

37.3 Garantie relative au compte GER

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à la Personne Publique, au plus tard le [●], une garantie [●], émise par [●].

Le montant de la garantie est fixé au solde positif du compte GER.

La Personne Publique peut faire appel à cette garantie pour récupérer le bénéfice de l'éventuel solde positif du compte lui revenant au titre du Contrat.

Cette garantie est constituée à la Date Effective de Mise à Disposition et renouvelée annuellement.

Commentaire

La Personne Publique devra préciser :

- (i) la date d'émission de cette garantie, qui dépendra de la date à laquelle est versée la Redevance liée aux Prestations de GER.
 - (ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (garantie bancaire ou « corporate », garantie à première demande, etc.).
- La garantie vise à assurer à la Personne Publique le reversement à son bénéfice de l'éventuel solde positif pouvant être constaté sur le compte GER dans les conditions prévues le cas échéant à l'Article 27.2 (voir le Commentaire à cet article). Le montant de cette garantie évolue annuellement, en fonction des encaissements et décaissements effectués sur ce compte.

37.4 Garantie relative au Plan de Remise en Etat

Le Titulaire fournit (ou fait fournir) à la Personne Publique, au plus tard le [●], une garantie [●], émise par [●].

Le montant de la garantie est égal au montant du Plan de Remise en Etat prévu à l'Article 17. La Personne Publique en donnera la mainlevée progressive au fur et à mesure de la réalisation des travaux du Plan de Remise en Etat.

Cette garantie couvre le financement des opérations de fin de Contrat qui restent à la charge du Titulaire au terme du Contrat.

Cette garantie demeure valide jusqu'à [●].

Commentaire

La Personne Publique devra préciser :

- (i) la date d'émission de cette garantie (en lien avec l'Article 17, voir le Commentaire à cet article).
- (ii) le type de garantie qu'elle souhaite voir mise en place (garantie bancaire ou « corporate », garantie à première demande, etc.).
- (iii) la date d'expiration de la garantie, qui pourra le cas échéant être postérieure à la date de fin du Contrat.

Article 38. Programme d'assurances

Mention obligatoire (article 12 de la loi)

Le Titulaire contractera ou fera contracter, à ses frais, toutes polices d'assurance nécessaires à la couverture intégrale des risques inhérents à la construction, avant et après la Mise à Disposition des Ouvrages dans les conditions de l'Annexe 10.

Après la Mise à Disposition des Ouvrages et pendant toute la durée du Contrat, le Titulaire devra assurer les Ouvrages en valeur à neuf contre l'incendie, la foudre, l'explosion et les risques spéciaux auprès d'une compagnie d'assurance notoirement solvable dans les conditions prévues à l'Annexe 10.

Le Titulaire devra souscrire une assurance couvrant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile qu'il peut encourir à raison des dommages causés aux tiers du fait ou à l'occasion de l'exploitation des Ouvrages dans les conditions fixées par l'Annexe 10.

Le Titulaire s'assurera auprès des différents intervenants, cocontractants et sous-traitants qu'ils ont également contracté des assurances de responsabilité civile en relation avec la nature de leurs engagements et pour des montants suffisants.

Commentaire

La Personne Publique prendra soin, préalablement au lancement de la consultation, d'auditer le programme d'assurance dont elle dispose, afin d'éviter tout doublon avec les assurances qui seront souscrites par le Titulaire.

Les assurances sont contractées auprès de compagnies notoirement solvables de manière à permettre la reconstruction en valeur à neuf des Ouvrages, leur remise en état ou la reconstruction des parties détruites ainsi que le remplacement des installations et, pour l'assurance Responsabilité Civile, à indemniser les tiers lésés.

Les polices d'assurances prévoient une clause de renonciation à recours à l'encontre de la Personne Publique, à compter de leur souscription, de leur renouvellement, de leur modification et/ou de leur délégation.

Toutes indemnités perçues des compagnies d'assurances ou de tiers seront impérativement employées à la reconstruction des Ouvrages ou à leur remise en état, ou encore à la reconstitution des parties détruites.

Le Titulaire doit transmettre à la Personne Publique, dans le cadre du Rapport Annuel prévu à l'Article 47, une copie des attestations d'assurance ainsi que le justificatif du paiement à l'échéance des primes d'assurance.

Le Titulaire est tenu d'informer préalablement la Personne Publique de toute réduction, suspension ou résiliation des assurances et de toute augmentation des franchises.

En cas de retard dans la communication d'information, dans la remise de documents ou en cas de remise de documents incomplets, la Personne Publique peut appliquer une pénalité d'un montant de : [●] par information/document remis en retard.

Commentaire

Le Contrat pourra, selon l'état du marché de l'assurance et le Projet en cause, prévoir des stipulations destinées à couvrir le risque d'« inassurabilité ».

Par ce terme, on peut entendre (i) le fait que le Titulaire soit objectivement dans l'incapacité d'obtenir une proposition d'assurance de la part d'assureurs notoirement solvables, pour une raison qui ne lui est pas imputable, (ii) l'augmentation du coût ou des franchises des polices d'assurance au-delà d'un certain plafond.

Face à ce risque, il pourra alors être prévu plusieurs solutions : (i) la résiliation du contrat (dans les conditions de la résiliation pour Force Majeure si aucune faute du Titulaire n'est constatée), (ii) la prise en charge par la Personne Publique du surcoût des primes au-delà du plafond défini contractuellement, (iii) la dispense du Titulaire de son obligation d'assurance (avec adaptation en conséquence de la redevance qui lui est versée).

