

Définir son programme assuranciel dans le cadre d'un contrat de partenariat

- La problématique assuranciel est à prendre en compte dès le début d'un projet de partenariat, au même titre que la construction proprement dite.
- L'identification et la répartition des risques inhérents au projet entre la personne publique et le cocontractant dès la phase de l'évaluation préalable sont un gage de réussite d'un contrat de partenariat
- Une matrice de gestion des risques pourra donc être établie à cet effet, qui permettra, en amont et tout au long du projet, d'assurer une gestion administrative et technique optimale des polices et des sinistres.

Auteur

Marine Guguen, avocat à la Cour, Cabinet Matharan-Pintat-Raymondie

Mots clés

contrat de partenariat • Objectif
• contrat global • Financement •
Partage des risques • Performance
• Analyse des risques • Évaluation
• Répartition • Matrice • Assurance
• Évaluation préalable • Assurance
dommages-ouvrage •

Le contrat de partenariat public-privé⁽¹⁾, créé par l'ordonnance du 17 juin 2004⁽²⁾, modifiée par la loi du 28 juillet 2008⁽³⁾, est un contrat global de longue durée par lequel une personne publique associe un tiers au financement, à la conception, la construction, l'exploitation et la gestion d'équipements ou de services et partage avec lui les risques de l'opération, dans la durée, par une rémunération liée à la performance. Si, lorsqu'elle choisit de recourir au contrat de partenariat, les objectifs recherchés par la personne publique sont multiples (externalisation des prestations, recours aux financements privés, optimisation du coût du projet, réduction des délais d'exécution), les projets poursuivent tous une finalité commune: l'atteinte par le partenaire privé des objectifs de performance qualitatifs et quantitatifs contractuellement définis. Véritable « clé de voûte »⁽⁴⁾ du contrat de partenariat, l'atteinte des performances implique qu'aucun événement ne survienne qui n'ait été prévu et anticipé. Par conséquent, le recours au contrat de partenariat nécessite d'identifier très en amont les risques inhérents au projet afin de les répartir et de les couvrir au mieux des intérêts des deux parties. La solution assuranciel n'étant qu'une réponse à la problématique du risque, seule une véritable analyse des risques, à travers la mise au point d'une matrice, pourra permettre « un transfert optimal vers

(1) Je souhaite remercier très vivement Thomas Graiff, chef de projet PPP de Marsh France, pour l'aide qu'il m'a apportée dans le cadre de la préparation de cet article.

(2) Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JO du 19 juin 2004, p. 10994, texte n° 2).

(3) Loi n°2008-735, 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat (JO du 29 juillet 2008, p. 12144, texte n° 1).

(4) F. Lichère, B. Martor, G. Pédini et S. Thouvenot, Pratique des partenariats public-privé, Choisir, évaluer, monter et suivre son PPP, coll. «Collectivités territoriales», éd. Litec, p. 14, § 44.

l'assurance »⁽⁵⁾, l'objectif étant de bénéficier d'un programme d'assurance global, couvrant le maximum de risques.

Il appartient donc à la personne publique et au cocontractant d'identifier, dès le stade de l'évaluation préalable pour la première et de l'établissement de son offre pour le second, les risques inhérents au projet (I) afin de déterminer le programme d'assurance le plus optimal à mettre en place (II) et, pour le cocontractant, en sa qualité de maître d'ouvrage de l'opération, d'examiner, au regard de l'apport de la loi du 28 juillet 2008, l'opportunité de souscrire ou non une assurance dommages-ouvrage (III).

I. Identifier les risques du projet

Un contrat de partenariat comporte nécessairement des risques ; il convient pour la personne publique, dès le stade de l'évaluation préalable, d'identifier et d'évaluer ces risques de toutes natures (A) afin, lors de la phase de dialogue compétitif, de déterminer avec le cocontractant la clé de répartition la plus optimale de ces risques (B).

