

Le risque constructif dans les contrats de partenariat

- ▣ La loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a modifié le droit applicable au risque constructif dans les contrats de partenariat.
- ▣ Cependant elle n'a pas bouleversé cet état du droit, qui reste marqué par une grande souplesse.
- ▣ Un soin particulier doit donc être apporté à la rédaction des clauses y afférentes.

Auteur

Pierre Pintat, avocat à la Cour,
Cabinet Matharan-Pintat-Raymondie

Mots clés

Risque constructif • Opération • contrat de partenariat • Maîtrise d'ouvrage privée • Évaluation préalable • Partage des risques • Conception des ouvrages • Projet architectural • Garantie contractuelle • Pénalité de retard • Retenue de garantie • Caution personnelle et solidaire • Financement de projet • Capital de la société • Jurisdiction compétente • Mesure conservatoire •

La notion de risque constructif recouvre essentiellement les risques susceptibles d'être couverts par les assurances (dommages-ouvrage, tous risques chantier, et garanties de passif du sol). Mais la prise en compte de cette notion dans le cadre d'une opération réalisée en contrat de partenariat suppose qu'elle soit élargie à des risques tels que ceux liés à la pollution éventuelle du terrain, à l'existence de servitudes, à l'archéologie, à l'hydrogéologie et aux risques géotechniques, ainsi qu'aux difficultés d'obtention des décisions administratives nécessaires à la réalisation des ouvrages. Pris dans sa globalité, le risque constructif constitue l'un des principaux risques auquel est exposé ce type d'opérations, et la récente loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter quelques aménagements à certaines dispositions légales en lien avec ce risque.

Les contrats de partenariat se caractérisent notamment par un transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du contrat lorsqu'ils portent sur le financement, la construction ou la transformation d'ouvrages, c'est-à-dire lorsqu'ils présentent un caractère « concessif »⁽¹⁾. C'est donc une maîtrise d'ouvrage privée des travaux qui est assurée dans le cadre de l'exécution de ce type de contrats administratifs, et les règles du droit privé ont donc vocation à s'appliquer dans les relations entre le titulaire du contrat de partenariat (ci-après le cocontractant) et les différents constructeurs.

Pour autant, le risque constructif doit être appréhendé au stade de l'évaluation préalable à laquelle est soumis le recours au contrat de partenariat, ainsi que tout au long de la procédure d'attribution et de jugement des offres. Ce risque doit également faire l'objet d'une répartition entre les parties en présence, tant

(1) Art. L. 1414-1 al. 1^{er} et 2 CGCT pour les contrats des collectivités locales.

au niveau du contrat de partenariat lui-même, qu'au niveau des contrats avals conclus par le titulaire avec les constructeurs auxquels il fait appel (I). En cours d'exécution du contrat, plusieurs mécanismes de garantie du risque constructif ont vocation à être mis en œuvre, sans préjudice des nécessaires mécanismes de gestion contractuelle de la survenance de ce type de risques. Une issue contentieuse ne saurait être exclue et doit donc aussi être envisagée par le contrat (II).

I. La prévention du risque constructif et sa répartition contractuelle lors de la passation du contrat

A) L'évaluation préalable et la conduite de la procédure d'attribution

Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable précisant les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de « partage des risques »⁽²⁾, au rang desquels doit bien entendu figurer en bonne place le risque constructif.

La visite sur site, si elle n'est pas juridiquement obligatoire, mérite d'être prévue, car elle contribue dans une certaine mesure à réduire le risque constructif puisqu'elle tend à s'assurer que les candidats ont une réelle connaissance des contraintes du site destiné à accueillir les ouvrages. Son organisation suppose qu'il en soit tenu compte dans les délais de remise des offres, conformément aux dispositions de la loi qui prévoient que, lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat, les délais sont prolongés en conséquence⁽³⁾.

Il peut être opportun de prévoir, dans le dossier de consultation, une disposition selon laquelle la collectivité « considère que les risques affectant le terrain [cette notion faisant par ailleurs l'objet d'une définition contractuelle précise] sont pris en charge par le cocontractant, étant entendu que les candidats peuvent procéder à toutes études complémentaires qu'ils estimeraient utiles sur le terrain, sous réserve de l'accord préalable et exprès de la collectivité ».