Si une telle clause est insérée, il conviendra également de prévoir le retour à une situation « normale » d'assurabilité.

CHAPITRE 7 : CLAUSES FINANCIERES

Article 39. Gestion du modèle financier

Le modèle financier, objet de l'Annexe 6.3, ne pourra pas contenir plus de contraintes que celles définies littéralement dans ladite Annexe.

Le protocole d'utilisation du modèle financier est défini dans l'Annexe 6.3.

En cas de contradiction entre les Annexes financières et le modèle financier, les Annexes financières prévaudront.

Article 40. Modalités de financement des investissements

Mention obligatoire (article 12.5 de la loi)

40.1 Plan de Financement

Le Titulaire établit, sous son entière responsabilité, le Plan de Financement. Ce dernier figure en Annexe 6.1.

Le Titulaire finance, à compter de la Date d'Entrée en Vigueur, les coûts d'investissement à sa charge par tous les moyens, qui peuvent inclure notamment les sources de financement suivantes :

- fonds propres,
- quasi-fonds propres,
- financement bancaire, dont notamment crédit construction, crédit fonds propres et crédit TVA,
- cession-escompte de créances,
- crédit-bail,
- financement obligataire,
- le cas échéant, subventions et Avances sur Redevance.

Quelles que soient les modalités de financement mises en œuvre, le Titulaire veille au respect de l'affectation de l'Ouvrage au service public dont la Personne Publique a la charge.

40.2 Date de fixation des taux de financement

La fixation des taux de financement interviendra, à la demande de la Personne Publique, à la date suivante : [●]

Commentaire

Les conditions dans lesquelles la personne Publique pourra demander la cristallisation des taux de financement devront être indiquées dans le Contrat (par exemple : à la Date d'Entrée en Vigueur ; entre plusieurs dates et au plus tard à la Mise à Disposition).

Lorsque la Personne Publique souhaite procéder à la cristallisation des taux de financement avant la Mise à Disposition Effective, la clause pourra prévoir les modalités de prise en charge des éventuels coûts ou gains résultant de recalage ou de décalage des Instruments de Couverture souscrits par le Titulaire en cas de retard dans la Mise à Disposition.

Les modalités de fixation des taux d'intérêts sont détaillées dans le Plan de Financement joint en Annexe 6.1.

Article 41. Opération de Refinancement

La Personne Publique pourra, à tout moment du Contrat, demander au Titulaire de procéder à un Refinancement.

Si la Personne Publique décide d'user de cette faculté, le Titulaire a l'obligation de l'assister de bonne foi dans cette démarche.

De même, le Titulaire peut à tout moment proposer à la Personne Publique de procéder à une opération de Refinancement. Si la Personne Publique refuse ce Refinancement, le refus devra être dûment motivé et justifié.

Les Gains de Refinancement, calculés dans les conditions décrites en Annexe 6.4, sont partagés à hauteur de [●] pour la Personne Publique et de [●] pour le Titulaire.

Les Gains de Refinancement qui bénéficient à la Personne Publique lui sont reversés dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

Une annexe financière pourra prévoir les modalités de calcul des Gains de Refinancement. Il faudra veiller à bien identifier l'ensemble des frais liés au Refinancement, tels que les frais de rupture des Instruments de Dette et de Couverture, commissions bancaires, frais de conseils, impôts éventuels, etc. (ainsi que les modalités de leur calcul), afin de pouvoir calculer l'économie réelle pour la Personne Publique.

Article 42. Modalités de rémunération du Titulaire

Mention obligatoire (articles 12.6 et 15 de la loi)

42.1 Décomposition de la Redevance

En contrepartie de l'ensemble des missions confiées au Titulaire par le présent Contrat et exécutées par ce dernier, le Titulaire est rémunéré, à partir de la Date Effective de Mise à Disposition, par le paiement d'une Redevance qui couvre les dépenses d'investissement, de financement ainsi que les coûts liés au fonctionnement des Ouvrages.

Commentaire

Comme il l'a déjà été dit, selon la nature du Projet, il peut être envisagé de verser une partie de la Redevance dès la date d'Entrée en Vigueur par exemple si l'exploitation de l'Ouvrage est confiée dès cette date au Titulaire. La clause sera alors adaptée en conséquence.

La Redevance due au Titulaire se décompose en plusieurs termes définis comme suit :

- R1. (Loyer Financier) correspond au remboursement de l'investissement : principal (R1p) et intérêts (R1i).
- R2. Grosses Réparations/Renouvellement (GER) : correspond à la part de la

rémunération liée aux Prestations de GER mises à la charge du Titulaire.

- R3. Maintenance courante : part de la rémunération liée aux Prestations d'Entretien et de Maintenance mises à la charge du Titulaire.
- R4. Services : part de la rémunération liée aux Prestations de Services mises à la charge du Titulaire.
- R5. Administration, assurance, et gestion du contrat : part de la rémunération du Titulaire correspondant aux frais de gestion du Contrat (émission des factures, tenue de comptabilité, réalisation des comptes rendus périodiques) et d'assurance.
- RA. Recettes Annexes : terme négatif correspondant aux recettes annexes perçues par le Titulaire dans le cadre du Contrat, et venant en diminution de la rémunération du Titulaire.

Commentaire

Il est utile de décomposer les différents termes de la redevance selon ce qui est rémunéré. En outre, on rappelle que le Loyer Financier doit nécessairement être isolé dans la mesure où il pourra être cédé aux banques.

Si plusieurs Mises à Disposition ont été prévues par le Contrat (voir Article 23), la Personne Publique pourra prévoir ici de décomposer la Redevance en conséquence (R1_{phase 1}, R1_{phase 2}, etc.).