A) Identifier et évaluer

Les contrats de partenariat, de par la globalité des prestations fournies et la complexité des projets, comportent de nombreux risques dont la nature varie (juridique, financière, technique et opérationnelle) et qui diffèrent selon que l'on se situe en phase de conception-construction ou en phase d'exploitation. C'est la raison pour laquelle il est impératif que les personnes publiques, dès le stade de l'évaluation préalable, et les personnes privées candidates, dès leur première offre, identifient et quantifient les risques inhérents au projet.

L'article 2-I de l'ordonnance du 17 juin 2004⁽⁶⁾, modifiée par la loi du 28 juillet 2008⁽⁷⁾, prévoit que les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable faisant apparaître 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 des différentes options ouvertes à la personne publique, notamment en termes de « partage de risques »⁽⁸⁾. Les personnes publiques ont ainsi l'obligation, dans le cadre de l'évaluation préalable, de procéder à une analyse des risques.

Néanmoins les personnes publiques ne doivent pas envisager l'analyse des risques seulement comme une étape du processus d'évaluation du projet mais surtout et plutôt comme le gage d'un projet sécurisé, équilibré et optimal. Ainsi, l'analyse des risques doit être réalisée non seulement afin de répondre à l'obligation réglementaire imposée par l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée par la loi du 28 juillet 2008, mais également, et surtout, afin de permettre la réalisation du meilleur projet possible, à tous les points de vue.

Les personnes publiques devraient par conséquent bénéficier, outre des AMO juridiques, techniques et financières classiques, d'une véritable AMO risques-assurances durant les phases de l'évaluation préalable et de dialogue compétitif. Une fois les risques du projet identifiés et évalués, ils doivent être intégrés dans un document de synthèse élaboré pour chaque projet et communément appelé « matrice des risques ». Ce document, qui se présente sous forme de tableau, a pour objet de répertorier, de quantifier et d'allouer en identifiant le porteur du risque l'ensemble des risques identifiés. Une méthodologie d'analyse des risques et de leur répartition ainsi qu'un exemple de matrice de risques peuvent être consultés dans le guide pratique établi par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie sur les contrats de partenariats⁽⁹⁾. La matrice proposée n'a naturellement pas vocation à s'appliquer à tous les contrats de partenariat. Il convient, pour les personnes publiques et les personnes privées candidates, de l'adapter et de la compléter en fonction du projet envisagé.

B) Répartir

Le contrat de partenariat repose sur l'idée de partage des risques entre la personne publique et son contractant. Même si, en pratique, la personne privée supporte la plupart des risques, la collectivité publique conserve toujours un risque résiduel. Il lui revient donc, après avoir pleinement identifié et valorisé les risques du projet, de transférer au partenaire privé ceux qu'il est le mieux à même de gérer, en conservant ceux que la collectivité publique seule peut maîtriser. Pour cela, plusieurs contraintes doivent être prises en compte afin de répartir au mieux des intérêts des deux parties les risques du projet :

- la complexité et la diversité du projet (par ex., répartition de la prise en charge du risque d'infections nosocomiales dans le cadre de la construction d'un hôpital) ;
- l'exigence d'assurance du partenaire public (selon que le contrat est conclu avec l'État ou avec une collectivité territoriale) ;
- les contraintes imposées par les organismes de financement (clauses prêteur, exigences minimales, ...) ;
- le programme fonctionnel des besoins établi par la personne publique ;
- la capacité financière de la personne privée ;
- la capacité de financement du marché de l'assurance ; etc.

Une fois toutes les contraintes prises en compte, la personne publique et le candidat doivent, dès la phase du dialogue compétitif, envisager une répartition des risques afin de les allouer à la personne la mieux à même de les gérer. Que ce soit la personne publique ou le cocontractant, il est évident que ceux-ci n'accepteront de prendre en charge que les risques qu'ils peuvent raisonnablement assumer. Cette répartition des risques dans le cadre d'une matrice des risques devra naturellement, de même que les autres termes du contrat, faire l'objet d'un véritable échange entre la personne publique et le candidat au stade du dialogue compétitif, afin d'être pleinement intégrée à

(5) T. Graiff et E. Leblanc, « partenariats public-privé : les clés de la réussite », *Tribune assur.*, n°127, septembre 2008, p. 75.