Le risque constructif sera minoré si les études préalables sont fiables et de qualité (études hydrogéologiques et géotechniques notamment), et qu'elles seront traduites dans le cahier des charges ou dans le programme fonctionnel servant de support à la consultation des entreprises dans le cas le plus fréquent de recours au dialogue compétitif (caractéristiques du site et du foncier, contraintes opérationnelles, contraintes réglementaires, environnementales...).

La conception des ouvrages est souvent au cœur du risque constructif. Le cocontractant peut se voir confier tout ou partie

de la conception des ouvrages⁽⁴⁾, et la situation diffère selon le choix de la personne publique de conserver tout ou partie de la conception des ouvrages, ou de la confier.

Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages est confiée au cocontractant, parmi les conditions d'exécution du contrat doit figurer l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation. Il est également prévu que les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural⁽⁵⁾. Ces dispositions concourent à contenir le risque constructif puisque ces deux paramètres essentiels que sont l'équipe de maîtrise d'œuvre et le projet architectural sont connus et évalués par la personne publique dès la phase de passation du contrat de partenariat.

Enfin, le risque constructif sera minoré par une réelle maîtrise foncière préalable à la conclusion du contrat (pour éviter le risque de retard dans l'accès au site), ou encore par une gestion raisonnable du calendrier d'exécution. La collectivité doit être en mesure de stipuler dans le contrat une date contractuelle de mise à disposition et une clause selon laquelle, le cas échéant, « le terrain mis à disposition sera nu, libre de toute construction, purgé de toute fondation, libre de toute location, occupation ou réquisition de quelque nature que ce soit ». Quelles que soient les précautions prises, une part de risque constructif est irréductible, et il faut donc anticiper sa survenance éventuelle en répartissant contractuellement la prise en charge de ses conséquences.

B) La répartition contractuelle du risque constructif dans le contrat

Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives « aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant »⁽⁶⁾. Le risque constructif doit donc être appréhendé expressément par le contrat de partenariat. Ainsi qu'on l'a indiqué, la phase de conception conditionne fortement le degré de risque constructif. Si des études préalables hydrogéologiques ou géotechniques ont été réalisées pour le compte de la collectivité – c'est souvent le cas –, il est utile pour elle de prévoir que « la communication des études susmentionnées au cocontractant ne pourra en aucun cas le dégager de sa responsabilité [...] et n'engage en rien la responsabilité de la collectivité au titre des risques visés aux articles, etc. ».

Il convient de relever la faculté, désormais expressément ouverte à la personne publique par la loi du 28 juillet 2008, de céder avec l'accord du cocontractant concerné tout ou partie des contrats de maîtrise d'œuvre passés par elle⁽⁷⁾. Dans cette hypothèse, le contrat a vocation à statuer sur la prise en charge des risques afférents à un défaut de conception imputable à des prestations exécutées initialement pour le compte de la collectivité. Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie

(2) Art. L. 1414-2-I al. 1^{er} CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(3) Art. L. 1414-8-III c al. 3 CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(4) Art. L. 1414-1 al. 3 CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(5) Art. L. 1414-13 al. 1^{er} CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(6) Art. L. 1414-12 b CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(7) Art. L. 1414-1-II CGCT pour les contrats des collectivités locales.

de la conception des ouvrages, elle peut elle-même faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume, même en matière de bâtiment, nonobstant le principe de la « mission de base »⁽⁸⁾. Cette répartition éventuelle de la maîtrise d'œuvre, en particulier de conception, semble porteuse de risques liés aux interfaces entre les deux équipes. Le risque constructif lié à la conception des ouvrages doit être appréhendé essentiellement sur les points suivants, qui ont vocation à avoir été répertoriés dès la phase de l'évaluation préalable, et à être répartis par le contrat : erreurs dans la conception ou conception défaillante ; spécifications modifiées par la personne publique ; conception modifiée par le titulaire ; conception à modifier du fait de l'application d'une réglementation nouvelle.