42.2 Montant de la Redevance et modalités d'indexation et d'actualisation

Le montant prévisionnel de la Redevance et les modalités de calcul de chaque terme de la Redevance sont indiqués en Annexe 6.2.

Le terme R1 de la Redevance sera figé au plus tard à la Date Effective de Mise à Disposition des Ouvrages en application du dispositif prévu à l'Annexe 6.1. Une fois défini à la Date Effective de Mise à Disposition, le loyer financier sera fixe sur toute la durée de remboursement.

Les termes R2, R3, R4 et R5 de la Redevance seront, eux, révisés à la fin de chaque année civile à compter de la Date Effective de Mise à Disposition par application des formules d'indexation définies en Annexe 6.2.

En cas de suppression des indices visés à l'Annexe 6.2 ou dans l'hypothèse où les formules de révision ne seraient plus représentatives des coûts réels, les Parties se rapprocheront afin de leur substituer, de bonne foi, un indice équivalent assurant le juste équilibre du contrat initial, dans les [●] mois suivant la demande de la Partie la plus diligente.

42.3 Subventions – Avances sur Redevance

Commentaire

Si le Projet bénéficie de subventions ou financements publics, il conviendra de proposer une clause pour préciser notamment :

- (i) les dates de versement ;
- (ii) les modalités du versement ;
- (iii) les conséquences d'un retard de versement (au-delà du paiement d'intérêt de retard par la Personne Publique, il conviendra de prévoir comment s'établit la prise en charge des éventuels frais financiers qui pourraient résulter de ce retard).

De même, si la Personne Publique souhaite procéder au versement d'Avances sur Redevance, elle en précisera les modalités dans cette clause.

42.4 Recettes Annexes

Commentaire

Si la Personne Publique autorise le Titulaire à mener des activités de valorisation génératrice de Recettes Annexes pour le Titulaire, il conviendra de préciser les modalités dans lesquelles celles-ci sont reversées à la Personne Publique. Plusieurs solutions peuvent être envisagées : partage entre les Parties dès le premier euro ou à partir d'un certain seuil, forfait minimum garanti à la Personne Publique.

A titre d'exemple, voici le type de clause qui pourrait être insérée dans un contrat qui prévoit la possibilité pour le Titulaire d'installer des panneaux photovoltaïques sur le toit du bâtiment construit dans le cadre du Contrat, afin de se procurer des recettes annexes :

« Le Titulaire peut installer des panneaux photovoltaïques sur les ouvrages et vendre l'électricité produite par ceux-ci. Il exerce cette activité à ses risques et périls et est chargé de l'obtention de l'ensemble des Autorisations Administratives nécessaires à cette activité.

Le Titulaire s'engage à reverser à la Personne Publique une recette annuelle en contrepartie de la possibilité qui lui est offerte de vendre l'électricité photovoltaïque produite avec les panneaux solaires installés dans le cadre du Contrat.

Le montant annuel de cette recette est égal à [montant fixe ou pourcentage des recettes].

Le paiement de la redevance due au titre de l'année n s'effectuera par compensation sur la Redevance due au titre de l'année n+1. La dernière échéance de la recette annuelle sera payée, en tout état de cause, le jour de l'expiration du Contrat. »

Article 43. Modalités de facturation et de paiement de la Redevance

Les termes de la Redevance seront payés dans les conditions suivantes : [●]

Commentaire

Il conviendra de donner, pour chaque terme de la Redevance, les indications suivantes :

- (i) la date à laquelle celui-ci commence à être payé. Il s'agira de la Date Effective de Mise à Disposition, sauf si la Personne Publique envisage de payer tout ou partie des Prestations éventuellement effectuées par le Titulaire avant cette date (le versement du Loyer Financier sera toujours déclenché par la Mise à Disposition) ;
- (ii) la date à laquelle le terme de la Redevance est versé par la Personne Publique ;
- (iii) la périodicité des paiements.

Le Titulaire libelle ses factures au nom de la Personne Publique. Les factures seront envoyées par le Titulaire à la date suivante : [●].

Le montant des factures émises est réduit du montant des éventuelles pénalités dues au titre du Contrat.

La Personne Publique procède au paiement des factures dans un délai de [●] à compter de la date de réception desdites factures et de l'ensemble des pièces justificatives.

Commentaire

La personne Publique indiquera les modalités de facturation des termes de la Redevance et les délais de paiement.

Article 44. Intérêts moratoires en cas de retard de paiement

Mention obligatoire (articles 12.11 et 19 de la loi)

Le retard de paiement par la Personne Publique de sommes dues au titre de la Redevance ou de toute autre somme due au titre du Contrat fait courir de plein droit des intérêts moratoires calculés à partir du jour où ces sommes sont dues, jusqu'à la date du paiement principal. Le taux des intérêts moratoires est de [●].

Commentaire

Il est proposé de prévoir que ces intérêts seront également versés en cas de retard de paiement de toutes les autres sommes dues par la Personne Publique au titre du Contrat (ce qui inclut par exemple les indemnités de résiliation).

Article 45. Cession de créances et acceptation de la cession

Le Titulaire a la possibilité de céder les créances qu'il détient sur la Personne Publique au titre du Contrat à un ou plusieurs établissement(s) de crédit en vertu des dispositions des articles 529 et suivants du Code de Commerce.

La cession de créances fera l'objet d'une acceptation dans les conditions prévues à l'article 536 du Code de Commerce.

La Personne Publique signe à la date des présentes un Acte d'Acceptation, conforme au modèle figurant en Annexe 7, prévu par l'article 536 du Code de Commerce.