(6) *Préc.*

(7) *Préc.*

(8) Art. 2-I de l'ordonnance préc.

(9) Les contrats de partenariat, principes et méthodes. *Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie*, p. 33.

L'offre de ce dernier. La matrice des risques doit ainsi permettre de ventiler tous les risques par porteur du risque. À cet égard, il convient de souligner que l'affectation des risques peut être effectuée de manière binaire entre la personne publique et le cocontractant, mais également entre les différentes entités privées constituant le groupement cocontractant (constructeur, exploitant, financeur, investisseur, sous-contractants, etc...). En outre, il convient de rappeler que la protection assurancière n'est qu'une réponse au traitement de la survenance d'un risque et que la meilleure manière d'en assurer la maîtrise est d'intégrer au contrat des clauses précises de répartition des risques. C'est ce que l'on appelle la prévention contractuelle des risques. L'ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 28 juillet 2008, prévoit d'ailleurs expressément qu'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 »⁽¹⁰⁾.

II. Définir son programme assurantiel

Une fois les risques identifiés et répartis, il convient, pour la personne publique et le partenaire, de souscrire les assurances nécessaires afin de couvrir les risques assurables dont ils sont respectivement porteurs. La matrice des risques doit permettre, outre la rédaction de clauses contractuelles précises, de prévenir le risque d'assurances superflues (doublet) ou insuffisantes (risque non alloti). Chacun d'entre eux, en fonction des risques qu'ils ont à assumer, devra alors définir la nature des garanties à souscrire (A) ainsi que, pour chaque police d'assurance, les plafonds, franchises et montants de primes correspondants (B).

A) Les garanties à souscrire

L'objectif est de dresser un panorama des principales polices qu'il convient de souscrire ; les polices souscrites dans le cadre d'un contrat de partenariat sont différentes selon que l'on se situe dans la phase de conception-construction ou dans la phase d'exploitation.

1 - La phase conception-construction

La plupart du temps, cette phase sera intégralement assumée par le cocontractant. Notons cependant que la personne publique peut choisir de conserver tout ou partie de la conception des ouvrages. En effet, si l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 28 juillet 2008, intègre dans la mission globale confiée par la personne publique au cocontractant le financement, la construction, l'entretien, la maintenance, l'exploitation et la gestion de l'ouvrage, il prévoit que le contrat de partenariat « peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages »⁽¹¹⁾. Les polices d'assurances à souscrire peuvent être regroupées autour de trois grandes catégories : les polices de dommages, les polices de responsabilité et l'assurance perte d'exploitation anticipée.

a) **Les polices de dommages.** Elles sont principalement de quatre ordres : l'assurance « tous risques chantier » ; l'assurance effondrement ; l'assurance des existants et l'assurance dommages-ouvrage.

1. L'assurance « tous risques chantier » (TRC), considérée comme la plus importante pour ce type de projet, couvre les risques liés à la réalisation de l'ouvrage, pendant toute la période des travaux jusqu'à sa réception ou sa mise en exploitation. Elle intègre également la période de maintenance de l'ouvrage. La TRC couvre les sinistres résultant d'une mauvaise conception, d'une mauvaise exécution ou d'une mauvaise mise en œuvre de produits, d'une part, et les catastrophes naturelles, terrorisme et vandalisme, d'autre part. Cette police d'assurance est souvent complétée par une police couvrant les pertes d'exploitation anticipées consécutives à un sinistre relevant de la TRC (voir *infra*). Une extension de garanties peut être souscrite afin de couvrir les frais supplémentaires exposés.
2. L'assurance effondrement couvre les dommages à l'ouvrage, quelle qu'en soit leur cause, susceptibles d'intervenir avant réception⁽¹²⁾.
3. L'assurance des existants couvre les dommages matériels de nature décennale subis par les existants et résultant directement de l'exécution des travaux neufs assurés.
4. L'assurance dommages-ouvrage (voir partie III *infra*)

b) **Les polices de responsabilité,** qui recouvrent l'environnement, les travaux et la responsabilité civile professionnelle :