Quant au risque constructif lié à la phase d'exécution des travaux, ses composantes peuvent, pour l'essentiel, être répertoriées de la façon suivante, et ont également vocation à être répartis par le contrat : conditions du site et du sous-sol ; erreurs dans la construction ou construction défaillante ; erreur d'estimation de la durée des travaux.

En ce qui concerne les conditions de site et du sous-sol, il peut être stipulé, par exemple, que « le cocontractant prend le terrain dans l'état dans lequel il se trouve le jour de l'entrée en jouissance sans aucune garantie de la part de la collectivité, sans pouvoir élever aucune réclamation, ni former aucun recours contre la collectivité pour quelque cause que ce soit et, notamment, pour raisons de mitoyenneté, de défaut d'alignement, de l'état du sol ou du sous-sol à raison de fouilles ou excavations qui auraient pu être pratiquées et de tous éboulements qui pourraient en résulter par la suite, ainsi que des vices de nature apparents ou cachés dont il peut être affecté. Il prend donc en charge toutes les conséquences, financières et de délai, directes et indirectes, qui seraient liées à la réalisation de l'un de ces risques ».

Plus spécifiquement, il peut être prévu que « le cocontractant fera son affaire personnelle, à ses frais et risques exclusifs, de l'ensemble des obligations liées à l'hydrogéologie, ainsi que de l'ensemble des risques géotechniques, sans recours possible contre la collectivité ».

Il peut être stipulé par ailleurs que « la collectivité déclare qu'elle n'a créé ni laissé acquérir aucune servitude sur le terrain, et qu'à sa connaissance il n'en existe aucune. Le cocontractant souffrira des servitudes passives, apparentes ou occultes, continues ou discontinues, pouvant grever le terrain, sauf à s'en défendre et à profiter de celles actives, s'il en existe, le tout à ses risques et périls, sans recours contre la collectivité ».

Divers autres facteurs du risque constructif en phase d'exécution sont identifiés par les praticiens. Ils concernent la sécurité et la prévention des risques sur le chantier, les dommages causés aux tiers par les travaux, et divers autres incidents de nature à les retarder, la force majeure impliquant ou non la résiliation du contrat, la survenance d'une réglementation nouvelle

intervenant pendant la phase construction, la défaillance du constructeur, les mouvements de grève, les recours de tiers.

Un risque particulier tient à l'archéologie, pour lequel il peut être prévu que « le cocontractant fera son affaire personnelle, à ses frais et risques exclusifs, de l'ensemble des obligations liées à la recherche archéologique, et à en supporter toutes les conséquences, directes et indirectes, sans recours possible contre la collectivité ».

Il faut ensuite compter avec les risques liés à l'obtention des autorisations administratives généralement nécessaires à une opération de travaux d'importance. À cet égard, il peut être stipulé que « le cocontractant fait son affaire de toutes les démarches nécessaires à l'obtention des autorisations administratives et d'urbanisme relatives à la construction et à la mise en exploitation de l'ouvrage, de toute autorisation, déclaration et/ou titre d'exploitation nécessaires à la mise à disposition de l'ouvrage », et qu'il « prend en charge les conséquences, notamment financières et de délai, directes et indirectes, liées au retard dans l'obtention des autorisations administratives visées ci-dessus ». Il est également utile de prévoir une clause relative à l'hypothèse d'un recours contentieux dirigé contre les autorisations d'urbanisme, selon laquelle, par exemple, « les parties examineront conjointement dans les meilleurs délais le risque contentieux afférent audit recours, afin de permettre à la collectivité en toute connaissance de cause de procéder, ou non, à la résiliation du contrat ».

Au-delà de la répartition du risque constructif entre les parties au contrat de partenariat, celui-ci doit comporter des stipulations tendant à offrir des garanties en cas de réalisation du risque constructif et facilitant sa gestion contractuelle et contentieuse.