Commentaire

La principale sûreté des banques sera sur les flux du Projet, c'est-à-dire sur les Redevances payées par la Personne Publique.

Il est proposé ici de se servir de la cession de créances professionnelles prévue aux articles 529 et suivants du Code de Commerce, et même d'utiliser la cession acceptée de l'article 536, qui doit permettre de bénéficier de meilleures conditions de financement. Il est rappelé que l'acceptation a toutefois des effets radicaux puisque la Personne Publique ne pourra plus, pour refuser de payer les banques, exciper de ses relations contractuelles avec le Titulaire.

Un tel mécanisme ne semble dès lors acceptable par la Personne publique que si l'acceptation ne prend effet qu'à la Mise à Disposition : à cette date, l'Ouvrage est livré et le Loyer Financier, qui représente son coût de construction, est bien dû.

Par ailleurs, il pourra être prévu de ne faire porter l'acceptation que sur une partie de la cession de créance.

Article 46. Fiscalité

Le partenaire privé est tenu de s'acquitter de ses obligations fiscales dûes dans les phases d'exécution et d'exploitation du projet, conformément à la législation en vigueur.

Commentaire

Les conditions dans lesquelles les impôts et taxes relatives au Projet seront acquittées pourront être précisées.

CHAPITRE 8 : CONTRÔLE, SUIVI ET PENALITES

Article 47. Contrôle et suivi des obligations du Titulaire

Mention obligatoire (articles 12.10 et 18 de la loi)

47.1 Réunions de suivi

Un calendrier de suivi des obligations de conception-construction est mis en place par les Parties dès la Date d'Entrée en Vigueur.

Un calendrier de suivi des Prestations est mis en place par les Parties dès la Date Effective de Mise à Disposition. Ce calendrier est annexé au contrat de Partenariat Public-Privé (Annexe 4).

Commentaire

Si certaines Prestations démarrent dès l'entrée en vigueur, cette clause sera adaptée en conséquence.

Les calendriers prévoiront des réunions de suivi du Contrat à tenir entre les Parties, étant précisé qu'il ne pourra en toute hypothèse s'écouler plus de [●] entre deux réunions.

Il est en outre formé un Comité de pilotage du Contrat composé d'un représentant de la Personne Publique et d'un représentant du Titulaire, chargé d'aplanir les difficultés n'ayant pas pu l'être par les représentants des Parties lors des réunions de suivi. Il se réunit chaque fois que nécessaire, à la demande de l'une des Parties. Le Comité de pilotage se réunit par ailleurs à l'occasion de l'examen du Rapport Annuel.

47.2 Rapport Annuel

Un Rapport Annuel sera élaboré par le Titulaire et remis au plus tard avant la fin de chaque année civile durant toute la période prévue pour l'exécution des termes du contrat. Ce rapport contient les informations suivantes :

1. Les données économiques et comptables suivantes :
 - a) Le compte annuel de résultat du projet, objet du contrat, pour l'année écoulée, rappelant les données présentées l'année précédente au même titre et présentant :
 - (i) en charges : les différents postes de dépenses engagés, avec commentaires sur les éventuels écarts depuis l'exercice précédent ;
 - (ii) en recettes : le montant précis et détaillé de toutes les rémunérations perçues pendant l'exercice écoulé avec commentaires sur les éventuels écarts depuis l'exercice précédent ; et
 - (iii) les données utilisées pour l'application des formules de révision et indexation prévues au contrat ainsi que les justifications des prestations extérieures facturées à la personne publique dans le cadre du contrat ;
 - b) un compte analytique de l'exploitation du projet qui présentera une ventilation entre les différentes activités ;

- c) une prévision des recettes (perçues sur les usagers ou sur la personne publique) pour l'année à venir ;
- d) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique retenus pour la détermination des produits et charges imputés au compte de résultat mentionné ci-dessus avec, le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul ;
- e) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat, et le tableau d'amortissement de ce patrimoine ;
- f) Un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage ou infrastructure objet du contrat et comparaison, le cas échéant, avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations ;
- g) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ainsi que, le cas échéant, un tableau des écarts entre le programme de renouvellement et les opérations de renouvellement effectivement réalisées pendant l'année écoulée, complété par une note explicative de ces écarts ;
- h) Les engagements à incidences financières liés au contrat et nécessaires à la continuité du service public ;
- i) Les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet ainsi que la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette afférents au financement des biens et activités objets du contrat ;
- j) Un état des sinistres ou contentieux (y compris fiscaux et sociaux) survenus dans le courant de l'exercice et leurs conséquences financières ainsi que des indemnités perçues des compagnies d'assurances ;
- k) Un organigramme du personnel affecté au projet, ainsi qu'un état de variation détaillé des effectifs affectés au projet.

2. Le suivi des indicateurs correspondant :

- a) Aux délais de réalisation de l'ouvrage ou de l'infrastructure, objet du contrat ;
- b) Aux objectifs de performance prévus à l'article 14 de la loi n° 86.12 relative aux contrats de partenariat public-privé ;
- c) A la part d'exécution du contrat confiée à des sous-traitants ;
- d) Le cas échéant, au suivi des recettes perçues par le partenaire privé sur les usagers et/ou découlant de l'exploitation des ouvrages, biens et équipements du projet ;
- e) Aux pénalités demandées au partenaire privé en vertu de l'article 19 de la loi n° 86.12 relative aux contrats de partenariat public-privé et à celles acquittées par lui.

Commentaire

Le contenu du Rapport Annuel pourra en outre être complété par la Personne Publique en fonction des spécificités du Projet.