1. L'assurance responsabilité civile travaux garantit la responsabilité quasi délictuelle de l'entrepreneur à l'égard des tiers pour les dommages causés par les travaux, le matériel ou le personnel de l'entrepreneur en cours de chantier.
2. L'assurance responsabilité civile professionnelle couvre les architectes - bureaux d'études principalement - contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité professionnelle qu'ils peuvent encourir en raison de leurs activités en cas d'erreurs, d'oublis, de négligences ou d'omissions dans l'exécution d'une prestation.
3. L'assurance responsabilité civile atteinte à l'environnement couvre la responsabilité civile d'entreprises à vocation industrielle ou commerciale qui stockent ou exploitent des produits susceptibles d'impacts environnementaux, quel que soit le régime de classement auquel est soumis l'établissement (non classé, classé soumis à simple déclaration ou à autorisation), suite à une atteinte à l'environnement générée par leur activité.

c) **L'assurance perte d'exploitation anticipée.** L'assurance PEA a pour objet de garantir le cocontractant, lorsqu'un sinistre important affecte une unité de production en cours de construction ou d'installation (usine, atelier), contre le manque à gagner subi du fait de la mise en service retardée de celle-ci, le manque à gagner correspondant au bénéfice qu'il aurait pu tirer, pendant la durée du retard, de l'exploitation de l'unité ainsi affectée, tout en l'aidant à financer les mesures

(10) Art. 11 de l'ordonnance préc.

(11) Art. 1^{er}-I, 2^e al. de l'ordonnance préc.

(12) Et dont doit répondre l'entrepreneur en vertu de l'article 1788 du code civil.

propres à limiter, autant que possible, le retard. Cette garantie est souvent souscrite en complément de l'assurance TRC afin de couvrir les pertes d'exploitation consécutives à un sinistre relevant de la TRC.

2 - La phase exploitation

De même que pour la phase de conception-construction, les polices d'assurances qu'il convient de souscrire dans le cadre de la phase d'exploitation sont de trois catégories : les polices de dommages, les polices de responsabilité et les autres polices.

a) Les polices de dommages, qui recouvrent principalement l'assurance multirisque-dommages et l'assurance « ouvrages de génie civil terminés » :

1. L'assurance multirisque-dommages aux biens couvre les dommages affectant les actifs de toutes sortes propriété de l'assuré (bâtiments, machines, équipements, plans, sauvegarde informatique, etc.). Cette couverture pourra être complétée par une garantie « pertes indirectes » en pourcentage des sommes dues au titre de l'indemnisation des dommages matériels causés aux biens assurés et une garantie « pertes de loyers »⁽¹³⁾. Cette police pourra en outre être complétée d'une police perte d'exploitation couvrant les pertes de revenus résultant pour le cocontractant d'une interruption de son exploitation ou d'un retard dans la livraison des prestations, lié à un sinistre garanti par la police multirisque-dommages aux biens (pertes ou dommages aux actifs assurés).
2. L'assurance « ouvrages de génie civil terminés » (OGCT) couvre des ouvrages de génie civil achevés déterminés (ponts, tunnels, sections d'autoroute, etc.), pour des périls de type catastrophes naturelles.

b) Les polices de responsabilité. Elles sont de différentes natures : exploitation, professionnelle, décennale, bon fonctionnement ou environnement :