II. Les garanties contractuelles du risque constructif et sa gestion en cours d'exécution du contrat

A) Les garanties contractuelles du risque constructif

Aux termes de la loi du 28 juillet 2008, l'obligation d'assurance dommages-ouvrage, garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil⁽⁹⁾ ne s'applique ni à l'État et à ses établissements publics, ni au titulaire d'un contrat passé avec ceux-ci (si toutefois il ne s'agit pas de faire réaliser pour leur compte des travaux de construction pour un usage d'habitation). Au-delà, aucune précision n'est donnée par la loi quant aux mécanismes de garantie susceptibles d'être mis en œuvre dans le cadre de l'exécution des contrats de partenariat, ces mécanismes étant ainsi laissés à la liberté contractuelle.

(8) par dérogation aux dispositions du 4^e alinéa de l'article 7 de la loi MOP n° 85-704 du 12 juillet 1985, qui dispose que « pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique » (art. L. 1414-13 al. 2 CGCT).

(9) Prévues par l'article L. 242-1 code ass.

Les pénalités de retard constituent une forme de garantie contre le risque constructif lorsqu'elles tendent à sanctionner le cocontractant ou à indemniser la collectivité en cas de retard dans la mise à disposition des ouvrages, voire à libérer le cocontractant de son obligation de bonne exécution. Elles doivent alors être bien évaluées, non seulement au regard de leur but dissuasif pour le titulaire, mais aussi au regard du risque de préjudice réellement encouru par la collectivité.

Mais il peut aussi être stipulé que « les pénalités s'appliquent sans préjudice du droit de la collectivité de demander, devant les juridictions compétentes, l'exécution forcée du contrat ou la réparation intégrale des préjudices subis du fait du retard, étant précisé que le montant des pénalités versées viendra en déduction des indemnités le cas échéant fixées par le juge ».

Doivent également être évoquées les retenues de garantie, garanties à première demande, et caution personnelles et solidaires. Rien n'interdit de s'inspirer des mécanismes prévus en matière de marchés publics⁽¹⁰⁾, en les adaptant aux spécificités du projet concerné. Le contrat de partenariat peut donc prévoir une retenue de garantie dont le montant n'est pas plafonné⁽¹¹⁾, ayant pour objet de couvrir des réserves formulées à l'achèvement des travaux, ou d'éventuelles pénalités de retard dans la mise à disposition des ouvrages. Il peut également être prévu la fourniture, par le cocontractant, d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire. À cet égard, il est possible d'utiliser le modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie en matière de marchés publics.

Il est souhaitable, à l'instar de ce qui est imposé en matière de marchés publics⁽¹²⁾, que l'organisme apportant sa garantie soit choisi parmi les tiers agréés par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier ou par le comité des entreprises d'assurance mentionné à l'article L. 413-1 du code des assurances. S'il n'est pas exigé que la caution ou la garantie soit constituée à la date de la signature du contrat de partenariat, il est prudent de prévoir que la personne publique conserve la liberté d'accepter ou non les organismes apportant leur garantie. En outre, dans cette hypothèse, le contrat devra alors fixer la date à laquelle cette garantie ou cette caution ou garantie devra être constituée en totalité ou en partie. Il est prudent de retenir le principe suivant lequel elle doit être constituée en totalité au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet sa première demande de paiement, et qu'à défaut, une retenue de garantie sera pratiquée. Il est également conseillé de prévoir qu'en cas d'avenant, elle doit être complétée dans les mêmes conditions.

Le contrat de partenariat devra également prévoir les conditions dans lesquelles la retenue de garantie sera remboursée ou les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande seront libérés (définition d'un délai maximal après l'expiration du délai de garantie en l'absence de réserves,

modalités de délivrance de la mainlevée par la personne publique en cas de réserves formulées avant l'expiration du délai, intérêts contractuels en cas de retard). En financement de projet, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire peuvent être stipulées au profit de la personne publique par la société dédiée titulaire du contrat de partenariat, pour couvrir des responsabilités encourues par elle, en particulier au titre du risque constructif. Un tel mécanisme peut notamment être prévu pour couvrir un risque constructif se révélant en cours d'exploitation des ouvrages dans le cas où la société dédiée a cédé ses créances acquises irrévocablement pour financer leur construction. Le mécanisme du compte séquestre peut également être envisagé pour sécuriser le montage au profit de la collectivité, en particulier dans le cadre d'un financement par cession de créances⁽¹³⁾.