47.3 Contrôle

La Personne Publique peut contrôler, sur pièces et sur place, le respect des engagements contractuels du Titulaire, ainsi que les informations qui lui sont communiquées. Elle peut diligenter tous moyens à cette fin. Elle est libre en particulier de faire auditer, de manière préventive ou à la suite d'un dysfonctionnement, tout ou partie des missions du Titulaire, qui s'engage à faciliter le travail des auditeurs.

Le Titulaire fournit à la Personne Publique tous rapports, documents et informations en sa possession, concernant l'exécution de ses obligations contractuelles.

La Personne Publique peut demander au Titulaire des informations complémentaires sur tous les comptes rendus et documents produits en application des stipulations du Contrat, ou tout autre rapport utile à l'exercice de son contrôle.

Dans le cadre de son contrôle, la Personne Publique peut se faire assister par tout expert de son choix.

Les contrôles effectués par la Personne Publique ne sauraient en aucun cas avoir pour effet d'engager la responsabilité de la Personne Publique ou de dégager le Titulaire de sa responsabilité au titre du Contrat.

En cas de non-respect par le Titulaire de ses obligations au titre du présent Article, la Personne Publique pourra appliquer une pénalité d'un montant de [●].

Article 48. Pénalités

Mention obligatoire (articles 12.11 et 19 de la loi)

La Personne Publique peut infliger au Titulaire des pénalités, en cas de non-respect de ses obligations contractuelles.

Les montants des pénalités sont actualisés dans les conditions prévues en Annexe 2.

Commentaire

Le Contrat pourra prévoir, selon la nature du Projet, le caractère libératoire des pénalités ou de certaines d'entre elles.

Il conviendra également d'indiquer si la Personne Publique entend pouvoir cumuler certaines pénalités lorsqu'un même manquement est en cause.

A l'exception des pénalités en cas de retard dans la Date Contractuelle de Mise à Disposition, les pénalités sont précédées d'une mise en demeure de remédier au manquement constaté dans un délai déterminé en fonction de la nature du dit manquement.

Les pénalités sont payables par compensation sur la Redevance. Toutefois, lorsqu'une telle compensation n'est pas possible, elles sont acquittées directement par le Titulaire dans un délai de [●]. A défaut, la Personne Publique pourra appeler l'une des garanties prévues au Contrat.

Commentaire

La compensation peut ne pas être possible soit parce que la pénalité s'applique en période de conception-construction et qu'aucune redevance n'est alors due par la Personne Publique, soit parce que le montant de la redevance ne suffit pas à absorber les pénalités devant être infligées.

Le Titulaire peut se voir infliger les pénalités suivantes :

Commentaire

Le Contrat détaillera les pénalités pouvant être infligées par la Personne Publique. Quelques exemples sont donnés ci-dessous, cette liste devant naturellement être adaptée au Projet concerné.

Il conviendra également d'indiquer si certaines pénalités font l'objet d'un plafonnement.

- Pénalité en cas de retard dans la communication d'information, la remise de documents ou la remise de documents incomplets : [●] par information/document remis en retard (Article 10.3, Article 47.2, Article 38)
- Pénalité en cas de retard par rapport à la Date Contractuelle de Mise à Disposition des Ouvrages : [●] dans la limite de [●] (Article 24.2)
- Pénalité en cas de retard dans la levée des Réserves : [●] (Article 23)
- Pénalité en cas de non-respect des surfaces : [●] (Article 23.4)
- Pénalité pour non mise en place des mesures de préférence nationale : [●] (Article 9)
- Pénalité pour non-respect des obligations au titre du contrôle par la Personne Publique : [●] (Article 47.3)
- Pénalités d'exploitation, pénalités pour non-respect des objectifs de performance (Article 30) :
- Pénalités en cas de manquement grave de la part du Titulaire à ses obligations
 - [●]
 - [●]
 - [●]

Commentaire

Les pénalités d'exploitation pourront être détaillées en Annexe. Elles seront associées aux objectifs de performance décrits.

Exemple de pénalités d'exploitation

1. Les pénalités de disponibilité, sachant que la disponibilité d'un local est définie par le respect des indicateurs de performance, et non pas par l'utilisation effective des locaux par la Personne Publique. La pénalité de disponibilité est égale à la somme des valorisations des écarts de performance par rapport à la valeur de référence, associée aux indicateurs de performance.

Un local est dit indisponible dès lors que (i) l'une des performances nécessaires à sa disponibilité n'est pas réalisée, du fait du Titulaire, pendant les heures d'ouverture ; (ii) le local est immobilisé pour des raisons de maintenance curative, préventive ou de GER du fait du Titulaire, pendant les heures d'ouverture.

2. Les pénalités de maintenance qui sanctionnent les fautes de maintenance. La pénalité de maintenance est égale à la somme des valorisations des écarts de performance par rapport à la valeur de référence, associé aux indicateurs de performance ;

3. Les pénalités d'exploitation qui sanctionnent les fautes d'exploitation. La pénalité d'exploitation est égale à la somme des valorisations des écarts de performance par rapport à la valeur de référence, associé aux indicateurs de performance.