1. L'assurance de responsabilité civile exploitation a pour objet de garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité pouvant lui incomber, quel que soit le fondement sur lequel sa responsabilité est recherchée, en raison des dommages causés aux tiers et aux usagers, imputables à ses activités, tant pendant l'exploitation qu'après exécution des travaux. Il convient également de veiller à ce que soit garanti l'ensemble des conséquences pécuniaires de la faute inexcusable de l'assuré et de toute personne dûment mandatée qui le substituerait dans la direction de l'entreprise, notamment en matière d'accident du travail.
2. L'assurance responsabilité professionnelle (voir *supra*).
3. L'assurance responsabilité civile décennale garantit les dommages pour lesquels la responsabilité décennale de l'assuré peut être engagée. Les dommages couverts sont donc ceux qui, résultant d'un vice de sol, d'un vice de construction ou d'un défaut de conformité aux stipulations contractuelles, compromettent la solidité de l'immeuble ou le rendent

impropre à sa destination⁽¹⁴⁾ et étaient non apparents à la réception.

4. La garantie de bon fonctionnement couvre les dommages subis par l'ouvrage au niveau de ses éléments d'équipements dissociables⁽¹⁵⁾.
5. L'assurance responsabilité civile atteinte à l'environnement (voir *supra*).

c) Les assurances pertes d'exploitation et garanties financières.

1. L'assurance pertes d'exploitation a pour objet de compenser les effets de la perte temporaire d'activité consécutive à un sinistre ayant entraîné la destruction de l'outil de production ou de vente. L'assurance pertes d'exploitation peut également permettre de protéger l'entreprise contre une partie des préjudices consécutifs à des événements qui n'affectent pas directement les équipements productifs, comme une perte de clientèle provoquée par un produit de consommation défectueux. Cette assurance permet aussi de financer les mesures d'urgence propres à accélérer la reprise d'activité. Et, pour les entreprises qui ne peuvent interrompre leur activité sous peine de perdre leur clientèle, celle-ci peut continuer grâce à des garanties particulières. Il convient d'attirer l'attention sur le fait que la garantie pertes d'exploitation est subordonnée à l'existence d'une assurance couvrant les dommages matériels causés aux biens de l'entreprise (assurance multirisque-dommages aux biens).
2. Une assurance garanties financières peut être souscrite par le consortium ou l'un de ses membres afin de couvrir le risque pour ces derniers de ne plus parvenir à faire face financièrement à leurs obligations.

Une fois le programme d'assurance défini, il convient de ne pas oublier d'inscrire dans le contrat, par souci de protection de la personne publique et du cocontractant, l'obligation pour ce dernier de transmettre à la personne publique les polices d'assurances dans le mois suivant leur signature, ainsi que les justificatifs du paiement régulier des primes. Il peut être ainsi prévu, afin d'en justifier, que le titulaire s'oblige à transmettre chaque année au début de l'échéance de la police une attestation de la compagnie d'assurance faisant état du paiement de la prime de l'échéance en cours. Il convient aussi de prévoir contractuellement que le cocontractant vérifie que ses cocontractants éventuels souscrivent pendant la durée du projet l'ensemble des assurances nécessaires.

B) Les plafonds, franchises et primes à définir

Une fois le périmètre de couverture assuranciel déterminé, il faut définir, pour chaque police, les meilleurs niveaux de

(13) Sont également garantis les honoraires d'expert, les frais de démolition et de déblai consécutifs à un sinistre ainsi que le montant des primes de polices d'assurances TRC et DO, qui seraient à souscrire à l'occasion de la reconstruction ou de la remise en état des immeubles.

(14) Article 1792 du code civil : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. »

(15) Art. 1792-3 du code civil : « Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception. »

garanties, franchises et primes. Quelques observations s'imposent à cet égard.