Les sommes à verser au cocontractant par l'établissement financier cessionnaire de ses créances sont placées en tout ou partie sur un compte séquestre ; le déblocage des sommes suppose l'accord de la collectivité publique, en fonction, par exemple, de l'avancement des travaux de construction.

Dans le cadre d'un montage en financement de projet, la garantie offerte *in fine*, tant à la collectivité publique qu'aux financeurs, est constituée par le capital de la société dédiée. Il doit être bien dimensionné car s'il est trop faible, il ne représentera qu'une garantie insuffisante ; à l'inverse, s'il est trop important, sa constitution renchérra inutilement le coût de l'opération. Il est considéré que le montant du capital d'une société dédiée en financement de projet doit représenter *a priori* 10 à 20 % du montant de l'investissement qu'elle doit supporter. En toute hypothèse, il peut être stipulé dans le contrat et justifié en annexe une « garantie d'achèvement » par les sociétés actionnaires.

En cas de financement par cession de créance, la loi précise que si le contrat de partenariat peut prévoir qu'une fraction des sommes dues au cocontractant peut être cédée en application des articles L. 313-23 à L. 313-29 du code monétaire et financier, cette fraction ne peut excéder 80 % de la rémunération due par la personne publique au titre des coûts d'investissement, lesquels comprennent, notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, et des coûts de financement⁽¹⁴⁾. Surtout, la loi du 28 juillet 2008 précise que, dans ce cas, la créance cédée ne peut être définitivement acquise au cessionnaire qu'à compter de la constatation par la personne publique que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat. À compter de cette constatation, et à moins que le cessionnaire, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur public, aucune compensation ni aucune exception fondée sur les rapports personnels du débiteur avec le cocontractant, telles que l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat, ne peut être opposée au cessionnaire, excepté la

(10) Art. 101 à 103 CMP.

(11) En matière de marchés publics, le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants (art. 101 CMP).

(12) Art. 102 CMP.

(13) Circ. n° 309 du 6 septembre 1950, n° 22 du 27 janvier 1953, n° 248 du 19 avril 1962, n° 72-259 du 9 mai 1972 concernant les marchés des collectivités locales payables par annuités.

(14) Art. L.313-29-1 du code monétaire et financier.

prescription quadriennale⁽¹⁵⁾. La loi impose d'ailleurs que le contrat comporte des clauses relatives aux conditions dans lesquelles, en application de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat⁽¹⁶⁾.

L'existence de mécanismes de garanties du risque constructif n'exclut pas, bien entendu, la nécessité de prévoir des clauses appropriées de gestion optimale de ce risque s'il se réalise.

§) La gestion du risque constructif en cours d'exécution

En cas de réalisation du risque constructif en cours d'exécution du contrat, ce dernier doit avoir prévu des clauses appropriées pour en faciliter le traitement amiable; mais ces stipulations ne doivent pas entraver la faculté de recourir au juge si nécessaire.

Une clause du contrat doit *a minima* prévoir certaines obligations, à la charge du cocontractant, de nature à permettre à la collectivité de contrôler les conditions d'exécution des travaux et d'identifier par elle-même si nécessaire, la réalisation éventuelle de tel ou tel risque (clause d'accès au chantier à tout moment, rapport périodique d'avancement des travaux, etc.). Il convient également de prévoir les cas et modalités de modification du calendrier de réalisation des travaux, qui a vocation à être contractuel et, le cas échéant, de la date contractuelle de mise à disposition. Cela peut viser des hypothèses de recours contentieux contre le permis de construire, de modification du projet par la collectivité, par le cocontractant, ou de modification de la réglementation. Il doit également être prévu les modalités de résiliation et d'indemnisation en cas de survenance d'un cas de force majeure rendant impossible la poursuite des travaux, ou encore de destruction totale ou partielle des ouvrages en cours de construction, ne trouvant pas sa cause dans une faute du cocontractant.