CHAPITRE 9 : FIN DU CONTRAT

Article 49. Résiliation anticipée pour faute grave du Titulaire

Mention obligatoire (articles 12.21 et 26 de la loi)

49.1 Principe de la résiliation pour faute grave du Titulaire

Le Contrat pourra être résilié par la Personne Publique en cas de faute grave du Titulaire, et notamment :

- en cas de non obtention des Autorisations Administratives pour faute du Titulaire dans les délais prévus à l'Article [●] ;
- en cas de cession partielle ou totale sans autorisation préalable de la Personne Publique telle que prévue à l'Article 5 ;
- en cas de non-respect de la clause de stabilité de l'actionnariat prévue à l'Article 4 ;
- en cas de retard de plus de [●] de la Date Contractuelle de Mise à Disposition des Ouvrages, non justifié par une Cause Légitime de Retard ;
- en cas de manquements répétés à ses obligations au titre des Prestations ;
- lorsque le montant des pénalités d'exploitation atteint un seuil de [●] ;
- en cas de non mise en place ou de non reconstitution des garanties prévues à l'Article 37 ;
- en cas de mise en régie pendant une période excédant [●] ;
- en cas de liquidation judiciaire du Titulaire.

Commentaire

La liste des cas d'ouverture de la résiliation sera adaptée à chaque projet ; il est recommandé de ne pas prévoir une liste exhaustive (« notamment » du premier aliéna).

Préalablement à la décision de résiliation, la Personne Publique met le Titulaire en demeure de remédier au manquement constaté dans un délai [●] au moins, éventuellement prorogeable à sa seule discrétion.

Si cette mise en demeure reste infructueuse, la Personne Publique peut alors prononcer la résiliation à l'expiration du délai fixé, sous réserve de l'information des Créanciers Financiers prévue à l'Article 53.2.

49.2 Conséquences financières de la résiliation pour faute grave du Titulaire

Le Titulaire a droit au remboursement de la valeur comptable nette des actifs réalisés conformément aux stipulations du Contrat, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

OU

Le Titulaire a droit au remboursement de l'encours des Instruments de Dette souscrits en vue du financement du Projet, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

Par ailleurs, l'indemnité due au Titulaire est diminuée de l'ensemble des préjudices causés à la Personne Publique du fait de la résiliation, incluant notamment les coûts d'une nouvelle procédure et ceux nécessaires pour la remise en état de l'Ouvrage. Cette déduction est plafonnée à [●].

Commentaire

En cas de résiliation, même fautive, il faut indemniser le Titulaire, car les Ouvrages construits sont transférés gratuitement à la Personne Publique et, s'il n'y avait pas indemnisation alors que les Ouvrages ne sont pas amortis, il y aurait enrichissement sans cause de la Personne Publique.

Cela dit, lorsque le Projet est financé en financement de projet, on peut aussi raisonner en encours des prêts non encore remboursés (formulation alternative), ce qui revient à peu près au même.

Dans les deux cas, il peut y avoir intérêt à indemniser la Soulte d'Instruments de Couverture (swaps). En effet, d'une part la Personne Publique pourrait reprendre les prêts, ce qui éviterait la rupture des swaps, d'autre part, la Soulte sera positive si les taux d'intérêt ont baissé : dans une telle hypothèse, la Personne Publique pourra se réendetter moins cher, et globalement elle ne perdra rien, le coût de la Soulte étant égal au gain provenant de la baisse des intérêts.

Par ailleurs, le Titulaire doit aussi payer une indemnité à la Personne Publique, en raison des préjudices subis par elle du fait de la résiliation. Le Projet sera davantage « bancable » si cette indemnité est plafonnée, mais tout dépendra du Projet et des éventuelles négociations.

L'indemnité de résiliation due au titre du présent Article sera versée au Titulaire, si elle est positive, ou à la Personne Publique, si elle est négative, au plus tard [●] après la date de prise d'effet de la résiliation.

Article 50. Résiliation anticipée pour motif d'intérêt général

Mention obligatoire (articles 12 et 26 de la loi)

50.1 Principe de la résiliation pour motif d'intérêt général

La résiliation anticipée du Contrat pour motif d'intérêt général est prononcée d'un commun accord entre les Parties dans les conditions ci-après. [ou : les Parties conviennent d'ores et déjà que la Personne Publique pourra prononcer la résiliation du Contrat pour un motif d'intérêt général].

La résiliation doit être précédée d'un préavis notifié au Titulaire par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception dans un délai d'au moins [●] avant sa prise d'effet.

50.2 Conséquences financières de la résiliation pour motif d'intérêt général

Le Titulaire a droit au remboursement de la valeur comptable nette des actifs réalisés conformément aux stipulations du Contrat, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

OU

Le Titulaire a droit au remboursement de l'encours des Instruments de Dette souscrits en vue du financement du Projet, augmentée de la Soulte des Instruments de Couverture.

Commentaire

Même remarque que pour la résiliation pour faute grave.

On pourra ajouter ici l'indemnisation de l'encours des Instruments de Fonds Propres.

Le Titulaire a en outre droit :

- à l'indemnisation de la rupture des contrats conclus avec ses Prestataires pour l'exécution du Contrat évaluée dans les conditions suivantes : [●]
- à l'indemnisation de son manque à gagner évaluée dans les conditions suivantes : [●]

Commentaire

Le Contrat précisera les modalités de calcul de l'indemnisation liée à la rupture des contrats des Prestataires et à l'indemnisation du manque à gagner du Titulaire (forfait, plafond, etc.).

L'indemnité de résiliation due au titre du présent Article sera versée au Titulaire au plus tard [●] après la date de prise d'effet de la résiliation.

Article 51. Résiliation anticipée pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat

Mention obligatoire (articles 12 et 26 de la loi)

51.1 Principe de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat

La résiliation anticipée du Contrat pour Force Majeure ou pour bouleversement de l'équilibre du Contrat est prononcée d'un commun accord entre les Parties dans les conditions ci-après.