D'une part de nombreuses contraintes doivent être prises en compte. Le montant des plafonds de garanties dépend principalement du montant global d'investissement du projet. Il dépend également des capacités du marché de l'assurance et de la réassurance. En effet, en France, une vingtaine de compagnies d'assurance couvrent des risques industriels, ce qui signifie que, pour des risques spécifiques, le nombre de compagnies susceptibles d'être consultées est relativement limité. C'est une raison supplémentaire de se préoccuper de la problématique assurancielle très en amont du projet.

Par ailleurs, pour les opérations de grande ampleur (types projets de génie civil), la capacité financière d'une seule compagnie peut se révéler insuffisante. Les compagnies peuvent alors intervenir en coassurance, l'assureur principal étant appelé apériteur, le ou les autres assureurs ayant vocation à intervenir lorsque le plafond de garantie de l'apériteur est atteint. Ce système d'assurances en ligne permet d'augmenter la capacité financière de la réponse assurancielle. La détermination des plafonds de garanties, comme des montants de franchises et de primes, dépendra enfin des modalités de mise en place des garanties. Il appartiendra en effet au cocontractant de déterminer la solution optimale à mettre en place entre la souscription d'un programme d'assurance spécifique ou l'utilisation d'un programme annuel d'assurance déjà souscrit par l'un des partenaires. Les niveaux de franchises, quant à eux, dépendent beaucoup des capacités d'autofinancement et d'auto-assurance du cocontractant.

Les primes d'assurances sont très volatiles. Il suffit d'un sinistre important comme les attentats du 11 septembre 2001, l'explosion de l'usine AZF de septembre 2001 ou le tsunami en Asie du sud-est de décembre 2004, pour que leur niveau augmente considérablement. Le montant des primes dépend principalement de la nature de l'ouvrage assuré (5% pour une autoroute, 1,5% pour un ouvrage ponctuel de franchissement ferroviaire), du pays couvert, du montant des capitaux garantis et de la durée de l'opération. Il y a en outre une forte interaction entre le montant de la prime et celui de la franchise.

Enfin, certains risques ne sont pas assurables. Les risques non assurables ne tiennent pas tant à la nature du risque en lui-même, qui serait inassurable, mais plutôt au montant du risque. En effet, le marché actuel de l'assurance et de la réassurance permet une couverture du risque jusqu'à 250 millions d'euros. Au-delà, le risque sera difficilement assurable, d'où l'importance des groupements d'assurances.

III. Les apports de la loi du 28 juillet 2008 sur la question de la dommages-ouvrage

A) L'assurance dommages-ouvrage rendue facultative pour les contrats de partenariat conclus avec l'État et ses établissements publics

L'assurance dommages-ouvrage a pour objet de garantir, en dehors de toute recherche de responsabilité, 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 du code civil et les fabricants, importateurs et contrôleurs techniques au sens de l'article 1792 du code civil⁽¹⁶⁾.

L'article L. 242-1 du code des assurances imposait jusqu'alors à toute personne morale de droit privé qui, agissant en qualité de propriétaire ou de vendeur d'un ouvrage, faisait réaliser des travaux de construction, l'obligation de souscrire une assurance dommages-ouvrage. La loi du 28 juillet 2008 est venue modifier cette exigence en la rendant facultative pour les maîtres d'ouvrages privés agissant dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu avec l'État ou l'un de ses établissements publics. L'article 45 de la loi est ainsi venu ajouter que l'obligation de souscrire une assurance dommages-ouvrage ne s'appliquait ni aux personnes de droit public « ni aux personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu en application de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat »⁽¹⁷⁾.

Le régime de l'assurance dommages-ouvrage diffère par conséquent, dans le cadre des contrats de partenariat, selon que le contrat est conclu par l'État ou l'un de ses établissements publics, ou par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics. Dans le cas où le contrat de partenariat est conclu par l'État ou un de ses établissements publics, l'assurance dommages-ouvrage est facultative. À l'inverse, si le contrat de partenariat est conclu par une collectivité territoriale ou un de ses établissements publics, l'assurance dommages-ouvrage conserve son caractère obligatoire.