Un contrat de partenariat comporte obligatoirement des clauses relatives aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être recouru à l'arbitrage, avec application de la loi française⁽¹⁷⁾. À ce titre, il est opportun de prévoir une procédure contractuelle de règlement du litige en cas de contestation sur un éventuel refus de la collectivité d'entrer dans les lieux en raison de réserves majeures qu'elle aurait émises à l'achèvement des travaux⁽¹⁸⁾. Elle peut comporter la désignation conjointe d'un expert ou d'un collègue d'experts, à charge pour ce dernier de se prononcer sur le bien-fondé du refus de la collectivité, et de prescrire les travaux à réaliser le cas échéant. Elle peut préciser que «l'expert désigné agira en qualité de mandataire commun des parties et que sa décision sera définitive, sans recours, et liera les parties qui s'engagent à la respecter».

(15) Relevante de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics.

(16) Art. L. 1414-12 d bis CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(17) Art. L. 1414-12 l CGCT pour les contrats des collectivités locales.

(18) À ne pas confondre avec les réserves éventuellement émises par le titulaire lui-même en qualité de maître d'ouvrage lors de la réception des travaux.

Il peut être également prévu que «les frais engendrés par l'intervention de l'expert et, éventuellement, par sa désignation par voie de référé, seront à la charge de la collectivité ou du cocontractant, suivant que l'expert aura conclu ou non à l'achèvement des travaux». Le même type de procédure peut être retenu pour régler un éventuel différend sur des levées de réserves émises par la collectivité, mais ne justifiant pas un refus d'entrer dans les lieux.

D'une façon générale, une clause afférente au règlement amiable des litiges a vocation à être prévue et peut comporter l'intervention d'une commission de conciliation, assortie de délais de désignation de ses membres, pour sa saisine et pour sa tentative de conciliation. Mais il peut être souhaitable de réserver aux parties la faculté de saisir «à tout moment» la juridiction compétente, *a minima* pour voir réaliser des constatations judiciaires ou voir prescrire d'éventuelles mesures conservatoires urgentes. Le contrat de partenariat étant administratif par détermination de la loi, seule la juridiction administrative est compétente pour connaître des litiges éventuels relatifs à son interprétation ou à son exécution. C'est donc le juge administratif des référés qui a vocation à connaître d'une éventuelle action judiciaire de la personne publique tendant à faire sanctionner la responsabilité du cocontractant en raison de la réalisation d'un risque constructif. À cet égard, rappelons que la loi précise que le titulaire du contrat est tenu de se libérer auprès de la personne publique des dettes dont il peut être redevable à son égard du fait de manquements à ses obligations contractuelles et, notamment, du fait des pénalités qui ont pu lui être infligées, donc surtout au titre d'un retard de réalisation des ouvrages. En cas de financement des ouvrages par cession de créance, il est important de souligner que par dérogation au principe qui prévaut généralement en la matière, l'opposition à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire⁽¹⁹⁾.

Conclusion

On peut observer que la loi du 28 juillet 2008 a apporté certaines modifications qui ont une incidence non négligeable sur le droit applicable au risque constructif dans les contrats de partenariat (possibilité désormais expressément autorisée de céder au partenaire privé des marchés de maîtrise d'œuvre déjà passés, dispense du cocontractant de l'État et de ses établissements publics d'une assurance obligatoire à une dommages-ouvrage, prise en compte dans le régime de la cession de créance du bon achèvement des travaux). Cependant elle n'a pas modifié fondamentalement cet état du droit, qui reste marqué par une grande souplesse dans la prévention du risque constructif, dans sa répartition contractuelle, dans la définition des garanties pouvant être stipulées, et dans sa gestion en cas de survenance. Compte tenu des enjeux afférents aux projets mis en œuvre dans le cadre de contrats de partenariat, un soin particulier doit donc être apporté à la rédaction des clauses y afférentes. ▀

(19) Art. L.313-29-1 du code monétaire et financier précité.