La résiliation doit être précédée d'un préavis notifié au Titulaire par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception dans un délai d'au moins [●] avant sa prise d'effet.

51.2 Conséquences financières de la résiliation pour Force Majeure ou bouleversement de l'équilibre du Contrat

Le Titulaire a droit au remboursement de la valeur comptable nette des actifs réalisés conformément aux stipulations du Contrat, augmentée de la Soulte de rupture des Instruments de Couverture.

OU

Le Titulaire a droit au remboursement de l'encours des Instruments de Dette souscrits en vue du financement du Projet, augmentée de la Soulte de rupture des Instruments de Couverture.

Commentaire

On pourra ajouter ici l'indemnisation de l'encours des Instruments de Fonds Propres.

Il est d'usage d'exclure toute indemnisation du manque à gagner dans une telle hypothèse de résiliation.

L'indemnité pourra être diminuée des indemnités perçues ou à percevoir par le Titulaire au titre des polices d'assurance souscrites par lui et couvrant l'évènement de Force Majeure considéré.

L'indemnité de résiliation due au titre du présent Article sera versée au Titulaire au plus tard [●] après la date de prise d'effet de la résiliation.

Article 52. Résiliation d'un commun accord

Mention obligatoire (articles 12 et 26 de la loi)

Les Parties peuvent convenir de mettre fin au Contrat, d'un commun accord.

Les modalités, notamment financières, de la résiliation sont arrêtées conjointement par les Parties.

Article 53. Substitution du Titulaire

Mention obligatoire (articles 12.14 et 21 de la loi)

53.1 Substitution du Titulaire – continuité du service public

Pour assurer la continuité du service public, la Personne Publique peut procéder à la substitution du Titulaire par elle-même en cas d'urgence ou par un tiers de son choix pour l'exécution de tout ou partie des missions qui sont confiées au Titulaire au titre du Contrat, dans les cas suivants :

- le manquement grave et dûment constaté aux obligations, notamment, en termes d'objectifs de performance assignés au Titulaire ; et
- la survenance d'autres événements pouvant justifier la résiliation anticipée du Contrat ;
- [•]

Commentaire

Conformément à l'article 21 de la loi relative aux contrats de partenariat public-privé, la Personne Publique pourra compléter la liste des motifs en lien avec la continuité du service public qui lui ouvriront le droit de procéder à la substitution du Titulaire. On peut penser par exemple à un risque sérieux pesant sur la sécurité des biens ou des personnes, à une situation d'urgence.

Lorsqu'elle entend procéder à la substitution, elle adresse au Titulaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une notification indiquant (i) le motif de sa décision, (ii) la date à laquelle il sera procédé à la substitution, en l'absence de remédiation au manquement ou à l'évènement justifiant la décision de substitution, (iii) les conditions d'exécution du Contrat jusqu'à la substitution.

La substitution par un autre opérateur privé s'effectue dans les mêmes conditions d'exécution initiales du Contrat. La substitution et l'accomplissement des missions du Titulaire dans ce cadre par la Personne publique ou un opérateur privé sont effectués aux frais et risques du Titulaire.

Le Titulaire s'engage à ne pas gêner ou empêcher, par quelle que cause que ce soit, la substitution. Le Titulaire pourra être relevé de la substitution, s'il justifie de la mise en œuvre des mesures ou moyens nécessaires pour remédier au manquement ou à l'évènement ayant justifié la décision de substitution. La Personne Publique notifie alors au Titulaire sa décision de faire cesser la substitution.

En tout état de cause, dans un délai maximal d'un mois suivant l'entrée en vigueur de la substitution, les Parties conviennent de se rencontrer pour décider de la suite à donner au Contrat.

53.2 Droit de substitution des Créanciers Financiers

Lorsque la Personne Publique considère qu'elle est en droit de résilier le Contrat conformément aux dispositions de l'Article 49.1, elle adresse aux Créanciers Financiers une copie de la mise en demeure adressée au Titulaire, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Les Créanciers Financiers disposent alors d'un délai de [●] mois à compter de la réception de la notification pour (i) se substituer aux actionnaires du Titulaire ou (ii) proposer une entité substituée pour poursuivre l'exécution du Contrat, étant entendu que la Personne Publique ne peut prononcer la résiliation du Contrat avant l'expiration du délai de substitution.

Les Créanciers Financiers ou, le cas échéant, l'entité substituée qu'ils proposent, devront être approuvés par la Personne Publique préalablement à leur substitution au Titulaire dans l'exécution du Contrat.

La personne publique peut procéder, également, à la substitution du partenaire privé à la demande des organismes de financement du projet en cas de manquement dûment constaté du partenaire privé à ses obligations et qui peut nuire à la continuité du service public.

Si à l'expiration du délai de substitution, les Créanciers Financiers ne se sont pas substitués ou n'ont pas proposé une entité substituée pour poursuivre l'exécution du Contrat, ou si la Personne Publique a refusé d'approuver ladite entité substituée, la Personne Publique peut sans délai résilier le Contrat.

CHAPITRE 10 : PREVENTION DES LITIGES ET CLAUSES DIVERSES

Article 54. Litiges

Mention obligatoire (articles 12.20 et 27 de la loi)

Avant toute action contentieuse, les Parties décident de saisir de leur différend le Comité de pilotage pour discuter des modalités de règlement des litiges adéquats, et éventuellement recourir, si possible, à la conciliation. Cette saisine constitue un préalable obligatoire à toute procédure de conciliation, de médiation conventionnelle, à l'arbitrage ou des procédures judiciaires.