Cette distinction de traitement a été déférée au Conseil Constitutionnel. Ce dernier n'a pas jugé ce traitement différent de l'État et des collectivités territoriales inconstitutionnel, le Conseil considérant « qu'en regard à la capacité de faire face au risque financier résultant de la défaillance du cocontractant, l'État et ses établissements publics ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des collectivités territoriales et de leurs établissements publics [...] ; qu'en outre, cette différence de traitement entre certaines personnes publiques n'a pas pour conséquence de créer, entre les entreprises candidates aux contrats de partenariat, une différence qui méconnaîtrait le principe d'égalité devant la commande publique ; qu'enfin, la disposition déférée, qui tend à limiter, par une dispense d'assurance, le coût des partenariats conclus avec l'État et ses établissements publics, ne porte pas atteinte à la libre administration des collectivités territoriales [...] »⁽¹⁸⁾.

Indépendamment de la distinction État-collectivité territoriale, sont également exclus de l'obligation d'assurance dommages-ouvrage, aux termes de la loi du 28 juillet 2008, « les ouvrages de stockage et de traitement de solides en vrac, de fluides et liquides »⁽¹⁹⁾.

(16) Art. L.242-1 C. assur.

(17) Art. 45 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

(18) Cons. const., décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008.

(19) Art. 49 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

B) Faut-il souscrire une assurance dommages-ouvrage ?

La suppression de l'obligation d'assurance dommages-ouvrage permet l'économie du montant de la prime d'assurance dommages-ouvrage, mais ce gain financier à court terme a pour conséquence de priver le projet de l'avantage majeur procuré par une telle assurance : le préfinancement des sinistres. Le maître d'ouvrage devra subir les délais de recherche de responsabilité des intervenants à l'acte de construire, qui peuvent au bout du compte s'avérer défaillants, et par conséquent le risque de fragilité et de discontinuité du service public, outre un alourdissement des provisions pour risques. Le bilan avantages/inconvénients de la souscription d'une assurance dommages-ouvrage est ainsi assez défavorable pour conseiller la souscription d'une dommages-ouvrage ; la majoration de 1,5 à 2 % du prix du marché est souvent peu de choses par rapport à la reprise rapide des malfaçons et à la continuité du service public.

Il peut être conseillé au maître d'ouvrage, s'il décide de souscrire une telle assurance, de demander à ce que la police reproduise les clauses types de l'assurance de dommages-ouvrage. En effet, la souscription de l'assurance dommages-ouvrage, si elle n'est pas obligatoire, n'empêche pas l'application des règles figurant dans les clauses types puisque le code des assurances lie le

caractère obligatoire des clauses types à l'obligation d'assurance⁽²⁰⁾. Ainsi, s'agissant des polices facultatives, les dispositions figurant dans les clauses types ne s'imposent aux parties que si le contrat s'y réfère⁽²¹⁾.

Conclusion

La problématique assurancielle est à prendre en compte dès le début du projet. L'une des clés de la réussite d'un contrat de partenariat est en effet l'identification et l'analyse, dès la phase de l'évaluation préalable, des risques inhérents au projet. Une matrice de gestion des risques doit être établie à cet effet, qui permettra, avant le lancement du projet, d'identifier et de répartir les risques entre la personne publique et le cocontractant et, tout au long du projet, d'assurer une gestion administrative et technique optimale des polices et des sinistres. La réussite du programme assuranciel est à ce prix. ■

(20) Art. L.243-8 C. assur. : « Tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation d'assurance en vertu du présent titre est, nonobstant toute clause contraire, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types prévues par l'article L. 310-7 du présent code. »

(21) CE 22 juin 2005, Cité d'agglo. nouvelle de Cergy-Pontoise, n°266884 : RDI, juillet-août 2006, p. 265 ; G. Leguay, RGDA, 2006, n°4, p. 954, J. Bigot.