Si le litige n'est pas résolu par le Comité de pilotage, les Parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend, conformément aux articles 327-55 et suivants du Code de Procédure Civile. Le médiateur sera choisi par commun accord entre les Parties. Si les Parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, chaque Partie désignera un médiateur et les médiateurs ainsi nommés en désigneront un troisième.

OU

Les Parties conviennent que tout litige les opposant et non résolu par le Comité de pilotage sera soumis à l'arbitrage, dans les conditions suivantes : [●]

Commentaire

Cette clause devra être adaptée selon la nature du Projet et les pratiques de la Personne Publique.

Il pourrait être prévu de recourir à l'arbitrage prévu aux articles 306 et suivants du Code de Procédure Civile, ou à l'arbitrage international, dans les conditions prévues aux articles 327-39 et suivants du Code de Procédure Civile. Il conviendra alors d'indiquer la loi applicable, la procédure applicable, le lieu et la langue de l'arbitrage.

Article 55. Recours à un Expert

Commentaire

Les Parties pourront décider de préciser dans une clause générale les conditions de désignation de l'Expert auquel elles pourront décider de recourir, notamment lorsque le recours à un tel expert est prévu au Contrat.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées : désignation d'un expert unique sur une liste préétablie entre les Parties, désignation d'un Comité Expert composé de 3 membres (un représentant de chaque Partie, le 3^{ème} membre étant désigné par les deux premiers), etc.

Cet article pourra également prévoir les délais dans lesquels l'expert devra se prononcer, et l'éventuel partage des frais d'expertise.

Enfin, il conviendra d'indiquer la force attachée aux avis de l'expert : on pourra par exemple indiquer que l'avis de l'expert lie les Parties dans l'attente d'une décision juridictionnelle ou arbitrale.

Article 56. Propriété intellectuelle ou industrielle

Les plans et autres études d'architecture et de conception (tels que esquisses, plans, représentations graphiques, dessins, maquettes etc.) réalisés par le Titulaire, ou par un tiers pour le compte du Titulaire (tels que les bureaux d'études, architectes, etc.) dans le cadre du Contrat sont sujets à des droits de propriété intellectuelle appartenant au Titulaire et seront désignés collectivement ci-après les « Plans ».

La Personne Publique bénéficie du droit de reproduction et de représentation des Plans dans les conditions suivantes : [●].

Les droits de propriété industrielle et intellectuelle attachés aux brevets, marques, licences ou logiciels acquis ou déposés par le Titulaire dans le cadre du Contrat, sont la propriété du Titulaire.

La Personne Publique bénéficie d'un droit d'usage dans les conditions suivantes : [●].

A la fin du Contrat, les droits attachés aux biens remis par le Titulaire à la Personne Publique sont transférés à cette dernière dans les conditions suivantes : [●].

Commentaire

La clause proposée ci-dessus l'est à titre d'exemple et devra être adaptée en fonction des spécificités du Projet.

Article 57. Computation des délais

A défaut de stipulation contraire, tout délai prévu par le Contrat commence à courir le lendemain du jour où s'est produit le fait défini comme point de départ de ce délai.

Sauf stipulation contraire fixant un délai en jours ouvrés, lorsque le délai est fixé en jours, il s'entend en jours de calendrier et expire à la fin du dernier jour de la durée prévue.

Lorsque le délai est fixé en mois, il est compté de quantième à quantième. S'il n'existe pas de quantième correspondant dans le mois au cours duquel se termine le délai, celui-ci expire à la fin du jour suivant ce dernier.

Si une échéance ou une date de paiement coïncide avec un jour qui n'est pas un jour ouvré, ladite échéance ou date de paiement est automatiquement reportée au premier jour ouvré suivant, à moins que ce report n'entraîne le passage dans un mois calendaire différent, auquel cas cette échéance ou date de paiement sera automatiquement avancée au jour ouvré précédent.

Article 58. Liste des Annexes

Commentaire

La liste des Annexes proposée ci-après est indicative.

Annexe 1 - Programme Technique / Cahier des Charges *[cette annexe comporte notamment le détail des travaux et des prestations attendus, et les objectifs de performance qui leur sont associés. Elle peut-être subdivisée en plusieurs annexes thématiques : 1.1 Prestations relatives à la conception et à la réalisation, 1.2 Prestations d'Entretien, Maintenance, 1.3 Prestations d'Exploitation, 1.4 Prestations de GER, 1.5 Prestations de Services]*

Annexe 2 - Pénalités

Annexe 3 - Terrain *[cette annexe comporte notamment une description et un plan du Terrain et des servitudes]*

Annexe 4 - Calendrier des travaux et de suivi

Annexe 5 - Opérations d'Essais et de Vérifications et Mise à Disposition

Annexe 6 – Plan de Financement *[cette annexe peut être subdivisée en plusieurs annexes thématiques : 6.1 Plan de financement (décompositions des coûts, description du montant à financer, conditions du financement, modalités de fixation des taux d'intérêt), 6.2 Décomposition de la redevance (actualisation et indexation, échéanciers), 6.3 Modèle financier, 6.4 Modalités d'un refinancement (procédure, conditions de calcul des gains de refinancement), 6.5 Modalités de calcul de la soule des instruments de couverture]*

Annexe 7 - Modèle d'acte d'acceptation de la cession de créances

Annexe 8 - Personnel

Annexe 9 – Modèles des garanties

Annexe 10 - Programme d'assurance

Annexe 11 - Matrice des risques *[cette annexe a une valeur informative]*

DEPP/DPGP/DPPP

Fait à [●],

Le [●],

En [●] originaux.

Personne Publique

Titulaire

Par : [●]

Par : [●]